Tratado de la Venta
Tomo I

Mario Castillo Freyre
Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Tratado de la Venta

Tomo I

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.

PALESTRA

Estudio Mario Castillo Freyre
10 años

Lima - 2010

Tratado de la Venta
Mario Castillo Freyre

© Mario Castillo Freyre

De esta edición:
© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Palestra Editores SAC, 2010
Calle Carlos A. Salaverry 187, Lima 18, Perú
Telefax: (51 1) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

© Estudio Mario Castillo Freyre, 2010
Av Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com
www.castillofreyre.com

Impresión y Encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Lima 39 - Perú

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: Agosto de 2010
Tiraje: 1000 ejemplares

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-08111
ISBN: 978-612-4047-34-3
Registro del Proyecto Editorial: 31501220900369

Índice

Tomo I

Palabras liminares a la segunda edición 41

Palabras liminares a la primera edición 43

Prólogo 63

Libro VII
Fuentes de las Obligaciones

Sección Segunda
Contratos nominados

Título I
Compraventa

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Contrato de compraventa. Concepto 69

Fuentes nacionales del artículo 1529 69

Análisis 70

1. Concepto 70
   1.1. La obligación del vendedor en relación al bien 77
   1.2. La obligación del comprador en relación al precio 79
2. Nomenclatura 80
3. Características del contrato de compraventa 82
   3.1. En cuanto al nombre 83
   3.2. En cuanto a su regulación 87
   3.3. En cuanto a su estructura 88

3.4. En cuanto a su contenido o área 90
3.5. En cuanto a su autonomía 92
3.6. En cuanto a su formación 93
3.7. En cuanto al tiempo 95
3.8. En cuanto a su negociación 96
3.9. En cuanto al rol económico 96
3.10. En cuanto a su función 97
3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 97
3.12. En cuanto a la prestación 97
3.13. En cuanto a la valoración 97
3.14. En cuanto al riesgo 98
3.15. En cuanto a sus efectos 101

4. El precio 102
4.1. El precio debe consistir necesariamente en dinero 111
4.2. El precio debe consistir en dinero o signo que lo represente 111

5. Semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y otros contratos típicos, así como con otras figuras e instituciones regulados por el Código Civil Peruano 117
5.1. Con el contrato de permuta 117
5.1.1. En cuanto al nombre 117
5.1.2. En cuanto a su regulación 117
5.1.3. En cuanto a su estructura 117
5.1.4. En cuanto a su contenido o área 118
5.1.5. En cuanto a su autonomía 118
5.1.6. En cuanto a su formación 118
5.1.7. En cuanto al tiempo 118
5.1.8. En cuanto a su negociación 119
5.1.9. En cuanto al rol económico 119
5.1.10. En cuanto a su función 120
5.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 120
5.1.12. En cuanto a la prestación 120
5.1.13. En cuanto a la valoración 120
5.1.14. En cuanto al riesgo 120
5.1.15. En cuanto a sus efectos 120
5.2. Con el contrato de suministro 121
5.2.1. En cuanto al nombre 121
5.2.2. En cuanto a su regulación 121
5.2.3. En cuanto a su estructura 125
5.2.4. En cuanto a su contenido o área 125
5.2.5. En cuanto a su autonomía 125
5.2.6. En cuanto a su formación 125
5.2.7. En cuanto al tiempo 126
5.2.8. En cuanto a su negociación 126
5.2.9. En cuanto al rol económico 126

5.2.10. En cuanto a su función 127
5.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 127
5.2.12. En cuanto a la prestación 127
5.2.13. En cuanto a la valoración 127
5.2.14. En cuanto al riesgo 127
5.2.15. En cuanto a sus efectos 128
5.3. Con el contrato de donación puro y simple 128
5.3.1. En cuanto al nombre 128
5.3.2. En cuanto a su regulación 128
5.3.3. En cuanto a su estructura 129
5.3.4. En cuanto a su contenido o área 129
5.3.5. En cuanto a su autonomía 129
5.3.6. En cuanto a su formación 129
5.3.7. En cuanto al tiempo 133
5.3.8. En cuanto a su negociación 134
5.3.9. En cuanto al rol económico 134
5.3.10. En cuanto a su función 134
5.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 134
5.3.12. En cuanto a la prestación 134
5.3.13. En cuanto a la valoración 135
5.3.14. En cuanto al riesgo 135
5.3.15. En cuanto a sus efectos 135
5.4. Con el contrato de mutuo 135
5.4.1. En cuanto al nombre 135
5.4.2. En cuanto a su regulación 135
5.4.3. En cuanto a su estructura 139
5.4.4. En cuanto a su contenido o área 139
5.4.5. En cuanto a su autonomía 140
5.4.6. En cuanto a su formación 140
5.4.7. En cuanto al tiempo 141
5.4.8. En cuanto a su negociación 142
5.4.9. En cuanto al rol económico 142
5.4.10. En cuanto a su función 142
5.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 142
5.4.12. En cuanto a la prestación 143
5.4.13. En cuanto a la valoración 148
5.4.14. En cuanto al riesgo 149
5.4.15. En cuanto a sus efectos 149
5.5. Con el contrato de arrendamiento 150
5.5.1. En cuanto al nombre 150
5.5.2. En cuanto a su regulación 150
5.5.3. En cuanto a su estructura 153
5.5.4. En cuanto a su contenido o área 154
5.5.5. En cuanto a su autonomía 154

5.5.6. En cuanto a su formación 159
5.5.7. En cuanto al tiempo 160
5.5.8. En cuanto a su negociación 169
5.5.9. En cuanto al rol económico 169
5.5.10. En cuanto a su función 169
5.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 169
5.5.12. En cuanto a la prestación 169
5.5.13. En cuanto a la valoración 176
5.5.14. En cuanto al riesgo 177
5.5.15. En cuanto a sus efectos 177
5.6. Con el contrato de hospedaje 177
5.6.1. En cuanto al nombre 177
5.6.2. En cuanto a su regulación 177
5.6.3. En cuanto a su estructura 177
5.6.4. En cuanto a su contenido o área 177
5.6.5. En cuanto a su autonomía 178
5.6.6. En cuanto a su formación 178
5.6.7. En cuanto al tiempo 178
5.6.8. En cuanto a su negociación 178
5.6.9. En cuanto al rol económico 179
5.6.10. En cuanto a su función 179
5.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 179
5.6.12. En cuanto a la prestación 179
5.6.13. En cuanto a la valoración 180
5.6.14. En cuanto al riesgo 180
5.6.15. En cuanto a sus efectos 180
5.7. Con el contrato de comodato 180
5.7.1. En cuanto al nombre 180
5.7.2. En cuanto a su regulación 180
5.7.3. En cuanto a su estructura 183
5.7.4. En cuanto a su contenido o área 183
5.7.5. En cuanto a su autonomía 185
5.7.6. En cuanto a su formación 187
5.7.7. En cuanto al tiempo 187
5.7.8. En cuanto a su negociación 188
5.7.9. En cuanto al rol económico 188
5.7.10. En cuanto a su función 188
5.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 189
5.7.12. En cuanto a la prestación 189
5.7.13. En cuanto a la valoración 193
5.7.14. En cuanto al riesgo 193
5.7.15. En cuanto a sus efectos 194
5.8. Con la locación de servicios 194
5.8.1. En cuanto al nombre 194
5.8.2. En cuanto a su regulación 194

5.8.3. En cuanto a su estructura 195
5.8.4. En cuanto a su contenido o área 195
5.8.5. En cuanto a su autonomía 195
5.8.6. En cuanto a su formación 195
5.8.7. En cuanto al tiempo 195
5.8.8. En cuanto a su negociación 196
5.8.9. En cuanto al rol económico 197
5.8.10. En cuanto a su función 197
5.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 197
5.8.12. En cuanto a la prestación 197
5.8.13. En cuanto a la valoración 198
5.8.14. En cuanto al riesgo 199
5.8.15. En cuanto a sus efectos 199
5.9. Con el contrato de obra 199
5.9.1. En cuanto al nombre 199
5.9.2. En cuanto a su regulación 199
5.9.3. En cuanto a su estructura 200
5.9.4. En cuanto a su contenido o área 200
5.9.5. En cuanto a su autonomía 200
5.9.6. En cuanto a su formación 200
5.9.7. En cuanto al tiempo 200
5.9.8. En cuanto a su negociación 202
5.9.9. En cuanto al rol económico 202
5.9.10. En cuanto a su función 202
5.9.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 202
5.9.12. En cuanto a la prestación 202
5.9.13. En cuanto a la valoración 207
5.9.14. En cuanto al riesgo 208
5.9.15. En cuanto a sus efectos 208
5.10. Con el contrato de mandato 208
5.10.1. En cuanto al nombre 208
5.10.2. En cuanto a su regulación 208
5.10.3. En cuanto a su estructura 212
5.10.4. En cuanto a su contenido o área 212
5.10.5. En cuanto a su autonomía 212
5.10.6. En cuanto a su formación 212
5.10.7. En cuanto al tiempo 214
5.10.8. En cuanto a su negociación 215
5.10.9. En cuanto al rol económico 215
5.10.10. En cuanto a su función 215
5.10.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 215
5.10.12. En cuanto a la prestación 216
5.10.13. En cuanto a la valoración 216
5.10.14. En cuanto al riesgo 217
5.10.15. En cuanto a sus efectos 217

5.11. Con el contrato de depósito 217
5.11.1. En cuanto al nombre 217
5.11.2. En cuanto a su regulación 218
5.11.3. En cuanto a su estructura 226
5.11.4. En cuanto a su contenido o área 226
5.11.5. En cuanto a su autonomía 226
5.11.6. En cuanto a su formación 228
5.11.7. En cuanto al tiempo 231
5.11.8. En cuanto a su negociación 236
5.11.9. En cuanto al rol económico 236
5.11.10. En cuanto a su función 237
5.11.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 237
5.11.12. En cuanto a la prestación 237
5.11.13. En cuanto a la valoración 238
5.11.14. En cuanto al riesgo 240
5.11.15. En cuanto a sus efectos 241
5.12. Con el contrato de secuestro 241
5.12.1. En cuanto al nombre 241
5.12.2. En cuanto a su regulación 241
5.12.3. En cuanto a su estructura 249
5.12.4. En cuanto a su contenido o área 249
5.12.5. En cuanto a su autonomía 249
5.12.6. En cuanto a su formación 250
5.12.7. En cuanto al tiempo 250
5.12.8. En cuanto a su negociación 250
5.12.9. En cuanto al rol económico 250
5.12.10. En cuanto a su función 250
5.12.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 250
5.12.12. En cuanto a la prestación 250
5.12.13. En cuanto a la valoración 250
5.12.14. En cuanto al riesgo 251
5.12.15. En cuanto a sus efectos 251
5.13. Con el contrato de fianza 251
5.13.1. En cuanto al nombre 251
5.13.2. En cuanto a su regulación 251
5.13.3. En cuanto a su estructura 251
5.13.4. En cuanto a su contenido o área 252
5.13.5. En cuanto a su autonomía 252
5.13.6. En cuanto a su formación 252
5.13.7. En cuanto al tiempo 252
5.13.8. En cuanto a su negociación 252
5.13.9. En cuanto al rol económico 253
5.13.10. En cuanto a su función 253
5.13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 253
5.13.12. En cuanto a la prestación 254

5.13.13. En cuanto a la valoración 259
5.13.14. En cuanto al riesgo 259
5.13.15. En cuanto a sus efectos 259
5.14. Con el contrato de renta vitalicia 259
5.14.1. En cuanto al nombre 259
5.14.2. En cuanto a su regulación 259
5.14.3. En cuanto a su estructura 263
5.14.4. En cuanto a su contenido o área 263
5.14.5. En cuanto a su autonomía 263
5.14.6. En cuanto a su formación 263
5.14.7. En cuanto al tiempo 263
5.14.8. En cuanto a su negociación 265
5.14.9. En cuanto al rol económico 265
5.14.10. En cuanto a su función 265
5.14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 265
5.14.12. En cuanto a la prestación 266
5.14.13. En cuanto a la valoración 266
5.14.14. En cuanto al riesgo 268
5.14.15. En cuanto a sus efectos 269
5.15. Con el contrato de juego y apuesta 269
5.15.1. En cuanto al nombre 269
5.15.2. En cuanto a su regulación 270
5.15.3. En cuanto a su estructura 270
5.15.4. En cuanto a su contenido o área 270
5.15.5. En cuanto a su autonomía 270
5.15.6. En cuanto a su formación 270
5.15.7. En cuanto al tiempo 271
5.15.8. En cuanto a su negociación 271
5.15.9. En cuanto al rol económico 271
5.15.10. En cuanto a su función 271
5.15.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 272
5.15.12. En cuanto a la prestación 272
5.15.13. En cuanto a la valoración 273
5.15.14. En cuanto al riesgo 274
5.15.15. En cuanto a sus efectos 274
5.16. Con la cesión de derechos 276
5.16.1. En cuanto al nombre 276
5.16.2. En cuanto a su regulación 276
5.16.3. En cuanto a su estructura 278
5.16.4. En cuanto a su contenido o área 278
5.16.5. En cuanto a su autonomía 278
5.16.6. En cuanto a su formación 278
5.16.7. En cuanto al tiempo 278
5.16.8. En cuanto a su negociación 279
5.16.9. En cuanto al rol económico 279

5.16.10. En cuanto a su función 279
5.16.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 280
5.16.12. En cuanto a la prestación 280
5.16.13. En cuanto a la valoración 280
5.16.14. En cuanto al riesgo 280
5.16.15. En cuanto a sus efectos 281
5.17. Con la dación en pago 281
5.17.1. En cuanto al nombre 281
5.17.2. En cuanto a su regulación 281
5.17.3. En cuanto a su estructura 290
5.17.4. En cuanto a su contenido o área 290
5.17.5. En cuanto a su autonomía 291
5.17.6. En cuanto a su formación 291
5.17.7. En cuanto al tiempo 291
5.17.8. En cuanto a su negociación 291
5.17.9. En cuanto al rol económico 291
5.17.10. En cuanto a su función 291
5.17.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 292
5.17.12. En cuanto a la prestación 292
5.17.13. En cuanto a la valoración 292
5.17.14. En cuanto al riesgo 292
5.10.15. En cuanto a sus efectos 292
5.18. Con la novación 292
5.18.1. En cuanto al nombre 292
5.18.2. En cuanto a su regulación 293
5.18.3. En cuanto a su estructura 293
5.18.4. En cuanto a su contenido o área 293
5.18.5. En cuanto a su autonomía 293
5.18.6. En cuanto a su formación 293
5.18.7. En cuanto al tiempo 294
5.18.8. En cuanto a su negociación 294
5.18.9. En cuanto al rol económico 294
5.18.10. En cuanto a su función 294
5.18.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 294
5.18.12. En cuanto a la prestación 294
5.18.13. En cuanto a la valoración 294
5.18.14. En cuanto al riesgo 295
5.18.15. En cuanto a sus efectos 295
5.19. Con la transacción 295
5.19.1. En cuanto al nombre 295
5.19.2. En cuanto a su regulación 295
5.19.3. En cuanto a su estructura 296
5.19.4. En cuanto a su contenido o área 296
5.19.5. En cuanto a su autonomía 296

5.19.6. En cuanto a su formación 296
5.19.7. En cuanto al tiempo 296
5.19.8. En cuanto a su negociación 297
5.19.9. En cuanto al rol económico 297
5.19.10. En cuanto a su función 297
5.19.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 297
5.19.12. En cuanto a la prestación 298
5.19.13. En cuanto a la valoración 298
5.19.14. En cuanto al riesgo 298
5.19.15. En cuanto a sus efectos 298
5.20. Con el compromiso de contratar 298
5.20.1. En cuanto al nombre 298
5.20.2. En cuanto a su regulación 299
5.20.3. En cuanto a su estructura 299
5.20.4. En cuanto a su contenido o área 299
5.20.5. En cuanto a su autonomía 299
5.20.6. En cuanto a su formación 300
5.20.7. En cuanto al tiempo 300
5.20.8. En cuanto a su negociación 300
5.20.9. En cuanto al rol económico 300
5.20.10. En cuanto a su función 301
5.20.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 301
5.20.12. En cuanto a la prestación 301
5.20.13. En cuanto a la valoración 301
5.20.14. En cuanto al riesgo 301
5.20.15. En cuanto a sus efectos 302
5.21. Con el contrato de opción 302
5.21.1. En cuanto al nombre 302
5.21.2. En cuanto a su regulación 302
5.21.3. En cuanto a su estructura 303
5.21.4. En cuanto a su contenido o área 303
5.21.5. En cuanto a su autonomía 303
5.21.6. En cuanto a su formación 303
5.21.7. En cuanto al tiempo 303
5.21.8. En cuanto a su negociación 303
5.21.9. En cuanto al rol económico 304
5.21.10. En cuanto a su función 304
5.21.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 304
5.21.12. En cuanto a la prestación 304
5.21.13. En cuanto a la valoración 304
5.21.14. En cuanto al riesgo 304
5.21.15. En cuanto a sus efectos 304
5.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero 305
5.22.1. En cuanto al nombre 305
5.22.2. En cuanto a su regulación 305

5.22.3. En cuanto a su estructura 305
5.22.4. En cuanto a su contenido o área 306
5.22.5. En cuanto a su autonomía 306
5.22.6. En cuanto a su formación 306
5.22.7. En cuanto al tiempo 306
5.22.8. En cuanto a su negociación 306
5.22.9. En cuanto al rol económico 306
5.22.10. En cuanto a su función 306
5.22.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 307
5.22.12. En cuanto a la prestación 307
5.22.13. En cuanto a la valoración 307
5.22.14. En cuanto al riesgo 307
5.22.15. En cuanto a sus efectos 307
5.23. Con el contrato de donación con cargo 307
5.23.1. En cuanto al nombre 307
5.23.2. En cuanto a su regulación 308
5.23.3. En cuanto a su estructura 309
5.23.4. En cuanto a su contenido o área 309
5.23.5. En cuanto a su autonomía 309
5.23.6. En cuanto a su formación 310
5.23.7. En cuanto al tiempo 310
5.23.8. En cuanto a su negociación 310
5.23.9. En cuanto al rol económico 310
5.23.10. En cuanto a su función 310
5.23.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 311
5.23.12. En cuanto a la prestación 311
5.23.13. En cuanto a la valoración 311
5.23.14. En cuanto al riesgo 311
5.23.15. En cuanto a sus efectos 311
5.24. Con el contrato estimatorio 312
5.24.1. En cuanto al nombre 312
5.24.2. En cuanto a su regulación 312
5.24.3. En cuanto a su estructura 315
5.24.4. En cuanto a su contenido o área 315
5.24.5. En cuanto a su autonomía 315
5.24.6. En cuanto a su formación 316
5.24.7. En cuanto al tiempo 316
5.24.8. En cuanto a su negociación 316
5.24.9. En cuanto al rol económico 316
5.24.10. En cuanto a su función 316
5.24.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 317
5.24.12. En cuanto a la prestación 317
5.24.13. En cuanto a la valoración 317
5.24.14. En cuanto al riesgo 317
5.24.15. En cuanto a sus efectos 317

5.25. Con la expropiación 317
5.25.1. En cuanto al nombre 317
5.25.2. En cuanto a su regulación 318
5.25.3. En cuanto a su estructura 333
5.25.4. En cuanto a su contenido o área 334
5.25.5. En cuanto a su autonomía 334
5.25.6. En cuanto a su formación 334
5.25.7. En cuanto al tiempo 334
5.25.8. En cuanto a su negociación 334
5.25.9. En cuanto al rol económico 334
5.25.10. En cuanto a su función 335
5.25.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 335
5.25.12. En cuanto a la prestación 335
5.25.13. En cuanto a la valoración 335
5.25.14. En cuanto al riesgo 336
5.25.15. En cuanto a sus efectos 336
5.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta 336
5.26.1. En cuanto al nombre 336
5.26.2. En cuanto a su regulación 336
5.26.3. En cuanto a su estructura 337
5.26.4. En cuanto a su contenido o área 338
5.26.5. En cuanto a su autonomía 338
5.26.6. En cuanto a su formación 338
5.26.7. En cuanto al tiempo 338
5.26.8. En cuanto a su negociación 338
5.26.9. En cuanto al rol económico 339
5.26.10. En cuanto a su función 339
5.26.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 339
5.26.12. En cuanto a la prestación 339
5.26.13. En cuanto a la valoración 339
5.26.14. En cuanto al riesgo 340
5.26.15. En cuanto a sus efectos 340
5.27. Con el contrato de arrendamiento financiero 340
5.27.1. En cuanto al nombre 340
5.27.2. En cuanto a su regulación 340
5.27.3. En cuanto a su estructura 345
5.27.4. En cuanto a su contenido o área 345
5.27.5. En cuanto a su autonomía 346
5.27.6. En cuanto a su formación 346
5.27.7. En cuanto al tiempo 346
5.27.8. En cuanto a su negociación 347
5.27.9. En cuanto al rol económico 347
5.27.10. En cuanto a su función 347
5.27.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 347
5.27.12. En cuanto a la prestación 347

5.27.13. En cuanto a la valoración 347
5.27.14. En cuanto al riesgo 347
5.27.15. En cuanto a sus efectos 348
5.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica 348
5.28.1. En cuanto al nombre 349
5.28.2. En cuanto a su regulación 349
5.28.3. En cuanto a su estructura 349
5.28.4. En cuanto a su contenido o área 350
5.28.5. En cuanto a su autonomía 350
5.28.6. En cuanto a su formación 350
5.28.7. En cuanto al tiempo 350
5.28.8. En cuanto a su negociación 350
5.28.9. En cuanto al rol económico 351
5.28.10. En cuanto a su función 351
5.28.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 351
5.28.12. En cuanto a la prestación 351
5.28.13. En cuanto a la valoración 351
5.28.14. En cuanto al riesgo 352
5.28.15. En cuanto a sus efectos 352
5.29. Con la hipoteca 352
5.29.1. En cuanto al nombre 352
5.29.2. En cuanto a su regulación 352
5.29.3. En cuanto a su estructura 353
5.29.4. En cuanto a su contenido o área 354
5.29.5. En cuanto a su autonomía 354
5.29.6. En cuanto a su formación 354
5.29.7. En cuanto al tiempo 354
5.29.8. En cuanto a su negociación 355
5.29.9. En cuanto al rol económico 355
5.29.10. En cuanto a su función 355
5.29.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 355
5.29.12. En cuanto a la prestación 355
5.29.13. En cuanto a la valoración 355
5.29.14. En cuanto al riesgo 356
5.29.15. En cuanto a sus efectos 356
5.30. Con la prenda 356
5.30.1. En cuanto al nombre 356
5.30.2. En cuanto a su regulación 356
5.30.3. En cuanto a su estructura 357
5.30.4. En cuanto a su contenido o área 357
5.30.5. En cuanto a su autonomía 357
5.30.6. En cuanto a su formación 357
5.30.7. En cuanto al tiempo 358
5.30.8. En cuanto a su negociación 358
5.30.9. En cuanto al rol económico 358

5.30.10. En cuanto a su función 358
5.30.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 358
5.30.12. En cuanto a la prestación 359
5.30.13. En cuanto a la valoración 359
5.30.14. En cuanto al riesgo 359
5.30.15. En cuanto a sus efectos 359
5.31. Con la anticresis 359
5.31.1. En cuanto al nombre 359
5.31.2. En cuanto a su regulación 359
5.31.3. En cuanto a su estructura 360
5.31.4. En cuanto a su contenido o área 360
5.31.5. En cuanto a su autonomía 360
5.31.6. En cuanto a su formación 360
5.31.7. En cuanto al tiempo 360
5.31.8. En cuanto a su negociación 360
5.31.9. En cuanto al rol económico 361
5.31.10. En cuanto a su función 361
5.31.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 361
5.31.12. En cuanto a la prestación 361
5.31.13. En cuanto a la valoración 361
5.31.14. En cuanto al riesgo 361
5.31.15. En cuanto a sus efectos 361
5.32. Con el contrato de institución de heredero o legatario 362
5.32.1. En cuanto al nombre 362
5.32.2. En cuanto a su regulación 362
5.32.3. En cuanto a su estructura 363
5.32.4. En cuanto a su contenido o área 363
5.32.5. En cuanto a su autonomía 363
5.32.6. En cuanto a su formación 363
5.32.7. En cuanto al tiempo 363
5.32.8. En cuanto a su negociación 364
5.32.9. En cuanto al rol económico 364
5.32.10. En cuanto a su función 364
5.32.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 364
5.32.12. En cuanto a la prestación 364
5.32.13. En cuanto a la valoración 364
5.32.14. En cuanto al riesgo 365
5.32.15. En cuanto a sus efectos 365
5.33. Con la compraventa de herencia futura 365
5.33.1. En cuanto al nombre 366
5.33.2. En cuanto a su regulación 366
5.33.3. En cuanto a su estructura 366
5.33.4. En cuanto a su contenido o área 366
5.33.5. En cuanto a su autonomía 366
5.33.6. En cuanto a su formación 366

5.33.7. En cuanto al tiempo 367
5.33.8. En cuanto a su negociación 367
5.33.9. En cuanto al rol económico 367
5.33.10. En cuanto a su función 367
5.33.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 367
5.33.12. En cuanto a la prestación 367
5.33.13. En cuanto a la valoración 367
5.33.14. En cuanto al riesgo 368
5.33.15. En cuanto a sus efectos 368
5.34. Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura 368
5.34.1. En cuanto al nombre 368
5.34.2. En cuanto a su regulación 368
5.34.3. En cuanto a su estructura 369
5.34.4. En cuanto a su contenido o área 369
5.34.5. En cuanto a su autonomía 369
5.34.6. En cuanto a su formación 369
5.34.7. En cuanto al tiempo 369
5.34.8. En cuanto a su negociación 369
5.34.9. En cuanto al rol económico 370
5.34.10. En cuanto a su función 370
5.34.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 370
5.34.12. En cuanto a la prestación 370
5.34.13. En cuanto a la valoración 370
5.34.14. En cuanto al riesgo 370
5.34.15. En cuanto a sus efectos 371
5.35. Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro 371
5.35.1. En cuanto al nombre 371
5.35.2. En cuanto a su regulación 372
5.35.3. En cuanto a su estructura 372
5.35.4. En cuanto a su contenido o área 372
5.35.5. En cuanto a su autonomía 372
5.35.6. En cuanto a su formación 372
5.35.7. En cuanto al tiempo 372
5.35.8. En cuanto a su negociación 373
5.35.9. En cuanto al rol económico 373
5.35.10. En cuanto a su función 373
5.35.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 373
5.35.12. En cuanto a la prestación 373
5.35.13. En cuanto a la valoración 374
5.35.14. En cuanto al riesgo 374
5.35.15. En cuanto a sus efectos 374
5.36. Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa 374

5.36.1. En cuanto al nombre 374
5.36.2. En cuanto a su regulación 374
5.36.3. En cuanto a su estructura 375
5.36.4. En cuanto a su contenido o área 375
5.36.5. En cuanto a su autonomía 375
5.36.6. En cuanto a su formación 375
5.36.7. En cuanto al tiempo 375
5.36.8. En cuanto a su negociación 375
5.36.9. En cuanto al rol económico 375
5.36.10. En cuanto a su función 375
5.36.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 376
5.36.12. En cuanto a la prestación 376
5.36.13. En cuanto a la valoración 376
5.36.14. En cuanto al riesgo 376
5.36.15. En cuanto a sus efectos 376
5.37. Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor 376
5.37.1. En cuanto al nombre 376
5.37.2. En cuanto a su regulación 377
5.37.3. En cuanto a su estructura 377
5.37.4. En cuanto a su contenido o área 377
5.37.5. En cuanto a su autonomía 377
5.37.6. En cuanto a su formación 377
5.37.7. En cuanto al tiempo 378
5.37.8. En cuanto a su negociación 378
5.37.9. En cuanto al rol económico 378
5.37.10. En cuanto a su función 378
5.37.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 378
5.37.12. En cuanto a la prestación 378
5.37.13. En cuanto a la valoración 379
5.37.14. En cuanto al riesgo 379
5.37.15. En cuanto a sus efectos 379
5.38. Con la gestión de negocios 379
5.38.1. En cuanto al nombre 379
5.38.2. En cuanto a su regulación 380
5.38.3. En cuanto a su estructura 380
5.38.4. En cuanto a su contenido o área 380
5.38.5. En cuanto a su autonomía 381
5.38.6. En cuanto a su formación 381
5.38.7. En cuanto al tiempo 381
5.38.8. En cuanto a su negociación 381
5.38.9. En cuanto al rol económico 381
5.38.10. En cuanto a su función 381
5.38.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 381
5.38.12. En cuanto a la prestación 381
5.38.13. En cuanto a la valoración 382

5.38.14. En cuanto al riesgo 382
5.38.15. En cuanto a sus efectos 382
5.39. Con la promesa unilateral 382
5.39.1. En cuanto al nombre 384
5.39.2. En cuanto a su regulación 384
5.39.3. En cuanto a su estructura 384
5.39.4. En cuanto a su contenido o área 384
5.39.5. En cuanto a su autonomía 384
5.39.6. En cuanto a su formación 384
5.39.7. En cuanto al tiempo 384
5.39.8. En cuanto a su negociación 384
5.39.9. En cuanto al rol económico 385
5.39.10. En cuanto a su función 385
5.39.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 385
5.39.12. En cuanto a la prestación 385
5.39.13. En cuanto a la valoración 385
5.39.14. En cuanto al riesgo 385
5.39.15. En cuanto a sus efectos 386
5.40. Con el contrato de facturación (*factoring*) 386
5.40.1. En cuanto al nombre 386
5.40.2. En cuanto a su regulación 386
5.40.3. En cuanto a su estructura 387
5.40.4. En cuanto a su contenido o área 388
5.40.5. En cuanto a su autonomía 388
5.40.6. En cuanto a su formación 389
5.40.7. En cuanto al tiempo 389
5.40.8. En cuanto a su negociación 389
5.40.9. En cuanto al rol económico 389
5.40.10. En cuanto a su función 390
5.40.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 390
5.40.12. En cuanto a la prestación 390
5.40.13. En cuanto a la valoración 390
5.40.14. En cuanto al riesgo 390
5.40.15. En cuanto a sus efectos 390
5.41. Con el contrato de franquicia (*franchising*) 391
5.41.1. En cuanto al nombre 391
5.41.2. En cuanto a su regulación 391
5.41.3. En cuanto a su estructura 391
5.41.4. En cuanto a su contenido o área 393
5.41.5. En cuanto a su autonomía 393
5.41.6. En cuanto a su formación 393
5.41.7. En cuanto al tiempo 394
5.41.8. En cuanto a su negociación 394
5.41.9. En cuanto al rol económico 394
5.41.10. En cuanto a su función 394

5.41.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 394
5.41.12. En cuanto a la prestación 394
5.41.13. En cuanto a la valoración 394
5.41.14. En cuanto al riesgo 394
5.41.15. En cuanto a sus efectos 395
5.42. Con el contrato de fideicomiso 395
5.42.1. En cuanto al nombre 395
5.42.2. En cuanto a su regulación 396
5.42.3. En cuanto a su estructura 396
5.42.4. En cuanto a su contenido o área 397
5.42.5. En cuanto a su autonomía 397
5.42.6. En cuanto a su formación 397
5.42.7. En cuanto al tiempo 398
5.42.8. En cuanto a su negociación 398
5.42.9. En cuanto al rol económico 399
5.42.10. En cuanto a su función 402
5.42.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 404
5.42.12. En cuanto a la prestación 404
5.42.13. En cuanto a la valoración 404
5.42.14. En cuanto al riesgo 405
5.42.15. En cuanto a sus efectos 406
5.43. Con el contrato de licencia o *know how* 406
5.43.1. En cuanto al nombre 406
5.43.2. En cuanto a su regulación 406
5.43.3. En cuanto a su estructura 407
5.43.4. En cuanto a su contenido o área 408
5.43.5. En cuanto a su autonomía 408
5.43.6. En cuanto a su formación 409
5.43.7. En cuanto al tiempo 409
5.43.8. En cuanto a su negociación 409
5.43.9. En cuanto al rol económico 409
5.43.10. En cuanto a su función 409
5.43.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 409
5.43.12. En cuanto a la prestación 410
5.43.13. En cuanto a la valoración 410
5.43.14. En cuanto al riesgo 410
5.43.15. En cuanto a sus efectos 410
5.44. Con la garantía mobiliaria 410
5.44.1. En cuanto al nombre 410
5.44.2. En cuanto a su regulación 410
5.44.3. En cuanto a su estructura 411
5.44.4. En cuanto a su contenido o área 411
5.44.5. En cuanto a su autonomía 411
5.44.6. En cuanto a su formación 411
5.44.7. En cuanto al tiempo 412

5.44.8. En cuanto a su negociación 412
5.44.9. En cuanto al rol económico 412
5.44.10. En cuanto a su función 412
5.44.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 413
5.44.12. En cuanto a la prestación 413
5.44.13. En cuanto a la valoración 413
5.44.14. En cuanto al riesgo 413
5.44.15. En cuanto a sus efectos 414

Idoneidad del artículo 1529 414

Fundamento 414

Gastos de entrega y transporte

Fuentes nacionales del artículo 1530 415

Análisis 417

1. Principio general de Derecho de Obligaciones referente a los gastos que ocasiona el pago y principio especial del contrato de compraventa 417
2. Entrega. Concepto 417
3. Gastos susceptibles de originarse por la entrega 418
4. Transporte. Concepto 419
5. Gastos susceptibles de derivarse del transporte 419
6. Transporte al lugar del cumplimiento (pago) 420
7. Estudio de la posibilidad de un «transporte a un lugar diferente del de cumplimiento» 420
8. Pertinencia de la posibilidad de pacto distinto 421
9. Los gastos que origine la celebración del contrato de compraventa 421
   9.1. Los gastos deben ser pagados por el comprador 422
   9.2. Los gastos deben ser pagados por el vendedor 423
   9.3. Los gastos deben ser pagados por ambas partes 423
   9.4. Los gastos deben ser pagados de acuerdo a la voluntad de las partes 423

Idoneidad del artículo 1530 425

Fundamento 425

Precio Mixto

Fuentes nacionales del artículo 1531 427

Análisis 429

1. Relación entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta 429

2. Características del contrato de permuta en el Derecho Peruano 435
3. Normas del contrato de compraventa que resultan aplicables al contrato de permuta 440
4. El problema del precio mixto 472
4.1. Concepto 472
4.2. Ubicación legislativa del tema 474
4.3. Soluciones legislativas y doctrinarias adoptadas sobre el precio mixto 476
4.3.1. Posiciones de carácter objetivo 476
4.3.2. Posiciones de carácter fundamentalmente subjetivo 477
4.4. Nuestra posición 478

Idoneidad del artículo 1531 482

Fundamento 483

Capítulo Segundo
El bien materia de la venta

Requisitos del bien materia del contrato de compraventa

Fuentes nacionales del artículo 1532 487

Análisis 490

1. El bien como uno de los elementos esenciales-especiales del contrato compraventa 490
1.1. Concepto y clasificación de los bienes en el Derecho Romano 490
1.2. Los bienes y los contratos en el Derecho Romano 493
1.3. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Romano 494
2. Los bienes materia del contrato de compraventa en el Derecho Español 503
2.1. Los bienes y su clasificación en España 504
2.2. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español 508
2.2.1. El Fuero Juzgo 508
2.2.2. La Ley de las Siete Partidas 510
3. El concepto de bienes en la legislación civil peruana 520
4. Tratamiento de los bienes en la codificación civil contemporánea 531
4.1. Concepto o definición de bienes 531
4.2. Distinción de los bienes según su corporeidad 535
4.2.1. Bienes corporales 535
4.2.2 Bienes incorporales 536
4.3. Distinción de los bienes según su movilidad 537
4.3.1. Bienes inmuebles 537
4.3.2. Bienes muebles 541
4.4. Distinción de los bienes según su fungibilidad Los bienes fungibles y los bienes no fungibles 546

4.5. Distinción de los bienes según su consumo
Los bienes consumibles y no consumibles 548
4.6. Distinción recíproca de los bienes
Los bienes principales y los bienes accesorios 549
4.7. Distinción de los bienes según su divisibilidad
Los bienes divisibles e indivisibles 551
4.8. Distinción de los bienes según su singularidad
Los bienes singulares y colectivos 552
4.9. Distinción de los bienes de acuerdo a su comerciabilidad
Los bienes que están dentro y los bienes que están fuera del comercio de los hombres 553
4.10. Distinción de los bienes de acuerdo a su pertenencia 554
4.10.1. Bienes de propiedad de los particulares 555
4.10.2. Bienes estatales 556
4.10.3. Bienes mostrencos y vacantes 560
4.10.4. Bienes destinados al culto 561
4.10.5. Bienes de los institutos civiles 562
4.10.6. Bienes de la monarquía o reino 562
4.10.7. Bienes comunales 563

5. Nuestro concepto de bienes 564

6. Bienes materia de los contratos en general en el Código Civil Peruano 571

7. Características que debe reunir el bien materia de los contratos, en general, y del contrato de compraventa, en particular 574
7.1. Que el bien exista o sea susceptible de existir 576
7.2. Que el bien sea determinado o determinable 580
7.3. Que su enajenación no esté prohibida por ley 585

Idoneidad del artículo 1532 595

Fundamento 595

Compraventa de bien pasado

Fuentes nacionales del artículo 1533 597

Análisis 599

1. Los bienes pasados, presentes y futuros. Precisiones necesarias 599

2. Compraventa de un bien que ha perecido totalmente al momento de la celebración del contrato 603

3. Compraventa de un bien que ha perecido sólo parcialmente al momento de la celebración del contrato 605
3.1. Si el comprador opta por no quedarse con lo que queda del bien 606

3.2. Si el comprador opta por seguir obligado al vendedor podra solicitar la entrega del bien 606
3.3. Poniéndose de acuerdo las partes y comunicando tal acuerdo a los Tribunales 606
4. Magnitud de la pérdida 606
5. Posiciones de la doctrina 608
5.1. La pérdida debe ser de la mayor parte del bien o de una parte considerable del mismo 608
5.2. Basta que la pérdida recaiga sobre una parte del bien 608
5.3. Debe apreciarse la intención de las partes contratantes 608
5.4. Debe verse cada caso concreto 609
6. Criterios de valoración de la parte subsistente del bien 609
7. Posiciones de la doctrina 609
7.1. El precio se reduce en relación a la parte del bien que se perdió 609
7.2. Debe efectuarse una justa tasación del bien 610
7.3. La reducción del precio debe tener estricta relación con la integridad del bien, sin considerar el valor de la parte subsistente 610
8. Naturaleza jurídica 610
9. Venta de un conjunto de bienes, alguno(s) de los cuales ha(n) perecido 612
10. Posiciones de la doctrina y la legislación 612
10.1. El contrato es rescindible porque el precio global confiere una unidad al objeto del acto 613
10.2 Debe apreciarse la intención de los contratantes, lo que equivale a decir que se estará a un adecuado arbitrio judicial 613

Idoneidad del artículo 1533 614

Fundamento 614

Compraventa conmutativa de bien futuro o *emptio rei speratae*

Fuentes nacionales del artículo 1534 617

Análisis 618

1. Generalidades y precisiones necesarias 618
2. Deslinde doctrinal entre la denominada «compraventa de bien futuro» y la llamada «compraventa de esperanza incierta» 630
3. Naturaleza jurídica 633
3.1. Se trata de una compraventa condicional 633
3.2. Se trata de una compraventa sometida a una *conditio iuris* 636
3.3. Se trata de una promesa de venta 637
3.4. Se trata de una compraventa imperfecta 637
3.5. Se trata de una compraventa en período de constitución 638

3.6. Se trata de un futuro contrato de compraventa 639
3.7. Se trata de una compraventa meramente obligatoria 639
4. Grado de intervención de las partes para que el bien llegue a tener existencia 641

Idoneidad del artículo 1534 643

Fundamento 643

Compraventa condicional de bien futuro con la asunción de algunos riesgos

Fuentes nacionales del artículo 1535 645

Análisis 646

1. Semejanzas y diferencias con la compraventa de bien futuro meramente conmutativa (artículo 1534) y la compraventa de bien futuro meramente aleatoria (artículo 1536) 648
2. Alcances de la asunción del riesgo de cuantía, pero no de la calidad ni de la existencia del bien 650
3. Alcances de la asunción del riesgo de calidad, pero no de cuantía ni existencia del bien 650
4. Alcances de la asunción de los riesgos relativos a cuantía y calidad, pero no de la existencia del bien 650
5. Posibilidad de combinar la asunción del riesgo 650
6. Importancia de una razonable presunción de que el bien llegará a existir 651

Idoneidad del artículo 1535 651

Fundamento 651

Compraventa aleatoria de bien futuro o *emptio spei*

Fuentes nacionales del artículo 1536 653

Análisis 654

1. Estudio de los elementos constitutivos de este contrato 654
2. Concepto de álea, chance, suerte, azar, esperanza y riesgo 655
3. Naturaleza jurídica del objeto de este contrato 657
4. Naturaleza jurídica de este contrato 657
   4.1. Se trata de una compraventa condicional 657
   4.2. Se trata de una compraventa perfecta 658
   4.3. Se trata de una compraventa de un derecho eventual de crédito 658
   4.4. Se trata de una compraventa de una determinada actividad 659

4.5. Se trata de un arrendamiento de servicios 659
4.6. Se trata de una compraventa aleatoria 659
4.6.1. La compraventa de esperanza incierta es un contrato con caracteres propios (contrato de compraventa de bien futuro aleatoria) 660
4.6.2. La llamada «compraventa de esperanza incierta» es un contrato aleatorio 660
4.7. Se trata de un contrato aleatorio 662
4.7.1. Contrato aleatorio atípico o innominado 662
4.7.2. Contrato aleatorio típico 663

5. Formas de resolver el problema en caso existieran dudas acerca de si el contrato de compraventa celebrado es uno conmutativo, aleatorio o un acto que comparte rasgos de conmutatividad y aleatoriedad 664
5.1. De acuerdo a las circunstancias que rodean a la celebración del contrato 664
5.2. De acuerdo al empleo de expresiones en sentido condicional 664
5.3. De acuerdo al monto del precio 664
5.4. De acuerdo a si se trata de una compraventa *ad mensuram* o *ad corpus* 665
5.5. De acuerdo a si se estipuló comisión para un intermediario 665
5.6. De acuerdo al grado de conocimiento que se tenga de la probable futura existencia del bien 665
5.7. De acuerdo a si se ha convenido el pago íntegro del precio ante cualquier eventualidad 666
5.8. Supuesto de duda insoluble 666
5.9. Nuestra posición 666

6. La venta de bien futuro, el caso fortuito, la fuerza mayor y la diligencia ordinaria requerida 667

7. Compraventa de bienes existentes, pero en peligro de dejar de existir 668

8. Compraventa de bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa 673

Idoneidad del artículo 1536 680

Fundamento 680

Promesa de la obligación o del hecho de un tercero relativa a la eventual celebración de un contrato de compraventa

Fuentes nacionales del artículo 1537 681

Análisis 682

1. Consideraciones preliminares acerca de la pertenencia de los bienes y el contrato de compraventa 682
1.1. Criterio legal 682
1.2. Criterio contractual 682

2. Existencia de los bienes corporales ajenos 683
3. Existencia de los bienes incorporales ajenos 686
4. Naturaleza jurídica del artículo 1537 687
4.1. Contrato atípico 687
4.2. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero 691

Idoneidad del artículo 1537 701

Fundamento 701

Novación legal de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero por las obligaciones propias de un contrato de compraventa

Fuentes nacionales del artículo 1538 703

Análisis 704

1. Naturaleza jurídica 704
1.1. Se trata de una obligación legal de transferir la propiedad del bien adquirido 704
1.2. Se trata de un caso de conversión del acto jurídico 706
1.3. Novación legal 709

Idoneidad del artículo 1538 y fundamento 714

Venta de bien ajeno. Consecuencias

Fuentes nacionales del artículo 1539 719

Análisis 721

1. La venta de bien ajeno en estricto. Concepto 721
2. Obligación del vendedor de informar al comprador sobre el carácter ajeno del bien 726
3. Posiciones de la doctrina y la legislación 730
3.1. Contrato nulo 730
3.1.1. Fundamento de la nulidad 739
3.1.1.1. Es un contrato contra toda razón y contra todo principio 739
3.1.1.2. Es un contrato ridículo 739
3.1.1.3. Es un contrato de objeto jurídicamente imposible 739
3.1.1.4. Es un acto contrario a la moral 740
3.1.1.5. Se funda en una causa ilícita 741
3.1.1.6. Es atentatoria contra el orden social 741
3.1.1.7. Se basa en un error sobre la persona del vendedor 741
3.1.1.8. Se basa en un error sobre la pertenencia de la cosa vendida 742
3.1.1.9. El principio romano *nemo dat quod non habet* 742
3.1.1.10. Se basa en un error sobre la causa 743

3.1.1.11. Se basa en un error sobre la substancia de la cosa vendida 743
3.1.2. Personas facultadas para plantear la acción de nulidad 743
3.1.3. Posiciones de la doctrina y de la legislación 744
3.1.3.1. Sólo el comprador puede demandar la nulidad 744
3.1.3.1.1. Oportunidad en la que puede accionar el comprador 745
3.1.3.1.1.1. Si el contrato se ha ejecutado y el vendedor ha entregado al comprador el objeto vendido 745
3.1.3.1.1.2. Si el objeto vendido no ha sido entregado 745
3.1.3.2. El comprador, el vendedor, así como cualquier otra persona puede demandar la nulidad 746
3.1.4. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta de bien ajeno por un hecho posterior 747
3.1.4.1. Supuesto de ratificación por el verdadero propietario 747
3.1.4.2. Supuesto en el cual el vendedor vuelve a adquirir la propiedad del bien que había vendido previamente 748
3.1.4.3. Supuesto en el cual el comprador renuncia a demandar la nulidad 748
3.1.5. Excepciones a la nulidad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia 748
3.1.5.1. Cuando se ha establecido en el contrato un plazo para que opere la transferencia de la propiedad 748
3.1.5.2. Cuando se trata de bienes inciertos 749
3.1.5.3. Cuando así lo determina la libre voluntad de las partes 750
3.1.5.4. Cuando el vendedor tiene la propiedad del bien sujeta a condición 750
3.1.5.5. Cuando se trata de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero 751
3.1.5.6. Cuando el bien es futuro 752
3.1.5.7. Cuando el contrato está sujeto a condición suspensiva 752
3.1.5.8. Cuando el comprador no está expuesto a peligro alguno 752
3.1.5.9. Cuando se trata de una compraventa «en la modalidad de suministro» 752
3.1.5.10. Cuando el «pretendido vendedor» se obliga a adquirir el bien para transferirlo al «pretendido comprador» 753
3.1.5.11. Cuando el «pretendido vendedor» no se obliga a transferir la propiedad, sino sólo la posesión del bien 753
3.1.6. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno 756
3.2. Contrato anulable 765
3.2.1. Argumentos de la doctrina en favor de esta posición 765
3.2.1.1. En relación a los efectos del contrato 766
3.2.1.2. En relación al saneamiento por evicción 766
3.2.1.3. En relación a la prescripción adquisitiva 766

3.2.1.4. En relación a los frutos y productos 766
3.2.1.5. En relación al titular de la acción 766
3.2.1.6. En relación a los daños y perjuicios 767
3.2.1.7. En relación a la posibilidad de adquirir el bien por prescripción adquisitiva 767
3.2.1.8. En relación a la posibilidad de confirmación del acto 767
3.2.2. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad relativa o anulabilidad de la venta de bien ajeno 767
3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo 782
3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble 785
3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno 793
3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984 796
3.6.1. El problema de la rescisión del contrato 801
3.6.1.1. Posición favorable a la rescisión del contrato 802
3.6.1.2. Posición contraria a la rescisión del contrato 806
3.6.2. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta por parte del propietario del bien 806
3.6.3. Posibilidad de convalidación del vicio que hace rescindible a la venta de bien ajeno 807

Idoneidad del artículo 1539 807

Fundamento 807

Venta de bien parcialmente ajeno

Fuentes nacionales del artículo 1540 809

Fuentes y concordancias extranjeras 810

Análisis 810

1. Supuestos de venta de bien parcialmente ajeno 810
1.1. Venta de un conjunto de bienes de los cuales algunos son propios y otros son ajenos 811
1.2. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta en calidad de copropietario con otra(s) persona(s) 812
1.2.1. Contradicción existente entre los artículos 1540 y 978 del Código Civil 812
1.3. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra(s) persona(s), pero no en calidad de copropietarios sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien 813

1.4. Venta de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, por parte de uno solo de los cónyuges 814

2. Opción del comprador entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio 817

3. Magnitud de la parte ajena del bien para que proceda la rescisión del contrato 818

Idoneidad del artículo 1540 819

Fundamento 819

Otras consecuencias de la venta de bien ajeno

Fuentes nacionales del artículo 1541 821

Análisis 822

1. Obligaciones que surgen de los supuestos de rescisión de la venta de bien total o parcialmente ajeno 822
   - 1.1. Obligación del vendedor de restituir al comprador el precio recibido 823
   - 1.2. Obligación del comprador de restituir el bien (en caso de haberlo recibido) al vendedor o a su verdadero propietario 823
   - 1.3. Obligación del vendedor de pagar al comprador una indemnización por los daños y perjuicios causados 824
   - 1.4. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador los gastos del contrato en que este último hubiese incurrido 824
   - 1.5. Obligación del vendedor de pagar al comprador intereses legales 825
   - 1.6. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador el monto pagado por éste por concepto de tributos relativos al contrato 825
   - 1.7. Obligación del vendedor de pagar al comprador el valor de todas las mejoras que éste hubiere introducido en el bien 825
   - 1.8. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por evicción 826
     - 1.8.1. Posibilidad de trato entre el comprador de lo ajeno y el propietario del bien 829
     - 1.8.2. Derecho a exigir el saneamiento por evicción o la indemnización de daños y perjuicios 829
     - 1.8.3. Posibilidad de planteamiento de la acción de saneamiento por evicción en la venta de bien ajeno 830
     - 1.8.4. Evicción parcial y venta de bien parcialmente ajeno 830
     - 1.8.5. Importancia de la magnitud de la pérdida para el ejercicio de la acción en los casos de evicción y de venta de bien parcialmente ajeno 830
     - 1.8.6. Acciones de rescisión o resolución del contrato 831
     - 1.8.7. Precio o valor 831

1.8.8. Venta de un bien en copropiedad del cual una parte es ajena o de varios bienes interdependientes de los cuales uno o varios son ajenos 832
1.8.9. Plazos de prescripción o caducidad 832
1.8.10. Finalidad para la que se adquirió el bien 833
1.8.11. Intereses 833
1.8.12. Mejoras 834
1.8.13. A quiénes corresponde el pago de las mejoras 834
1.8.14. Frutos y costas 834
1.8.15. Indemnización de daños y perjuicios 835
1.8.16. Derecho controvertido 835
1.8.17. Requisito para la procedencia de las acciones 835
1.8.18. Necesidad o no de la perturbación de algún derecho 836
1.9. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por hecho propio del transferente 836

2. El contrato de venta de bien ajeno, según el conocimiento o desconocimiento de las partes respecto del carácter ajeno del bien 836
2.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien 837
2.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce y el vendedor conoce el carácter ajeno del bien 838
2.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter 839
2.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien 840

3. Bienes susceptibles de estar comprendidos en las cuatro hipótesis anteriormente desarrolladas 841
3.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador des conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor conoce dicho carácter 842
3.1.1. Bienes muebles no registrables 842
3.1.2. Bienes inmuebles 842
3.1.2.1. Inmuebles registrados 842
3.1.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 842
3.1.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 842
3.1.2.2. Inmuebles no registrados 843
3.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien 843
3.2.1. Bienes muebles 843
3.2.2. Bienes inmuebles 843

3.2.2.1. Inmuebles registrados 843
3.2.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 843
3.2.2.1.2 Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 843
3.2.2.2. Inmuebles no registrados 843
3.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter 844
3.3.1. Bienes muebles 844
3.3.2. Bienes inmuebles 844
3.3.2.1. Inmuebles registrados 844
3.3.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 844
3.3.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 844
3.3.2.2. Inmuebles no registrados 844
3.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien 844
3.4.1. Bienes muebles 844
3.4.2. Bienes inmuebles 845
3.4.2.1. Inmuebles registrados 845
3.4.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 845
3.4.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 845

Idoneidad del artículo 1541 845

Fundamento 845

Compraventa de bienes muebles en tiendas o establecimientos abiertos al público

Fuentes nacionales del artículo 1542 847

Análisis 848

1. Ámbito de aplicación de la norma 848
2. Diferencias y semejanzas con el artículo 948 del Código Civil 849
3. Aplicación práctica 849

4. Concepto de establecimiento comercial 851
5. Concepto de tienda 852
6. Concepto de local abierto al público 852
7. Concepto de factura 852
8. Concepto de boleta 853
9. Concepto de póliza 853
10. Imposibilidad de reivindicación 854
11. Acciones civiles que tiene el comprador perjudicado contra el vendedor 854
12. Acciones penales existentes contra el vendedor 854

La compra de bien propio

1. Consideraciones generales 855
2. Naturaleza jurídica 859
   2.1. Se trata de una compraventa nula por tener objeto jurídicamente imposible 859
   2.2. Se trata de una compraventa nula por tener fin ilícito 862
   2.3. Se trata de un contrato atípico válido a través del cual el poseedor del bien se obliga a transmitir dicha posesión al propietario del mismo 863
   2.4. Se trata de una transacción 864
   2.5. Se trata de una compra de bien propio, en estricto 864
   2.6. Nuestra posición 865
      2.6.1. Si el comprador, el vendedor o ambas partes desconocen que el bien vendido es propio del comprador 866
      2.6.2. Si ambas partes conocen, al momento de la celebración del contrato, el hecho de que el bien pertenece en propiedad al comprador 866
         2.6.2.1. Si se compra un bien propio y el contrato es uno puro y simple 866
         2.6.2.2. Si el comprador de bien propio tiene la propiedad del mismo bajo una condición resolutoria o un plazo resolutorio, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor 867
         2.6.2.3. Si un bien se encuentra en litigio entre dos partes, y una de ellas paga a la otra una cantidad de dinero con el propósito expreso de que se termine el pleito sobre el bien 867
         2.6.2.4. Cuando se compra la parte ajena de un bien parcialmente propio y parcialmente ajeno 867
         2.6.2.5. Cuando se compra la totalidad de un bien del cual una parte es propia del comprador y otra le es ajena 867

2.6.2.6. Si sobre el bien recayesen determinados derechos reales que implicasen una desmembración del derecho de propiedad, como es el caso de la posesión, del uso, del disfrute o de ambos (usufructo), o se hubiese constituido sobre el mismo algún derecho real, como es el caso del derecho de superficie, o una servidumbre 868
2.7. Podría llegar a tratarse de una compraventa de bien ajeno, en caso quien venda ya se hubiera hecho propietario del bien 868

Idoneidad del artículo 1542 870

Fundamento 870

Capítulo Tercero
El precio

El precio

1. Requisitos 875
1.1. Que consista en dinero o signo que lo represente 875
1.2. Que sea verdadero 875
1.3. Que sea serio 877
1.4. Que sea cierto 883
1.4.1. Delimitación conceptual 883
1.4.1.1. Precio determinado 884
1.4.1.2. Precio determinable 886

Precio dejado a la determinación exclusiva de una de las partes

Fuentes nacionales del artículo 1543 889

Análisis 890

Determinación del precio dejada a la decisión de tercera persona

Fuentes nacionales del artículo 1544 893

Análisis 895

1. Historia 895
2. Naturaleza jurídica del tercero designado por las partes para la determinación del precio 896
2.1. Posiciones de la doctrina 896
2.1.1. El tercero es un árbitro 897
2.1.2. El tercero es un perito 897
2.1.3. El tercero es un árbitro o un perito 897

2.1.4. El tercero es un mandatario 897
2.1.5. El tercero es un árbitro, perito o mandatario 897
2.1.6. El tercero es un arbitrador 898
2.1.7. Nuestra posición 898

3. Carácter del mandato recibido por el tercero 903

4. Supuesto de pluralidad de terceros encargados de la determinación del precio 903

5. Manera en la cual los terceros deben tomar y expresar su decisión 905
5.1. La decisión debe ser adoptada por unanimidad 905
5.2. La decisión puede ser adoptada por mayoría absoluta 905
5.3. Nuestra posición 905

6. Momento en el cual debe efectuarse la designación del tercero o de los terceros que deberán determinar el precio 906
6.1. Posiciones de la doctrina y la legislación 906
6.1.1. La designación del tercero debe efectuarse en el propio contrato de compraventa 906
6.1.2. Resulta posible efectuar una designación del tercero con posterioridad a la celebración del contrato 906
6.1.3. Nuestra posición 907

7. Momento en el cual el tercero debe efectuar la determinación del precio 908

8. Posibilidad de impugnación de la decisión del tercero 908
8.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad 910
8.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio 911

9. Supuestos en los cuales el tercero designado para determinar el precio no lo hiciere 912
9.1. Tendencia que sanciona la falta de determinación del precio por el tercero con la pérdida de eficacia del acto (término dentro del cual incluimos los supuestos de «nulidad», «caducidad» e «ineficacia» del acto o contrato celebrado) 912
9.2. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, dicha determinación la hará el juez 912
9.3. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que convinieren los contratantes, y que en caso de no convenirse otra, no habrá venta 913
9.4. Nuestra posición 914
9.4.1. Si el tercero manifiesta su voluntad, señalando un precio 914
9.4.1.1. Arbitrio de equidad 914
9.4.1.1.1. Si es amparada la demanda del contratante que se siente perjudicado con la decisión del tercero, para que se anule dicho precio, el juez podrá, con el auxilio de peritos, proceder a la determinación de un nuevo precio 914

9.4.1.1.2. El juez no está facultado para modificar el precio señalado por el tercero 915
9.4.1.2. Mero arbitrio 917
9.4.2. El tercero no manifiesta su voluntad 918
9.4.2.1. Arbitrio de equidad 919
9.4.2.2. Mero arbitrio 919
10. Naturaleza jurídica del contrato en que la determinación del precio se deje a la decisión de un tercero 919
11. Supuesto en el cual las partes designan en el contrato a una persona que posteriormente designará al tercero que se encargará de la determinación del precio 923
12. Valor del bien a tomar en consideración por el tercero 923

Determinación del precio dejado al que tengan bienes similares en mercado, plaza o bolsa en un día determinado

Fuentes nacionales del artículo 1545 925

Fuentes y concordancias extranjeras 927

Análisis 930

1. Delimitación conceptual 930
1.1. Concepto de bolsa 931
1.2. Concepto de mercado 931
1.3. Concepto de plaza 931
2. Naturaleza jurídica de este contrato 932
3. Ámbito de aplicación de esta norma 932
3.1. Posición que excluye a los bienes no fungibles 932
3.2. Posición que admite a los bienes no fungibles dentro de este pacto 932
3.3. Supuesto de bienes inmuebles 932
3.4. Supuesto en que el bien vendido sea fungible 933
4. Media proporcional en la cotización librada al mercado, plaza o bolsa 933
4.1. Precisiones de índole temporal 934
4.2. Precisiones de índole valorativo 935
4.3. Precisiones en cuanto al precio de compra o al precio de venta 937
4.4. Precisiones de índole geográfico 937
5. Precio mayor o menor al de mercado 938
6. Cotización señalada por corredores 938
6.1. Supuesto en que no exista dicha cotización de mercado 939
6.1.1. Es necesario analizar cada caso concreto para decidir si hay o no contrato 939
6.1.2. No hay contrato 939

6.1.3. Nuestra posición 939

7. Supuesto en que no se hayan establecido ni la fecha ni el lugar a tomar en consideración para determinar el precio 940

8. Supuesto en que se haya determinado el lugar de la plaza, mercado o bolsa, pero nada se haya dicho acerca de la fecha 940

Otros supuestos de precio determinable

Fuentes nacionales del artículo 1546 943

Análisis 944

1. Pertinencia de la norma 944

2. Diversos supuestos de precio determinable 944
   - 2.1. Compraventa por el precio que otro ofrezca por el bien 945
   - 2.2. Compraventa por el precio que tenga otro bien cierto 946
   - 2.3. Compraventa por el precio de costo de producción del bien 946
     - 2.3.1. Si el bien ha sido producido por el propio vendedor 946
     - 2.3.2. Si el bien ha sido producido por terceras personas (ajenas al comprador y vendedor) 947
       - 2.3.2.1. Que las partes sometan el contrato a la condición suspensiva de que efectivamente el bien haya costado algo 947
       - 2.3.2.2. Que las partes hubiesen querido celebrar un contrato puro y simple 947
   - 2.4. Compraventa por el precio de adquisición del bien por el vendedor 948
   - 2.5. Compraventa por el precio equivalente a la cantidad de dinero que haya en un lugar determinado 948
   - 2.6. Compraventa por el precio equivalente al valor del bien 949
   - 2.7. Compraventa por el precio equivalente a aquel en el cual otra persona venda un bien 949
     - 2.7.1. Que el tercero todavía no haya vendido 950
     - 2.7.2. Que el tercero haya vendido el bien 950
   - 2.8. Compraventa con precio dejado a la suerte 950
   - 2.9. Compraventa con precio dejado al monto en el cual el vendedor venda un día determinado 951
   - 2.10. Compraventa dejada al justo precio 951
     - 2.10.1. El contrato es nulo 951
     - 2.10.2. El contrato es válido 951
   - 2.11. Compraventa por el precio que resulte de posterior tasación del bien 953
   - 2.12. Compraventa por el precio dejado a resultado de una subasta pública 953
     - 2.12.1. Que las partes pacten dejando la determinación del precio del bien sobre el cual contratan, referida a la postura más alta en la que se venda otro bien (similar o no) en subasta pública 954

2.12.2 Que el supuesto esté referido al propio bien materia de la venta, en el cual, debido a disposición legal, el bien deba ser vendido en subasta pública 954
2.13. Compraventa con precio dejado a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú 954
2.14. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a monedas extranjeras 955
2.15. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a metales preciosos o minerales en general 955
2.16. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a cualquier otra mercancía 955
2.17. Supuesto en que las partes no pueden fijar el precio. El precio legal 955

Idoneidad del artículo 1546 957

Fundamento 957

Supuesto en el cual las partes hayan omitido determinar el precio y fijar las reglas para su posterior determinación, en bienes de comercialización corriente y masiva

Fuentes nacionales del artículo 1547 959

Análisis 960

1. Delimitación conceptual 960

2. Precio a tomar en consideración 961
2.1. Se tomará el precio corriente de plaza del día de la entrega del bien 961
2.2. Se tomará el precio en el cual el vendedor expende habitualmente ese bien 961

Idoneidad del artículo 1547 963

Fundamento 963

El precio en las ventas en que aquél se fija por peso

Fuentes nacionales del artículo 1548 965

Análisis 966

1. Concepto de peso bruto 966

2. Concepto de peso neto 966

3. Consideraciones generales 966

Eventual adición legislativa 967

Fundamento 967

Palabras liminares a la segunda edición

En julio de 1999, obtuve el grado académico de doctor en Derecho con la tesis titulada «El contrato de compraventa en el Código Civil de 1984». Este momento fue para mí uno muy especial, pues con la sustentación de esa tesis culminé mis estudios académicos de postgrado.

Al año siguiente publiqué en la Biblioteca «Para leer el Código Civil» del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el volumen XVI de la misma, constituido por una obra de seis tomos que llevó por título «Tratado de la Venta» y que se basó en mi tesis doctoral, terminada de escribir a principios de 1999.

Han transcurrido, entonces, once años desde que terminé de escribir esta obra y diez desde su publicación.

En estos años se han producido diversos cambios en la legislación nacional, los mismos que han afectado —de una manera u otra— algunos extremos de dicha obra.

De igual modo, he repensado muchas teorías, habiéndome ratificado en el contenido mayoritario de ellas, pero también he cambiado de parecer en algunas otras.

En ese sentido, consideré necesario iniciar el camino de trabajar una segunda edición del «Tratado de la Venta», la misma que pusiera al día mis posiciones sobre el más importante de los contratos, a la par que actualizara la legislación e hiciese más fluida su lectura.

Es así que presento al lector esta segunda edición del «Tratado de la Venta», la misma que hoy aparece publicada en una coedición del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra Editores y mi estudio de abogados.

Debo advertir al lector que, si bien esta segunda edición constituye una puesta al dia de la primera, no incluye referencias a nueva bibliografía o a nuevas leyes extranjeras. Esta empresa, deuda pendiente con mis lectores, espero sea objeto de la tercera edición de la obra; sin embargo, emprenderla ahora hubiera significado retrasar por varios años la aparición de esta segunda edición.

Además, hemos cambiado el formato de la obra para hacerlo más vistoso y útil.

Antes de culminar estas palabras, deseo agradecer la muy valiosa ayuda del señor Jhoel W. Chipana Catalán, estudiante de Derecho, amigo personal y joven promesa del Derecho Civil, quien ha colaborado conmigo en la puesta al día de la obra; y a la señora Mónica Benavides Segura, cuya abnegada e inteligente labor secretarial, ha contribuido a hacer realidad este esfuerzo académico.

Asimismo, deseo agradecer el apoyo proporcionado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la persona de su directora ejecutiva, la señora Patricia Arévalo Majluf y a Palestra Editores, en la persona de su director-gerente, el doctor Pedro Grández Castro.

Lima, marzo del 2010

Mario Castillo Freyre

Palabras liminares a la primera edición

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

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

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

Paralelamente realizaba estudios en la maestría de Derecho Civil de la Escuela de Graduados, interesándome en complementar mis investigaciones acerca del bien materia del contrato de compraventa, vale decir, de todos aquellos bienes suscepti-

bles de ser objeto de la prestación del vendedor, de los cuales no me había ocupado en la tesis de bachillerato, la misma que se circunscribía a los bienes ajenos. Con ese trabajo opté el grado de magíster en Derecho en noviembre de 1991.

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

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

Una gran oportunidad para iniciar esa empresa fue el haber cursado el doctorado en Derecho en la Universidad Católica, entre julio de 1995 y septiembre de 1997. En los dos últimos seminarios de dicho doctorado, constituía deber de todo alumno desarrollar un tema de tesis que lo condujera en el futuro a optar el grado académico de doctor en Derecho. Obviamente, escogí como tema de tesis uno relacionado al contrato de compraventa, siendo mi intención inicial estudiar las obligaciones del vendedor y del comprador, rubros contenidos en los Capítulos Cuarto y Quinto del Título «De la compraventa» en el Código Civil Peruano (artículos 1549 a 1566). Sin embargo, mi asesor de tesis, Manuel de la Puente y Lavalle me aconsejó aprovechar esta oportunidad y culminar con el estudio de todo el contrato de compraventa en el Código Civil de 1984. Ello implicaba que la tesis fuese un análisis completo del contrato de compraventa en el Código Civil, situación que —aunada a la disposición de la Comisión del Doctorado, relativa a la obligatoriedad de realizar el estudio empleando, fundamentalmente, el método exegético— hacía necesario analizar de modo pormenorizado los artículos 1529 a 1601 del Código Civil, vale decir, 72 numerales y todo el Título I de la Sección Segunda, Contratos nominados, del Libro VII, Fuentes de las Obligaciones.

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

Como base, sólo contaba con mis trabajos sobre el Segundo y el Tercer Capítulo del referido Título, relativos al bien y al precio materia de ese contrato, pero me faltaba estudiar el Capítulo Primero, de las disposiciones generales y teoría general del

contrato de compraventa, donde también debía hacer una investigación comparativa entre este contrato y otros contratos y figuras jurídicas que tuvieran algunos rasgos de semejanza con la compraventa; faltando también abordar el Capítulo Cuarto, referido a las Obligaciones del vendedor, el Capítulo Quinto, relativo a las Obligaciones del comprador, el Capítulo Sexto, atinente a la Transferencia del riesgo, el Capítulo Séptimo, que concierne a la Venta a satisfacción del comprador, a prueba y sobre muestra, el Capítulo Octavo, relativo a la Compraventa sobre medida, el Capítulo Noveno, referido a la Compraventa sobre documentos, el Capítulo Décimo, relativo a los Pactos prohibidos y a aquéllos que pueden integrar la compraventa, pacto de retroventa, y, por último, el Capítulo Undécimo, concerniente al Derecho de retracto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es también a partir de esa época en que comienza la discusión pública acerca del tema, habiéndose llegado a esbozar diversas posiciones, tales como aquélla que planteaba modificar sólo lo esencial, otra que proponía derogar el Código Civil de 1984 y poner en vigencia nuevamente el de 1936, y hasta posiciones novedosas, como la que planteaba modificar radicalmente todo el Código Civil de 1984 y empezar el largo proceso de elaboración de un Código Civil nuevo, totalmente distinto y hasta revolucionario (naturalmente, en el sentido moderno de la palabra).

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

Pero conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de la discusión del mismo no era sino algo artificial; iba constatando

---

[1] Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil Peruano de 1984.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

que al ámbito académico era al único sector de Abogados al que realmente podía interesar —o no— emprender una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de Abogado, poco o nada interesaba el asunto; que éste se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera todos los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

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

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

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

Nada más erróneo que eso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ejemplo de normas que resisten a los embates de la ciencia, lo constituyen los artículos 1373 y 1374 del Código, los mismos que prescriben que el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

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

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

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

Temo que ése fue el caso, por citar un ejemplo de importancia, de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, en donde basta comprobar lo infelices que han sido las reformas en tres puntos muy afines a mis preferencias académicas, como son el pago por consignación, la rescisión y la resolución contractuales.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se ha señalado que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, durante los últimos años la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, los que resulta imperativo enmendar, para que dicho cuerpo legal no pierda la calidad que tiene.

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

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

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

Nuestros tiempos ya son otros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ninguna manera pretendemos idealizar a la ley, pero buscamos señalar que es importante entender —de una vez por todas en nuestro país— que el Derecho Civil

no es el Código Civil (ni viceversa), que el Código Civil no es mejor o peor sólo por su contenido, sino por la calidad de la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique en la realidad. Debemos también convencernos de que el proceso de maduración de un Código Civil es lento y no demora años, sino décadas; debemos comprender, al fin y al cabo, que la estabilidad legal —en general— y la del Código Civil —en particular—, es muy importante dentro de una sociedad.

Asimismo debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos aun cuando aquello que las impulsa en realidad no es —fundamentalmente— el imperativo social ni jurídico, sino el afán de traducir en ley todo aquello que nos resulta más convincente, persuasivo o que es más agradable al oído.

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

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

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

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

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

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

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

ción de la solidez de la doctrina peruana, la misma que no ha alcanzado todavía un alto nivel.

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

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

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

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

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

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

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

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

cosas malas tuvo ese Código, cuántas doctrinas equivocadas recogió, cuántos errores se cometieron en su elaboración.

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

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

Luego de transcurridos dos años de la presentación y publicación de mis «Tentaciones académicas» debo confesar que estoy sorprendido por lo disímiles que fueron las lecturas que esta obra generó.

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

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

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

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

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

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

Resulta lamentable que haya personas que no puedan vivir ni dormir sin la idea de que cada día se cambie algún artículo del Código; que cada día vengan a esta pequeña «Isla de la Fantasía» llamada Perú, nuevos pasajeros, nuevos visitantes, conocidos y desconocidos, de otros países (no de fantasía sino de realidad), para que nos digan que nuestras palmeras y nuestras bailarinas son bellas; que nuestro Código es lindo, hermoso; en una palabra, «fantástico».

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

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

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

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

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

Eso es lo que algunos creen que se debe hacer con el Código Civil. El Código, malo, regular, bueno, muy bueno, o digno del paraíso, no es sino un Código más dentro de nuestra tradición jurídica y el Perú es solamente un país más dentro de esa tradición. No nos envanezcamos con la opinión de los turistas (o juristas). Es obvio

que un invitado nunca podrá hablar mal de la obra de los dueños de casa. Eso sería descortesía absoluta. ¿O acaso esperábamos que algún profesor extranjero invitado a algún Congreso Internacional de Derecho que se haya organizado en el Perú, venga a hablar mal de nuestro Código Civil? Eso no ha ocurrido nunca ni ocurrirá jamás en ninguna parte del mundo. Simplemente, sería inimaginable.

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

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

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

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

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

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

Si se hiciese un nuevo Código Civil, el mismo habría sido elaborado sin que lo pida ni necesite el medio jurídico nacional. Pero será dicho medio jurídico el que tendrá que padecer las consecuencias de una reforma, de tal magnitud, que lleve a que muchos colegas, ajenos al ámbito académico o a la docencia universitaria, sientan que existen otros que saben más que ellos y que ha resultado imprescindible la inclusión en ese nuevo Código de toda cuanta definición fuere imaginable incluir; de todo concepto o de toda teoría sofisticada, sostenida tal vez por algún o algunos profesores extranjeros, pero que resultan desconocidas para el Abogado peruano; y no sólo desconocidas, sino, lo que es peor, en la mayoría de casos inútiles. Muchas de esas teorías son lo que los profesores franceses del siglo pasado denominaban «sutile-

zas de escuela», de repente dignas de ser conversadas en un salón de clase, pero —aun así— de manera tangencial, pues harían que si destináramos más tiempo para su discusión, en lugar de hacer que nuestros alumnos de Derecho aprendan conceptos que les sean útiles en la vida práctica, lograremos simplemente que pierdan el tiempo.

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

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

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

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

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

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

ese juego que tanto nos gusta a los catedráticos de Derecho Civil: el de expresar la manera cómo creo que el Código debería haber sido.

Ese simple juego, que como todo juego tiene sus reglas, me llevó a modificar 790 artículos (el 37.35% del total), a derogar 210 artículos (el 9.85%), a la vez que a crear 17 adicionales a los ya existentes (es decir, un 0.8%).

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

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

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

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

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

Es obvio que los errores que presenta el Código de 1984 no me quitan el sueño, que puedo dormir tranquilo sabiendo que tiene errores, porque ello es normal; porque todo Código los tiene; y porque estoy convencido, como dijera alguna vez

Fernando de Trazegnies Granda, que los Códigos no deben cambiarse a cada rato, porque eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

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

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

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

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

En la citada obra siempre me encargué de reiterar al lector que se trataba de un juego. Hoy, con el lenguaje —seguramente cruel e injusto— que he venido empleando, podría decir que se trató de una fantasía y que soy consciente de que esa obra tal vez constituyó mi propia «Isla de la Fantasía». Creo que la única virtud que tuvo fue que en ella el autor era consciente de que esa fantasía no debía tornarse en realidad, para bien de todos nosotros.

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

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

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

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

Mis «tentaciones académicas» simplemente pretendieron ser, en lo que respecta al proceso en sí, la versión no oficial del mismo. La versión que lo condena y reprueba, no aquella que lo fomenta y aplaude.

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

En segundo término, incluimos en ese rubro a aquellas tentaciones académicas que nos han vencido y aquéllas que han sido vencidas por nosotros, vale decir, nuestras antiguas tentaciones académicas, las mismas que pueden ser apreciadas por el lector en las tres primeras obras que escribimos sobre el contrato de compraventa: «Los contratos sobre bienes ajenos», «El bien materia del contrato de compraventa» y «El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta». Ahí proponíamos modificaciones al Código Civil, que incluían diversas adiciones al actual articulado. Pero habíamos incurrido —más allá de la pertinencia o no de nuestras ideas— en el pecado de intentar traducir en ley todos nuestros pareceres, confundiendo la línea divisoria entre lo que debe ser un libro de Derecho y un Código Civil.

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

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

Boffi Boggero[2] afirmaba que a veces es preferible seguir denominando a determinadas instituciones por sus nombres consuetudinarios, a pesar de incurrir en el

[2] Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, tomo I, p. 103.

pecado de la inexactitud, cuando toda la sociedad sabe el verdadero significado de las expresiones equivocadas.

Estamos de acuerdo con él.

En cuarto lugar, intentamos no incorporar nuevas definiciones en el Título relativo al contrato de compraventa, por considerar que éstas son más propias de la doctrina que de la ley y que el Código Civil está hecho, fundamentalmente, para ser manejado y entendido por Abogados.

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

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

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

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

Mucho se ha hablado y escrito acerca de este contrato. Tal vez ése haya sido el mayor reto con el que me enfrenté al iniciar la investigación, pues el mismo, independientemente de recordar aquello que ya ha sido expresado en relación al tema por otros autores, debía intentar dar algunos pasos adelante, tanto en sistematización de la información como en la difícil tarea de decir algo nuevo sobre uno de los contratos más antiguos.

No olvidemos que los orígenes de la compraventa se remontan a la aparición del dinero, el mismo que surgió en forma de monedas en el siglo VII antes de Cristo, siendo las más antiguas las de Lidia, en Asia Menor. Resulta imposible conocer exactamente cuándo y dónde se celebró el primer contrato de compra-

venta, pero si tenemos como cierta la afirmación antes efectuada, en relación a la aparición del dinero en forma de moneda, diríamos que la compraventa apareció en esa oportunidad.

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

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

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

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

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

---

[3] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990, p. 10.

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

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

De ahí mi preocupación constante —que ahora cumple catorce años— dirigida a estudiar este contrato, independientemente de las investigaciones que sobre el particular se han hecho en todo el planeta. En este aspecto, resulta imprescindible mencionar que un año antes de culminar este trabajo, fue publicada la obra «Estudios sobre el contrato de compraventa» de nuestro amigo y profesor de siempre, Manuel de la Puente y Lavalle, la misma que leímos de inmediato y que constituye referencia obligada y permanente en este Tratado, dada su inigualable calidad.

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

Someto a consideración del lector los resultados de mis estudios relativos al contrato de compraventa

Lima, abril del 2000

Mario Castillo Freyre

Prólogo

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

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

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

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

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

Mario Castillo Freyre fue un excelente estudiante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú —alma mater común del autor y del prologuista— entre los años 1984 a 1988, época en la que fui su profesor de Derecho

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

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

Luego siguió estudios de Magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, optando ese grado académico en septiembre de 1991, con la tesis titulada «El bien materia del contrato de compraventa», aprobado por unanimidad con la mención de sobresaliente. Dicha tesis fue publicada en noviembre de 1992.

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

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

Hasta aquí podría pensarse que la especialización académica de Mario Castillo Freyre es sobre el contrato de compraventa. Sin embargo, desde el mismo año 1993, el autor empieza a incursionar, conjuntamente con el suscrito, en el «Tratado de las obligaciones» al que antes aludí. Y también, desde que se inició este trabajo hasta

la fecha, al margen de los numerosos artículos que ha publicado, escribió, conjuntamente con el prologuista, la obra denominada «Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú», editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en octubre de 1995; «Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada», en cuatro tomos, en diciembre de 1996; «Todos los Poderes del Presidente (Ética y Derecho en el ejercicio de la Presidencia)», en agosto de 1997; y, en tres tomos, «Tentaciones académicas», en la que, como antes he señalado, discurre por todo el Derecho Civil, en junio de 1998.

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

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

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

Pero debo distraer la atención del lector, para retomar en pocas palabras la obra que nos convoca. En ella Mario Castillo Freyre analiza exhaustivamente cada uno de los preceptos del Código Civil de 1984, con una prolijidad que realmente abruma. Primero transcribe todas las fuentes nacionales de cada precepto; luego, ingresa a la legislación comparada; a continuación, efectúa un análisis singularmente exhaustivo de la norma jurídica que está estudiando, en la que cita, para ello, relevante doctrina civil y jurisprudencia; y cuando así lo juzga conveniente, plantea propuestas de modificación o, eventualmente, la supresión del artículo. Y todo ello lo hace con profundidad y pulcritud.

Estoy seguro en no equivocarme al afirmar que si una persona interesada en las ciencias jurídicas, cualquiera que sea la legislación a la que apele, desea conocer, cabalmente, los alcances de las normas previstas para el contrato de compraventa, tendrá que recurrir, necesariamente, a la lectura de la obra de Mario Castillo Freyre. Ella tiene esa trascendencia, porque cualesquiera que sean los avatares que depare el destino a una normatividad fundamental, el Código Civil de 1984, a través de una Comisión Reformadora que inexplicablemente estaría evaluando la posibilidad de derogarlo, el trabajo de Mario Castillo Freyre subsistirá en el tiempo. El es tan rico que siempre tendrá vigencia.

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

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

Lima, abril del 2000

Felipe Osterling Parodi

Capítulo Primero

Disposiciones generales

Contrato de compraventa. Concepto

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

Fuentes nacionales del artículo 1529

Este artículo registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, el mismo que abordó el tema en su artículo 1:

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

También fue tratado por el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 1002:

> Artículo 1002.- «La venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa y otro a pagarla. Puede hacerse por Escritura Pública, por privada, por cartas, de palabra, por sí mismo, o por medio de apoderado».

El Proyecto de Código Civil de 1890, recogió el concepto de la compraventa en su artículo 1660, señalando lo siguiente:

> Artículo 1660.- «Compraventa es el contrato consensual, por el que una persona trasfiere á otra el dominio de una cosa por cierto precio. Comprador es el que da el precio y vendedor el que trasfiere el dominio de la cosa».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordó la materia en el artículo 1305:

> Artículo 1305.- «La venta es un contrato en que uno se obliga á entregar una cosa y otra á pagarla».

En tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 368:

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

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, lo hizo en el artículo 1372:

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

Y el Código Civil de 1936, en el artículo 1383:

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

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, en su artículo 1:

> Artículo 1.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho, y el comprador se obliga a pagarle un precio cierto en dinero».

Así como también por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1556:

> Artículo 1556.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho y el comprador se obliga a pagarle un precio cierto en dinero».

Y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1492:

> Artículo 1492.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

Análisis

1. Concepto

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

[1] Es numeroso el grupo de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que optan por definir al contrato. En adelante, algunos conceptos representativos.

- *Código Civil Francés:*

  Artículo 1101.- «El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa».
- *Código Civil Belga:*

  Artículo 1101.- «El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa».
- *Código Civil Peruano de 1852:*

  Artículo 1226.- «Contrato es un convenio celebrado entre dos o más personas, por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa».
- *Código Civil Chileno:*

  Artículo 1438.- «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».
- *Código Civil Italiano de 1865:*

  Artículo 1098.- «El contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o modificar relaciones patrimoniales bajo un vínculo jurídico».
- *Código Civil Argentino:*

  Artículo 1137.- «Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos».
- *Código Civil Colombiano:*

  Artículo 1495.- «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas».
- *Código Civil Venezolano de 1880:*

  Artículo 1050.- «El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico».
- *Código Civil Ecuatoriano:*

  Artículo 1481.- «Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».
- *Código Civil Español:*

  Artículo 1254.- «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».
- *Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890:*

  Artículo 317.- «La convención es el acuerdo de dos o más voluntades, con el propósito de crear o de transferir, de modificar o extinguir un derecho, sea real, sea personal.

  La convención toma el nombre particular de contrato, cuando ella tiene por objeto principal la creación de un derecho personal o de una obligación».
- *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

  Artículo 2435.- «Contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico».
- *Código Civil Hondureño de 1906:*

  Artículo 1539.- «Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa».

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

- *Código de las Obligaciones de Suiza:*
  Artículo 1.- «El contrato se perfecciona cuando las partes han, recíprocamente y de una manera concordante, manifestado sus voluntades. Esta manifestación puede ser expresa o tácita».
- *Código Civil Panameño de 1917:*
  Artículo 1105.- «Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas».
- *Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, de 1922:*
  Artículo 130.- «Se considerará concluido el contrato cuando las partes manifiesten recíprocamente, en los casos en que corresponda y en la forma requerida por la Ley, su acuerdo sobre todos los puntos esenciales del mismo. Se considerarán tales en todos casos: el objeto del contrato, el precio y el plazo, así como todos los puntos sobre los cuales, conforme a la declaración previa de una de las partes, haya de mediar acuerdo entre ambas».
- *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*
  Artículo 307.- «Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus derechos».
- *Código Civil del Distrito Federal de México de 1927:*
  Artículo 1621.- «Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones».
  Artículo 1622.- «Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936:*
  Artículo 788.- «Salvo precepto expreso de la ley, la constitución o modificación de las obligaciones por actos jurídicos entre vivos, sólo puede tener lugar mediante contrato».
- *Código Civil Venezolano de 1942:*
  Artículo 1133.- «El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico».
- *Código Civil Italiano de 1942:*
  Artículo 1321.- «(Noción) El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial».
- *Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943:*
  Artículo 972.- «El contrato es el pacto expresamente establecido entre diferentes personas, para darse cosas o constituir derechos siempre que unas y otros sean posibles.
  Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y sus causa habientes, salvo las disposiciones legales que sobre materia civil adopte el Poder Legislativo por los votos de las dos terceras partes de los miembros de cada una de las Cámaras. El

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

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

Nos referiremos a cada uno de ellos por separado.

Poder Ejecutivo no podrá nunca intervenir sobre temas regulados en este Código, a menos que él mismo lo consienta».

- *Código Civil Portugués de 1967:*

  Artículo 405.- «(Libertad contractual)

  1. Dentro de los límites de la ley, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, celebrar contratos diferentes a los previstos en este Código o incluir en éstos las cláusulas que los aprueben.
  2. Las partes pueden incluso reunir en el mismo contrato reglas de dos o más negocios, total o parcialmente regulados en la ley».

- *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

  Artículo 1517.- «Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación».

- *Código Civil Boliviano de 1976:*

  Artículo 450.- «(Noción). Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica».

- *Código Civil Paraguayo de 1987:*

  Artículo 669.- «Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este Título y en el relativo a los actos jurídicos».

[2] Los Códigos Civiles que definen o brindan un concepto del contrato de compraventa son los siguientes:

- *Código Civil Francés:*

  Artículo 1582.- «La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla.

  Puede hacerse por documento auténtico o privado».

- *Código Civil Belga:*

  Artículo 1582.- «La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla.

  Puede hacerse por documento auténtico o privado».

- *Código Civil Austríaco de 1811:*

  Artículo 1053.- «Por la compraventa se cede una cosa a otra persona por una suma determinada de dinero. Pertenece, como en la permuta, a los títulos como se adquiere la propiedad. La adquisición

resulta, en primer lugar, por la entrega de la cosa objeto de la compraventa. Hasta la entrega mantiene el comprador el derecho de propiedad».

- *Código Civil Boliviano de 1831:*
  Artículo 1003.- «La venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa, y otro a pagarla. Puede celebrarse por Escritura Pública o privada».
- *Código Civil Peruano de 1852:*
  Artículo 1305.- «La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla.
  Puede hacerse por Escritura Pública, por privada, por cartas, de palabra, por sí mismo, o por medio de apoderado».
- *Proyecto de Código Civil de Andrés Bello:*
  Artículo 1964.- «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio».
- *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:*
  Artículo 1588.- «La venta es una convención por la cual uno se obliga a dar una cosa, y el otro a pagarla».
- *Código Civil Chileno:*
  Artículo 1793.- «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio».
- *Código Civil de El Salvador de 1860:*
  Artículo 1597.- «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio».
- *Código Civil Italiano de 1865:*
  Artículo 1447.- «La venta es un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar el precio».
- *Código Civil Uruguayo:*
  Artículo 1661.- «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero».
- *Código Civil Argentino:*
  Artículo 1323.- «Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero».
- *Código Civil Colombiano:*
  Artículo 1849.- «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar.
  El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio».
- *Código Civil Venezolano de 1880:*
  Artículo 1382.- «La venta es un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar el precio».
- *Código Civil Ecuatoriano:*
  Artículo 1759.- «Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio».
- *Código Civil Español:*
  Artículo 1445.- «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una

cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

- *Proyecto Boissonade de 1890:*

  Artículo 661.- «La venta es un contrato por el cual una parte transfiere o se obliga a transferir a la otra la propiedad o un desmembramiento de la propiedad de una cosa, mediando un precio determinado en dinero que la otra parte o un tercero se obliga a pagarle.

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

- *Código Civil Japonés:*

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

- *Código Civil Alemán:*

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

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

- *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

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

- *Código Civil Hondureño de 1906:*

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

- *Código de las Obligaciones de Suiza:*

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

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

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

- *Código Civil Brasileño de 1916:*

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

- *Código Civil Panameño de 1917:*

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

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

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

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

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

- *Proyecto Franco Italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927:*

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

- *Código Civil Mexicano de 1927:*

  Artículo 2102.- «Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero».
- *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*

  Artículo 1334.- «Contrato de compra y venta; definición.- Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».
- *Código Civil Chino de 1930:*

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

  El contrato de venta es concluido cuando las partes han convenido mutuamente el objeto y el precio».
- *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:*

  Artículo 294.- «Por el contrato de venta, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa o un otro derecho patrimonial al comprador; quien se obliga a pagar el precio determinado».
- *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936:*

  Artículo 1372.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero».
- *Código Civil Peruano de 1936:*

  Artículo 1383.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*

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

  Si el objeto del contrato fuere una cosa, la obligación del vendedor será de transmitir el dominio; si un derecho, la de conferirlo al comprador, junto con la posesión siempre que ésta se hallare comprendida en aquél».
- *Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937:*

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

  Salvo uso o convención contraria el vendedor y el comprador están tenidos de adquirir simultáneamente sus obligaciones».
- *Código Civil Venezolano de 1942:*

  Artículo 1474.- «La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio».
- *Código Civil Italiano de 1942:*

  Artículo 1470.- «(Noción) La venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho contra la compensación de un precio».
- *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:*

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

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

1.1. La obligación del vendedor en relación al bien

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

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

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

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

- *Código Civil Portugués de 1967:*

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

- *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

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

- *Código Civil Boliviano de 1976:*

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

- *Código Civil Peruano de 1984:*

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

- *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984:*

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

- *Código Civil Paraguayo de 1987:*

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

- *Proyecto de Código Civil Colombiano:*

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

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

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

- *Código Civil Cubano de 1988:*

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

- *Código Civil de la Provincia de Québec:*

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

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

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

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

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

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

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

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

Hoy en día, la tendencia generalizada en nuestra tradición jurídica es la de definir al contrato de compraventa como aquel por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador, la misma que fue iniciada por el Código Civil Argentino, en 1871.[5]

---

[3] Los siguientes Códigos adoptan el Sistema Francés:

Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Español, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943.

[4] Los Códigos que emplean el término «dar», son los siguientes:

Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil de la Provincia de Québec.

[5] A esta tendencia se adhieren los siguientes Códigos Civiles:

Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil Mexicano de 1927, Código Civil Chino de 1930 (pero menciona «[…] transferirá a la otra sus derechos patrimoniales sobre una cosa».), Código de las Obligaciones de Polonia de

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

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

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

Existe un grupo de Códigos Civiles que consideran que el contrato de compraventa puede tener por objeto, además de la transferencia del derecho de propiedad de un bien, a «otros derechos», como es el caso del usufructo.[7]

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

1.2. La obligación del comprador en relación al precio

Por otra parte, resulta necesario hacer referencia al segundo elemento esencial-especial del contrato de compraventa, vale decir el precio. En este sentido, todos los

---

1935, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987, Proyecto de Código Civil Colombiano, Código Civil Cubano de 1988.

6 Nos referimos a los siguientes Códigos Civiles:

Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Brasileño de 1916, Anteproyecto Brasileño de 1984, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987.

7 Entre ellos, se encuentran los siguientes Códigos:

Proyecto Boissonade de 1890, Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Paraguayo de 1987, Proyecto de Código Civil Colombiano.

Códigos Civiles consultados contemplan como elemento fundamental del contrato de compraventa al precio que debe pagar el comprador.

2. Nomenclatura

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

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

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

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

---

[8] Código Civil Argentino (artículo 1323), Código Civil Español (artículo 1445), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2530), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1122), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 874) y Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1323).

[9] Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383).

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

[11] Código Civil Francés (artículo 1582), Código Civil Belga (artículo 1582), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1053), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1793), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1597), Código Civil Uruguayo (artículo 1661), Código Civil Colombiano (artículo 1849), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1759), Código Civil Alemán (artículo 433), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 180), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2102), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1372), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 902), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1790), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 737), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 334).

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

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

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

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

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

De otro lado, y como contraparte, es evidente que un menor número de sujetos son aquellos que se dedican habitualmente a la operación de venta. En tal sentido, será frecuente que la mayoría de contratos se denominen «venta», ya que dicha denominación es asignada —precisamente— por los vendedores, al ofrecer los bienes que desean comercializar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Características del contrato de compraventa

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de compraventa en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se

basa en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle, dictada en su Curso de contratos, Parte general, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando fui su alumno, en mayo de 1986, además de la contenida en su obra «El contrato en general», Parte primera, tomo I, páginas 209 a 248, por considerar se trata de la clasificación más completa de la que tenemos conocimiento.

3.1. En cuanto al nombre

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o no de clasificar a los contratos en nominados e innominados,[12] por su nombre es un contrato nominado.

---

[12] En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las expresiones de De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca «Para leer el Código Civil», 1991, primera parte, vol. XI, tomo I, pp. 197-199.), cuando reflexiona acerca del tema. Recogemos sus palabras:

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

La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código Civil Francés, cuyo artículo 1107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código Civil Italiano de 1865.

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

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

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

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

Frente a esta posición se yergue la que sostiene que la distinción entre contratos típicos y atípicos no corresponde a la distinción romana entre contratos nominados e innominados. En el Derecho Romano, la categoría de contratos innominados era admitida en la fase de formación del contrato. En el Derecho

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

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

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

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

En este Código, se establecía que las prestaciones de ambas partes consistían en un dar. Esta breve definición, aparentemente completa, tiene ciertos errores, tales como señalar que la prestación de una de las partes es «entregar una cosa», no especificándose si la entrega era en propiedad o sólo en posesión. Para resolver esta duda debíamos remitirnos al artículo siguiente, donde se establecía que el comprador adquiría la propiedad al momento de celebrarse el contrato. Asimismo, observamos

---

moderno la formación de los contratos típicos se justifica como aplicación de los principios de libertad de obligarse y de consensualismo.

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

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

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

que esta definición se refiere a la compraventa de «cosas», con lo cual podría interpretarse que sólo se refiere a los bienes corporales mas no a los incorporales. No obstante, debemos remitirnos al artículo 1025, precepto que alude a la tradición de los bienes incorporales, la misma que se hace mediante los títulos o por el uso del adquirente con consentimiento del vendedor. Con este artículo queda claro, pues, que el término «cosas» abarcaba tanto los bienes corporales como los incorporales.

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

En el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, Título 17, encontramos el artículo 1, de texto siguiente:

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

En esta definición vemos la figura desde un matiz algo distinto ya que, incluso, se otorgan al contrato de compraventa los efectos de transmisión inmediata de la propiedad, por cuanto señala que mediante este contrato, el vendedor transfiere la propiedad al comprador, no señalando las palabras «bien» o «cosa», con lo cual —dada su época—, no necesariamente se podía deducir que se refería al término más extenso o amplio («bien»).

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

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

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

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

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

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

Este Código, además, hace la distinción entre el contrato de compraventa y el de permuta, regulando a ambos por separado. Sin embargo, al definir la compraventa no hace la distinción fundamental con el contrato de permuta. Esta distinción recién la encontramos en el artículo 1311, cuando se señala la palabra «precio», al referirse a las ventas alternativas.

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

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

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

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

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

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

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

3.2. En cuanto a su regulación

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

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

Agrega De la Puente que:

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

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

---

[13] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, p. 200.

[14] Sobre la tipicidad legal y la tipicidad social, De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 200-202) señala lo siguiente:

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

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

Se atribuye a Betti el haber otorgado a los contratos que reúnen estas condiciones una tipicidad especial, que subentra en la tipicidad legislativa, la cual podría ser llamada 'tipicidad social'. De allí el concepto se difundió gracias, especialmente, a la labor de Grasetti, Castro, Jordano, Gete-Alonso y Lavalle.

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

Así, por ejemplo, el contrato de *leasing* (arrendamiento financiero), antes de su reconocimiento legal en el Perú por el Decreto Legislativo Nº 212, era utilizado con bastante frecuencia, reconociéndosele naturaleza y efectos propios. Algo similar ha ocurrido con el contrato de tarjetas de crédito bancarias, hasta su regulación por la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros Nº 790-78-EF/97 de

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

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

3.3. En cuanto a su estructura[15]

La estructura de este contrato ha sido siempre la de un contrato simple, ya que se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica. Ésta

---

31 de octubre de 1978. Otros contratos igualmente utilizados e individualizados [...], no han recibido, en cambio, reconocimiento legal.

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

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

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

[15] Al referirse a este criterio clasificatorio, De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 223 y 224), precisa los siguientes términos:

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

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

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

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

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

consiste en la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, y la del comprador de pagar el precio en dinero o signo que lo represente.

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

Así, el Código de Santa Cruz, en el ya citado artículo 1002, establecía que uno se obligaba a entregar una cosa y el otro a pagarla. Se puede deducir de este texto que por el contrato de compraventa se creaba una única relación obligacional entre el vendedor y el comprador, es decir, una relación entre sujetos. Este vínculo es de carácter netamente patrimonial, por cuanto las prestaciones, que en este caso consisten en un dar, son susceptibles de valoración económica, tal como se puede apreciar del artículo 1016 del Capítulo III de dicho cuerpo legal, el mismo que trata sobre las cosas que pueden venderse, precepto donde se señala:

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

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

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

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

En cuanto a la estructura del contrato de compraventa en el Proyecto De Vidaurre, debemos decir que es la de un contrato simple, por cuanto el vendedor sólo tiene la obligación de transferir la propiedad, y el comprador la de pagar el precio o el valor

---

pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así, la nulidad del comodato dará lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia».

con el que se comprometió, y debemos recordar que para De Vidaurre, el contrato de permuta estaba incluido en el contrato de compraventa.

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir de la dación del Código de Comercio, el contrato de compraventa, podía ser considerado como un contrato civil o uno mercantil, dependiendo de la frecuen-

---

[16] Sobre el particular, Manuel de la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 224 y 225.) esboza las siguientes consideraciones:

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

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

Los contratos son comerciales cuando están regulados por el Código de Comercio (contratos típicos comerciales). También lo son aquellos contratos atípicos que, por tener analogía o vinculación con los

cia y fin con el que se celebrara. Así, en el artículo 320 del Código de Comercio se establecía que:

> Artículo 320.- «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrar en la reventa».

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

En cambio, en el artículo 2112 del Código Civil de 1984 se dispone que la compraventa (así como otros contratos ahí especificados) se regirán por las reglas contenidas en el Código, derogándose en forma expresa los artículos del Código de Comercio que regulan la compraventa. Sin embargo, esto no quiere decir que la compraventa mercantil ya no esté regulada, sino que el Derecho Civil —al menos en este aspecto— ha absorbido también algunos rasgos del Derecho Mercantil.[17]

Esto se puede comprobar en el artículo 1542 del Código Civil de 1984, el mismo que establece que los bienes muebles, adquiridos en tiendas o locales abiertos al público, no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor; quedando a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales, que correspondan, contra quien los vendió indebidamente. En este texto podemos ver cómo se regula la compraventa mercantil de distinta forma que la civil, ya que en la primera no existe el derecho reivindicatorio de los bienes muebles y en la segunda sí, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1539 del mismo cuerpo legal, que a la letra dice:

> Artículo 1539.- «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

---

contratos típicos comerciales, quedan comprendidos en las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (contratos atípicos comerciales).

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

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

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

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

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

3.5. En cuanto a su autonomía[18]

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

---

[18] En relación a este tema, Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 230 y 231.) sostiene las siguientes expresiones:

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

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

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

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

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

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

El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por sus propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación ac-

3.6. En cuanto a su formación

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

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

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

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

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

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

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

Podemos apreciar, además, que en este texto los legisladores de la época incluían la celebración del contrato dentro del perfeccionamiento, lo que equivale a decir que

---

cesoria no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesoria, aun cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación.

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

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

[19] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, p. 232.

el consentimiento tenía dos efectos inmediatos: la celebración y el perfeccionamiento del contrato, pero ambas figuras eran conocidas como «perfeccionamiento».

La propiedad, en la época, se transmitía con el solo acuerdo de voluntades, no siendo necesaria ni la *traditio* o entrega de la cosa, ni mucho menos la inscripción en algún registro. Es decir, que en aquella época imperaba el mismo criterio que nos rige actualmente para la transmisión de la propiedad inmueble, establecido en el artículo 949 del Código Civil de 1984.

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

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

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

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

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

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

En el Código Civil de 1936, el ya comentado artículo 1383 no mencionaba la palabra «perfeccionamiento», como sí lo hacían dos de los Códigos antes comentados (el Código de Santa Cruz y el Código de 1852), los que sólo anotaban que por la compraventa el vendedor «se obliga a transferir la propiedad de una cosa»; es decir, que podría entenderse que el consentimiento daba lugar a la celebración del contrato y que el cumplimiento de la obligación objeto del contrato es el perfeccionamiento. Así, ya estarían las dos situaciones completamente diferenciadas; pero, sin embargo, encontramos que la jurisprudencia de la época sentenciaba que el contrato de compraventa se perfeccionaba con el consentimiento. Así, podemos mencionar como ejemplo una resolución suprema dictada en el año 1940, que establecía que «el

contrato de compraventa queda perfeccionado desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio».

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

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

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

3.7. En cuanto al tiempo[20]

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

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

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

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

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

Esto equivale a decir que el contrato de compraventa es de ejecución inmediata, y en igual forma que en el anterior Código, este contrato podía ser excepcionalmente

[20] Sobre este tema también nos apoyamos en las apreciaciones de De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 233-241).

de ejecución diferida, tal como podemos apreciar en el artículo 20 del referido proyecto legislativo:

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

Por otra parte, de conformidad con el artículo 1552, el vendedor está obligado a entregar el bien inmediatamente después de celebrado el contrato y el comprador tiene, en virtud del artículo 1558, la obligación de pagar el precio al contado al momento de la entrega del bien. Pero también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, ya que las normas mencionadas son de carácter dispositivo y no imperativo.

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

3.8. En cuanto a su negociación

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

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

3.9. En cuanto al rol económico[22]

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza; asimismo es un contrato de disposición, ya

---

[21] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, p. 245.

[22] Al referirse a este criterio clasificatorio, Manuel de la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 246-248.), establece las siguientes consideraciones:

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

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

Contratos de cambio son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que

que el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación.

3.10. En cuanto a su función

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

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

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

3.12. En cuanto a la prestación

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

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

3.13. En cuanto a la valoración

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

---

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

[23] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, p. 233.

[24] *Ibidem*, p. 211.

3.14. En cuanto al riesgo[25]

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

---

[25] Sobre este tema, De la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 218-223), sostiene lo siguiente:

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

Tradicionalmente se consideraba que el contrato conmutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de Escriche, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código Napoléon, según el cual es conmutativo el contrato cuando cada una de las partes se compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.

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

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

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

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

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

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

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

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

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes desean conscientemente asumir, y que se ha tomado deliberadamente

en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

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

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

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

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

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

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

Gran parte de la doctrina (Planiol, Mazeaud, Puig Brutau, Gomes) la considera como una subdivisión de los contratos onerosos. Otros autores que admiten la clasificación de unilaterales y bilaterales (Albaldejo) la encuadran dentro de la categoría de los contratos bilaterales. Finalmente, ciertos juristas italianos (Torrente-Schlesinger, Messineo, Bianca) la ubican como un carácter del contrato de prestaciones recíprocas.

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

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

Dado que este contrato es esencialmente aleatorio, no puede considerarse que en el régimen civil peruano los contratos conmutativos y aleatorios sean una sub-división del contrato oneroso o del contrato de prestaciones recíprocas, pues la renta vitalicia, siendo aleatoria, puede ser gratuita y, por ello, de presta-

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

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

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

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

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

---

ción de una sola parte, lo que determina que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tenga carácter principal y no constituya una sub-clasificación.

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

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

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

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

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

[26] Wayar, Ernesto Clemente. Compraventa y permuta. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, p. 22.

3.15. En cuanto a sus efectos

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

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

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

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

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

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

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

Con ello no estamos negando la posibilidad de que la obligación pudiera consistir en la transferencia de un derecho real. Lo que estamos señalando, es que en el Derecho Peruano los contratos —por sí mismos— no transfieren ningún derecho real, ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de las mismas, su transferencia tendrá que

[27] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 49 y 50.

ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones, pero de ninguna manera entender que es el propio contrato el que constituye o crea dicho derecho real.

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

4. El precio[28]

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

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

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

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

En Derecho, se suele denominar, en sentido amplio, como precio a la prestación consistente en una cantidad de dinero, que debe pagar una de las partes contratantes,

---

[28] Antes de referirnos al precio, debemos expresar nuestra infinita gratitud a Manuel de la Puente y Lavalle por las palabras que en relación a un trabajo anterior sobre la materia nos ha dispensado (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 89.), así como por haber asumido como válidos los cuatro requisitos del precio que expusimos en esa oportunidad.

[29] Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe S.A., 1984, tomo II, p. 1095.

frente a otra, la que se obliga a realizar determinadas prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Nos explicamos.

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

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

Es el caso de los siguientes contratos:

a) El contrato de suministro (si éste fuese oneroso), en el cual es frecuente que a la prestación dineraria que debe cumplir el suministrado en favor del suministrante, se le denomine «precio del suministro» (argumento reforzado por la mención al «precio» que se hace en los artículos 1608, 1609 y 1610 del propio Código).
b) En el contrato de hospedaje, no será infrecuente denominar «precio» a la retribución que se compromete a pagar el huésped.
c) En el contrato de locación de servicios, la retribución a pagar por el comitente al locador, se puede denominar «precio».
d) En el contrato de obra, se llamará «precio» al objeto de la prestación a ejecutar por el comitente a favor del contratista.
e) En el contrato de depósito, si éste fuese oneroso, será frecuente que al monto dinerario que el depositante deba abonar al depositario como retribución de la custodia del bien, se le llame «precio».

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

---

[30] El Código Civil Peruano de 1984 emplea la palabra «precio» cincuenticuatro veces, en cuarentitrés artículos y en la denominación del Capítulo Tercero del Título relativo al contrato de compraventa.

Pero, observamos que no en todas las ocasiones en que hace referencia a dicha expresión alude al precio como elemento esencial-especial del contrato de compraventa.

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

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

1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.

En realidad lo que nos preocupa en esta parte de nuestro trabajo, no es el precio,

3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 1533.- «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

Artículo 1535.- «Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente su precio».

Artículo 1536.- «En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir».

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

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

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

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

cláusulas valoristas; el 1547, relativo a los casos del precio en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente; y, finalmente, el artículo 1548, en que se aborda el precio en relación al peso neto del bien:

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

Artículo 1544.- «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408».

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

Artículo 1546.- «Es lícito que las partes fijen el precio con sujeción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1235».

Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.

Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Artículo 1548.- «En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto».

Por otra parte, en lo relativo al Capítulo referido a las obligaciones de vendedor, se menciona la palabra precio en el artículo 1557, alusivo al supuesto de demora en la entrega del bien:

Artículo 1557.- «Demorada la entrega del bien por el vendedor en un contrato cuyo precio debe pagarse a plazos, éstos se prorrogan por el tiempo de la demora».

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

Artículo 1558.- «El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador».

Artículo 1559.- «Cuando se ha pagado parte del precio y en el contrato no se estipuló plazo para la cancelación del saldo, el vendedor puede ejercitar el derecho contemplado en el artículo 1429. Resuelto el contrato, el vendedor debe devolver la parte del precio pagado, deducidos los tributos y gastos del contrato».

Artículo 1560.- «Se observará lo dispuesto en el artículo 1559 si el contrato se resuelve por no haberse otorgado, en el plazo convenido, la garantía debida por el saldo del precio».

Artículo 1561.- «Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes».

Artículo 1562.- «En el caso del artículo 1561, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio. Es nulo todo pacto en contrario».

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

En el Capítulo Octavo, relativo a la compraventa sobre medida y en bloque, se hace referencia reiterada al precio. Así, en el artículo 1574 se hace mención del mismo en cuanto al concepto de compraventa sobre medida, en el artículo 1576, en el supuesto que el comprador no pueda pagar inmediatamente el precio; en el numeral 1577, en el concepto de compraventa en bloque; en el 1578, en relación a la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo precio, ya sea en la modalidad *ad mensuram* o en la modalidad *ad corpus*; y en el artículo 1579, relativo a los plazos en ambos supuestos:

Artículo 1574.- «En la compraventa de un bien con la indicación de su extensión o cabida y por un precio en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, el comprador está obligado a pagar lo que se halle de más, y el vendedor a devolver el precio correspondiente a lo que se halle de menos».

Artículo 1576.- «Cuando en el caso del artículo 1574 el comprador no pueda pagar inmediatamente el precio del exceso que resultó, el vendedor está obligado a concederle un plazo no menor de treinta días para el pago.

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

Igual regla se aplica, en su caso, para que el vendedor devuelva la diferencia resultante».

Este artículo fue modificado por la Sexta Disposición Final del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por R.M. n.º 010-93-JUS; Decreto Legislativo n.º 768; Decreto Legislativo n.º 767; Decreto Ley n.º 25940; y Decreto Ley n.º 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993), estableciendo que salvo que este Código establezca un proceso especial, se tramitan como proceso no contencioso las solicitudes o autorizaciones del Código Civil a que se refieren los artículos [...].

Artículo 1577.- «Si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional».

Artículo 1578.- «Si en la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo precio, pero con indicación de sus respectivas extensiones o cabidas, se encuentra que la extensión o cabida es superior en alguno o algunos e inferior en otro u otros, se hará la compensación entre las faltas y los excesos, hasta el límite de su concurrencia.

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

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

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

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

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

en términos generales, ni tampoco, el precio en Derecho. Lo que nos corresponde analizar es lo relativo al precio en el contrato de compraventa, a pesar de que este

---

Artículo 1583.- «En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

estudio nos permitirá hacerlo extensivo —respecto a determinados puntos— en su aplicación a otros contratos.

Definir el precio en el contrato de compraventa no es algo fácil,[31] pero estimamos que es el objeto de la principal prestación del comprador en un contrato de compraventa. Este consiste en transferir la propiedad de —fundamentalmente— dinero o signo que lo represente, a cambio de la obligación del vendedor de transferirle la propiedad de uno o más bienes.

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

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

---

[31] Laurent, François. *Principes de Droit Civil Français*. París: Livrairie A, Maresq Ainé, 1875-1893, tomo XXV, p. 76; Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, p. 557; Planiol, Marcel. *Traité Elémentaire de Droit Civil*. París: Livrairie Genérale de Droit et Jurisprudence, 1927, tomo II, p. 468; Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*. Buenos Aires: Talleres Gráficos «Ariel», 1927-1928, Biblioteca Jurídica Argentina, tomo II, p. 64; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit*., tomo X, p. 28; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Nascimiento, 1942, tomo IV, p. 374; Bonnecasse, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, p. 529; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, América, 1962, parte III, vol. III, p. 138; León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965, tomo I, p. 16; Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1967, tomo I, p. 153; Colin, Ambroise y Henri Capitant. Citados por Badenes Gasset, Ramón. *El contrato de compraventa*. Barcelona: Librería Bosch, 1979, tomo I, p. 188; Rubino. Citado por Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit*., tomo I, pp. 188 y 189; Gasca. Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 248; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 249.

[32] Los siguientes Códigos Civiles consultados establecen dentro de la definición del contrato de compraventa, el hecho de que el precio a pagar constituye la obligación principal del comprador: Código Civil Francés (artículo 1582), Código Civil Belga (artículo 1582), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1053), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1003), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1305), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1963), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1588), Código Civil Chileno (artículo 1793), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1597), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1447), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1472), Código Civil Uruguayo (artículo 1661), Código Civil Argentino (artículo 1323), Código Civil Colombiano (artículo 1849), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1382), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1759), Código Civil Español (artículo 1445), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 661), Código Civil Japonés (artículo 555), Código Civil Alemán (artículo 433), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2530), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código de las Obligaciones de Suiza

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

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

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

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

En adelante, el análisis de estas dos posiciones.

(artículo 184), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1122), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 180), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 368), Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 323), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2102), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Código Civil Chino de 1930 (artículo 345), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 294), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1372), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 902), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 301), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1474), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1470), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 874), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1790), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 584), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 737), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1323), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 334).

[33] En tal sentido, podemos apreciar, entre otras, las opiniones de De Maleville, Jacques. *Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*. París: Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justice, No. 9, 1822, tomo III, p. 507; Duranton. *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*. Bruselas: 1841, tomo III, p. 46; Marcadé. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. París: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, rue des grés, 16, prés de l'école de Droit, 1852, tomo IV, p. 177; Boissonade, G. *Code Civil pour l'Empire du Japón*. Tokio: 1890, tomo III, p. 211; Foignet, René. *Op. cit.*, tomo II, p. 514; Valverde y Valverde, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español*. Valladolid: Talleres Tipográficos «Cuesta», 1920, tomo III, p. 320; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, tomo IV, p. 374; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, vol. III, p. 138; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, p. 188; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 247 y 248.

4.1. El precio debe consistir necesariamente en dinero

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

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

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

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

---

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

Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1053), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1963), Código Civil Chileno (artículo 1793), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1597), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1472), Código Civil Uruguayo (artículo 1661), Código Civil Argentino (artículo 1323), Código Civil Colombiano (artículo 1849), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1382), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1759), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 661), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1122), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2102), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1372), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 902), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1790), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 584), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 737), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1323), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 334).

[35] Entre ellos, encontramos a Pothier, Robert Joseph. *Tratado de los contratos*. *Del contrato de venta*. Traducido al español por M. Dupin y M.C. De las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1948, tomo I, p. 20; Duranton. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 54 y 55; Marcadé, V. *Op. cit.*, tomo VI, p. 177; Troplong. *Op. cit.*, tomo I, p. 191; Aubry, C. y Rau, C. *Op. cit.*, tomo IV, p. 336; Sanojo, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Caracas: Imprenta Nacional, 1873, tomo III, p. 273; Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XXV, p. 77; Huc, Théopile. *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. París: Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, 1897, tomo X, pp. 54 y 55; Foignet, René. *Op. cit.*, tomo II, p. 515; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Traité de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908, tomo XIX, pp. 125-127; Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, pp. 64 y 65; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo X, p. 28; Josserand, Louis. *Derecho Civil*, vol. II, tomo II, p. 10; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 374 y 375; Enneccerus, Ludwig; Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 18; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Elementaire de Droit Civil Français*. París: Librairie Dalloz, II Rue Soufflot, II, 1924, tomo II, p. 444; León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 16; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, p. 153; López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte especial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía-Editor, 1991, p. 69; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 252 y 253; Borda, Guillermo A. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1989, p. 196; y, Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, tomo IV, p. 52.

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

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

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

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

Como señala Ulises Montoya Manfredi:[38] «Se trata de todo ese conjunto de documentos que tienen vida propia, que circulan con gran intensidad en el tráfico económico, y de los que emergen para sus titulares, derechos típicos, con caracteres bien definidos». Sin lugar a dudas, los caracteres a que hace referencia Montoya Manfredi son: la necesidad de un documento, la incorporación de un derecho en el documento, la literalidad, la legitimación y la autonomía.

En el Perú, eran considerados, por la Ley n.º 16587 del 15 de junio de 1967, como títulos valores los siguientes: la letra de cambio, el pagaré, el vale a la orden y el cheque. Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la nueva Ley de Títulos Valores, Ley n.º 27287, el ámbito de aplicación se amplió, ya que ahora son considerados como títulos valores: la letra de cambio, el pagaré, el cheque, el certificado bancario de moneda extranjera y moneda nacional, el certificado de depósito y *warrant*, el título de crédito hipotecario negociable, el conocimiento de embarque y la carta de porte, todos los valores

---

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

37 Así tenemos a Sánchez Román, Felipe. *Op. cit*., tomo IV, p. 560; Ossorio y Gallardo, Ángel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*. Buenos Aires: Imprenta López, 1943, p. 458; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit*., parte III, vol. III, pp. 138-140; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit*., tomo I, p. 197; y, Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1980, vol. II, tomo II, p. 20.

38 Montoya Manfredi, Ulises. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Lima: U.N.M.S.M., 1970, p. 5.

mobiliarios (valores representativos de derechos de participación: las acciones, el certificado de suscripción preferente, los certificados de participación de fondos mutuos de inversión, los valores emitidos en procesos de titulización; los valores representativos de deuda: obligaciones, letra y cédula hipotecaria, pagaré bancario, certificado de depósito negociable, obligaciones y bonos públicos).

Por otra parte, la vigente Ley de Títulos Valores introduce modernas concepciones a nuestro Derecho cambiario, el mismo que ya no será específicamente «cartular», en el sentido de no limitar el carácter documental a los títulos valores. Pues como se aprecia, título valor puede ser tanto uno materializado o desmaterializado, en razón de estar incorporado en un documento (hecho material, título valor materializado) o representado por anotación en cuenta y/o registrado en una institución de compensación y liquidación de valores (hecho inmaterial, título valor desmaterializado).

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

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

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

Es indudable que hoy en día, representa mayor garantía para un vendedor, el recibir como pago del precio del bien un cheque de gerencia (cheque garantizado en su futuro pago por el propio banco emisor que lo gira contra si mismo,), que dinero en efectivo, dado el peligro de robo o falsificación de billetes. Esto no significa que dé lo mismo que el pago se efectúe mediante la entrega de un cheque de gerencia de cualquier banco, en la medida en que —resulta obvio— otorgará mayores garantías (en cuanto a las expectativas de que sea honrado por dicha institución financiera) un

cheque de gerencia que corresponda a un banco de primera línea, frente a un cheque girado por un banco que —por citar un ejemplo— sea de reciente creación y de muy reducido capital y presencia en el mercado.

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

Cabe recordar a este respecto la existencia del artículo 1233 en el Código Civil Peruano, que establece que:

> Artículo 1233.- «La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario».

Podría sostenerse que en base a este artículo ningún título valor puede constituir un signo que represente al dinero, ya que su entrega no produce cancelación, pero consideramos que sí, pues la entrega de un título valor —concretamente del cheque, que representa una orden de pago— si bien es cierto que no cancela la obligación hasta que es pagado por el banco, no será menos cierto que su entrega es el resultado de una obligación, contraída en virtud de un contrato de compraventa, por el cual el comprador se obligó a cancelar con cheque, y esto fue aceptado por el vendedor.

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

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

Esta hipótesis se presenta cuando se da por cancelado el pago del precio, en el momento en que se ha recibido el cheque por parte del comprador.

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

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

Sin embargo, creemos que para estos efectos debe primar lo establecido en el ya citado artículo 1233 del Código Civil Peruano. Consideramos, que fluye de la razón el hecho de que nadie contrata en el entendido de considerar realmente pagado el precio con la simple entrega de un cheque, prescindiendo de la suerte que corra dicho título valor. Ello, con la salvedad hecha de cuando se recibe un cheque de gerencia, caso en el cual en la mayoría de casos sí se considera cancelada la obligación, por estimar que tal título valor tiene similar aceptación que el dinero en efectivo.

Si bien es cierto que la regla de la conmutatividad en el contrato de compraventa admite excepciones, estas deben presentarse de tal manera que no quepa duda del carácter aleatorio del contrato celebrado. En conclusión, entendemos efectuado el pago sólo cuando se haga efectivo el cobro del cheque, o en caso dicho título valor se haya perjudicado por culpa del vendedor que lo recibió, o cuando ello se manifieste expresa e indubitablemente.[39]

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

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

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

Si se pactara en moneda nacional, ello podría hacerse siguiendo un estricto criterio nominalista, en base a lo establecido por la regla general del artículo

---

[39] Sobre este particular resultan muy ilustrativas las expresiones de Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 92 y 93.):

«Basándose en que el artículo 1445 del Código Civil Español establece que el precio consistirá en dinero o signo que lo represente, Albaladejo sostiene que ello significa que el pago no ha de hacerse entregando necesariamente una suma de dinero o efectivo, sino que puede realizarse mediante algo que represente dinero (un talón, un cheque, etc.), y no sólo que lo valga. Esta posición no puede adoptarse en nuestro ordenamiento por cuanto el artículo 1233 del Código Civil establece que la entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. El cheque es, por su naturaleza, una orden o mandato de pago por lo que queda comprendido en los alcances del artículo 1233 y, consecuentemente, su entrega no surte los efectos del pago en dinero.

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

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

1234 del Código Civil Peruano. Asimismo, las partes podrían recurrir a pactar un precio sujeto a cláusulas valoristas, en virtud a lo prescrito por el artículo 1235 del acotado.

Por nuestra parte, entendemos que en el Perú se entiende por dinero al nuevo sol, por ser la única moneda de curso legal que circula dentro del territorio de la República. Convenimos en el hecho de que resulta discutible extender el concepto de dinero en el Perú a monedas extranjeras.

Sin embargo, debemos admitir que la posición que interpreta el tema en sentido amplio centa con los sólidos argumentos sostenidos por De la Puente y Lavalle.[40]

Podría también pactarse el precio de una compraventa en moneda extranjera, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 1237 del Código Civil.[41]

---

[40] En ese sentido, resultan muy ilustrativas las expresiones del referido profesor vertidas en un reciente trabajo (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, pp. 91 y 92.), las mismas que transcribimos a continuación:

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

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

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

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

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

[41] Sobre estos puntos, remitimos al lector a lo señalado en anteriores investigaciones (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca «Para leer el Código Civil», 1994, primera parte, tomo IV pp. 463-496; segunda parte, tomo V, pp. 173-195; y, finalmente, a 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, Biblioteca «Para leer el Código Civil», 1992, vol. XIII, pp. 53-68.).

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

5.1. Con el contrato de permuta

5.1.1. En cuanto al nombre

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

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

5.1.2. En cuanto a su regulación

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

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

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

5.1.3. En cuanto a su estructura

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

5.1.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.1.5. En cuanto a su autonomía

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

5.1.6. En cuanto a su formación

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

5.1.7. En cuanto al tiempo

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.1.9. En cuanto al rol económico

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

5.1.10. En cuanto a su función

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

5.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.1.12. En cuanto a la prestación

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

5.1.13. En cuanto a la valoración

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

5.1.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.1.15. En cuanto a sus efectos

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

5.2. Con el contrato de suministro

5.2.1. En cuanto al nombre

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

5.2.2. En cuanto a su regulación

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

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

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

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

En el Derecho Peruano previo a la vigencia del Código Civil de 1984, tenemos al suministro como un contrato de naturaleza típica social, mas no típica legal, pues adquiere este último rasgo distintivo con su incorporación y regulación en el Código Civil de 1984, cuerpo legal en el que se optó por legislar sobre él, a pesar de ser un contrato fundamentalmente mercantil; ello, en razón de la vocación relativamente unificadora del Código Civil de 1984, en relación de algunos contratos mercantiles.

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

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

En tal sentido debemos recordar que el primer cuerpo legislativo que reguló de manera autónoma a este contrato en nuestra tradición jurídica romano-germánica 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.

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

Nos explicamos.

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

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

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

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

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

En cambio, en el contrato de suministro, cuando el beneficiario del mismo paga el denominado precio del suministro, lo que está haciendo en cada una de las oportunidades en que efectúa dichos pagos, es extinguir cada una de las prestaciones independientes entre sí que conforman el precio. En el suministro cada pago es una

prestación independiente, distinta de la anterior y distinta —igualmente— de las siguientes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Código Nacional ha optado por recoger como definición del contrato de suministro una intermedia en doctrina, ya que no se comprende la ejecución de servicios por parte del suministrante, pues si fuera así, prácticamente se borraría la línea divisoria existente entre este contrato y el contrato de locación de servicios. Ello a menos que la ejecución de tales servicios resulte indispensable para facilitar la entrega de los bienes, tal como ocurre con los servicios de mantenimiento de las redes de suministro de agua potable y de energía eléctrica, indispensable para, precisamente, poder entregar el agua y la energía eléctrica.

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

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

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

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

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

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

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

El contrato de suministro tiene, fundamentalmente, fin de lucro, y sería raro observar algún contrato de suministro en el cual el suministrante se obligue de manera gratuita. En este caso el suministro se parecería más a un contrato de renta vitalicia.[42]

5.2.3. En cuanto a su estructura

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

5.2.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.2.5. En cuanto a su autonomía

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

5.2.6. En cuanto a su formación

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

Por su parte, el suministro puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, cuando sea a título oneroso. Sin embargo, a este respecto, tenemos que precisar que

---

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

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

el artículo 1605 del Código Civil establece que la existencia y contenido de este contrato pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

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

5.2.7. En cuanto al tiempo

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

En adición a lo señalado podemos decir que, por el tiempo, el suministro puede ser un contrato a plazo fijo, cuando se establece en qué momento el suministrante debe entregar los bienes al beneficiario del suministro; y, de haberse celebrado a título oneroso, en qué momento el suministrado debe entregar el precio por cada prestación ejecutada. De no establecerse algo al respecto, regirá lo dispuesto por los artículos 1608 y 1610 del Código Civil. Pero el suministro también puede celebrarse a plazo indeterminado, conforme a lo establecido por el artículo 1613 del Código Civil.

5.2.8. En cuanto a su negociación

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

5.2.9. En cuanto al rol económico

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

5.2.10. En cuanto a su función

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

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

5.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.2.12. En cuanto a la prestación

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

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

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

5.2.13. En cuanto a la valoración

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

5.2.14. En cuanto al riesgo

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

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

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

5.2.15. En cuanto a sus efectos

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

5.3. Con el contrato de donación puro y simple

5.3.1. En cuanto al nombre

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

5.3.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y la donación son contratos típicos.

La donación siempre ha estado jurídicamente regulada en el Perú.

El Código Civil de Santa Cruz la contemplaba en su Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad; Título II, De las donaciones; Capítulo I, De la donación entre vivos; Capítulo II, De la revocación de las donaciones; Capítulo III, De las donaciones por causa de muerte; artículos 665 a 694.

En el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, la donación se encontraba dentro de la segunda parte, relativa al dominio y contratos; en el Título 22, Donaciones; el mismo que constaba de dieciséis (16) artículos.

El Código Civil de 1852 la regulaba en su Libro II, De las cosas, del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; Sección III, Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación y donación; Título II, De la donación; artículos 579 a 629.

El Código Civil de 1936 legislaba la donación en el Libro V, Del Derecho de Obligaciones; Sección V, De los diversos contratos; Título IV, De la donación; artículos 1466 a 1489.

Nuestro Código Civil vigente la regula en su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones; Sección Segunda, Contratos nominados; Título IV, Donación; artículos 1621 a 1647. [43]

5.3.3. En cuanto a su estructura

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

5.3.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.3.5. En cuanto a su autonomía

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

5.3.6. En cuanto a su formación

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

La donación no siempre ha sido considerada como un contrato. Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida en doctrina, predominando, en sus inicios, la posición

---

[43] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Austríaco trata acerca de la donación en su artículo 938:

Artículo 938.- «El contrato por el cual una cosa es cedida gratuitamente por alguien, se llama donación».

El Código Civil Italiano de 1865 regulaba a la donación en sus artículos 1050 y siguientes:

Artículo 1050.- «La donación es un acto de espontánea liberalidad con la cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta».

Artículo 1051.- «Es donación también la liberalidad hecha por reconocimiento, o en consideración a los méritos del donatario o por una especial remuneración y aquélla por la cual se imponga cualquier carga al donatario».

Artículo 1064.- «La donación comprende tan sólo los bienes presentes del donante; se comprende por tanto, que la donación de bienes futuros es nula».

Por su parte, el Código Civil Argentino trata acerca de la donación en sus artículos 1784 y siguientes:

Artículo 1784.- «Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra la propiedad de una cosa».

Artículo 1799.- «Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas».

Artículo 1800.- «Las donaciones no pueden comprender sino los bienes presentes del donante, y si comprenden también bienes futuros, serán nulas a este respecto. Las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán si los donantes se reservaren el usufructo, o una porción conveniente para subvenir

según la cual era sólo un modo de adquirir la propiedad. Luego pasó a ser conside-

---

a sus necesidades, y salvo los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes, o ascendientes legítimos».

El Código Civil Costarricense de 1888 regula a la donación en el artículo 1404:

Artículo 1404.- «La donación trasfiere al donatario la propiedad de la cosa donada».

Por su parte, el Código Civil Español establece que la donación es uno de los diferentes modos existentes para adquirir la propiedad:

Artículo 609.- «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Artículo 618.- «La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

Artículo 619.- «Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado».

Por su parte, el Proyecto del Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, trata acerca de la donación en sus artículos 656 y siguientes:

Artículo 656.- «La donación entre vivos es una convención por la cual el donante confiere gratuitamente o sin equivalencia, al donatario, quien acepta, un derecho real o un derecho personal.

Ella puede consistir también en la entrega o el abandono gratuito de un derecho real del donante sobre la cosa del donatario o de un derecho personal contra él».

Artículo 658.- «La donación entre vivos es nula si ella tiene por objeto una cosa o un derecho perteneciente a un tercero o también al heredero presunto del donante; sin que haya que distinguir si el donante ha expresado o no que él tenía conocimiento que la cosa fuese de otro.

El donante no es garante de la evicción sufrida por el donatario, a menos que ella no resulte de un hecho personal al donante y posterior a la donación, o que no haya habido dolo en la dación de la cosa de otro».

El Código Civil Japonés aborda al contrato de donación en el artículo 549:

Artículo 549.- «Un contrato de donación se hace efectivo cuando una de las partes declara su intención de transferir gratuitamente la propiedad de un bien a la otra parte y la otra parte conviene en aceptar eso».

El Código Civil Alemán aborda el tema en el artículo 516:

Artículo 516.- «Una atribución por la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio es donación si ambas partes están de acuerdo en que la atribución se realice gratuitamente.

Si la atribución se ha realizado sin la voluntad del otro, el atribuyente puede requerirle, bajo señalamiento de un plazo prudencial, para la declaración sobre la aceptación. Después del transcurso del plazo vale como aceptada la donación, si el otro no la ha rehusado antes. En el caso de repulsa puede ser exigida la restitución de lo atribuido, según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto».

Artículo 524.- «Si el donante oculta dolosamente una falta de la cosa donada, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto.

Si el donante había prometido la prestación de una cosa determinada sólo según el género, la cual él debía adquirir primeramente, el donatario, si está viciada la cosa entregada y el vicio era conocido para el donante al adquirir la cosa o ha quedado desconocido a consecuencia de culpa grave, puede exigir que en lugar de la cosa viciada le sea entregada una libre de vicios. Si el donante ha ocultado la falta dolosamente, el donatario puede exigir, en lugar de la entrega de una cosa sin vicios, indemnización

de daños a causa de no cumplimiento. A estas pretensiones se aplican oportunamente las disposiciones existentes para el saneamiento a causa de faltas de una cosa vendida».

Por su parte, el Código Civil Nicaragüense de 1903 aborda el tema en sus artículos 2756 y siguientes:

Artículo 2756.- «La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra persona que la acepta».

Artículo 2757.- «Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusieren lo contrario».

Artículo 2776.- «Las donaciones a título universal, no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario».

El Código de las Obligaciones de Suiza regula a la donación en los artículos 239 y siguientes:

Artículo 239.- «La donación puede estar gravada por condiciones o cargos.

Las donaciones en las cuales la ejecución está fijada al deceso del donante están sometidas a las reglas concernientes a las disposiciones por causa de muerte».

Por su parte, el Código Civil Brasileño de 1916 trata el tema en sus artículos 1165 y siguientes:

Artículo 1165.- «Se considera donación el contrato en que una persona, por liberalidad, transfiere de su patrimonio bienes o ventajas para el de otra, que los acepta».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 regulaba este contrato en sus artículos 520 y siguientes:

Artículo 520.- «Se considera donación el contrato por el cual una persona transfiere a otra, gratuitamente, alguna cosa».

De otro lado, el Código Civil del Distrito Federal de México, de 1927, trata el tema en los numerales 2186 y siguientes:

Artículo 2186.- «Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes».

El Código Civil Chino de 1930 regula a la donación en el artículo 406:

Artículo 406.- «Una donación produce sus efectos cuando una de las partes expresa su voluntad de entregar gratuitamente uno de sus bienes a la otra parte, y la otra parte conviene en aceptar este bien».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 definía a la donación en su artículo 1451:

Artículo 1451.- «Por la donación una persona transfiere a otra gratuitamente alguna cosa».

Entre tanto, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, trataba el tema en sus artículos 969 y siguientes:

Artículo 969.- «Habrá donación cuando una persona por acto entre vivos, se obliga a transferir gratuitamente una cosa o un derecho patrimonial, a favor de otra, que los aceptare.

Se estimará donación la renuncia desinteresada, con ánimo de beneficiar».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1942 brinda un concepto de donación en los artículos 1431 y 1432:

Artículo 1431.- «La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta».

Artículo 1432.- «También es donación la liberalidad hecha por agradecimiento al donatario, o en consideración de sus méritos o por especial remuneración, así como la que va acompañada de alguna obligación impuesta al donatario».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, trataba acerca de la donación en sus artículos 1004 y siguientes:

Artículo 1004.- «La donación es un acto de mera liberalidad, de gratitud y de premio, por virtud del cual una persona entrega gratuitamente algo a otra que lo acepta.

rada como un acto jurídico y hoy en día prevalece la idea de que es un contrato.

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

El Código Civil de Santa Cruz regulaba a la donación en su Libro III, titulado «De las diferentes maneras de adquirir la propiedad». Por la cercanía de la fecha de promulgación del Código Civil Francés (1804) o Código Napoléon, podemos inferir que hay una gran influencia, dado que este último cuerpo legal no la incluía dentro de los contratos, pues se sostenía que para la existencia de éstos se requerían recíprocas prestaciones de las partes.

Por su parte, en el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, 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».

También es donación aquel regalo en que se impone al donatario un gravamen notoriamente inferior al valor de lo donado.

La donación se perfecciona cuando el donante conoce la aceptación del donatario.

El donante podrá dejar sin efecto la donación antes de conocer la aceptación del donatario».

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca de la donación en sus artículos 940 y siguientes:

Artículo 940.- «(Noción)

1. Donación es el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad, y a costa de su patrimonio, dispone gratuitamente de una cosa o de un derecho, o asume una obligación en beneficio de otro contratante.
2. No hay donación en la renuncia a derechos y en el rechazo de herencia o legado, ni tampoco en los donativos conformes a los usos sociales».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973, se ocupa de la donación en su artículo 1855:

Artículo 1855.- «La donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito».

El Código Civil Boliviano de 1976 aborda el tema en sus numerales 655 y siguientes:

Artículo 655.- «(Noción) La donación es el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad, procura a otra un enriquecimiento disponiendo a favor de ella un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación».

El Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, definía a la donación en el artículo 538:

Artículo 538.- «Se considera donación el contrato en que una persona, por liberalidad, transfiere de su patrimonio bienes o ventajas para el de otra».

Por su parte, el Código Civil Paraguayo de 1987 regula el tema en sus artículos 1202 y siguientes:

Artículo 1202.- «Habrá donación cuando una persona por acto entre vivos transfiere gratuitamente el dominio de una cosa, o un derecho patrimonial, a favor de otra, que lo acepta».

El Código Civil de 1852 presentaba una mayor riqueza de supuestos que los que regularon sus antecesores, pero la consideraba como un modo de adquirir la propiedad junto con la prescripción y la enajenación.

Es recién con el Código Civil de 1936, que la donación empieza a ser regulada dentro de los contratos.

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

Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623 —modificado— (el 25% de la U.I.T.). Para estos casos, se establece que el contrato se celebrará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que es un contrato ad solemnitatem. Se señala además que en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil).

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

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

5.3.7. En cuanto al tiempo

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

5.3.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.3.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de disposición y de cambio.

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

5.3.10. En cuanto a su función

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

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

5.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.3.12. En cuanto a la prestación

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

5.3.13. En cuanto a la valoración

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

5.3.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.3.15. En cuanto a sus efectos

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

5.4. Con el contrato de mutuo

5.4.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el mutuo son contratos nominados.

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

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

5.4.2. En cuanto a su regulación

Al igual que el contrato de compraventa, el mutuo es y ha sido en nuestros Códigos Civiles un contrato típico. Siempre ha estado jurídicamente regulado. En el Código de Santa Cruz se encontraba en el Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad; 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 entre los artículos 1254 y 1271).

En el Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre ocupaba el Título 11, con nueve artículos incluidos en su segunda parte sobre dominio y contratos.

El Código Civil de 1852 lo regulaba en su Libro III, Sección Cuarta, De los contratos reales; Título I, Del mutuo; artículos 1800 a 1824.

En el Código Civil de 1936 el mutuo se encontraba tratado en el Libro V, Del Derecho de Obligaciones; Sección V, De los diversos contratos; Título VII, Del mutuo; artículos 1573 a 1586.

Y el Código Civil de 1984 lo trata en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones; Sección II, Contratos nominados; Título V, Mutuo; artículos 1648 a 1665.[44]

---

[44] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés trata sobre el mutuo en los artículos 1892 y siguientes:

Artículo 1892.- «El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con la obligación, para ésta última, de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad».

Artículo 1894.- «No cabe dar a título de préstamo de consumo cosas que, aun de la misma especie, difieren en el individuo, como los animales; entonces se trata de un préstamo de uso».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1892.- «El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con la obligación, para ésta última, de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad».

Artículo 1894.- «No cabe dar a título de préstamo de consumo cosas que, aun de la misma especie, difieren en el individuo, como los animales; entonces se trata de un préstamo de uso».

Por su parte, el Código Civil Austríaco de 1811 aborda el mutuo en el artículo 983:

Artículo 983.- «Cuando alguien bajo una estipulación va a entregar cosas consumibles que él arbitrariamente al respecto pueda disponer, con la condición de que sean devueltas después de un tiempo determinado, en objetos de la misma cantidad, género y calidad; se establece un contrato de mutuo.

Es también al mismo tiempo un contrato obligatorio, un mutuo para ser entregado en el futuro y no para ser intercambiado».

El Código Civil Boliviano de 1831 trata al mutuo en el artículo 1254:

Artículo 1254.- «El mutuo es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra una cosa o cosas que se consumen por el uso, con el cargo de que la ha de volver, en la misma especie y calidad».

El Código Civil Peruano de 1852 aborda el particular en sus numerales 1800 y siguientes:

Artículo 1800.- «Mutuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra, cierta cantidad de cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad».

Artículo 1801.- «Pueden darse en mutuo todas las cosas fungibles que prestan utilidad».

Artículo 1802.- «Para celebrar este contrato se requiere, que tengan capacidad de disponer libremente de sus bienes tanto el mutuante como el mutuatario».

Por su parte, el Código Civil Chileno trata el tema en el artículo 2196:

Artículo 2196.- «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

El Código Civil Italiano de 1865 legisla sobre el particular en el artículo 1819:

Artículo 1819.- «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes consigna a la otra una determinada cantidad de cosas con la obligación en la última de restituir una misma cantidad de la misma especie y calidad de la cosa».

Por su parte, el Código Civil Uruguayo, lo hace en los artículos 2196 y 2197:

Artículo 2196.- «Hay dos clases de préstamos, el de las cosas fungibles, y el de las cosas no fungibles.

El primero se llama mutuo, o préstamo de consumo; y el segundo comodato o préstamo de uso».

Artículo 2197.- «El mutuo o préstamo de consumo, es un contrato por el cual se da dinero u otra cosa

de las fungibles, con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad».

El Código Civil Colombiano legisla el mutuo en los artículos 2221 y siguientes:

Artículo 2221.- «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

Artículo 2222.- «No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio».

El Código Civil Venezolano de 1880 trata sobre el particular en los artículos 1673 y siguientes:

Artículo 1673.- «El mutuo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad».

Artículo 1674.- «Por efecto del mutuo, el mutuatario se hace propietario de la cosa prestada, y perece para él, de cualquier manera que suceda esta pérdida».

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano lo hace en los artículos 2126 y siguientes:

Artículo 2126.- «Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

Artículo 2127.- «No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio».

El Código Civil Español trata al mutuo en el artículo 1753:

Artículo 1753.- «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba al mutuo en sus artículos 873 y siguientes:

Artículo 873.- «El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes transfiere a la otra la propiedad de cosas fungibles, con cargo de ésta devolverle, después de un cierto tiempo, cosas similares, en parecidas cantidad y calidad».

Artículo 876.- «El préstamo de cosas no pertenecientes al prestamista es nulo y da lugar a garantía de evicción, si él es con intereses, y si el prestatario ha sido de buena fe.

Él no es válido sino en los casos siguientes:

1. Si el prestatario ha consumido de buena fe las cosas prestadas;
2. Si él ha producido la reivindicación del verdadero propietario por la prescripción;
3. Si ha habido ratificación del precio por este último».

Por su parte, el Código Civil Japonés trata al mutuo en el artículo 987:

Artículo 987.- «Un préstamo de consumo se hace efectivo cuando una de las partes recibe de la otra dinero u otras cosas con el entendimiento de que aquélla devolverá el dinero o cosas de la misma clase, calidad y cantidad».

El Código Civil Alemán legisla sobre el particular en el artículo 607:

Artículo 607.- «Quien ha recibido como mutuo dinero u otras cosas fungibles está obligado a restituir al mutuante lo recibido en cosas de la misma especie, calidad y cantidad».

El Código Civil Nicaragüense de 1903 aborda el tema en sus artículos 3390 y siguientes:

Artículo 3390.- «Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad».

Artículo 3391.- «La cosa que se entrega por el mutuante al mutuatario debe ser consumible o fungible aunque no sea consumible».

Artículo 3392.- «El mutuo es un contrato esencialmente real, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa».

El Código Civil Hondureño de 1906 trata sobre el mutuo en su artículo 1932:

Artículo 1932.- «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

De otro lado, se puede recordar que el Código de las Obligaciones de Suiza trata acerca del tema en el artículo 312:

Artículo 312.- «El préstamo de consumo es un contrato por el cual el prestamista se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, a cargo por este último de devolverle otro de la misma especie y calidad».

El Código Civil Brasileño de 1916 legisla sobre el mutuo en el artículo 1256:

Artículo 1256.- «El mutuo es el préstamo de cosas fungibles. El mutuatario está obligado a restituir al mutuante lo que de él recibió en cosas del mismo género, calidad y cantidad».

Por su parte, el Código Civil Panameño de 1917 trata el tema en su artículo 1444:

Artículo 1444.- «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

El Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, de 1922, aborda el mutuo en su artículo 208:

Artículo 208.- «Por el contrato de préstamo, una parte (prestamista) entrega a otra (prestatario) dinero o cosas genéricamente determinadas, y el prestatario se obliga a devolver al prestamista la suma de dinero recibida o una cantidad de cosas igual a la tomada en préstamo, del mismo género y calidad, con o sin intereses».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 aborda el tema en sus artículos 656 y siguientes:

Artículo 656.- «Mutuo es un contrato por el que una persona entrega a otra cierta cantidad de cosas consumibles, con el cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad».

Artículo 657.- «Para celebrar este contrato se requiere, que tengan capacidad de disponer libremente de sus bienes, tanto el mutuante como el mutuatario».

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 legisla al mutuo en el artículo 474:

Artículo 474.- «Se llama préstamo de consumo el contrato por el cual las partes convienen que una de ellas transferirá a la otra la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, y que la otra parte restituirá cosas de la misma especie, calidad y cantidad».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 legisla sobre el mutuo en su artículo 1556:

Artículo 1556.- «Por el mutuo una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso, con cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad».

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 trata el tema en el artículo 1197:

Artículo 1197.- «El contrato de préstamo será mutuo cuando una de las partes entregare en propiedad a la otra, dinero o cosas fungibles, con cargo para ésta, de restituir igual número de la misma naturaleza y calidad».

De otro lado, debemos recordar que el Código Civil Venezolano de 1942 legisla el tema en el artículo 1735:

Artículo 1735.- «El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo a restituir otras tantas de la misma especie y calidad».

El Código Civil Italiano de 1942 aborda el particular en el artículo 1813:

Artículo 1813.- «(Noción) El mutuo es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una determinada cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, y ésta se obliga a restituir otras tantas cosas de la misma especie y calidad».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, aborda-

5.4.3. En cuanto a su estructura

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

5.4.4. En cuanto a su contenido o área

Como ha sido dicho oportunamente, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como mercantil. Lo propio ocurre con el mutuo; pero el mutuo mercantil, será por lo general, con intereses. El Código Civil de 1984, en virtud del artículo 2112, estableció que el contrato de mutuo de naturaleza mercantil, se rige por las disposiciones de dicho cuerpo de leyes. Esto, según comenta Arias-Schreiber,[45] se adoptó

---

ba el tema en sus artículos 1283 y 1284:

Artículo 1283.- «Por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra dinero o una cosa consumible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso se llama préstamo de valores, o bien alguna cosa no consumible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva.

El préstamo de cosas es esencialmente gratuito y el de valores puede ser gratuito o con interés».

Artículo 1284.- «Cuando el préstamo es de dinero hay que devolverlo en la especie pactada y, no siendo posible, entregar la especie en la moneda que tenga curso legal en Bolivia.

Si lo prestado es otra cosa consumible o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio».

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca del mutuo en el artículo 1142:

Artículo 1142.- «(Noción) Mutuo es el contrato por el cual una de las partes presta a otra dinero u otra cosa fungible, quedando la segunda en la obligación de restituir otro tanto del mismo género y calidad».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 aborda el tema en su artículo 1942:

Artículo 1942.- «Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad».

El Código Civil Boliviano de 1976 legisla sobre el mutuo en sus artículos 895 y siguientes:

Artículo 895.- «(Noción) El mutuo es el préstamo de cosas fungibles que el mutuatario está obligado a devolver al mutuante en casos de igual género, cantidad y calidad».

Artículo 898.- «(Capacidad de disposición) Para celebrar este contrato el mutuante debe tener capacidad para disponer de sus bienes».

El Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados, en 1984, legislaba al mutuo en el artículo 586:

Artículo 586.- «El mutuo es el préstamo de cosas fungibles. El mutuatario está obligado a restituir al mutuante lo que de él recibió en cosas del mismo género, calidad y cantidad».

Finalmente, el Código Civil Paraguayo de 1987 legisla sobre este contrato en su artículo 1292:

Artículo 1292.- «Por el contrato de mutuo, o préstamo de consumo, una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que está autorizada a consumir, con la obligación de restituirlas en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado».

[45] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1988, tomo II, p. 238.

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».

Entonces y desde que entró en vigencia el Código Civil de 1852 hasta su derogatoria, el mutuo mercantil era regulado en los artículos 339 y 340 del Código de Comercio de 1853, y después por los artículos 305 al 314 del Código de Comercio de 1902, hasta que fue derogado el Código Civil de 1936. Este último cuerpo de leyes exigía que para que un mutuo sea considerado de naturaleza mercantil, debía tener como elemento el que alguno de los contratantes fuera comerciante, mientras que su antecesor estipulaba que «el préstamo no era mercantil si solamente era comerciante el acreedor; que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio, bastando que así lo exprese el documento en que conste el préstamo». Con respecto a esta disposición, en la Exposición de Motivos se señalaba que con ella «quedaban amparados y protegidos por la legislación comercial gran número de préstamos, que se regían por el Derecho Civil, a pesar de constituir en rigor actos de comercio, sólo porque uno de los contratantes era ajeno a esta profesión».[46]

5.4.5. En cuanto a su autonomía

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

5.4.6. En cuanto a su formación

Como hemos visto, la compraventa es un contrato consensual.

La situación del mutuo es mucho más compleja.

Tanto en el Código de 1836 (artículo 1654), como en el Código de 1852 (artículo 1800) y en el de 1936 (artículo 1573), el mutuo ha sido considerado como un contrato de naturaleza real; es decir, que la entrega del bien era un requisito *sine qua non* para la formación del contrato. Es, con el Código vigente, que la entrega del bien se produce en la fase de ejecución del contrato, o sea que con ella se inicia el cumplimiento de la prestación del mutuante.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, parece ser que también adopta la teoría del mutuo como contrato real, ya que en su definición expresa que «es el préstamo de una cantidad de dinero con interés legal, menor, o sin él, para restituirlo en dinero al plazo que se señale». La frase «es el préstamo» nos indicaría que con la entrega se ha celebrado el contrato.

---

[46] García Calderón, Manuel. *Código de comercio de 1902*. Lima: Imprenta de la U.N.M.S.M., 1967, segunda edición, p. 152.

En el Código Civil de 1852, podía ser también un contrato formal, pues debía constar en «documento escrito», si es que el valor del bien era mayor a 200 pesos y además se hubiesen pactado intereses. Lo mismo sucedía en el Código de 1936, de acuerdo al cual se debía hacer constar por escrito cuando el valor 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), vale decir, que su existencia y contenido pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respetivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

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

5.4.7. En cuanto al tiempo

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

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

El Proyecto de Código Civil 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 este caso debía regir el plazo legal. Para el Código de 1836 era de cuarenta días, en el de 1852 se disponía seis meses y en el de 1936, fue de treinta días. En el Código de 1984 es de treinta (30) días contados desde la entrega.

5.4.8. En cuanto a su negociación

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

5.4.9. En cuanto al rol económico

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

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

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

5.4.10. En cuanto a su función

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

5.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

El Código Civil de 1852 y el de 1936 disponían que el mutuante y el mutuatario debían tener capacidad de disposición sobre sus bienes (artículos 1802 y 1574, respectivamente). El Código de Santa Cruz y el Proyecto 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 perfeccionaba 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 no podían celebrar este contrato en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administraban, para lo cual tenían que observar las mismas reglas que se prescribían para la transacción.

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

5.4.12. En cuanto a la prestación

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

Desde el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, hasta el Código Civil de 1936, 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.

El artículo 1254 del Código Civil de 1836 establecía la obligación del mutuatario de devolver «la cosa o cosas que se consumen por el uso en la misma especie y calidad». Agregó el término «cantidad» en su artículo 1261, donde disponía la obligación de devolverlo en el «término convenido, en la misma cantidad y calidad». La devolución del bien era la única obligación creada al tiempo de celebración del contrato.

En la posición de este Código (que, como veremos, continuó el de 1852), el mutuo venía a ser un contrato sinalagmático imperfecto, pues con posterioridad a su celebración surgían obligaciones a cargo del mutuante. Estas obligaciones estaban reguladas en el Capítulo V, artículos 1257 a 1260. Prescribía el artículo 1257, que

el mutuante no podía exigir la devolución de la cosa prestada antes del término convenido. En el artículo 1258 no se preveía ninguna obligación del mutuante, sino que se fijaba el término para la devolución que, en caso de no haberse pactado, era de cuarenta días. En el artículo 1259 se facultaba al juez para fijar el término, según las circunstancias, si es que se hubiera convenido que el mutuatario pagara cuando pudiera o tuviera medios para hacerlo. El artículo 1260 establecía la obligación del mutuante de reembolsar los gastos necesarios en que haya incurrido el mutuatario para conservar la cosa; de donde podemos apreciar que en este aspecto se presenta una contradicción, dado que si en su artículo 1255 establecía que desde la entrega el mutuatario se hacía dueño de la cosa, entonces deberían haberle correspondido a él los gastos de conservación.

En el Capítulo VI se regulan las obligaciones del mutuatario, que vendrían a ser las accesorias, pero en el artículo 1261 se reitera la principal. Tal vez esta repetición se hizo para agregar el término «cantidad», pero ya no se volvió a exigir que fuera de la misma especie como lo hizo con el término «calidad». En el artículo 1262 se dispuso que ante la imposibilidad del mutuatario de devolver el bien en las condiciones señaladas, éste quedaba obligado al pago del valor de las cosas con respecto al tiempo y al lugar en que se debían restituir, y si el tiempo y el lugar no se habían pactado, el pago se haría con respecto al precio, en el tiempo y lugar del 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:

> Artículo 8.- «Todos los acontecimientos ordinarios y extraordinarios sobre el dinero mutuado caen en el mutuatario».

En su artículo 9 establecía que quedaban derogadas las leyes de la *non numerata pecunia*; fundamentando De Vidaurre esta disposición al sostener que ninguno debe obligarse por lo que aún no ha recibido.[47]

El Código Civil de 1852 siguió los mismos lineamientos que su antecesor, es decir, también consideró al mutuo como un contrato sinalagmático imperfecto, pero demuestra mayores precisiones y riqueza de supuestos. Al igual que el Código de 1836, disponía que era obligación del mutuatario devolver el bien, según el artículo 1800, en la misma especie y calidad; siendo el término «cantidad» agregado en otro

[47] De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Proyecto del Código Civil Peruano*. Lima: Imprenta del Constitucional por Justo León, 1836, segunda parte, p. 205.

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 éste se hace estableciendo que el mutuante no tenía derecho a «pedir que se le pague lo que dio en mutuo antes del vencimiento del plazo», y agrega: «sea convencional o legal; a no ser que el deudor malverse sus bienes y no otorgue la fianza que se le exija». El plazo legal era más largo que en el anterior Código (seis meses), y operaba sólo a falta de plazo convencional. Así se repite 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; este artículo agrega que el juez evaluaría las circunstancias del deudor. Cabe reconocer aquí que este Código emplea una mejor sistemática, al no regular ya lo concerniente al plazo y las atribuciones del juez con respecto a las obligaciones del mutuante.

A diferencia del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, el Código Civil de 1852 sí establecía que al mutuatario (después de la entrega) le correspondía la mejora, deterioro o destrucción de la cosa prestada, y por ende, ya no habría reembolso. Asimismo, este Código muestra los primeros antecedentes de las obligaciones de saneamiento, cuando en sus artículos 1807 y 1808 se responsabilizaba al mutuante por las que resulten de los defectos ocultos de la cosa entregada en mutuo, si sabiéndolo no daba aviso al mutuatario. Además anota, que si 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». De lo anterior podemos deducir que no se pensó en el supuesto de que se hubieran pactado intereses, caso en el cual este dispositivo resultaba perjudicial para el mutuante.

En el Código Civil de 1936 —al igual que sus antecesores— en el momento de la celebración del contrato (en virtud de que 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» (siendo el término «cantidad», agregado en otro artículo: el 1579).

En este Código ya no se estableció la abstención del mutuante de pedir la devolución antes del vencimiento del plazo legal o convencional. Ello es explicado por Manuel Augusto Olaechea,[48] 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 I 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); permaneciendo las demás reglas concernientes a las obligaciones del mutuatario.

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

La regulación de las prestaciones sigue, básicamente, los mismos lineamientos que el Código anterior.

El artículo 1658 regula un supuesto no previsto en el Código de 1936, aunque sí fue tocado por el de 1852, pero con un precepto contrario al actual. Este artículo permite que el mutuatario efectúe el cumplimiento de su prestación antes del plazo estipulado, si es que no se han pactado intereses o cualquier otra retribución por el uso. Hallamos que esta disposición es acertada, por cuanto con ella se está protegiendo el derecho del mutuante a recibir un beneficio que las partes habían

[48] Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil*. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A., 1936, p. 231.

convenido libremente. Consideramos, asimismo, que esta norma es dispositiva, y por consiguiente, cabe pactar en contrario.

El artículo 1657 establece que «si se ha convenido que el mutuatario pague sólo cuando pueda hacer o tenga los medios, el plazo será fijado por el juez atendiendo las circunstancias». Esta norma no estaba prevista en el Código de 1936, dado que se consideraba que era suficiente con la disposición general comprendida en Acto Jurídico. Por nuestra parte, estimamos que tal inclusión es acertada y supone un avance, pues, aunque también ahora hay norma general aplicable (artículo 182), con el 1657 se obtiene un mayor alcance, cuando dice «que el plazo será fijado por el juez atendiendo las circunstancias».

En lo referente al objeto de las prestaciones en el contrato de mutuo, debemos precisar que 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», y es que 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), pues, 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 a aquellos bienes fungibles que tenían un lapso de aprovechamiento más duradero, y por consiguiente, quizá no hubiera podido hacerse (en lo que al objeto se refiere) una diferenciación con el contrato de comodato.

Los Códigos Civiles de 1852 y 1936 sancionaban con nulidad el mutuo en que se pactare prestar una cantidad de dinero para devolverlo en mercaderías (artículos 1818 y 1582, respectivamente), pues se consideraba que ello desnaturalizaba el contrato. En el Código Civil de 1984, bajo el principio de preservación del contrato, se dispone que éste debe ser reputado como de compraventa (artículo 1665).

Así, el Código de 1984 establece que «si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso». El Código de 1936 lo sancionaba

con nulidad, pues se consideraba que la mayor cantidad representaba un interés que encubría una operación usuraria.[49]

El artículo 1817 del Código Civil de 1852 disponía:

> Artículo 1852.- «Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuatario está obligado a devolver, en moneda corriente, el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo. Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuatario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar».

Este artículo fue modificado por el numeral 1581 del Código de 1936, que establecía lo siguiente:

> 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 ubicada, dada su naturaleza, ya no dentro de las normas del contrato de mutuo, sino en el Libro de las obligaciones, artículo 1234. Con ello fue adoptada la teoría nominalista.

5.4.13. En cuanto a la valoración

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

En cuanto al contrato de mutuo, podemos recordar que para el Código de Santa Cruz era un acto a título oneroso, pues si no se pactaban intereses, corría el interés legal. Entonces, si las partes querían pactar un mutuo gratuito, lo debían manifestar expresamente. En caso las partes hubieren pactado un interés superior a los topes que el Código señalaba, el contrato era nulo.

El Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre también presumía la onerosidad del mutuo, cuando en su definición señalaba: «es el préstamo de una cantidad de dinero con interés legal, menor, o sin él».

Posición distinta adoptaron nuestros Códigos Civiles de 1852 y 1936. Para ellos, en el mutuo no se debían intereses sino en el caso de estar pactados (artículos 1819 y 1583); es decir que el mutuo se presumía gratuito. Ambos Códigos siguieron la misma regla respecto al anatocismo, pues no se podía pactar la capitalización de

[49] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 274.

intereses, siendo ello posible solamente después de dos años y constando por escrito (artículos 1823 del Código de 1852, y 1586 del Código de 1936).

Nuestros Códigos Civiles hasta el de 1936 —inclusive— fijaban la tasa de interés. Así, el de 1836 disponía que el legal era de 6% al año, y el convencional no debía excederse del 2% mensual. En tanto los Códigos de 1852 y 1936 sólo establecían interés legal de 6% y 5%, respectivamente.

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

5.4.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.4.15. En cuanto a sus efectos

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

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

5.5 Con el contrato de arrendamiento

5.5.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos nominados.

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

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

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

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

5.5.2. En cuanto a su regulación

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

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

En lo que respecta al arrendamiento, puede decirse que el Proyecto De Vidaurre trataba el tema en el Título 19, artículos 1 a 22. El Código Civil de 1836 lo hacía en el Título IX, artículos 1128 a 1178, los mismos que contenían diversos capítulos. Así, el Capítulo I trataba sobre las disposiciones generales; el Capítulo II, acerca de las reglas comunes a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos; el Capítulo III, de las reglas particulares al alquiler de casas y muebles; el Capítulo IV de las reglas particulares a los arrendamientos de predios rústicos; y el Capítulo V, del arrendamiento de ganados, y así sucesivamente, pues son nueve capítulos.

El Código Civil de 1852 abordaba el tema en el Título III, artículos 1540 a 1631, tratando sobre las obligaciones del locador, las obligaciones del conductor, los modos de rescindir y de acabar la locación y las mejoras. Por su parte, el Código Civil de 1936 regulaba el tema en el Título V, artículos 1490 a 1546. El Código Civil de 1984 lo hace en el Título VI, artículos 1666 a 1712, tratando en el Capítulo I sobre las disposiciones generales; en el Capítulo II, sobre las obligaciones del arrendador; en el Capítulo III, sobre las obligaciones del arrendatario; en el Capítulo IV, acerca de la duración del arrendamiento; en el Capítulo V, sobre el subarrendamiento y la cesión

del arrendamiento; en el Capítulo VI, acerca de la resolución del arrendamiento; y, por último, en el Capítulo VII, de la conclusión del arrendamiento.[50]

---

[50] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés, al tratar acerca de las disposiciones generales del contrato de arrendamiento, contiene tres normas, de texto siguiente:

Artículo 1708.- «Existen dos clases de contratos de arrendamiento:

El de las cosas, y el de las obras».

Artículo 1709.- «El arrendamiento de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer que la otra goce de una cosa durante cierto tiempo, y mediante un cierto precio que ésta se obliga a pagarle».

Artículo 1710.- «El arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas».

Posteriormente, en el artículo 1713 se trataba acerca del arrendamiento de cosas:

Artículo 1713.- «Cabe arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles».

En tanto que en el artículo 1800 y en el 1802 se regulaba la aparcería de ganado:

Artículo 1800.- «La aparcería de ganado es un contrato por el cual una de las partes le da a la otra un conjunto de animales para guardarlo, alimentarlo y cuidarlo, en las condiciones convenidas entre ellas».

Artículo 1802.- «Cabe dar en aparcería de ganado toda especie de animales susceptibles de cría o de provecho para la agricultura y el comercio».

Lo propio hizo el Código Civil Belga, en 1806:

Artículo 1708.- «Existen dos clases de contratos de arrendamiento:

El de las cosas, y el de las obras».

Artículo 1709.- «El arrendamiento de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer que la otra goce de una cosa durante cierto tiempo, y mediante un cierto precio que ésta se obliga a pagarle».

Artículo 1710.- «El arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas».

Posteriormente, en el artículo 1713 se trataba acerca del arrendamiento de cosas:

Artículo 1713.- «Cabe arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles».

En tanto que en el artículo 1800 y en el 1802 se regulaba la aparcería de ganado:

Artículo 1800.- «La aparcería de ganado es un contrato por el cual una de las partes le da a la otra un conjunto de animales para guardarlo, alimentarlo y cuidarlo, en las condiciones convenidas entre ellas».

Artículo 1802.- «Cabe dar en aparcería de ganado toda especie de animales susceptibles de cría o de provecho para la agricultura y el comercio».

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1831 regulaba el tema del arrendamiento en su artículo 1129:

Artículo 1129.- «El arrendamiento o alquiler es de dos especies: uno de cosas y otro de obras. El de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar a la otra una cosa, por cierto precio y tiempo determinado».

El Código Civil Peruano de 1852 abordaba al arrendamiento bajo el Título de «Locación y Conducción», señalando en el artículo 1540 lo siguiente:

Artículo 1540.- «La locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida».

El Proyecto de Código Civil elaborado por don Andrés Bello establecía el tratamiento del arrendamiento de cosas en su artículo 2092:

Artículo 2092.- «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales que pueden usarse sin consumirse, excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción».

El Código Civil Chileno aborda el tema del arrendamiento en el artículo 1915 y el de arrendamiento de cosas en el artículo 1916:

Artículo 1915.- «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de alguna cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado».

Artículo 1916.- «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporables, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 tocaba el tema del arrendamiento bajo el nombre de «contrato de locación», señalando en sus artículos 1568 y 1569 lo siguiente:

Artículo 1568.- «El contrato de locación tiene por objeto las cosas o las obras».

Artículo 1569.- «La locación de cosas es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa por un determinado tiempo y mediante un determinado precio que ésta se obliga a pagarle».

El Código Civil Uruguayo trata acerca del arrendamiento en sus artículos 1776 y 1777:

Artículo 1776.- «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este uso, goce o servicio un precio determinado.

El que recibe el precio es arrendador, y el que lo paga arrendatario.

El arrendamiento se perfecciona por el mutuo consentimiento de la partes».

Artículo 1777.- «Pueden ser objeto del arrendamiento los bienes muebles no fungibles y todos los inmuebles. Exceptúanse aquellas cosas que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales, como los de uso y habitación».

El Código Civil Argentino trata el tema en sus artículos 1493, 1499 y 1501:

Artículo 1493.- «Habrá locación cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio, un precio determinado en dinero.

El que paga el precio, se llama en este Código, 'locatario', 'arrendatario' o 'inquilino', y el que lo recibe 'locador' o 'arrendatario'. El precio se llama también 'arrendamiento' o 'alquiler'».

Artículo 1499.- «Las cosas muebles no fungibles y las raíces sin excepción pueden ser objeto de la locación».

Artículo 1501.- «Las cosas que estén fuera del comercio, y que no pueden ser enajenadas, o que no pueden enajenarse sin previa licencia o autorización, pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público u ofensivas a la moral y buenas costumbres».

Por su parte, el Código Civil Colombiano aborda al contrato de arrendamiento en sus artículos 1973 y 1974:

Artículo 1973.- «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este

5.5.3. En cuanto a su estructura

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

---

goce, obra o servicio un precio determinado».

Artículo 1974.- «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso».

El Código Civil Venezolano de 1880 abordaba el tema en sus artículos 1486 y 1487:

Artículo 1486.- «El contrato de arrendamiento tiene por objeto las cosas y las obras del hombre».

Artículo 1487.- «El arrendamiento de cosas es un contrato en el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagarle».

El Código Civil Ecuatoriano trata acerca del contrato de arrendamiento en sus artículos 1883 y 1884:

Artículo 1883.- «Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales».

Artículo 1884.- «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso».

El Código Civil Español establece en sus artículos 1542, 1543 y 1545, lo siguiente:

Artículo 1542.- «El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras y servicios».

Artículo 1543.- «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto».

Artículo 1545.- «Los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato».

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, se ocupaba en el Capítulo XXII, del Arrendamiento de Ganado o Arrendamiento de Aparcería. Así, respecto de la aparcería simple contemplaba el artículo 991, de texto siguiente:

Artículo 991.- «La aparcería simple es un arrendamiento de grueso o pequeño ganado, de caballos, o de animales de corral, por el cual el arrendatario se encarga de cuidar y alimentar un rebaño o un cierto número de los mencionados animales, mediando una parte de sus productos.

A falta de convenciones particulares, el arrendatario tiene la mitad de la cría y del producto del esquileo, y la totalidad de la lactancia, de los huevos, del abono y de los servicios de los animales.

El derecho del arrendatario es real y oponible a los terceros, si no hay convención en contrario».

Por su parte, el Código Civil Japonés establece en su artículo 601 lo siguiente:

Artículo 601.- «Un contrato de arrendamiento se hace efectivo cuando una de las partes ha acordado permitir a la otra el uso de una cosa y a sacarle provecho y que ésta se comprometa a pagar alquiler por ella».

El Código Civil Alemán prescribe en su artículo 535 lo relativo al contrato de arrendamiento de uso, y en el artículo 581 lo referente al arrendamiento de uso y disfrute:

Artículo 535.- «Por el contrato de arrendamiento de uso el arrendador se obliga a conceder al arrendatario el uso de la cosa arrendada durante el tiempo del arrendamiento. El arrendatario está obligado a satisfacer al arrendador el alquiler estipulado».

Artículo 581.- «Por el contrato de arrendamiento de uso y disfrute el arrendador se obliga a conceder al arrendatario durante el tiempo del arrendamiento el uso del objeto arrendado y el goce de los frutos, en

5.5.4. En cuanto a su contenido o área

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

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

5.5.5. En cuanto a su autonomía

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

Sin embargo, cuando analizamos el contrato de arrendamiento, no podemos dejar de tratar acerca de un contrato derivado del mismo, es decir, de un contrato que sí

---

tanto que hayan de considerarse como producto según las reglas de una ordenada economía. El arrendatario está obligado a satisfacer al arrendador el alquiler estipulado.

Al arrendamiento de uso y disfrute, en tanto que de los parágrafos 582 a 597 no se deduzca otra cosa, se aplican oportunamente las disposiciones sobre el arrendamiento de uso».

De otro lado, el Código Civil Nicaragüense de 1903 también regula el arrendamiento o locación. Sus disposiciones generales, los artículos 2810 a 2815, establecen lo siguiente:

Artículo 2810.- «Se llama arrendamiento o locación al contrato por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado y cierto. Se llama arrendador o locador el que da la cosa en arrendamiento, y locatario, arrendatario o inquilino el que la recibe».

Artículo 2811.- «El contrato de arrendamiento queda concluido por el mutuo consentimiento de las partes. Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de arrendamiento».

Artículo 2812.- «Las cosas muebles no fungibles y no consumibles, y las raíces sin excepción, pueden ser objeto de arrendamiento».

Artículo 2813.- «Pueden dar y recibir en arrendamiento los que pueden contratar».

Artículo 2814.- «El que no fuese dueño de la cosa, podrá arrendarla, si tiene facultad de celebrar este contrato, ya en virtud de autorización expresa del dueño, ya por disposición de la ley.

En el primer caso, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites que designe el convenio, y en el segundo, a los que la ley ha fijado al guardador, al albacea y a los demás administradores de bienes ajenos».

Artículo 2815.- «No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa, si no es sujetándose a las prescripciones establecidas en este Código respecto de los comuneros».

De otro lado, el Código Civil Hondureño de 1906, en su artículo 1681, establece lo siguiente:

Artículo 1681.- «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado.

Deberán constar por escrito los arrendamientos cuyo precio total y único exceda de doscientos pesos (la unidad monetaria actual de Honduras es el Lempira, según disposición del Decreto Legislativo número

102 de 3 de Abril de 1926) en cada período; no siendo admisible en estos casos la prueba testimonial, sino en conformidad a lo prescrito en el artículo 1530».

Por su parte, el Código de las Obligaciones de Suiza, prescribe en su artículo 253 lo siguiente:

Artículo 253.- «El arrendamiento es un contrato por el cual el arrendador se obliga a ceder el uso de una cosa al arrendatario, mediando una renta».

El Código Civil Brasileño de 1916 trata acerca de la locación de cosas en el artículo 1188:

Artículo 1188.- «En la locación de cosas, una de las partes se obliga a ceder a otra, por tiempo determinado, o no, el uso y goce de una cosa no fungible, mediante cierta retribución».

De otro lado, el Código Civil Panameño de 1917 regula el tema en sus artículos 1294 y 1295:

Artículo 1294.- «El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios».

Artículo 1295.- «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto».

En tanto, el Segundo Anteproyecto del Libro V del Código Civil del Perú de 1926, trataba el tema de la locación de cosas y de servicios en los numerales 552 y siguientes:

Artículo 552.- «La locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida».

Artículo 553.- «Puede arrendarse toda cosa mueble o inmueble que está en el comercio de los hombres y que no se consume con el uso».

Artículo 555.- «Puede dar bienes en locación, el dueño que sea capaz de contratar; y también el que por ley o pacto tenga esta facultad en cuanto a los bienes que administra».

Artículo 556.- «El copropietario de una cosa indivisa, no puede arrendarla, ni aún en la parte que le pertenece, sin consentimiento de los demás partícipes».

De otro lado, el Código Civil del Distrito Federal de México de 1927 regula el tema en los artículos 2252 y siguientes:

Artículo 2252.- «Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto […]».

Artículo 2254.- «Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse excepto aquéllos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales».

Artículo 2255.- «El que no fuere dueño de la cosa podrá arrendarla si tiene facultad para celebrar ese contrato; ya en virtud de autorización del dueño, ya por disposición de la ley».

Artículo 2256.- «En el primer caso del artículo anterior, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites fijados en la autorización, y en el segundo, a los que la ley haya fijado a los administradores de bienes ajenos».

Artículo 2257.- «No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa sin consentimiento de los otros copropietarios».

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 regula el arrendamiento en el artículo 421:

Artículo 421.- «Se llama arrendamiento el contrato por el cual las partes convienen en que una de ellas arrendará a la otra una cosa para que la use o perciba sus frutos, y que la otra pagará por ella una renta.

La renta prevista en el párrafo anterior puede consistir en dinero o en frutos de la cosa arrendada».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 trataba sobre la locación-conducción en el artículo 1475:

Artículo 1475.- «Por la locación-conducción una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un plazo y por cierta renta convenida».

depende jurídicamente del arrendamiento y que adopta sus principales caracteres. Se trata del subarrendamiento.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, en el artículo 3 del Título 19, relativo al contrato de arrendamiento, establecía que el arrendatario puede subarrendar, pero para el mismo objeto que se le arrendó; no variando sus obligaciones con motivo del subarriendo. Este artículo señalaba adicionalmente que los bienes que introdujo el subarrendatario en el fundo, quedan obligados en subsidio del subarriendo.

Por otra parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 establecía, en su artículo 1136, que el conductor puede subarrendar y aun ceder a otra persona su derecho, si no se le ha prohibido esta facultad, la cual es concesible en todo o en parte. Dentro de las reglas particulares de alquiler de casas y muebles, el artículo 1156 establecía que el sub-inquilino está obligado con el propietario solamente por el precio de la sublocación, y es su legítimo deudor por la parte que ocupa en la casa.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1581 que el conductor tiene derecho de subarrendar a otro el todo o parte de la cosa, si en el contrato no se le privó de esta facultad. En tanto el artículo 1582 establecía que no hay facultad de subarrendar cuando el contrato se celebró a partir de frutos con el dueño, salvo que éste la hubiese concedido expresamente. En el numeral 1583 se precisaba que por el subarriendo total o parcial, no se menoscaban los derechos ni las obligaciones que respectivamente corresponden al locador y al arrendatario ni se alteran tampoco las fianzas e hipotecas, convencionales o legales, que están destinadas a la seguridad del contrato.

Adicionalmente, el Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 1597 establecía que el subarrendatario no está obligado al dueño sino subsidiariamente. Mientras que el artículo 1598 señalaba que la obligación subsidiaria prescrita en el artículo anterior, constituye responsable al subarrendatario en favor del dueño, no sólo de la cantidad que adeude por la renta del subarriendo, sino también de la que hubiese pagado anticipadamente sin estar vencidos los plazos que se prefijaron en este contrato.

Por su parte, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, trataba el tema en los artículos 1015 y 1016:

Artículo 1015.- «Habrá locación de cosas, cuando una parte se obligue a ceder el uso y goce de un objeto, por tiempo limitado, y la otra a pagar por ello, un precio cierto en dinero.

Serán asimismo, susceptibles de locación los bienes que no sean cosas, cuando pueda cederse el uso de ellos.

Se aplicará subsidiariamente a este contrato, lo dispuesto sobre los requisitos esenciales de la compraventa».

Artículo 1016.- «Pueden darse en locación todos los bienes que estén en el comercio, aunque sean indeterminados. Los que estuvieren fuera de él, o los que no deban ser enajenados por prohibición legal

o judicial, podrán ser objeto del contrato, si no fueren nocivos al bien público, o contrarios a la moral y buenas costumbres».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1942, se ocupa del arrendamiento en el artículo 1579:

Artículo 1579.- «El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla.

Se entenderá que son ventas a plazo, los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas».

En tanto, el Código Civil Italiano de 1942 lo hace en el artículo 1571:

Artículo 1571.- «(Noción) El arrendamiento es el contrato por el cual una parte se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble por un determinado tiempo, mediante una determinada compensación».

Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, se ocupaba del arrendamiento en los artículos 1253 y siguientes:

Artículo 1253.- «Por el contrato de arrendamiento, una persona se obliga a dar a otra el uso y disfrute de una cosa por tiempo determinado y precio cierto pagadero en metálico o en especies».

Artículo 1254.- «Queda absolutamente prohibido el arrendamiento de fincas rústicas.

Los contratos vigentes en la actualidad cesarán al publicarse este Código. Únicamente por consentimiento escrito del arrendatario podrán convertirse en aparcerías o prorrogarse por un plazo nunca mayor de dos años».

Artículo 1255.- «Todos los demás bienes pueden ser objeto de arrendamiento, excepto los que se consumen con el uso y los derechos estrictamente personales».

Artículo 1259.- «Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el contrato de compraventa.

En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado la cosa».

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca de la locación en sus artículos 1022 y 1023:

Artículo 1022.- «(Noción) Locación es el contrato por el cual una de las partes se obliga a proporcionar a otra el goce temporal de una cosa, mediante retribución».

Artículo 1023.- «(Arrendamiento y alquiler) La locación se llama arrendamiento cuando versa sobre cosa inmueble, alquiler cuando versa sobre cosa mueble».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 trata sobre el arrendamiento en los artículos 1880 y 1881:

Artículo 1880.- «El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado.

Todos los bienes no fungibles pueden ser objeto de este contrato, excepto aquéllos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.

La renta o precio del arrendamiento debe consistir en dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta o determinada».

Artículo 1881.- «Puede dar bienes en arrendamiento el propietario que tenga capacidad para contratar, así como el que por ley o pacto tenga esta facultad respecto de los bienes que administra».

De otro lado, el Código Civil Boliviano de 1976 aborda el tema en su artículo 685:

Artículo 685.- «(Noción) El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes concede a la otra el uso o goce temporal de una cosa mueble o inmueble a cambio de un canon».

Por su parte, el artículo 1599 decía que la obligación del subarrendatario es solidaria con la del conductor, si éstos lo han pactado así; o si el conductor o el dueño estipularon, en el contrato principal, que esta clase de obligación resultaría en caso de subarrendamiento. En tanto el artículo 1600 agregaba que cuando están obligados solidariamente el conductor y el arrendatario, tiene este último derecho de procurar, antes o después de haber pagado la renta del subarriendo, que el locador reciba la que le corresponda en virtud del contrato principal. Por último, debemos señalar que el artículo 1601 establecía que todo subarrendatario a quien el dueño le haga una prevención por escrito, tiene obligación de retener la cantidad que adeude al conductor, y de no pagarle ni éstas ni las rentas que después se devenguen, sino con conocimiento del dueño; agregando que no se concede la facultad de hacer retener lo adeudado al arrendatario, sino en la parte que baste para pagar lo que se debe al dueño por plazo cumplido o próximo a cumplirse. Sin embargo, cabe señalar que este mismo Código señalaba, en el inciso 7 del artículo 1606, que se acaba el contrato de locación por subarrendar el conductor contra pacto expreso.

El Código Civil de 1936 establecía en su artículo 1523 que el conductor tiene derecho de subarrendar a otro el todo o parte de la cosa arrendada, si en el contrato no se le privó de esta facultad. El artículo 1524 señalaba que la cláusula de que el conductor no puede subarrendar sin consentimiento del locador, no impide al conductor subarrendar, si el subarrendatario propuesto ofreciese todas las condiciones de solvencia y buen crédito. El numeral 1525 establecía que no hay facultades de subarrendar cuando el contrato se celebró a partir de frutos con el dueño; salvo que éste la hubiese concedido expresamente. En tanto el artículo 1526 prescribía que el subarrendatario está obligado al dueño solidariamente con el conductor. Mientras que el artículo 1527 anotaba que cesando la locación se resuelven los subarrendamientos cuyo plazo no hubiere concluido aún, salvo el derecho del subarrendatario para exigir del conductor la indemnización correspondiente. Debe mencionarse adicionalmente que el artículo 1528 establecía que no termina el subarrendamiento si la locación hubiese cesado por confusión en la persona del conductor o del locador; finalmente, el artículo 1531, inciso 5, de dicho Código establecía que se acaba el contrato de locación por subarrendar en los casos no permitidos.

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trata sobre el tema en el artículo 565:

Artículo 565.- «En la locación de cosas una de las partes se obliga a ceder a otra, por tiempo determinado o no, el uso y goce de cosa no fungible, mediando cierta retribución».

Entre tanto, el Código Civil Paraguayo de 1987 aborda el tema en el numeral 803:

Artículo 803.- «Puede una persona, por el contrato de constitución de renta, obligarse para con otra para una prestación periódica a título gratuito».

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

Debe mencionarse también que el artículo 1681, inciso 9, establece dentro de las obligaciones del arrendatario, la de no subarrendar el bien total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador. Por lo demás, el inciso 4 del artículo 1697 del propio Código establece como causal de resolución del arrendamiento la de subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.

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

5.5.6. En cuanto a su formación

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

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

Debemos señalar adicionalmente, que si nos remitimos a los Códigos Civiles que antecedieron al vigente, comprobaremos también que no siempre el arrendamiento

fue considerado como un contrato consensual. Dentro de tal orden de ideas, diremos que el Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía en su artículo 22, que la Escritura Pública es de rito en el contrato de arrendamiento, salvo en el servicio personal u obras de industrias, en que podrá extenderse el contrato en documento privado; agregando que en la escritura se contendrá el inventario y tasación de lo movible, semoviente, consumible o deteriorable. En relación a esta norma, el autor del mencionado Proyecto de Código Civil, expresaba lo siguiente:

> Habiendo en otro título designado los contratos que exigen escritura, y entre ellos el de arrendamiento, es inútil la repetición. Añado que en la escritura debe insertarse un cuidadoso inventario de todo lo que se recibe y debe devolverse, que todo lo movible, semoviente, consumible o deteriorable, debe tasarse, (sic) 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.

Por otra parte, debemos mencionar que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, prescribía en su artículo 1133, que se puede arrendar o alquilar por escritura o verbalmente. Acto seguido, el numeral 1134 señalaba que si el arrendamiento o alquiler hecho sin escritura no ha tenido aún principio, y una de las partes lo niega, no debe recibirse prueba de testigos, y sólo se estará al juramento que preste el que niega el contrato. Por último, el artículo 1135 de este cuerpo legal prescribía que cuando haya contestaciones sobre el precio del arriendo o alquiler verbal, y no exista documento de pago, se estará al juramento del propietario; precisando que si el conductor no conviene, se hará la estimación por peritos inteligentes; y si el precio que regulen fuese menor que el declarado por el propietario, éste pagará los gastos de la diligencia, sujetándose a la regulación. En tanto que si el precio fuese hecho en mayor cantidad que la declarada por el propietario, será ésta la cantidad que pague al conductor, al igual que los gastos ocasionados en la diligencia.

De otro lado, el Código Civil de 1852, en su artículo 1546, establecía que puede celebrarse el contrato de locación, ya sea de palabra, por cartas, por Escritura Pública o privada. El artículo 1547 agregaba que se perfecciona el contrato de locación, por el mero consentimiento del locador y del conductor en la cosa que se arrienda y en la renta que ha de pagarse por usarla.

El Código Civil de 1936 no establecía ninguna formalidad específica para el contrato de arrendamiento, por lo que se entendía que el mismo era consensual.

5.5.7. **En cuanto al tiempo**

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

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

Haciendo un recuento de las disposiciones que los diversos Códigos Peruanos han contemplado en relación al plazo en el contrato de arrendamiento, podemos decir, en primer lugar, que el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre trató el tema en el artículo 6, a través del cual se establecía que en todo contrato de arrendamiento habrá plazo señalado, el mismo que podrá extenderse hasta diez años. Agregaba De Vidaurre que no será rescindido por no haberse pagado la renta, salvo que así se pactare, que halle mutuo convenio en ello, o que el arrendatario no tenga bienes con qué satisfacer. Finalizaba este numeral señalando que durante el término del contrato, no podrá pedir el dueño el fundo rústico o urbano, ni con el pretexto de cultivarlo ni ocuparlo personalmente.

En adición, debemos mencionar que dicho Proyecto, en su artículo 7, establecía que en el arrendamiento de fundos rústicos, seis meses antes de cumplido el plazo, se intimará por escrito el desahucio al inquilino por el dueño, o al dueño por el inquilino, fijándose el día preciso para recibir el fundo. Precisaba además, que si el arrendatario no está expedito a la entrega, o continuará un año más, o pagará el daño que resulte al dueño, a cuya elección quedará esto; y si el dueño fue el culpable, será igual la acción del arrendatario. En tanto, en el artículo 8 se establecía que si durante el tiempo del arrendamiento es preciso hacer reparaciones en la finca, los que si no se hicieren en tiempo caería en ruina, y el arrendatario quiere sufrir las incomodidades de la obra; puede permanecer allí. Si esto no es posible, dejará la casa mientras se repara, y entre tanto, ni le corre la renta, ni el plazo estipulado, que continuará concluida la obra. Si en un fundo rústico fuesen precisas reparaciones, y mientras se hagan quedan imposibilitadas de sembrar algunas tierras, se rebajará el arrendamiento en proporción.

En el artículo 9 del mencionado Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre se establece que se rescinde el arrendamiento durante el plazo, si el arrendatario, usando mal de la cosa, la empeorase. En el artículo 10 se establece que por la muerte del que arrendó no concluye el arrendamiento, si no ha finalizado el plazo. En tanto, en el artículo 11 se señala que con la muerte del conductor se da por concluido el plazo. Así los herederos tendrán tres meses para dejar el fundo urbano y la estación de entrega para el rústico; pero si los arrendantes fueron muchos, la muerte de uno no altera el contrato.

Adicionalmente, en el artículo 12 se establece que por la venta concluye el arrendamiento, si el nuevo dueño no quiere continuarlo, pero al arrendatario se le

resarcirán todos los daños que le resulten. Tendrá el derecho de retención por las mejoras necesarias, se le concederán tres meses para desocupar el fundo urbano y un año para el rústico, que correrá desde la fecha en que se hacen comúnmente las entregas. Por último, en el artículo 13 se señala que no finaliza el arrendamiento, si el fundo es legado, cuando no se ha cumplido aún el término.

Por otra parte, debemos señalar que el Código de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, establecía en su artículo 1141 que cuando el arrendamiento o alquiler se hace por unos años forzosos y otros voluntarios, estas calidades de forzosos y voluntarios son correlativas a ambas partes contratantes. De otro lado, el artículo 1147 señala que los arrendamientos o alquileres verbales cesan cumplido el término; y si éste no se fijó, cuando el propietario desahucia o despide al conductor. En tanto que el artículo 1148, prescribe que si concluido el término señalado en la escritura o convenio, el conductor queda y se le deja poseyendo la cosa, resulta un nuevo contrato de arrendamiento con las mismas condiciones. El artículo 1149 agrega que cuando el inquilino o colono es despedido expresamente, aunque haya continuado poseyendo la cosa, no puede invocar la tácita reconducción.

El artículo 1150 señalaba que el contrato de arrendamiento o alquiler no se disuelve por la muerte del locador, ni por la del conductor. En tanto el artículo 1151 prescribía que si el arriendo o alquiler es hecho con escritura y el propietario vende la cosa, no puede el adquirente expulsar al colono o inquilino, a menos que se haya reservado este derecho en la escritura.

El artículo 1152 establecía que si se pactó que en caso de venta pueda el adquirente expulsar al colono o inquilino, el arrendador debe indemnizar los daños e intereses al conductor, quien no puede ser despedido antes de ser satisfecho. El artículo 1153 señalaba que el usufructuario tiene derecho para arrendar o alquilar el que como a tal le corresponde; mas si mueren sus herederos o la persona en quien recae el usufructo, no está obligado a continuar el conductor, aunque no se haya cumplido el tiempo estipulado. En tanto el artículo 1154 prescribía que si en los arrendamientos o alquileres hechos por quince o más años se dudase sobre la satisfacción del precio, el inquilino o colono cumple con manifestar los recibos de los tres últimos años, con lo que se presumen pagados los anteriores, si no se prueba en contrario.

Todo lo anterior, en relación a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos.

En adelante, las normas que el Código Civil de 1836 establecía en relación al alquiler de casa y muebles. En el artículo 1157 se establecía que el alquiler de una casa, una habitación o tienda se juzga hecho para un año, cuando se ha tratado a tanto por año; para un mes, cuando se ha hecho a tanto por mes; y por un día si se pacta un tanto diario; mientras que en el artículo 1158 se señalaba que los muebles que se dan para guarnecer una casa, una tienda o aposento, se consideran alquila-

dos por el tiempo ordinario fijado a la casa, tienda o aposento. En el artículo 1159 quedaba establecido que el propietario no podía deshacer el contrato sino cuando él mismo quisiera ocupar la casa alquilada, en razón de haberse destruido o deteriorado la que habitaba, o si la necesitaba para un hijo o hija que une en matrimonio.

En el artículo 1160 del Código de la Confederación, quedaba prescrito que en los alquileres verbales, el desahucio o despedida se hará con el término de quince días. En tanto que si fuese aposento o tienda, tendrá el inquilino el término de treinta días para buscar otro. Por último, el artículo 1161 señalaba que si el contrato de alquiler ha sido pactado con escritura y expresión de daños forzosos y voluntarios, el desahucio no podrá hacerse sino con el término de tres meses.

Dentro de las reglas particulares a los arrendamientos de predios rústicos, en el artículo 1163 se señalaba que el arrendamiento pactado sin escritura se juzga hecho por el tiempo que es necesario para que el colono recoja todos los frutos. Así, el arrendamiento de fincas, cuyos frutos se recogen totalmente en el curso de un año, se juzga hecho para un año, cuando se dividen por estaciones o temporadas, se limita el arrendamiento a la estación o temporada. En el artículo 1164 se señalaba que cuando resulta un tácito arrendamiento por haber dejado al colono en posesión de la finca después de cumplido el término, sus efectos se regularán por el artículo anterior.

En el artículo 1166 se señalaba que si el arrendamiento se hace por muchos años, y en el tiempo de su duración se pierde la totalidad o la mitad de una o más cosechas por casos fortuitos ordinarios, el arrendatario puede pedir una rebaja del precio, a no ser que esté indemnizado por las cosechas precedentes; y si no lo estuviese, la regulación de la rebaja no puede tener lugar sino al fin del arrendamiento, a cuyo tiempo se hará, si es que no se compensan los años malos con los buenos. Por su parte, el artículo 1167 establecía que si el arrendamiento no es sino para un año y se pierden los frutos en su totalidad o mitad, el colono será descargado proporcionalmente de una parte del precio, deducidas las expensas. Si la pérdida es menor que la mitad, no puede el arrendatario pedir rebaja alguna.

Por otra parte, el artículo 1169 establecía que en los arrendamientos sin escritura, el desahucio o despedida se hará diez días antes o diez días después de cumplido el término. En los escriturados con años forzosos y voluntarios, se advertirá al colono su despedida un año antes.

En lo referente al capítulo del arrendamiento de ganado, podemos decir que el artículo 1177 precisaba que si no se ha fijado el tiempo que debe durar este arrendamiento, se juzgará hecho por tres años. Pero, antes, el arrendador puede pedir la disolución del contrato, si el arrendatario no cumple con las condiciones estipuladas.

En lo referente al Código Civil Peruano de 1852, podemos decir que en el artículo 1553 se precisaba que se entiende que el arrendamiento de una heredad es cuando

menos por el tiempo que el arrendatario necesita para recoger la cosecha, si no se ha estipulado su duración. En tanto, en el artículo 1554 se establecía que en los arrendamientos de haciendas de caña dulce cuya duración no se ha fijado en el contrato, se supone que el término es de tres años. Por su parte, el artículo 1555 señalaba que cuando no se prefijó la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes que se decida a terminar el contrato lo avisará a la otra con anticipación de seis meses. En tanto el artículo 1556 establecía que omitiéndose por ambas partes el aviso prescrito en el artículo anterior, continúa por otro año el arrendamiento de la heredad; mas en las haciendas de caña dulce, continúa el arrendamiento por un bienio, si ninguno de los interesados pide que se limite al año concedido por regla general. El artículo 1557 precisaba que el año rural se cuenta en cada lugar y para cada clase de heredades, desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra recibirlas en arrendamiento. Por otra parte, el artículo 1558 establece que el alquiler de casas por tiempo indeterminado, se reputa a ser por años, por semestres o por meses, según se pague la renta al año, al semestre o mensualmente; pero sin embargo, no termina el alquiler en el año, semestre o mes, si uno de los contratantes no avisa anticipadamente al otro que pone fin al contrato. Por su parte, el artículo 1559 precisa que dado por el locador el aviso prescrito en la segunda parte del artículo que antecede, se concederá al inquilino para que desocupe la casa, un término desde uno hasta cuatro meses, según la costumbre y las circunstancias; contándose este término desde el día del aviso. Adicionalmente, se establece que el inquilino tiene facultad de devolver la casa cumplido el mes, el semestre o el año en que deba hacer el próximo pago de la renta, aun cuando entonces no se hallare vencido el término que se le hubiese dado para desocuparla.

De otro lado, debemos decir que el artículo 1560 establece que en los arrendamientos cuya duración se cuenta por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convierten en obligatorios siempre que el contratante a quien se concedió el derecho de hacerlos valer, no avise al otro que finalizará el contrato cuando se acaben los años forzosos. En tanto que el artículo 1561 señalaba que seis meses antes de concluir los años forzosos, se dará el aviso para que los años voluntarios no se hagan obligatorios. Si en el contrato (artículo 1562) se declaró que los años serían voluntarios, no sólo para una de las partes, sino para las dos, basta que cualquiera de ellas dé a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior, para que el contrato termine al concluir los años forzosos. Finalmente, en el artículo 1563 se precisaba que una vez que empiecen a correr como obligatorios los años voluntarios, continuará el contrato hasta el vencimiento de todos.

Antes de terminar de exponer el tratamiento que el Código Civil Peruano de 1852 brindó al tema de la duración del contrato de arrendamiento, debemos precisar

que dicho cuerpo legal regula bajo un título especial, los modos de rescindir y acabar la locación. En adelante, nos limitamos a reproducir las normas pertinentes (artículos 1602 a 1614).

Pasando al análisis del Código Civil de 1936, diremos que este cuerpo legislativo en su artículo 1494 establecía que todo contrato en que se dé a un arrendamiento la duración de más de diez años, es nulo en lo que exceda de este plazo, cuando se trata del Estado, o de corporaciones o personas que no tienen la libre disposición de sus bienes; rigiendo respecto de los menores e incapaces lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 528. Este Código señalaba también, en el artículo 1495, que cuando no se fijó la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes que se decida a terminar el contrato, lo avisará a la otra con anticipación de seis meses. En caso de omitirse por ambas partes el aviso, continúa por otro año el arrendamiento de la heredad.

Por otra parte, diremos que el artículo 1496 establecía que se entiende que el arrendamiento de una heredad es por el año rural; contándose éste en cada lugar y para cada clase de heredades, desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra recibirlas en arrendamiento. En el numeral 1497 se señalaba que el alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputa por años, semestres o meses, según se pague la renta al año, al semestre o mensualmente; pero sin embargo, no termina el alquiler en el año, semestre o mes, si uno de los contratantes no avisa anticipadamente al otro que pone fin al contrato. Según el artículo 1498, dado por el locador el aviso prescrito en la segunda parte del artículo anterior, se concederá al inquilino para que desocupe la casa, un término desde uno hasta cuatro meses, de acuerdo a las circunstancias; contándose este término desde el día del aviso. Además, esta norma establece que el inquilino tiene la facultad de devolver la casa cumplido el mes, el semestre o el año en que deba hacer el próximo pago de la renta, aunque entonces no se hallare vencido el término que se le hubiese dado para desocuparla.

El artículo 1499 del Código Civil de 1936 señalaba que en los arrendamientos cuya duración se cuenta por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convierten en obligatorios, siempre que el contratante a quien se concedió el derecho de hacerlos valer, no avise al otro seis meses antes, que finalizará el contrato cuando se acaben los años forzosos. Por su parte, el artículo 1500 del Código en mención establecía que si en el contrato se declaró que los años serían voluntarios, no sólo para una de las partes, sino para las dos, basta que cualquiera de ellas dé a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior, para que el contrato termine al concluir los años forzosos.

Dentro del Código de 1936, debemos mencionar que en el artículo 1531 se establecía una serie de causales por las cuales acaba el contrato de locación, a saber: por

concluir el término de duración que fijaron las partes, sin que sea necesario aviso de despedida del locador, ni del conductor; por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía; por muerte del arrendatario, si sus herederos comunican al locador que no pueden continuar en el contrato; por ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin consentimiento del locador, por subarrendar en los casos no permitidos; por entrar en el ejercicio de sus derechos civiles el menor de edad; por terminar el albaceazgo, en la locación que hubiese hecho algún albacea administrador.

El numeral 1532 contemplaba la figura de la reconducción tácita. Se decía que concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada; caso en el cual, no subsisten las garantías que constituyó una tercera persona en el contrato anterior.

En el artículo 1533 se señalaba que no se extingue el contrato, si la pérdida o destrucción de la cosa, ha sido por caso fortuito, y no del todo, sino de una parte de ella; pudiendo el arrendatario en este caso, pedir, según las circunstancias, o que se rebaje la renta, o que se rescinda la locación. Si el arrendatario pide la rebaja y el locador prefiere la rescisión, se disolverá el contrato.

En el artículo 1534 se establecía que siendo dos o más los herederos del arrendatario, si la mitad o el mayor número de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirla, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros; subsistiendo en este caso las garantías que estaban constituidas a favor del locador; quien tiene, sin embargo, el derecho de exigir nuevas garantías; y si no se le otorgan dentro de los quince días, se acaba el contrato.

Por su parte, el artículo 1535 señalaba que cuando se rescinda o acabe el contrato por causa imputable al conductor, caducará el derecho de preferencia que a 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 finaliza un arrendamiento puede ser obligado el locador de una heredad a recibirla antes de que se concluya el año rural; ni el locador de un predio urbano, antes de que se concluya el último mes, semestre o año, según se cuenten los plazos del alquiler.

Ahora nos corresponde tocar el tema en el Código Civil Peruano de 1984, el mismo que trata en el Capítulo Cuarto del Título relativo a este contrato, lo referente a la duración del arrendamiento, entre los artículos 1687 y 1691. La primera de las normas citadas establece que el arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada. El artículo 1688 señala que el plazo del arrendamiento de duración determinada, no puede exceder de diez años. Además, agrega que cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor

de seis años; entendiéndose reducido a dichos plazos, todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados.

En el artículo 1689 se establecen dos presunciones en relación al arrendamiento de duración determinada. Así, se señala que a falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada: cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo; y, en segundo lugar, si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo del arrendamiento será de una temporada.

El artículo 1690 señala que el arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta. En tanto el numeral 1691 establece que el arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes.

Adicionalmente, debemos mencionar que en el Capítulo Séptimo del Título relativo al arrendamiento, se regula el tema de la conclusión de este contrato. Así, en el artículo 1699 se señala que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas.

En el artículo 1700 se señala que vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permaneciese en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento. Por su parte, el artículo 1701 establece que en el arrendamiento cuya duración se pacta por períodos forzosos para ambas partes y voluntarios, se irán convirtiendo uno a uno en forzosos, si la parte a la que se concedió la opción no avisa a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar los períodos forzosos o cada uno de los voluntarios; debiéndose cursar el aviso con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período, si se trata de inmuebles, y de no menos de un mes, en el caso de los demás bienes.

El numeral 1702 señala que si en el contrato se establece que los períodos sean voluntarios para ambas partes, basta que cualquiera de ellas dé a la otra el aviso prescrito en el artículo 1701 para que el arrendamiento concluya al finalizar los períodos forzosos.

Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada, dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (artículo 1703). El artículo 1704 prescribe que vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva; no importando continuación

del arrendamiento, el cobro de cualquiera de ellas. Adicionalmente, el artículo 1705 establece otras causales de conclusión del arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, a saber: cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía; si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo; por la destrucción total o pérdida del bien arrendado; en caso de expropiación; si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán el contrato.

El artículo 1706 establece que en todo caso de conclusión del arrendamiento o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y éste no puede o no quiere recibirlo, aquél podrá consignarlo. En tanto que desde el día en que el arrendatario efectúe la consignación se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación fuese declarada fundada.

Un artículo importante dentro de las normas que venimos tratando, es el 1708, el mismo que establece tres supuestos distintos de cómo se deberá proceder en caso de enajenación del bien arrendado. Estos supuestos son los siguientes: si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador; si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación; tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

El artículo 1709 prescribe que cuando concluye el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al arrendatario. En tanto que el numeral 1710 señala que si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad y el número mayor de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros; caso en el cual, no subsisten las garantías que estaban constituidas en favor del arrendador; teniendo éste, sin embargo, el derecho de exigir nuevas garantías; y si no se le otorgan dentro de quince días, concluye el contrato.

El numeral 1711 precisa que para desocupar el bien, el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto, de la autoridad respectiva; y en caso que el arrendatario desocupe el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable: de la renta y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación hasta que el arrendador tome posesión del bien; de los daños y perjuicios correspondientes; y de que un tercero se introduzca en él.

Por último, el artículo 1712 señala que los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales se rigen supletoriamente por las normas de este título. Sin

embargo, este precepto ha perdido vigencia con la derogatoria del Decreto Ley n.º 21938 y su Reglamento, ya que en forma progresiva todos los contratos de arrendamiento se rigen y regirán por el Código Civil.

5.5.8. En cuanto a su negociación

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

Por su parte, el arrendamiento puede ser un contrato de negociación previa, es decir, aquél en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (el más usual), uno por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto que consideramos de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere. A lo expresado en este punto es de aplicación lo anotado, cuando hicimos alusión al derogado Decreto Ley nº 21938.

5.5.9. En cuanto al rol económico

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

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

5.5.10. En cuanto a su función

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

5.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.5.12. En cuanto a la prestación

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

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

El Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía en el artículo 1 del Título relativo al contrato de arrendamiento, que éste es propiamente un contrato consensual, de cosa inmueble fructífera, para que se use de ella, se goce y se utilicen sus producciones por tiempo señalado y precio cierto, según las condiciones que se incluyan en el pacto o estén expresas por las leyes, siendo necesaria la devolución al fin del plazo estipulado, o cuando la ley lo determine. Agrega el mencionado artículo que se alquilan los muebles de que puede hacerse uso. Debe precisarse que este Proyecto, al igual que los Códigos que le sucedieron: el Código Civil de 1836, el Código Civil de 1852 y el Código Civil de 1936, consideraron que el arrendamiento podía versar no sólo sobre cosas, sino también sobre servicios y obras. Ello llevó a decir a De Vidaurre, al comenzar la Exposición de Motivos relativa a este contrato, lo siguiente:

> Mucho tiempo debió pasar después de poblado el mundo, para que se idease el contrato de arrendamiento. Debiéronle preceder poseedores, propiedades, términos y todas las leyes que aseguran el dominio. En este contrato de derecho de gentes, admitido y practicado entre todas las naciones cultas, hallo mejor que Rousseau el verdadero origen de la desigualdad. Uno que arrienda y otro que recibe en arrendamiento, son personas de carácter muy distinto. ¡Ah que la naturaleza parece que se resiente al ver que come el pan un semi-máquina, que otro le presenta, sufriendo sobre si el rigor de las estaciones! ¿Pero para qué exclamar? ¿Para qué estas quejas? El orden social así lo exige. Sino fueran permitidas las riquezas, no hubieran dado un paso las industrias. Ese propietario que parece dichoso, es gravado con la enojosa negligencia, y sus hijos o nietos ya vivirán de su trabajo. Disminuyamos las penas sociales, no destruyamos graduaciones sin las cuales se puede subsistir.

Siempre en lo referente al Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, podemos decir que en el mismo se regularon, aunque dispersas, las obligaciones del arrendador, tanto como las del arrendatario. Así, a través del artículo 15 se establecía que:

> 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».

Los artículos 17, 18 y 19, regulaban las obligaciones del arrendatario. De esta forma, el artículo 17 establecía que:

> 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».

En tanto el artículo 18 establecía que:

> 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 necesite, y exigirle la respuesta por escrito».

Y el artículo 19 establecía que:

> 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 en el artículo 20 del mencionado Título del Proyecto De Vidaurre, se establecía que:

> 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 es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar a la otra, una cosa por cierto precio y tiempo determinado (artículo 1128). El mencionado cuerpo legal, efectuaba una distinción de los diversos tipos de arrendamiento de cosas. En tal sentido, decía (artículo 1130) que en el arrendamiento de heredades rústicas, el arrendatario o el que recibe la heredad se denomina colono; mientras que en el arrendamiento de casas de alquiler, tomaba el nombre de inquilino.

Para este Código, las principales obligaciones del propietario en el mencionado contrato eran la de entregar al colono o inquilino la cosa arrendada o alquilada, a mantenerla en estado de servir en el uso para el que se ha dado, y hacer que el conductor goce de ella sin ser inquietado, mientras la duración del contrato (artículo 1137). Adicionalmente, se establecía que el propietario también estaba obligado al saneamiento de las cosas arrendadas o alquiladas, según lo dispuesto en el contrato de venta (artículo 1138).

Las principales obligaciones de los inquilinos y colonos, eran aquéllas que el Código establecía para el usufructuario (artículo 1139); pero adicionalmente pres-

cribía que el inquilino y el colono estaban obligados a usar de la cosa arrendada o alquilada como un buen padre de familia y según el destino que se le ha dado en el contrato, o según el que presuma por las circunstancias, en defecto de convención; y a pagar el precio en los términos estipulados.

Cabe señalar, además, que el Código bajo análisis establecía en adición a las antes mencionadas reglas comunes, a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos, normas sobre el alquiler de casas y muebles; preceptos referentes a los arrendamientos de predios rústicos; y, por último, referentes al arrendamiento de ganado.

Por otra parte, el Código Civil de 1852, en su artículo 1540, establecía que la locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida. Adicionalmente, el artículo 1541 prescribía que la locación de bienes inmuebles se llama en general arrendamiento. En tanto que la de casas de habitación y la de muebles destinados al uso y ornato urbano, se llama con más especialidad alquiler. Por el artículo 1542 se establece que se le da el nombre de renta al precio que se paga por usar una cosa. En tanto que en virtud del artículo 1543 se precisa que se denomina locador al que concede el uso de la cosa; conductor o arrendatario al que la recibe; y, más especialmente, inquilino al que toma en alquiler casas de habitación. Puede arrendarse toda cosa mueble o inmueble que está en el comercio de los hombres y que no se consume con el uso.

El Código de Echenique establecía a partir de su artículo 1584, cuáles eran las obligaciones del locador. Así, en la norma citada, se expresaba que el locador está obligado a entregar la cosa arrendada en el tiempo convenido, y en estado de servir al objeto de la locación. En tanto que el artículo 1585 establecía que si no se designa en el contrato el tiempo de la entrega, se verificará ésta inmediatamente, salvo que por costumbre deba hacerse en otra época. El artículo 1586 señalaba que entregada la cosa al conductor, se presume, si no se prueba lo contrario, que se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso a que se destinó.

Adicionalmente, puede mencionarse que a través del artículo 1587 se establecían otras obligaciones para el locador. Estas eran las siguientes: manifestar al conductor el vicio oculto que tenga la cosa arrendada; mantener al conductor en el uso de ella durante el tiempo de la locación; defender el uso de la cosa arrendada, contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; soportar todas las pensiones y cargas reales que graviten sobre la cosa; y hacer en ella las reparaciones necesarias que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario.

A través del artículo 1588 se establecía que el locador indemnizará al conductor de los perjuicios que éste haya sufrido, y le pagará las costas que le haya causado, por falta de cumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 1584 y 1587.

Entre los artículos 1589 y 1594 se establecen determinadas reglas complementarias del tema. En tal sentido, el artículo 1589 señala que el locador que arrendó de buena fe la cosa ajena, creyéndola propia, se libra de responsabilidad si presenta al conductor otra equivalente; en el numeral 1590 se establece que no está obligado el arrendatario a admitir la cosa equivalente que se le ofrezca en lugar de la que contrató. En tanto, el artículo 1591 prescribe que en el caso de haber sabido el arrendatario que era ajena la cosa arrendada, y de no haberse asegurado de la facultad con que se le daba el uso, no tendrá derecho a ninguna indemnización por falta de entrega, ni por privación de ella.

Por otra parte, debemos mencionar que el artículo 1592 establece que si el locador vende, dona o enajena de otro modo la cosa arrendada, no podrá el nuevo dueño negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que la tenga por Escritura Pública, a no ser que en el contrato de locación se hubiese pactado lo contrario. También debemos señalar que a través del artículo 1593 se establece que el locador no puede eximirse de mantener al inquilino en la casa, aunque la necesite para sí mismo o para sus hijos, si no se reservó esta facultad en el contrato de locación. Por último, el artículo 1594 prescribe que cuando por reparar la cosa se impida al conductor que use de una parte de ella, rebajará de la renta una cantidad proporcionada al tiempo y a la parte de que no se ha hecho uso.

En lo referente a las obligaciones del conductor, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1595 las principales, a saber: cuidar de la cosa arrendada como propia, y usarla en el destino para que se le concedió; pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio, en cada semestre; dar aviso al locador de cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; devolver la cosa a su dueño, vencido el término de la locación, en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; no abusar de modo alguno de la cosa arrendada; hacer los reparos que determina la costumbre, si no hay pacto en contrario.

Por su parte, el artículo 1596 establecía que el arrendatario indemnizará al locador de los perjuicios que le cause, por haber empleado la cosa en otro destino diferente del convenido; por no devolverla concluido el tiempo de la locación; por no dar aviso de las usurpaciones; y, en fin, de todos los perjuicios que por culpa de él haya sufrido el dueño; comprendiéndose dentro de esta responsabilidad la del pago de costas.

Por otra parte, el Código Civil de 1936 definía en el artículo 1490 al contrato de locación-conducción, del que se decía que era aquél por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa durante un plazo y por cierta renta convenida. Este Código Civil, establecía como principales obligaciones del locador (artículos 1511 a 1516), las siguientes: entregar al conductor la cosa arrendada en el tiempo convenido y en

estado de servir al objeto de la locación; y en caso de no designarse en el contrato el tiempo de la entrega, se verificará ésta inmediatamente, salvo que por costumbre deba hacerse por otra época (artículo 1511).

El artículo 1512 establecía que una vez entregada la cosa al conductor, se presume, si no se prueba lo contrario, que se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso a que se destinó. Por su parte, el artículo 1513 mencionaba otras obligaciones del locador, a saber: mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación; defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; hacer en ella los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario.

Debe mencionarse adicionalmente al artículo 1514, que señalaba que en caso de haber sabido el arrendatario que era ajena la cosa arrendada, no tendrá derecho a ninguna indemnización por falta de entrega, ni por privación de ella. En tanto el artículo 1515 prescribía que si el locador enajena la cosa arrendada, no podrá el nuevo dueño negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que tenga inscrito su derecho; a no ser que en el contrato de locación se hubiese pactado lo contrario. Por último, el artículo 1516 señalaba que cuando para reparar la cosa se impida al conductor que use una parte de ella, se rebajará de la renta una cantidad proporcional al tiempo y a la parte que no ha hecho uso.

Las obligaciones del arrendatario (el Código Civil de 1936 utilizó el término conductor) son tratadas en los artículos 1517 y siguientes. El artículo 1517 establecía como principales obligaciones del conductor, las de cuidar de la cosa arrendada como propia, y usarla en el destino para que se le concedió; pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio cada mes; dar aviso al locador de cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; devolver la cosa al dueño, vencido el término de la locación, en el estado en que la recibió sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; hacer los reparos que determina la costumbre, si no hay pacto en contrario, y a poner en conocimiento del locador la necesidad de las reparaciones que a éste le incumben.

Adicionalmente, el artículo 1518 prescribe que el arrendatario es responsable del incendio, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción. Agrega el artículo 1519, que no responde el arrendatario del incendio que se haya comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que puede exigirse. El artículo 1520 prescribía que si son varios los arrendatarios, todos son responsables del incendio en la proporción de la parte que respectivamente ocupan, a no ser que se pruebe que el incendio comenzó en la habitación de alguno de ellos, quien en tal caso será el único responsable. El artículo 1521 agrega que si el locador ocupa alguna parte del inmueble, será considerado como arrendatario, respecto de

dicha responsabilidad. En tanto el artículo 1522 precisa que cesa la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio, en la medida en que el locador estuviese asegurado, salvo el derecho del asegurador contra el arrendatario, si el incendio fue causado por culpa de éste.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1984 se constituye en el primer cuerpo legislativo nacional en distinguir como figura autónoma al contrato de arrendamiento con respecto a la locación de servicios y al contrato de obra. Así, en el artículo 1666 se establece el concepto de este contrato, al señalarse que por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario, el uso de un bien por cierta renta convenida.

Las obligaciones del arrendador se encuentran reguladas en el Capítulo Segundo. A través del artículo 1678 se establece que el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos; agregando que si no se indica en el contrato, el tiempo ni el lugar de la entrega, 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 entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso. Por último, en el artículo 1680 se establecen dos obligaciones adicionales del arrendador, a saber: mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato, a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento; y a realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

En lo que respecta a las obligaciones del arrendatario, las principales son enumeradas por el artículo 1681, precisándose en este numeral las que se mencionan a continuación: recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias; pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio; pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan; dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien; permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso que le corresponda, conforme a la ley o al contrato; no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres; no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador; no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador; devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

Adicionalmente, en los artículos 1682 a 1686, se establecen algunas otras obligaciones del arrendatario. Así, se dice en el artículo 1682 que éste está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes; precisándose que si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador; agregando que en los demás casos, los gastos de conservación y mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto.

El artículo 1683 prescribe que el arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él; agregando que es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas, que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien. Este artículo es concordante con el artículo 1329 sobre culpa leve.

Por su parte, el artículo 1684 señala que si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de 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; añadiendo que si se trata de bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si 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, respecto a la responsabilidad a que se refiere el artículo 1685.

5.5.13. En cuanto a la valoración

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

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

Sin embargo, debemos precisar que resulta un punto discutible el referente a en qué debe consistir la renta. Lo usual es que dicha renta consista en dinero (moneda nacional) o signo que represente al dinero (moneda extranjera). Sin embargo, consideramos que si la renta consistiera en un bien distinto a los mencionados, ello no desnaturalizaría el contrato de arrendamiento.

5.5.14. En cuanto al riesgo

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

5.5.15. En cuanto a sus efectos

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

5.6. Con el contrato de hospedaje

5.6.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el hospedaje son contratos nominados.

5.6.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos sociales y típicos legales.

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

5.6.3. En cuanto a su estructura

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

5.6.4. En cuanto a su contenido o área

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

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

5.6.5. En cuanto a su autonomía

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

5.6.6. En cuanto a su formación

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Salvo disposición en contrario de las partes, el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, consensual pero nada impediría que las partes conviniesen una forma distinta.

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

5.6.7. En cuanto al tiempo

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

5.6.8. En cuanto a su negociación

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

No obstante lo que acaba de ser expresado, nada impediría que el hospedaje se celebre por negociación previa, sobre todo en lo que respecta a establecimientos

menores, como es el caso de las posadas. Sin embargo, no es menos cierto que la difusión de este contrato en nuestros tiempos le ha impuesto el rasgo de la contratación masiva: ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.6.9. En cuanto al rol económico

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

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

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

5.6.10. En cuanto a su función

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

5.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.6.12. En cuanto a la prestación

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

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

5.6.13. En cuanto a la valoración

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

5.6.14. En cuanto al riesgo

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

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

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

5.6.15. En cuanto a sus efectos

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

5.7. Con el contrato de comodato

5.7.1. En cuanto al nombre

El contrato de comodato, al igual que la compraventa es de carácter nominado. Viene del latín *commodatum*. En su Exposición de Motivos, Manuel Lorenzo de Vidaurre, citando al Conde de Cépeda, escribió que «*Commodatum* quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la recibió».

5.7.2. En cuanto a su regulación

Tanto la compraventa como el comodato son contratos típicos.

El comodato siempre ha tenido regulación legislativa.

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, estaba regulado en el Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad,

Título XI, Del préstamo, Capítulo I, Del comodato y su naturaleza, Capítulo II, Obligaciones del comodatario; Capítulo III, Obligaciones del comodante (artículos 1239 a 1253).

En el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, el comodato se regulaba en su segunda parte sobre dominio y contratos, en la que ocupaba el Título 12 (Comodato), con 16 artículos.

El Código Civil de 1852 lo regulaba en su Libro III, De las obligaciones y contratos, Sección Cuarta, De los contratos reales, Título Segundo, Del comodato (artículos 1825 a 1844).

En el Código Civil de 1936 el comodato se encontraba legislado en el Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, Sección Quinta, De los diversos contratos, Título VIII, Del comodato (artículos 1587 a 1602).

El Código Civil de 1984 lo regula en su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos nominados, Título VIII, Comodato (artículos 1728 al 1754).

En relación al objeto de las prestaciones en el contrato de comodato, la ley señala que debe tratarse de un bien no consumible, dado que se debe devolver el mismo bien.

Por ello, el Código de Santa Cruz señalaba «la entrega de una cosa» para que el comodatario «se sirva de ella, con el cargo de que se la ha de devolver después de hacerlo». El Proyecto De Vidaurre establecía: «con cargo de restituir la misma [...]»; el Código Civil de 1852, se refería a la entrega gratuita de «alguna cosa no fungible»; y luego agregaba «sólo puede darse en comodato las que no 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».

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.[51]

En tal sentido, el artículo 1825 del Código Civil de 1852 quedó modificado por el artículo 671 del Anteproyecto del Código Civil de 1936, de la siguiente manera:

> 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 es señalado por Arias-Schreiber,[52] al precisar que se trata de una excepción que confirma la regla.

El Código Civil de 1984 ha introducido una presunción *iuris tantum,* que no registra antecedentes en el Perú, cuando señala que se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación.

El actual artículo 1732 establece que «corresponde al comodante el aumento y el menoscabo o pérdida del bien, salvo culpa del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio». Norma parecida se encuentra 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.

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, decía, correspondía a éste la acción reinvindicatoria, «salvo los pactos particulares celebrados entre ambos al tiempo del pago». El Código Civil de 1836 no se pronunciaba sobre este supuesto. En tanto que los Códigos Civiles de 1852 y 1936 establecían que una vez pagado el bien perdido, y el comodatario después lo encontrare, éste no podrá obligar al comodante a recibirlo. El Código Civil vigente contiene la misma disposición, pero se ha creído conveniente agregar en él 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

---

[51] Calle, Juan José. *Código Civil de 1852*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1928, p. 604.

[52] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit*., tomo III, p. 44.

el bien, a su elección, podrá quedarse con él y devolver lo recibido al comodatario, o entregar a éste el bien recibido.

Si el bien fuese hallado por un tercero, el comodatario tenía derecho a recobrarlo, como suyo, según los Códigos Civiles de 1852 y 1936. En tanto que el Código de 1984 sólo expresa que el comodante está facultado para reclamarlo, y cuando lo haya recuperado devolverá al comodatario lo que éste le hubiese pagado.

De aquí que también puede concluirse en que el comodatario tiene derecho a recuperar el bien como suyo.[53]

5.7.3. En cuanto a su estructura

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

5.7.4. En cuanto a su contenido o área

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

---

[53] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés regula al préstamo de uso o comodato, entre otros, en sus artículos 1874, 1875 y 1878:

Artículo 1874.- «Existen dos clases de préstamo:

El de las cosas de que cabe usar sin destruirlas,

Y el de aquellas cosas que se consumen por el uso que de ellas se hace.

La primera clase se llama préstamo de uso o comodato;

La segunda se llama préstamo de consumo o simplemente préstamo».

Artículo 1875.- «El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, para que ésta se sirva de ella, con la obligación para el comodatario de devolverla luego de haberse servido de la misma».

Artículo 1878.- «Puede ser objeto de esta convención todo lo que se encuentra en el comercio y que no se consuma por el uso».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1874.- «Existen dos clases de préstamo:

El de las cosas de que cabe usar sin destruirlas,

Y el de aquellas cosas que se consumen por el uso que de ellas se hace.

La primera clase se llama préstamo de uso o comodato;

La segunda se llama préstamo de consumo o simplemente préstamo».

Artículo 1875.- «El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, para que ésta se sirva de ella, con la obligación para el comodatario de devolverla luego de haberse servido de la misma».

Artículo 1878.- «Puede ser objeto de esta convención todo lo que se encuentra en el comercio y que no se consuma por el uso».

Por su parte, el Código Civil Austríaco, trata acerca del contrato de comodato en el artículo 971:

Artículo 971.- «Cuando alguien entrega una cosa no consumible en forma gratuita para ser devuelta en un determinado tiempo se establece un contrato de préstamo. El contrato por el cual se acuerda

prestar una cosa a alguien, pero sin haberla entregado, es obligatorio, pero todavía no es un contrato de préstamo».

De otro lado, recordaremos que el Código Civil Boliviano de 1831 trataba acerca del comodato y su naturaleza en el artículo 1239:

Artículo 1239.- «El comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, para que se sirva de ella, con el cargo de que se la ha de volver después de hacerlo».

El Código Civil Peruano de 1852 abordaba el particular en sus artículos 1825, 1826 y 1827:

Artículo 1825.- «El comodato es un contrato real por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa no fungible, para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin, y después la devuelva».

Artículo 1826.- «Sólo pueden darse en comodato las cosas que no se consumen con el primer uso».

Artículo 1827.- «Pueden celebrar este contrato, los que tienen libre disposición de sus bienes».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 regulaba al comodato en su artículo 1805:

Artículo 1805.- «El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes consigna a la otra una cosa, a fin de que sirva por un tiempo y para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida».

El Código Civil Uruguayo aborda al contrato de comodato o préstamo de uso en el artículo 2216:

Artículo 2216.- «El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raíz, para que use de ella gratuitamente, y se la devuelva en especie.

Este contrato podrá probarse por testigos, cualquiera sea el valor de la cosa prestada».

Por su parte, el Código Civil Colombiano trata acerca del comodato en el artículo 2200:

Artículo 2200.- «El comodato o préstamo de uso es un contrato en la que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Este contrato no se perfeccionará sino por la tradición de la cosa».

El Código Civil Venezolano de 1880 legisla sobre el particular en el artículo 1663:

Artículo 1663.- «El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que se sirva de ella, para uso o por tiempo determinado, con cargo de restituir la misma cosa».

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano lo hace en los artículos 2104, 2118 y 2125:

Artículo 2104.- «Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa».

Artículo 2118.- «Si la cosa no perteneciera al comodante, y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante, salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido el comodatario».

Artículo 2125.- «Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño».

La regulación del comodato en el Código Civil Español se presenta en los artículos 1740 y 1741:

Artículo 1740.- «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero

5.7.5. En cuanto a su autonomía

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

---

u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés».

Artículo 1741.- «El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato».

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba al préstamo de uso o comodato en el artículo 890:

Artículo 890.- «El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes remite a la otra una cosa mueble o inmueble, para servirse de ella, con la obligación de devolverla idénticamente y en naturaleza, después del tiempo expresa o tácitamente fijado.

Este préstamo es esencialmente gratuito».

De otro lado, el Código Civil Japonés aborda el particular en el artículo 593:

Artículo 593.- «Un préstamo de uso se hace efectivo cuando una de las partes recibe una cosa de la otra parte bajo el entendimiento que aquélla lo devuelva después de haberla usado graciosamente y sacado beneficio de ella».

Por su parte, el Código Civil Alemán contempla al comodato en el artículo 588:

Artículo 588.- «Por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa».

De otro lado, podemos decir que el Código Civil Nicaragüense de 1903, aborda el tema en los artículos 3416 y 3417:

Artículo 3416.- «Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz con facultades de usarla».

Artículo 3417.- «El comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa.

La promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente».

El Código Civil Hondureño de 1906 regula al comodato en sus artículos 1919 y 1920:

Artículo 1919.- «No se perfecciona sino por la tradición real o ficticia de la cosa depositada.

La tradición ficticia es suficiente cuando el depositario tiene ya en su poder, por cualquier otro título, la cosa que se consiente en dejarle a título de depósito».

Artículo 1920.- «El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero, no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato».

El Código de las Obligaciones de Suiza trata el tema en el artículo 305:

Artículo 305.- «El préstamo de uso es un contrato por el cual el prestamista se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa que el prestatario se obliga a devolverle después de haberse servido de ella».

Por su parte, el Código Civil Brasileño de 1916 legisla el comodato en el artículo 1248:

Artículo 1248.- «El comodato es el préstamo gratuito de cosas fungibles. Se perfecciona con la tradición del objeto».

El Código Civil Panameño de 1917 trata sobre el particular en los artículos 1431 y 1432:

Artículo 1431.- «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero

u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés».

Artículo 1432.- «El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú, de 1926, abordaba el tema en los artículos 671 y 672:

Artículo 671.- «El comodato es un contrato por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin, y después la devuelva».

Artículo 672.- «Pueden celebrar este contrato, los que tienen libre disposición de sus bienes».

Por su parte, el Código Civil Chino de 1930 trata sobre el particular en su artículo 464:

Artículo 464.- «Se llama préstamo de uso el contrato por el cual las partes convienen que una de ellas preste gratuitamente una cosa a la otra en miras de usarla, y que la otra restituya la cosa después de haberse servido de ella».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 abordó el tema en el numeral 1570:

Artículo 1570.- «Por el comodato una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo, o para cierto fin, y después la devuelva».

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 trataba acerca del comodato en su artículo 1183:

Artículo 1183.- «El contrato de préstamo será comodato, cuando una de las partes entregare a la otra gratuitamente, con facultad de usarla, alguna cosa no fungible, mueble o raíz. Podrá también entregarse una cosa fungible, siempre que fuere individualizada a los efectos de su restitución».

El Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre la materia en el artículo 1724:

Artículo 1724.- «El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinados, con cargo de restituir la misma cosa».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942 aborda el tema en el numeral 1803:

Artículo 1803.- «(Noción) El comodato es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una cosa mueble o inmueble, a fin de que se sirva de ella por un tiempo o para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.

El comodato es esencialmente gratuito».

El Código Civil Portugués de 1967 regula al comodato en el numeral 1129:

Artículo 1129.- «(Noción) Comodato es el contrato gratuito por el cual una de las partes entrega a otra cierta cosa, mueble o inmueble, para que se sirva de ella, con la obligación de restituirla».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 aborda el particular en los artículos 1957 y 1958:

Artículo 1957.- «Por el contrato de comodato una persona entrega a otra, gratuitamente, algún bien mueble no fungible o semoviente, para que se sirva de él por cierto tiempo y para cierto fin y después lo devuelva».

Artículo 1958.- «Sólo pueden dar en comodato el que tiene la libre disposición de la cosa y el arrendatario y usufructuario que no tenga prohibición».

El Código Civil Boliviano de 1976 trata el tema en sus artículos 879, 880 y 882:

Artículo 879.- «(Noción general y clases de préstamo)

I. El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario, para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo.

5.7.6. En cuanto a su formación

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

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

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

5.7.7. En cuanto al tiempo

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

En lo que respecta al comodato, el Código Civil vigente dispone que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el

---

II. Hay dos especies de préstamo: el de cosas fungibles y el de cosas no fungibles; el primero se llama mutuo o préstamo de consumo o simplemente préstamo, el segundo, comodato o préstamo de uso».

Artículo 880.- «(Carácter y gratuidad del comodato)

I. El comodato es el préstamo de cosas no fungibles, muebles o inmuebles.

II. Este contrato es esencialmente gratuito».

Artículo 882.- «(Facultad de disponer) Pueden celebrar este contrato los que tienen la facultad de disposición de los bienes que dan en comodato».

El Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, aborda al comodato en el artículo 579:

Artículo 579.- «El comodato es el préstamo gratuito de cosas no fungibles. Se perfecciona con la tradición del objeto».

Por su parte, el Código Civil Paraguayo de 1987, trata el tema en el artículo 1272:

Artículo 1272.- «El contrato de préstamo será comodato, cuando una de las partes entregare a la otra gratuitamente, con facultad de usarla, alguna cosa no fungible, siempre que fuere individualizada a los efectos de su restitución».

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 el que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no se pueda suspender.

5.7.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.7.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

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

5.7.10. En cuanto a su función

En este aspecto, la compraventa y el comodato comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que el comodato es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, uno modificatorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación, por

parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

5.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

En el Código Civil de 1984 se permite que los derechos y obligaciones que resulten del comodato se transmitan a los herederos sólo cuando el bien haya sido dado para una finalidad que no se pueda suspender (artículo 1733). Criterio distinto adoptó el Código Civil de 1936, al señalar que «el comodato se acaba por la muerte del comodatario» (artículo 1591). El Código Civil de 1852 estableció como excepción «cuando se presta sólo en consideración a la persona del comodatario, no pasan los derechos de éste a sus herederos». Al no pronunciarse sobre las obligaciones, tal vez se debía entender que éstas sí se transmitían, criterio que también habría sido adoptado por el Código Civil de 1936 y el Proyecto De Vidaurre.

Cabe señalar también que el artículo 1749 del Código Civil de 1984 introdujo una norma que no tiene antecedentes, a través de la cual se hace responsables a los herederos del comodatario que hubieren enajenado el bien, con o sin conocimiento de la existencia del contrato.

Hay responsabilidad solidaria para las personas a las cuales se les ha dado un bien para que lo usen al mismo tiempo (artículos 1733 del Código Civil de 1984; 1602 del Código Civil de 1936; 1844 del Código Civil de 1852; y 1249 del Código Civil de 1836).

Tal como señala Arias-Schreiber,[54] de acuerdo con el artículo 1745, el comodante no tiene necesariamente que ser propietario del bien comodado. Al respecto el Código Civil de 1852 se manifestaba, señalando que sólo los que tenían la libre disposición de sus bienes podían celebrar este contrato.

5.7.12. En cuanto a la prestación

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

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

[54] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo III, p. 58.

cual (siguiendo la posición doctrinaria asumida) se le puede calificar como un contrato sinalagmático imperfecto.

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

El Código Civil de Santa Cruz hacía responsable al comodante de los defectos «que pueden causar perjuicio al que se sirve de la cosa, si conociendo estos defectos no los advirtió al comodatario» (artículo 1253). En este precepto se hacía referencia a los vicios ocultos que pudiese haber tenido el bien comodado. Al respecto, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 mandaban al comodante «avisar si la cosa prestada tenía algún vicio oculto» (artículos 1832, inciso 1 y 1592, inciso 1, respectivamente). Y el Código Civil de 1984 establece que la comunicación debe ser oportuna. El Proyecto De Vidaurre sancionaba el incumplimiento de esta obligación ordenando el pago del doble del daño que resultare para el comodatario y agregaba que «si el mal recayese en la persona, será sujeto a juicio criminal».

El artículo 1250 del Código del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, precisaba que «el comodante no puede volver a tomar la cosa que prestó sino después del tiempo convenido, o en ausencia de convención, después que ella ha servido en el uso para el que fue prestada». Por su parte, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 disponían lo mismo y con similares palabras: «No pedir lo que prestó, antes del tiempo estipulado; y, en defecto de convención, antes de haber servido en el uso para el que fue prestado» (artículos 1832, inciso 2, y 1592, inciso 2, respectivamente).

El Código Civil de 1984, empleando un lenguaje más técnico señala: «a solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de servir al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736». Esta salvedad se refiere a dos supuestos. El primero se da cuando el comodante necesita el bien con urgencia imprevista; y el segundo, cuando acredita que existe peligro de deterioro o pérdida, si continúa en poder del comodatario. Los Códigos anteriores y el Proyecto De Vidaurre, sólo tenían previsto el primer supuesto, en tanto el Código Civil de 1984 —con acierto—, añadió el segundo.

La otra obligación del comodante está referida al pago que debe realizar por los gastos extraordinarios que haya hecho el comodatario para la conservación del bien. Todos los cuerpos legales estudiados y el Proyecto De Vidaurre contienen esta misma disposición, a la que el Código Civil vigente destinó una norma adicional —acertada— y que responde a la aplicación del avance doctrinario. Este precepto

(contenido en el artículo 1754) establece la caducidad del comodatario para reclamar los gastos extraordinarios, la cual tiene un plazo de seis meses, contados desde la devolución del bien. Cabe señalar que, desde que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondientes (artículo 2003), si el comodante después de transcurrido dicho plazo hiciere el pago, estaría incurriendo en un pago indebido.

Las obligaciones del comodatario también han sido reguladas siguiendo básicamente las mismas reglas. El Código Civil de 1984 introdujo una nueva obligación, cual es la de permitir que el comodante «inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación» (inciso 3 del artículo 1378). Con este dispositivo el comodante podrá, en caso de comprobar que existen peligros de deterioro o pérdida del bien en posesión del comodatario, hacer efectivo su derecho a solicitar la devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido al uso del comodatario.

El comodatario ha estado siempre obligado:

- A la custodia y conservación del bien. Los Códigos Civiles anteriores al actual señalaban «velar por la guarda y conservación de la cosa prestada» (artículo 1243 primera parte, del Código Civil de 1836; 1835, inciso 1, del Código Civil de 1852; 1595, inciso 1, del Código Civil de 1936). En tanto el actual Código Civil agrega que debe hacerse con la mayor diligencia y cuidado, y que por ello el comodatario es responsable por la pérdida o deterioro que no provengan de su naturaleza o uso ordinario.
- A emplear el bien en el uso establecido en el pacto, o a falta de 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 a la costumbre (artículo 1738, inciso 2).
- Al pago de los gastos ordinarios que exijan la conservación y uso del bien. El Código Civil de 1836 no tuvo una norma expresa, pero esta obligación podía ser deducida de la obligación general de conservación, consignada en el artículo 1243; en el Proyecto De Vidaurre (artículo 10); en el Código Civil de 1852 (artículo 1835, inciso 3); en el artículo 1595, inciso 3, del Código Civil de 1936; y en el artículo 1738, inciso 4, del Código Civil de 1984.
- A la devolución del bien en el plazo estipulado, o, a falta de pacto, después del uso para el que fue entregado. El Código Civil de 1836 no tenía una norma expresa, pero se podía inferir de la responsabilidad que sobre la pérdida del bien adquiría el comodatario cuando lo usaba por más tiempo del debido (artículo 1244); pudiéndose citar al artículo 1835, inciso 4, del Código Civil

de 1852. En tanto que en el Proyecto De Vidaurre se deduce de los artículos 11 y 12; así como el numeral 1595, inciso 4, del Código Civil de 1936; en el artículo 1738, inciso 5, del Código Civil de 1984.

Según el artículo 1740 del Código Civil vigente «Los gastos de recepción y restitución del bien corren por cuenta del comodatario». Al respecto, consideraríamos que esta norma debería referirse únicamente a los gastos de recepción, ya que el supuesto de la restitución está comprendido dentro de la norma general del artículo 1241, referido al pago.

Está establecida también, la responsabilidad del comodatario «que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor del convenido» y se produce su pérdida o deterioro, «salvo que pruebe que estos hechos se habrían producido aun cuando no lo hubiese usado diversamente o lo hubiese restituido en su oportunidad». Esta norma tiene sus antecedentes en el artículo 1244 del Código Civil de 1836; el artículo 11 del Proyecto De Vidaurre; el artículo 1836 del Código Civil de 1852; y el artículo 1598 del Código Civil de 1936.

Podemos señalar, además, que tanto en el artículo 1741 del Código Civil de 1984, como en los Códigos anteriores, no se hace referencia al supuesto en el cual a falta de plazo convenido, el comodatario demora en la devolución después de que le ha entregado al bien el uso para el que fue dado en comodato. El Proyecto De Vidaurre se refería al comodatario que sin incurrir en los casos permitidos retiene el bien cuando ha finalizado el plazo, y también preveía el caso en que ya se hubiera cumplido el objeto.

El artículo 1739 del Código Civil de 1984 dispone que el comodatario no responde si el bien se deteriora o modifica por efecto del uso para el que ha sido entregado. A excepción del Proyecto de Vidaurre, todos nuestros Códigos Civiles han contenido una norma similar. En el Código Civil de Santa Cruz sólo estaba previsto el caso de deterioro (artículo 1247). Por su parte, el Código Civil de 1852 al igual que el de 1936, se referían al deterioro y a la pérdida (artículos 1840 y 1597, respectivamente).

Consideramos que es correcto que se haya cambiado el término «pérdida» por el de «modifica», dado que es casi imposible que se produzca la pérdida de un bien sin que el comodatario lo haya usado actuando con la diligencia debida.

El artículo 1742 en vigencia, obliga al comodatario a pagar el valor del bien cuando éste perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad. Una norma similar contenían todos los Códigos anteriores, pero se limitaban al caso fortuito. Cabe hacer la salvedad en el sentido que el Proyecto De Vidaurre no se pronunciaba al respecto.

Con el Código Civil de 1984 existen tres obligaciones del comodatario que no registran antecedentes en los Códigos estudiados y están reguladas en los artículos 1745, 1746 y 1747.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, en su artículo 1248, disponía que el comodatario no podía «retener la cosa por compensación de lo que el comodante le debe». El Proyecto De Vidaurre permitía este derecho sólo por las «expensas extraordinarias» y con consentimiento del comodante o con «licencia judicial». El Código Civil de 1852 señalaba «el Comodatario, no puede retener la cosa en seguridad ni en compensación de lo que le debe el comodante» (artículo 1843). El Código Civil de 1936 guardaba silencio al respecto. El Código Civil vigente permite el derecho de retención del bien al comodatario cuando el comodante no le ha pagado los gastos extraordinarios. Cabría preguntarse aquí qué pasa si el bien se pierde, deteriora o modifica, mientras el comodatario está haciendo ejercicio de su derecho de retención.

El Código Civil de 1984 establece en su artículo 1753 (y no hay norma precedente que sea similar) que «la acción del comodante para reclamar por el deterioro o modificación del bien, cuando la causa sea imputable al comodatario, caduca a los seis meses». Podríamos señalar que el plazo debería ser de prescripción, pues considerando que —básicamente— con el comodato el comodante realiza un acto de liberalidad, y —en tal sentido— no es justo que éste pierda su derecho, mucho menos cuando la causa es imputable al comodatario.

5.7.13. En cuanto a la valoración

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, el comodato, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que por parte del comodante, 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.

5.7.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.7.15. En cuanto a sus efectos

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

5.8. Con la locación de servicios

5.8.1. En cuanto al nombre

La compraventa y la locación de servicios son contratos nominados.

Con respecto a la locación de servicios, podemos decir que en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, se utilizaba la denominación genérica de arrendamiento o alquiler para referirse al alquiler de cosas y de obras. En tal sentido, se decía (artículo 1129) que el arrendamiento o alquiler de obra es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer algún servicio o trabajo, mediante un precio estipulado entre ellas.

El Código Civil Peruano de 1852, dentro de la denominación genérica de locación y conducción, comprendía tanto al arrendamiento de cosas como a la obligación de prestar un servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida (artículo 1540).

Por su parte, el Código Civil de 1936 (dentro de la denominación genérica de locación-conducción) trataba, además de la locación de cosas, a la locación de servicios (artículo 1547).

El Código Civil Peruano de 1984 se constituye en el primer cuerpo legal de nuestro país que establece una distinción legislativa clara, entre el contrato de arrendamiento y el contrato de locación de servicios, dándole a este último autonomía conceptual.

5.8.2. En cuanto a su regulación

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

Independientemente de la denominación que ha recibido el contrato de locación de servicios a lo largo del proceso codificador nacional, recibió regulación legislativa desde el Código Civil de la Confederación, el mismo que, confundiendo al contrato de locación de servicios y al contrato de obra, regulaba el tema en el Capítulo VI del Título IX —referente al arrendamiento o alquiler— artículo 1179, norma que establecía que hay tres especies principales de alquiler de obras y de industrias, a saber: el alquiler o salario de las gentes de trabajo que se contratan para el servicio de alguno; el flete de animales y trabajo de los arrieros o carruajeros que se encargan del transporte de personas o mercaderías tanto por tierra como por agua; y el de los

emprendedores de obras en virtud de contrata o por jornal. Este Código Civil trataba, en el Capítulo VII, acerca del salario de las gentes de servicio; en el Capítulo VIII de los arrieros o carruajeros, y del flete de los animales; y en el Capítulo IX del alquiler de las obras por contrato o por jornal.

El Código Civil de 1852, regulaba el contrato de locación de servicios en sus artículos 1632 a 1651, conteniendo subtítulos relativos a los domésticos, los portadores y los operarios.

El Código Civil de 1836 legislaba sobre este contrato entre sus numerales 1547 y 1552.

Por su parte, el Código Civil vigente regula el contrato de locación de servicios dentro del Título 9, relativo a los contratos de prestación de servicios, en el Capítulo Segundo, artículos 1764 a 1770.

5.8.3. En cuanto a su estructura

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

5.8.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.8.5. En cuanto a su autonomía

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

5.8.6. En cuanto a su formación

La locación de servicios comparte con la compraventa, el rasgo de ser contratos fundamentalmente consensuales; pero, nada impediría que las partes conviniesen alguna formalidad especial para su celebración.

5.8.7. En cuanto al tiempo

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

El Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 establecía en su artículo 1180, relativo al salario de las gentes de servicio, que no se pueden alquilar los servicios sino para cierto tiempo o para una empresa determinada. Agrega este

Código, en su artículo 1182, que los criados de cualquier calidad que sean, pueden ser despedidos por sus amos, aun sin estar cumplido el tiempo prefijado, y pagándoles el salario correspondiente. Se agregaba en el artículo 1183 que también pueden los criados despedirse cuando gusten; mas esto se entiende si no hubieren recibido vestidos o dinero adelantado, en cuyo caso pueden ser compelidos a acabar de servir por el tiempo y sueldo estipulados.

Por su parte, el Código Civil de 1852 ponía énfasis, en el artículo 1632, que el servicio o industria al que una persona se podía obligar, debía estar referido a un cierto tiempo o para una empresa determinada. Agregaba este Código —en su artículo 1634— que los criados, de cualquier clase que sean, pueden ser despedidos en todo tiempo, aunque no se exprese la causa, pagándoles su jornal o salario devengado. En tanto, el artículo 1635 señalaba que pueden los criados despedirse cuando quieran si no han recibido anticipaciones de vestido o de dinero; y en caso de haberlas recibido, se les obligará a servir por el tiempo y precio convenidos, salvo que hubiese alguna causa grave para su salida.

El Código Civil de 1936 señalaba, en su artículo 1549, que la locación de servicios no se puede estipular por un plazo mayor de seis años, si se trata de servicios profesionales o de carácter técnico, y de tres años, si se trata de servicios materiales. En tanto el artículo 1550 prescribía que cuando no hay plazo estipulado, o cuando no se puede inferir de la naturaleza del contrato o de la costumbre del lugar, cualquiera de las partes puede, a su arbitrio, poner fin al contrato dando a la otra el aviso correspondiente. Señalaba además este Código, en su artículo 1551, que este contrato se acaba por la muerte del locador.

Finalmente, el Código Civil Peruano de 1984 establece que el plazo máximo de este contrato es de seis años, si se trata de servicios profesionales y de tres años, en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado 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).

5.8.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.8.9. En cuanto al rol económico

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

5.8.10. En cuanto a su función

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

5.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

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

5.8.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

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

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

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

El Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 no hacía mención expresa de la retribución que debía pagarse al locatario. Del texto de dicho Código se deducía, implícitamente, que el contrato podía ser de carácter gratuito u oneroso.

El Código Civil de 1852, al tratar sobre la locación de servicios de los domésticos, expresaba —en su artículo 1633— que en cuanto a la tasa, pago y buenas cuentas de los jornales o salarios de criados merece entera fe el señor de ellos, mientras no se pruebe lo contrario.

El Código Civil de 1936 establecía, en su artículo 1547, que si la locación es de servicios, la retribución se pagará después de prestado el servicio, cuando por el convenio, o por la costumbre, no deba pagarse adelantada. Adicionalmente, en el artículo 1548 se precisaba que cuando no se estipuló la retribución, o cuando las partes no se pusieron de acuerdo, se fijará por el juez, atendiendo a la costumbre del lugar, al tiempo y naturaleza del servicio prestado, y a todas las demás circunstancias del caso.

Por último, el Código Civil de 1984 establece en el artículo 1764 que por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Adicionalmente, en el artículo 1767 señala que si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad, y demás circunstancias de los servicios prestados.

Antes de concluir el punto, queremos hacer mención de que el artículo 1765 del Código Civil de 1984 vigente prescribe que pueden ser materia del contrato de locación de servicios toda clase de servicios materiales o intelectuales. Por su parte, el artículo 1766 establece que el locador debe prestar personalmente el servicio pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos, si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

5.8.13. En cuanto a la valoración

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

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

5.8.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.8.15. En cuanto a sus efectos

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

5.9. Con el contrato de obra

5.9.1. En cuanto al nombre

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

En relación al contrato de obra, vale la pena recordar que el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, lo incluía dentro del nombre genérico del arrendamiento o alquiler. En tal sentido, el arrendamiento o alquiler de obra era el contrato por el cual una de las partes se obligaba a hacer algún servicio o trabajo mediante un precio estipulado entre ellas (artículo 1129).

Por su parte, el Código Civil de 1852 no trataba a este contrato bajo la denominación de obra, sino que las reglas que concedía al mismo las agrupaba bajo el título de «operarios».

El Código Civil de 1936 abordaba el contrato de obra dentro de las reglas de la locación-conducción.

Por último, el Código Civil de 1984 denomina a este contrato como de obra.

5.9.2. En cuanto a su regulación

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

Como se puede deducir de lo señalado en el punto anterior, el contrato de obra, aunque con distintas denominaciones ha recibido regulación en los cuatro Códigos Civiles que han regido en nuestro país. El Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en el Capítulo VI del Título IX, Del arrendamiento o alquiler, bajo el nombre Del alquiler de las obras y de la industria (artículo 1179).

Pero el desarrollo del tema lo efectúa en el Capítulo IX, Del alquiler de las obras por contrato o por jornal (artículos 1191 a 1198).

Por su parte, el Código Civil de 1852 trataba el tema —como ha sido señalado anteriormente— bajo la denominación de «operarios», entre sus artículos 1640 y 1651.

El Código Civil de 1936 reguló el particular entre sus artículos 1553 y 1569. En tanto el Código Civil de 1984 lo hace en el Capítulo Tercero del Título IX, relativo a los contratos de prestación de servicios, bajo la denominación de contrato de obra, entre sus artículos 1771 y 1789.

5.9.3. En cuanto a su estructura

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

5.9.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.9.5. En cuanto a su autonomía

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

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

5.9.6. En cuanto a su formación

Por su formación, la compraventa y el contrato de obra son consensuales. Pero nada impediría que las partes conviniesen en celebrarlos a través de alguna formalidad especial.

5.9.7. En cuanto al tiempo

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

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

Podemos decir que el Código Civil de 1984 establece que este contrato se extingue con la muerte del contratista, caso en el cual el comitente está obligado a pagar a los herederos hasta el límite en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera, los gastos soportados y los materiales preparados (artículo 1787 del Código Civil). El comitente, por su parte, puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida.

El Código Civil de 1936, en su artículo 1554, establecía que el empresario que sólo pone su industria está obligado a hacer la obra en el tiempo señalado en el contrato, bajo pena de pagar los perjuicios. El dueño de la obra a destajo (artículo 1562) puede separarse del contrato, pagando al empresario su trabajo y gastos, y lo que justamente podría utilizar.

De otro lado, el artículo 1564 del referido Código Civil establecía que este contrato se disuelve por muerte del empresario con quien se celebró; exceptuándose el caso en que el dueño de la obra conviniera en que se continúe por el heredero, o por el empresario que éste le proponga. Si no conviene, pagará al heredero el precio proporcional al trabajo hecho y el valor de los materiales preparados, si le fueren útiles.

El Código Civil de 1852 prescribía en su artículo 1642 que el operario que sólo pone su industria está obligado a hacer la obra según el convenio, y en el tiempo señalado en el contrato, so pena de pagar los perjuicios. Por su parte, el artículo 1646 establecía que el dueño de una obra a destajo puede separarse del contrato, pagando al operario su trabajo y gastos, y lo que justamente podría utilizar. Adicionalmente, el artículo 1647 anotaba que este contrato se disuelve por muerte del operario con quien se celebró; exceptuando del artículo antes mencionado, el caso en que el dueño de la obra conviniese en que se continúe por el heredero o por el operario que éste le proponga. Si no conviene, pagará al heredero el precio proporcional al trabajo hecho; y el de los materiales preparados, si fueren útiles.

Por último, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, establecía en su artículo 1195 que el dueño puede deshacer el contrato a destajo aunque la obra esté ya comenzada, satisfaciendo al empresario sus gastos, trabajo y lo que justamente podía utilizar. Además, el artículo 1196 prescribía

que este contrato se disuelve por la muerte del obrero o empresario; pero los propietarios están obligados a pagar a los herederos en proporción al precio convenido, el valor de las obras hechas, y aun el de los materiales preparados, siempre que éstos y aquéllos puedan ser útiles.

5.9.8. En cuanto a su negociación

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

5.9.9. En cuanto al rol económico

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

5.9.10. En cuanto a su función

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

5.9.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.9.12. En cuanto a la prestación

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

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

No obstante lo dicho, cabe señalar que el Código Civil de 1984 admite la posibilidad de pactar un contrato de locación de servicios sin remuneración alguna por parte del locatario, tal como se da a entender en el artículo 1759, relativo a las dispo-

siciones generales de los contratos de prestación de servicios. De darse este supuesto estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

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

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

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

En lo que respecta a los derechos del comitente, el artículo 1777 señala que aquél tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra; y cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado, para que el contratista se ajuste a tales reglas; transcurrido el cual, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios. Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado —por su naturaleza— a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

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

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

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

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

En el artículo 1784 se regulan las acciones derivadas de diversidad o vicios interiores. En tal sentido se establece que si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina, o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el

comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta, dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento; siendo nulo todo pacto distinto. El contratista es también responsable en los casos indicados anteriormente, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra; siendo el plazo para interponer la acción, de un año computado desde el día siguiente al aviso a que hicimos mención.

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

Debe mencionarse que el artículo 1788 prescribe que si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho. Si los materiales son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no se hubieren perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada. Cuando se trate de un contrato por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o restaurarla. Por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Adicionalmente, el artículo 1789 establece que si la obra se deteriora sustancialmente por causa no imputable a las partes, es de aplicación el artículo 1788.

El Código Civil Peruano de 1936 establecía en su artículo 1555 que la recepción de la obra, sin observación del propietario, descarga de responsabilidad al empresario, por falta de conformidad de la obra con lo que fue estipulado, o por vicios externos. El artículo 1556 prescribía que si la obra se destruye, total o parcialmente, dentro de cinco años, por vicio de su construcción, es responsable el empresario o arquitecto. Es también responsable de la destrucción por defecto en el suelo, o por la mala calidad de los materiales, aunque éstos le hubiesen sido suministrados por el propietario. Por su parte, el artículo 1557 señalaba que si el empresario que contrató la obra se obliga a poner los materiales, sufre la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad del dueño para recibirla. Desde que el empresario pone la obra a disposición del propietario (artículo 1558) está éste obligado a recibirla. Si no obstante el requerimiento del empresario, el propietario retarda sin justa causa recibir la obra, se reputará entregada.

Cuando el empresario pone únicamente su industria, no podrá exigir pago alguno, si la cosa se perdió antes de ser entregada y sin que el dueño estuviera constituido en

mora (artículo 1559). Por su parte, el artículo 1560 establecía que el que se obliga a hacer una obra por piezas, o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. En tanto que el empresario de una obra a destajo (artículo 1561) no puede pedir aumento del precio estipulado.

El artículo 1563 del Código de 1936 prescribía que el empresario o arquitecto que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra, en vista de plano convenido con el propietario del suelo, podrá pedir aumento de precio, no obstante lo dispuesto en el artículo 1561, cuando se haya hecho algún cambio que produzca aumento de obra, siempre que hubiera dado su aprobación por escrito el propietario.

Al que ajustó una obra por honorario (artículo 1564), sólo se le abonarán, además de los vencidos, los que correspondan a un mes contado desde la suspensión de la obra.

Por su parte, el artículo 1566 establecía que cuando se estipulare la obra, se ha de hacer a satisfacción del propietario y se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida.

Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al tiempo de efectuar la entrega (artículo 1567).

Ninguno de los operarios y dependientes del empresario, ni los proveedores de materiales, tienen acción contra el dueño de la obra construida a destajo, sino hasta la cantidad que se estuviese debiendo al empresario (artículo 1568).

Es importante señalar que el artículo 1553 del Código Civil, bajo tratamiento, precisaba que cuando el empresario pone materiales e industria hay una venta, y debe arreglarse a los principios establecidos en el título que corresponde a este contrato.

Finalmente, el artículo 1569 establece que las convenciones de «doy para que hagas» y «hago para que des», son arrendamientos de obras; y sobre ellas rigen los principios establecidos en el Título V del Código Civil de 1936, relativo a la locación-conducción.

Por su parte, el Código Civil de 1852, al tratar acerca de los operarios, establecía en el artículo 1640, que el que se encarga de una obra, puede obligarse a poner los materiales y su industria, o solamente ésta. Agrega en el artículo 1641 que cuando el empresario pone materiales e industria hay una venta, y debe arreglarse a los principios establecidos en el título que corresponde a ese contrato.

Si la obra perece (artículo 1643), no está obligado el operario sino por dolo o culpa. Si un edificio construido a destajo (artículo 1644) se destruye dentro de cinco años por vicio de su construcción, es responsable el operario o arquitecto. Es también responsable de la destrucción del edificio, por defecto en el área sobre la que

fue construido, si no hizo al dueño la representación conveniente para disuadirlo de esa fábrica.

El operario no puede pedir aumento de salario estipulado, a no ser que se aumente también la obra (artículo 1645).

El empresario responde por las faltas que cometan sus operarios y demás personas que emplee por sí en alguna obra (artículo 1649). Ninguno de los operarios y dependientes comprendidos en el artículo anterior, tiene acción contra el dueño de la obra, sino hasta la cantidad que se estuviere debiendo al empresario (artículo 1650).

Por último, este Código —al igual que el Código Civil de 1936— establecía en su artículo 1651 que las convenciones de «doy para que hagas» y «hago para que des», son verdaderos arrendamientos de obras; y sobre ellas rigen los mismos principios establecidos en este Título.

Por su parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, establecía en su artículo 1191 que cuando uno se encarga de hacer alguna obra se puede convenir en que él pondrá solamente su trabajo o su industria, o que suministrará también los materiales. En caso el obrero suministra los materiales, si la cosa perece de cualquier manera que sea antes de ser entregada, la pérdida será para el obrero, a no ser que el dueño se haya demorado en recibirla (artículo 1192). Si el obrero ha recibido materiales y la cosa viene a perecer, no estará obligado sino a lo que resulte por su falta (artículo 1193). Si el edificio construido a destajo perece por vicio de la construcción o por vicio del suelo o terreno, el empresario es responsable de ella dentro del término de cinco años (artículo 1194).

Los albañiles, carpinteros y otros obreros que han sido empleados en la construcción de un edificio o de otras obras hechas por la empresa, no tienen acción contra aquél para quien se han hecho, sino hasta la cantidad que éste se halle debiendo al empresario en el momento en que los obreros reclamen (artículo 1197). Los albañiles, carpinteros y otros obreros que hacen directamente contratos a jornal, están sujetos a las reglas prescritas en el Capítulo IX, en el cual se incluyen las normas antes señaladas. Ellos son empresarios en la parte que les toca (artículo 1198).

5.9.13. En cuanto a la valoración

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

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

5.9.14. En cuanto al riesgo

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

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

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

5.9.15. En cuanto a sus efectos

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

5.10. Con el contrato de mandato

5.10.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el mandato son contratos nominados

Al mandato, desde sus inicios, se le conoció con ese nombre. Así, en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836 o Código de Santa Cruz, se le reguló en el Título XV, bajo la denominación «Del mandato».

En el Proyecto de Manuel Lorenzo De Vidaurre, se le reguló en el Título 15, bajo la denominación «Mandato; apoderados; procuradores».

El Código Civil de 1852 lo reguló en la Sección Quinta del Título I, bajo la denominación «Del mandato».

En el Código Civil de 1936, se abordó a este contrato en el Título X, bajo la denominación «Del mandato».

En el Código Civil de 1984 se trata al mandato en el Capítulo Cuarto del Título IX, relativo a los contratos de prestación de servicios (artículos 1790 a 1813).

5.10.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y el mandato son contratos típicos.

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

Pero la definición de mandato ha variado desde 1836 hasta nuestros días.

El Código Civil de 1836, en el artículo 1328 definía el mandato de la siguiente manera:

> Artículo 1328.- «El mandato o la procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa a su nombre y en virtud del mandato.

> El contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario».

Lo primero que podemos apreciar de esta definición es que se trata de un contrato consensual, por medio del cual el mandante otorga facultades al mandatario para que celebre actos en su nombre, confundiéndose así con la representación.

El mandato podía ser especial o general:

> Artículo 1332.- «El mandato es especial y para uno o muchos negocios determinados, o general para todos los negocios del mandante».

> Artículo 1333.- «El mandato concebido en términos generales no comprende sino los actos de administración. Si se trata de enajenar, o hipotecar, o de cualquier otro acto de propiedad, el mandato debe ser expreso».

Así vemos que el mandato especial era aquel que se celebraba para determinados negocios debidamente especificados. Asimismo, era el que se concluía para los actos de disposición.

El mandato era general cuando abarcaba todos los negocios del mandante e implicaba la facultad de realizar los actos de administración.

En el Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre, el artículo 1 del Título 15 definía a este contrato de la siguiente manera:

> Artículo 1.- «Mandato es el contrato por el cual una persona que está en el libre ejercicio de sus derechos, se obliga a representar los de otro, en que pueda ser representado; en uno o más asuntos judiciales o extrajudiciales de cualquier clase, o en todo, lo que a él corresponde sin ninguna restricción».

Como podemos apreciar, esta definición es más completa que la adoptada por el Código Civil de 1836, ya que especifica que el mandatario debía ser un agente capaz, o, dicho en el lenguaje de la época, una persona que esté en el libre ejercicio de sus derechos, lo cual resulta lógico.

En su Exposición de Motivos, De Vidaurre señala:

> Digo que el mandatario ha de estar en el libre ejercicio de sus derechos. Luego ha de ser un ciudadano, que tenga la edad prevenida por la ley, cuyos derechos no estén perdidos ni suspensos. Aquí se incluyen, sin necesidad de especificarlos como excepcionados, el menor, el loco, el furioso, el pródigo, la mujer casada, el infante, el criminal. Sería absurdo delegar facultades en quienes no pueden realizar actos por sí mismos.[55]

Este Proyecto consideraba hasta cuatro formas de mandato:

---

[55] De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Op. cit.*, p. 242.

> Artículo 2.- «El poder es general o especial o para pleitos, o para actos comunes sociales, no es de esencia del contrato el ser gratuito».

En su Exposición de Motivos, De Vidaurre no explica cada uno de estos tipos de mandato, pero sí anota reglas para el poder general.

En principio, todos los poderes sin excepción, debían precisar los actos para los cuales estaba facultado el mandatario.

> Artículo 5.- «En el poder expresamente se señalará el objeto para que se dio. No se admiten ampliaciones, restricciones, ni deducciones. El defecto más leve causa nulidad.

Los jueces son responsables de los daños, si admiten poderes defectuosos, aunque las partes por lo pronto no aleguen contra ellos. Nunca prescriben las acciones, si los poderes no fueron completos, si no es a los 30 años».

Como podemos apreciar, esta norma iría en contra de la naturaleza misma de un poder general, donde no se pueden detallar los actos para los que se está facultado. Sin embargo, De Vidaurre no hace ninguna distinción en cuanto a qué tipos de poderes están incursos o no lo están dentro de este artículo.

Un punto interesante que podemos apreciar, tanto en este Proyecto de Código Civil, como en el ya comentado Código de 1836, es que se confunde la figura del contrato de mandato con la representación. Así, por ejemplo, en el ya citado artículo 1328 del Código de 1836, se señala que el mandatario celebrará actos en nombre del mandante, situación que es propia de la representación, mas no así del contrato de mandato.

De la misma manera, en el Proyecto De Vidaurre, en el también ya citado artículo 1, se señala que la prestación del mandatario es representar al mandante, en actos susceptibles de representación. Vemos, pues, que ambos términos se manejan como sinónimos.

En el Código Civil de 1852, encontramos la figura del mandato más delimitada. Así, en el artículo 1921 se daba la definición correspondiente:

> Artículo 1921.- «Mandato o procuración es el contrato por el cual una persona encarga el desempeño de ciertos negocios a otra que los toma a su cargo».

Vemos, pues, que aquí ya no se señala que la actuación del mandatario será en nombre del mandante, o que la actuación del mandatario será en representación del mandante. Lo que se señala es que el mandatario toma a su cargo los negocios del mandante, situación que podría interpretarse como que actuará en nombre propio, pero en beneficio del mandante.

Las clases de mandato, según este Código Civil, son general y especial:

> Artículo 1923.- «El mandato es general o especial; general, el que comprende todos los negocios del mandante; especial, el que tiene por objeto uno o más negocios, pero ciertos y determinados».

Así, pues, será general aquel mandato que comprende la administración de todos los negocios del mandante.

Será especial, el mandato que tenga por objeto la administración de uno o más negocios ciertos y determinados, o los actos de disposición de la propiedad del mandante.

> Artículo 1927.- «Para enajenar, hipotecar, afianzar, donar, transigir o disponer de cualquier otro modo de la propiedad del mandante, se necesita que el encargo conste expresamente y por Escritura Pública».

Para el Código Civil de 1936, la figura del contrato de mandato no se ve alterada en relación a la establecida por el Código Civil de 1852. La única variación que se aprecia es una de carácter estructural, ya que agrupa en un solo artículo, lo que para el Código Civil de 1852 fueron tres preceptos, pero ésta es una diferencia carente de importancia. Ello puede ser apreciado de la lectura del artículo 1627 del Código de 1936:

> Artículo 1627.- «Por el mandato una persona encarga el desempeño de ciertos negocios, a otra que los toma a su cargo. Este contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario.
>
> El mandato es general o especial».

Así, según este Código, el mandato podía ser:

General, cuando se otorgan facultades de administración; ó especial, para los actos de disposición de la propiedad del mandante.

Esto se ve traducido en los artículos 1632 y 1633, normas de texto siguiente:

> Artículo 1632.- «Por el encargo que se hace en términos generales, sólo queda autorizado el mandatario para actos de administración».
>
> Artículo 1633.- «Para disponer de la propiedad del mandante o gravarla, se necesita que el encargo conste expresamente y por Escritura Pública».

En el Código Civil de 1984 se define a esta figura de la siguiente manera:

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

Este concepto es similar a los recogidos por el Código Civil de 1852 y el de 1936.

La obligación esencial del mandatario no es realizar actos jurídicos en nombre propio, sino en interés del mandante.

En el Código de 1984, las clases de mandato son: General, el mismo que abarca los actos de administración ordinaria; y especial, que comprende los actos de administración y/o disposición expresamente señalados en el contrato. Pero el Código Civil vigente extiende la facultad otorgada a todos aquellos actos que no han sido nombrados en el contrato de mandato, pero que resultan necesarios para el cumplimiento de aquellos actos sobre los que expresamente versa el contrato:

> Artículo 1792.- «El mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.

El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente».

5.10.3. En cuanto a su estructura

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

5.10.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.10.5. En cuanto a su autonomía

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

5.10.6. En cuanto a su formación

La compraventa es básicamente un contrato consensual.

Con respecto al mandato, podemos recordar que el Código Civil de 1936, en el ya mencionado artículo 1328, establecía que este contrato se celebra con la aceptación del mandatario, es decir, con el solo acuerdo de voluntades. Para que se considerase a la aceptación del mandatario como generadora del contrato, bastaba fuera manifestada en forma tácita:

> Artículo 1330.- «La aceptación del mandato puede ser solamente tácita, y resultar de la ejecución que le ha dado el mandatario».

Tal vez podría sostenerse —en criterio que no compartimos— que no se trata de un contrato consensual, sino de uno forma; ya que, para que se considere válida la aceptación del mandato, ésta debe realizarse bajo una forma determinada; pues, de lo contrario, no surtirá efectos y no habrá contrato.

Pero a nuestro parecer, aquí se está identificando el momento de la celebración del contrato con el inicio de su ejecución.

Si el contrato se celebraba verbalmente, podía recurrirse —para efectos de su probanza— a la prueba testimonial:

> Artículo 1329.- «Puede hacerse el mandato o por acto público o por escrito bajo la firma privada, y aun por carta. Puede también hacerse verbalmente; pero la prueba testimonial no puede recibirse sino conforme al título de los contratos o de las obligaciones convencionales en general».

Para el Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre, el contrato de mandato era consensual, pero se exigía una formalidad —la Escritura Pública— para poder probar la relación jurídica:

> Artículo 17.- «Todo poder ha de constar por Escritura Pública».

Además, se exigía que el consentimiento del mandatario se manifestara de manera expresa, y no tácita, como en el Código de 1836.

Para el Código de 1852, el contrato se celebraba con la aceptación del mandatario. El Código señalaba los términos «se perfecciona», pero como ya hemos expresado anteriormente, este cuerpo normativo confundía la figura de la celebración con la del perfeccionamiento.

En cuestiones de probanza, no se exigía ninguna formalidad en especial:

> Artículo 1922.- «Este contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario».
>
> Artículo 1924.- «Puede celebrarse entre presentes o ausentes, por escritura pública o privada, y aun de palabra.
>
> El instrumento en que consta el mandato se llama poder».

El Código Civil de 1936, en el ya comentado artículo 1627, establecía que el perfeccionamiento del contrato se daba con la aceptación del mandatario. Los artículos 1630 y 1631 señalaban el momento en que se presumía aceptado el contrato y por lo tanto, celebrado el mismo.

Por regla general, este contrato se presumía aceptado con el inicio de ejecución de las obligaciones del mandatario.

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

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

5.10.7. En cuanto al tiempo

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

Así, para el Código Civil de 1836, entre las diferentes maneras de finalización del mandato, estaban la revocación del mandante; el desistimiento del mandatario; y la muerte natural, civil, inhabilitación o quiebra, sea del mandante o del mandatario.

Como vemos, no se señalaba el momento de finalización del contrato, por lo que deberíamos suponer que este contrato era uno de duración indeterminada. Debemos resaltar, pues, que no se contemplaba tampoco a la finalización del objeto del contrato como una forma de extinción del mandato:

> Artículo 1346.- «El mandato se acaba: 1° por la revocación del mandante; 2° por el desistimiento del mandatario; 3° por la muerte natural, civil, inhabilitación o quiebra, sea del mandante o del mandatario».

Para el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre (artículos 9, 10 y 19), en cambio, se consideraban como formas de extinción del contrato, las siguientes:

Cuando ambas partes deciden disolver el contrato; cuando se cumpla el plazo fijado de la duración del contrato; y a la muerte del mandatario, si es revocado por los herederos.

El Proyecto de Código de De Vidaurre era más completo que el Código Civil de 1836, ya que abarcaba a todos los supuestos de finalización del contrato.

Por su parte, el Código Civil de 1852, en su artículo 1942, señalaba lo siguiente:

> Artículo 1942.- «El mandato se acaba:
> 1. Por revocación del mandante;
> 2. Por renuncia del mandatario;
> 3. Por muerte, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario;
> 4. Por concluirse el objeto para que se dio».

Vemos, que podía tratarse de un contrato de duración determinable o indeterminada.

El Código Civil de 1936 contemplaba los mismos supuestos de extinción, en su artículo 1649.

Durante la vigencia de ambos Códigos, aun cuando no se reguló nada acerca de la extinción del mandato por vencimiento del plazo de duración del contrato, la jurisprudencia daba a estos contratos la calidad de determinados. Un ejemplo es la Ejecutoria Suprema del año 1918 que establecía que «cuando se fijó plazo al ejercicio del mandato, éste concluye al vencimiento de dicho plazo».[56]

En el Código Civil de 1984, se contemplan tres formas de extinción del mandato:

> Artículo 1801.- «El mandato se extingue por:
> 1. Ejecución total del mandato;
> 2. Vencimiento del plazo del contrato;
> 3. Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario».

5.10.8. En cuanto a su negociación

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

5.10.9. En cuanto al rol económico

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

5.10.10. En cuanto a su función

Al igual que la compraventa, el mandato es básicamente un contrato constitutivo, pero nada impide que sea uno modificatorio o regulatorio. Sin embargo, nunca estaremos en presencia de un mandato extintivo, pues —en virtud de lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil— por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

5.10.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

---

[56] Anales Judiciales. Lima: 1918, p. 196.

5.10.12. En cuanto a la prestación

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

5.10.13. En cuanto a la valoración

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

En el Código Civil de 1836, el mandato era un contrato de prestación unilateral, pero podía pactarse con prestaciones recíprocas. Así se establecía en el artículo 1331:

> Artículo 1331.- «El mandato es gratuito, si no hay convención contraria».

Vemos, pues, que en este contrato la prestación del mandatario de cumplir con el mandato puede o no tener una contraprestación; todo dependerá del modo como se haya pactado.

De la misma manera, este contrato puede ser uno celebrado a título gratuito u oneroso.

Para el Proyecto De Vidaurre, se producía la misma situación: el contrato podía ser uno de prestación unilateral, como uno con prestaciones recíprocas, y de la misma forma, podía ser gratuito u oneroso:

> Artículo 2.- «El poder es general, o especial o para pleitos, o para actos comunes, sociales, no es de esencia del contrato el ser gratuito».

Estamos pues ante el mismo supuesto anterior.

En el Código Civil de 1852 se parte del mismo supuesto: que el contrato se presume gratuito, pero cabe pacto en contrario:

> Artículo 1928.- «El mandato se entiende gratuito, siempre que no haya convención en contrario».

En el Código Civil de 1936 la situación varía ligeramente, contemplándose un supuesto en el cual este contrato es obligatoriamente oneroso y por lo tanto de prestaciones recíprocas. La reciprocidad estaría dada en relación a si se trata de un contrato civil o comercial. En tal sentido, si la ocupación del mandatario es dedicarse a prestar servicios de mandato, sería lógico que su objeto fuese buscar una retribución, o un lucro:

> Artículo 1635.- «El mandato se presume gratuito, a falta de estipulación en contrario. Empero si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la clase a que se refiere el mandato, se supone la obligación de retribuirlo».

Si se trata del supuesto del mandatario frecuente, y no se ha pactado el monto de la retribución, ésta será fijada por peritos. Así lo estableció la jurisprudencia en 1894: «Los servicios prestados en el comercio por un factor o dependiente son, por su naturaleza, onerosos y deben regularse por peritos en defecto de convenio».[57]

Vemos, pues, que en este Código el mandato seguía presumiéndose de prestaciones unilaterales y/o gratuito, salvo pacto en contrario; con la excepción dada por la frecuencia con que el mandatario realizaba esa clase de servicios, situación en la cual estamos ante un contrato oneroso.

Sin embargo, la figura cambia en el Código de 1984, donde el contrato de mandato se presume oneroso; dándose la posibilidad de que si las partes lo consideran conveniente pacten un contrato de mandato gratuito, lo que puede apreciarse de la lectura del artículo 1791:

> Artículo 1791.- «El mandato se presume oneroso, si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre la base de tarifas del oficio o profesión del mandatario; a falta de éstas, por los usos, y a falta de unas y otros por el Juez».

Como podemos ver, no sólo se presume oneroso, sino que para poder considerarlo gratuito, debe pactarse expresamente de esta forma, ya que no por el solo hecho de omitir fijar una retribución debe entenderse que es gratuito.

5.10.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y excepcionalmente aleatoria.

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

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

5.10.15. En cuanto a sus efectos

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

5.11. Con el contrato de depósito

5.11.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el depósito son contratos nominados.

---

[57] Anales Judiciales, 1894, p. 53. Citado por Guzmán Ferrer, Fernando. *Código Civil de 1936*. Lima: Editorial Científica S.R.L., 1982, cuarta edición, tomo III, p. 1879.

5.11.2. En cuento a su regulación

La compraventa y el depósito son contratos típicos.

En lo que respecta al depósito, cabe recordar que el Código de Santa Cruz, lo trataba en el Título XII, Del depósito y del secuestro, y seguidamente el Capítulo I se denominaba Del depósito en general y de sus diversas especies. Es en este capítulo donde se definía qué era el depósito; y así el artículo 1272 señalaba lo siguiente:

> Artículo 1272.- «El depósito en general es un acto por el que se recibe la cosa de otro con cargo de guardarla y restituirla en especie».

De esta definición entendemos que el depósito consiste en guardar una cosa de otra persona, para luego restituirla. Lo que puede confundirnos es ¿en qué va a consistir la restitución? El Código sólo señalaba «en especie», pero ¿a qué se refería este término: o a cosas semejantes, en caso de hablar de cosas fungibles; o a las mismas cosas dadas a guardar? Para poder aclarar esta duda, debíamos remitirnos al artículo 1288, precepto que se encontraba dentro del Capítulo III, denominado De las obligaciones del depositario y que a la letra decía:

> Artículo 1288.- «El depositario debe devolver la misma especie que ha recibido [...]».

Así, la naturaleza del depósito consiste en guardar la cosa y posteriormente devolverla. Incluso, podemos apreciar que el mismo artículo 1288 señala a continuación de la frase citada, que: «Así el depósito de monedas debe ser devuelto en las mismas especies que se han entregado, sea en el caso de aumento o en el de disminución de su valor».

Otro punto que debemos tener en cuenta es que en esta definición no se hace alusión a si la cosa debía ser entregada por el propietario. Sólo cuando se regula el depósito voluntario se aclara esta situación; y así el artículo 1278 señala lo siguiente:

> Artículo 1278.- «El depósito voluntario no puede regularmente hacerse sino por el propietario de la cosa depositada, o con su consentimiento expreso o tácito».

Pero este artículo empieza señalando que se refiere al depósito voluntario. Ahora bien ¿Cómo podemos interpretar esta frase? ¿Alude a que única y exclusivamente el depósito voluntario debe hacerlo el propietario? ¿O tal vez debemos interpretarla de manera extensiva y que por analogía cualquier clase de depósito debe ser hecho por el propietario, o con su consentimiento, ya sea expreso o tácito?

Nos inclinamos por la segunda interpretación, ya que el artículo 1305 señala:

> Artículo 1305.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas anteriormente enunciadas».

Por lo tanto, como no se ha estipulado nada al respecto en el capítulo del depósito necesario, debemos remitirnos supletoriamente a lo regulado en el depósito voluntario, y —por tanto— el depósito debe ser realizado por el propietario o contar con su consentimiento, sea éste expreso o tácito.[58]

---

[58] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés aborda al contrato de depósito voluntario en sus artículos 1915 y siguientes:

Artículo 1915.- «El depósito en general, es un acto por el cual se recibe una cosa ajena, con la obligación de guardarla y restituirla en especie».

Artículo 1917.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito».

Artículo 1919.- «No se perfecciona sino por la tradición real o ficticia de la cosa depositada.

La tradición ficticia es suficiente cuando el depositario tiene ya en su poder, por cualquier otro título, la cosa que se consiente en dejarle a título de depósito».

Artículo 1921.- «El depósito voluntario se perfecciona por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito y el de aquélla que lo recibe».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1915.- «El depósito en general, es un acto por el cual se recibe una cosa ajena, con la obligación de guardarla y restituirla en especie».

Artículo 1917.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito».

Artículo 1919.- «No se perfecciona sino por la tradición real o ficticia de la cosa depositada.

La tradición ficticia es suficiente cuando el depositario tiene ya en su poder, por cualquier otro título, la cosa que se consiente en dejarle a título de depósito».

Artículo 1921.- «El depósito voluntario se perfecciona por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito y el de aquélla que lo recibe».

Por su parte, el Código Civil Austriaco regula el depósito en su artículo 957:

Artículo 957.- «Cuando alguien toma en su custodia, una cosa ajena, se establece un contrato de depósito. La denominada custodia de una cosa ajena pero que todavía no ha sido entregada, establece una relación obligatoria, pero que no es todavía un contrato de depósito».

El Código Civil Boliviano de 1831 trata el tema en sus artículos 1275 y siguientes:

Artículo 1275.- «El depósito en general es un acto por el que se recibe la cosa de otro, a cargo de guardarla y restituirla en especie».

Artículo 1276.- «Hay dos especies de depósito; el depósito propiamente dicho, y el secuestro».

Artículo 1281.- «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito y de la que lo recibe».

Artículo 1282.- «El depósito voluntario no puede regularmente hacerse sino por el propietario de la cosa depositada, o con su consentimiento expreso o tácito».

El Código Civil Peruano de 1852 trataba sobre el depósito en sus artículos 1845 y siguientes:

Artículo 1845.- «Depósito es un contrato real por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida al depositante».

Artículo 1846.- «Este contrato se perfecciona por la tradición real o presunta de la cosa depositada.

La tradición presunta tiene lugar, cuando uno se constituye depositario de aquello mismo que tenía en su poder por otro título».

Artículo 1848.- «El depósito es voluntario, necesario o judicial.

El voluntario es el que hace una persona sin estar compelida por algún accidente imprevisto.

El necesario tiene por objeto librar la cosa de un peligro inminente, como en el caso de un incendio, o

en el de ruina de un edificio, o en el de robo.

El judicial es el que ordena el juez».

Artículo 1850.- «Pueden ser depositadas las cosas o las personas».

Artículo 1851.- «El depósito voluntario no se forma sino entre personas capaces de contratar.

Sin embargo, la persona capaz, que es depositaria de los bienes de otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones de este contrato».

El Código Civil Chileno regula el tema en sus artículos 2211 y siguientes:

Artículo 2211.- «Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».

Artículo 2212.- «El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».

Artículo 2214.- «El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro».

Artículo 2215.- «El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 regulaba al depósito en sus artículos 1835 y siguientes:

Artículo 1835.- «El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con el objeto de custodiarla y de restituirla en naturaleza».

Artículo 1836.- «Se distinguen dos tipos de depósito: El depósito propiamente dicho y el secuestro».

Artículo 1837.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito el cual no puede tener por objeto otra cosa que los bienes muebles.

No se perfecciona sino con la tradición de la cosa.

La tradición se cumple con el sólo consenso, si la cosa que se conviene a dejar en depósito se halle ya en poder del depositario en virtud de cualquier otro título».

Artículo 1838.- «El depósito es voluntario o necesario».

Artículo 1839.- «El depósito voluntario tiene lugar por consenso espontáneo de quien da y de quien recibe la cosa en depósito».

Artículo 1840.- «El depósito voluntario no se puede hacer regularmente si no es por el propietario de la cosa depositada, ya sea con su consentimiento expreso o tácito».

El Código Civil Uruguayo regula al depósito en sus artículos 2239 y siguientes:

Artículo 2239.- «El depósito en general es un acto por el cual alguno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».

Artículo 2240.- «El depósito es de dos maneras: el depósito propiamente dicho y el secuestro.

El primero es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante».

Artículo 2245.- «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco del depositante y depositario; sin que dé ocasión a él una calamidad».

El Código Civil Colombiano trata al depósito en sus artículos 2236 y siguientes:

Artículo 2236.- «Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardársela y de sustituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».

Artículo 2237.- «El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».

Artículo 2239.- «El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho y secuestro».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1880 abordaba el tema en sus artículos 1687 y siguientes:

Artículo 1687.- «El depósito en general es un acto por el que uno recibe la cosa ajena, con la obligación de guardarla y de restituirla».

Artículo 1688.- «Hay dos especies de depósito:

El depósito propiamente dicho y el secuestro».

Artículo 1689.- «El depósito propiamente dicho es un contrato, por naturaleza gratuito, que no puede tener por objeto sino cosas muebles.

No se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

La tradición se verifica por el mero consentimiento sólo en el caso de que la cosa esté ya en poder del depositario por cualquier otro título y que se convenga que quede el depósito».

Artículo 1690.- «El depósito es voluntario o necesario».

El Código Civil Ecuatoriano regula el depósito en sus artículos 2143 y siguientes:

Articulo 2143.- «Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».

Artículo 2144.- «El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».

Artículo 2146.- «El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro».

Artículo 2147.- «El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante».

Por su parte, el Código Civil Costarricense de 1888 considera que existe un depósito llamado convencional y otro llamado judicial:

Artículo 1348.- «El depósito se constituye para la guarda y custodia de una cosa mueble.

Es gratuito y el depositario no puede usar de la cosa depositada.

El contrato en virtud del cual se entrega una cosa para su guarda y custodia, si se estipula precio o si se permite el uso de la cosa, se rige por las reglas del arrendamiento de servicios o del comodato según su caso».

Artículo 1360.- «Al depósito judicial son aplicables las reglas del depósito convencional, salvas las modificaciones que se expresan en los artículos siguientes y en el Código de Procedimientos».

De otro lado, el Código Civil Español trata acerca del depósito en sus artículos 1758 y siguientes:

Artículo 1758.- «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla».

Artículo 1759.- «El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente».

Artículo 1761.- «Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles».

Artículo 1763.- «Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se creen con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda».

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, abordaba el depósito en los artículos 901 y siguientes:

Artículo 901.- «El depósito propiamente dicho es un contrato por el cual una persona remite una cosa mueble a otra persona, para que esta última la guarde y se la restituya idénticamente, a la primera demanda o solicitud.

El depósito es esencialmente gratuito.

El es puramente voluntario o necesario».

Artículo 902.- «El depósito voluntario es aquel que tiene lugar en las circunstancias en las cuales el

depositante ha podido libremente escoger el lugar del depósito y la persona del depositario».

Por su parte, el Código Civil Alemán trata el tema en sus numerales 688 y siguientes:

Artículo 688.- «Por el contrato de depósito el depositario se obliga a custodiar una cosa mueble a él entregada por el depositante».

El Código Civil Nicaragüense de 1903 regula al depósito en sus artículos 3449 y siguientes:

Artículo 3449.- «El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella».

Artículo 3450.- «Se llama simplemente depósito el que hace el dueño de la cosa: el que hace la autoridad pública o los litigantes de acuerdo, se llama secuestro. El primero también se llama depósito necesario».

El Código Civil Hondureño de 1906 trata sobre el particular en sus artículos 1939 y siguientes:

Artículo 1939.- «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de constituirla».

Artículo 1940.- «El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente».

Artículo 1941.- «El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario».

Artículo 1942.- «Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles».

Artículo 1943.- «El depósito extrajudicial es voluntario o necesario».

Artículo 1944.- «Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda».

El Código de las Obligaciones de Suiza regula el depósito en su artículo 472:

Artículo 472.- «El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga respecto del depositante a recibir una cosa mueble que éste le confía y a guardarla en lugar seguro.

El depositario no puede exigir una remuneración si es que ella no ha sido expresamente estipulada, o si, de acuerdo a las circunstancias, él debiera esperar a estar remunerado».

El Código Civil Brasileño de 1916 aborda el depósito en su artículo 1265:

Artículo 1265.- «Por el contrato de depósito, recibe el depositario un objeto mueble, para guardar, hasta que el depositante lo reclame».

Parágrafo Único.- «Este contrato es gratuito; pero las partes pueden estipular que el depositario sea gratificado».

El Código Civil Panameño de 1917 trata acerca del depósito en sus numerales 1451 y siguientes:

Artículo 1451.- «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla».

Artículo 1452.- «El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente».

Artículo 1453.- «El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario».

Artículo 1454.- «Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles».

Artículo 1455.- «El depósito extrajudicial es necesario o voluntario».

Artículo 1456.- «Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú, de 1926, definía al depósito en su artículo 686:

Artículo 686.- «Depósito es un contrato, por el que una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

El Código Civil Chino de 1930 trata sobre el depósito en su artículo 589:

Artículo 589.- «Se llama depósito el contrato por el cual una de las partes remite una cosa a la otra parte, que se obliga a guardarla.

El depositario no puede exigir una remuneración, a menos que no se haya dispuesto lo contrario por contrato o a menos que en base a las circunstancias la guarda no deba ser asegurada sino mediando una remuneración».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 abordaba el tema en su artículo 1586:

Artículo 1586.- «Por el depósito una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, abordaba el particular en sus artículos 1161 y siguientes:

Artículo 1161.- «Habrá depósito, cuando por contrato una persona se obligue a guardar y restituir la cosa mueble que hubiere recibido de otra con tal fin.

No valdrá como depósito la mera promesa de guardar la cosa, aunque hubiere sido aceptada; pero la negativa ulterior del prometiente a recibirla, le hará responsable por los daños y perjuicios.

Las disposiciones de este Título, sólo se refieren al depósito convencional».

Artículo 1162.- «Quien se atribuya la tenencia de una cosa ajena, no se juzgará depositario de ella, y será considerado poseedor de mala fe, sin perjuicio de su responsabilidad por acto ilícito, cuando ésta procediere».

El Código Civil Venezolano de 1942 regula el tema en sus artículos 1749 y siguientes:

Artículo 1749.- «El depósito en general es un acto por el cual una persona recibe la cosa ajena con obligación de guardarla y restituirla».

Artículo 1750.- «Hay dos especies de depósito: el depósito propiamente dicho y el secuestro».

Artículo 1751.- «El depósito propiamente dicho es un contrato gratuito, salvo convención en contrario, que no puede tener por objeto sino cosas muebles.

No se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

La tradición se verifica por el mero consentimiento, en caso de que la cosa esté ya en poder del depositario por cualquier otro título, y de que se convenga que queda en depósito».

Artículo 1752.- «El depósito es voluntario o necesario».

Artículo 1753.- «El depósito voluntario se efectúa por el espontáneo consentimiento del que da y del que recibe la cosa en depósito».

De otro lado, el Código Civil Italiano de 1942 define al depósito en su artículo 1766:

Artículo 1766.- «(Noción) El depósito es el contrato por el cual una parte recibe de la otra una cosa mueble con la obligación de custodiarla y de restituirla en especie».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, abordaba el tema en sus artículos 1310 y siguientes:

Artículo 1310.- «El depósito consiste en recibir una cosa ajena, mueble, inmueble o semoviente, ya sea gratuita o remuneradamente con obligación de guardarla, custodiarla y restituirla, de modo voluntario o necesario, judicial o extrajudicial».

Artículo 1312.- «Depósito voluntario es aquél que se constituye por la voluntad del poseedor. También puede establecerse por la voluntad de varias personas que disputen sobre la cosa, hasta que se resuelva la contienda.

Cuando constituye el depósito un incapaz, tendrán derecho a la restitución sus representantes legítimos o él mismo cuando llegue a la capacidad. Si el depositante pierde su capacidad después de constituido el depósito, habrá de devolverse éste a los que tengan la representación legítima de aquél.

Si el incapaz es el depositario, tendrá derecho el depositante a reclamar la cosa de quien la tenga en su poder legítimamente por título oneroso o gratuito y a pedir al depositario resarcimiento de perjuicios,

en tanto en cuanto éste se haya enriquecido con la cosa o con el precio».

Por su parte, el Código Civil Portugués de 1967, trata el depósito en sus artículos 1185 y siguientes:

Artículo 1185.- «(Noción) Depósito es el contrato por el cual una de las partes entrega a otra una cosa, mueble o inmueble, para que la guarde y la restituya cuando fuere exigida».

Artículo 1186.- «(Gratuidad u onerosidad del depósito) Es aplicable al depósito lo dispuesto en el artículo 1158».

De otro lado, debe recordarse que el Código Civil Guatemalteco de 1973 establece el concepto de depósito en el artículo 1974:

Artículo 1974.- «Por el contrato de depósito una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene el juez».

El Código Civil Boliviano de 1976 legisla sobre el depósito en sus artículos 838 y siguientes:

Artículo 838.- «(Noción)

I. El depósito es el contrato por el cual el depositario recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla, custodiarla y devolverla al depositante.
II. En cuanto al depósito irregular se estará a lo dispuesto por el artículo 862».

Artículo 839.- «(Cosas susceptibles de depósito) Pueden ser objeto de depósito las cosas muebles o inmuebles».

Artículo 841.- «(Perfeccionamiento del contrato) El contrato de depósito se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario o, si éste ya la tiene en su poder por cualquier otro título si el depositante consiente en dejarle la cosa».

Artículo 842.- «(Noción) El depósito voluntario es aquél en que la elección del depositario está liberada a la sola voluntad del depositante».

Este Código también trata sobre un supuesto especial de depósito al cual denomina depósito irregular:

Artículo 862.- «(Noción y régimen)

I. En el depósito de dinero u otras cosas fungibles, con facultad concedida para usar de lo depositado, el depositario adquiere la propiedad del depósito y queda obligado a restituir otro tanto, en género, calidad y cantidad iguales.
II. Se presume en el caso presente la facultad del depositario para usar del depósito; si no consta lo contrario.
III. El depósito irregular se rige por las reglas del mutuo en cuanto sean aplicables».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, trataba acerca del contrato de depósito en su artículo 627:

Artículo 627.- «Por el contrato de depósito recibe el depositario un objeto mueble, para guardar, hasta que el depositante lo reclame».

El Código Civil Paraguayo de 1987 regula al depósito en su artículo 1242:

Artículo 1242.- «El contrato de depósito obliga al depositario a guardar y restituir la cosa que le hubiese sido entregada».

Por otra parte y también como referencia, podemos mencionar las normas de diversos Códigos Civiles en relación al Contrato de Depósito Necesario.

Así, el Código Civil Francés trata sobre el contrato de depósito necesario en sus artículos 1949 y siguientes:

Artículo 1949.- «El depósito necesario es aquél que ha sido forzado por algún accidente; tal como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otro acontecimiento imprevisto».

Artículo 1951.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas enunciadas precedentemente».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1949.- «El depósito necesario es aquél que ha sido forzado por algún accidente; tal como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otro acontecimiento imprevisto».

Artículo 1951.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas enunciadas precedentemente».

El Código Civil Boliviano de 1831 trataba acerca del depósito necesario en el artículo 1307:

Artículo 1307.- «El depósito necesario es aquel que se hace forzado por cualquier accidente, tal como un incendio, una ruina, un saqueo, un naufragio u otro acontecimiento imprevisto».

El Código Civil Chileno trata acerca del depósito necesario en el artículo 2236:

Artículo 2236.- «El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante».

El Código Civil Italiano de 1865 abordaba el tema en su artículo 1864:

Artículo 1864.- «El depósito necesario es aquello a lo que uno está constreñido en virtud de cualquier accidente, como un incendio, un robo, un saqueo, un naufragio u otro acontecimiento no previsto».

Por su parte, el Código Civil Uruguayo trata sobre el particular en su artículo 2273:

Artículo 2273.- «Depósito necesario, que también se llama miserable, es el que se hace por ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

De otro lado, debemos recordar que el Código Civil Colombiano regula al depósito necesario en el artículo 2260:

Artículo 2260.- «El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1880 trataba al depósito necesario en su artículo 1714:

Artículo 1714.- «El depósito necesario es el que hace uno apremiado por algún accidente, como ruina, incendio, saqueo, naufragio u otro imprevisto».

El Código Civil Ecuatoriano hace lo propio en el artículo 2168:

Artículo 2168.- «El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante».

El Código Civil Español trata sobre el depósito necesario en su artículo 1781:

Artículo 1781.- «Es necesario el depósito:

1° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2° Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba el tema en un acápite especial, estableciendo lo siguiente:

«El depósito se dice necesario cuando el depositante está constreñido a él por un accidente mayor e imprevisto, tal como incendio, inundación, naufragio, temblor de tierra, sedición.

El depósito necesario puede ser probado por todos los medios posibles, así como por presunción de hecho resultante de las circunstancias.

El depósito necesario está además sometido a las reglas del depósito voluntario, salvo la agravación de pena establecida por el Código Penal para el caso de abuso de confianza».

El Código Civil Nicaragüense de 1903 regula al depósito necesario en sus artículos 3502 y siguientes:

Artículo 3502.- «El depósito se llama necesario, cuando la elección de depositario no dependa de la libre

5.11.3. En cuanto a su estructura

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

5.11.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.11.5. En cuanto a su autonomía

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

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

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

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

Pero ¿qué sucede con el sub-depósito?

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

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

---

voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante». Artículo 3505.- «En todo lo demás, el depósito necesario está sujeto a las mismas reglas que el voluntario».

Por su parte, el Código Civil Hondureño de 1906 aborda el tema en sus artículos 1963 y siguientes:

Artículo 1963.- «Es necesario el depósito:

1. Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.
2. Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

Artículo 1965.- «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su

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

Por nuestra parte, creemos que sí se requiere el asentimiento del depositante, ya que se trata de un acto para el cual el depositario —como guardador o cuidador del bien— no se encuentra autorizado o facultado para celebrar dicho contrato.

---

casa, y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus substitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos».

El Código Civil Brasileño de 1916 trata acerca del depósito necesario en su artículo 1282:

Artículo 1282.- «Es depósito necesario:

1° El que se hace en desempeño de obligación legal.

2° El que se efectúa por ocurrir alguna calamidad, como un incendio, una inundación, un naufragio, o un saqueo».

El Código Civil Panameño de 1917 regula al depósito necesario en el numeral 1474:

Artículo 1474.- «Es necesario el depósito:

1° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación;

2° Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

El Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre el depósito necesario en el artículo 1775:

Artículo 1775.- «Depósito necesario es el que hace alguna persona apremiada por algún accidente: como ruina, incendio, naufragio u otro imprevisto».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, establece la regulación del depósito necesario en el artículo 1326:

Artículo 1326.- «Es necesario el depósito:

1° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2° Cuando tiene lugar con ocasión de una calamidad.

3° Cuando lo ordena la autoridad judicial por vía de embargo o de aseguramiento de bienes.

4° Cuando se constituye por razón de hospedaje.

El primero se atemperará a las reglas legales. El tercero a las órdenes del Juez. El cuarto a las normas establecidas en el contrato de hospedaje.

El segundo se atendrá a las reglas del depósito voluntario, las cuales regirán también en todos los demás, a falta de otras disposiciones expresas y concretas».

El Código Civil Boliviano de 1976 regula al depósito necesario en el artículo 858:

Artículo 858.- «(Noción) El depósito necesario es:

1. El que se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2. El que se hace a causa de un accidente o por cualquier otro acontecimiento imprevisto o de fuerza mayor».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, trataba acerca del depósito necesario en el artículo 647:

Artículo 647.- «Es depósito necesario:

I. El que se hace en desempeño de la obligación legal.

II. El que se efectúa por ocasión de alguna calamidad; como un incendio, una inundación, un naufragio, o un saqueo».

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

5.11.6. En cuanto a su formación

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

Así, en el Código de 1836 o Código de Santa Cruz, el depósito en general, llámese depósito voluntario, necesario o secuestro convencional o legal, era un contrato real, ya que se celebraba con la entrega (real o ficta) de la cosa. Veamos el texto del artículo 1275 de dicho Código Civil:

> Artículo 1275.- «No se perfecciona sino por la tradición real o presunta de la cosa depositada. La tradición presunta o ficta es cuando el depositario está ya en posesión por cualquier otro título de la cosa que se consiente dejar en calidad de depósito».

Este artículo señala claramente que el depósito se celebra con la tradición de la cosa, lo que lo convertía en un contrato real.

Sin embargo, en lo que se refiere al depósito voluntario, teníamos al artículo 1277, el mismo que establecía lo siguiente:

> Artículo 1277.- «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito, y de la que lo recibe».

De la misma forma, el depósito necesario, en virtud del artículo 1305, se rige también por el artículo 1277:

> Artículo 1305.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas anteriormente enunciadas».

Sin embargo, el depósito voluntario que excedía de los doscientos cincuenta pesos, debía acreditarse con prueba escrita. De lo contrario, el depositario tenía que declarar, sea por el hecho del depósito sobre la cosa depositada, o sobre su restitución; esto, de acuerdo a los artículos 1279 y 1280:

> Artículo 1279.- «El depósito voluntario debe probarse por escrito. La prueba testimonial no se recibe por un valor que excede de doscientos cincuenta pesos».

> Artículo 1280.- «Cuando el depósito que excede de doscientos cincuenta pesos no está probado por escrito, aquel que es demandado como depositario, será creído sobre su declaración, sea por el hecho del depósito, sea por la cosa que es su objeto, sea por el hecho de restitución».

En el caso del depósito necesario, en cambio, el contrato podía celebrarse por el solo consentimiento, ya que aun para efectos probatorios bastaba con la prueba testimonial:

> Artículo 1304.- «La prueba de testigos puede recibirse para el depósito necesario, aun cuando se trate de un valor que se pase de doscientos cincuenta pesos».

En el llamado secuestro, el Código de Santa Cruz no establecía nada respecto a la forma que se debía seguir, ni de la probanza, por lo que es de presumir que cuando se trataba de un secuestro convencional bastaba con el simple acuerdo de voluntades para que se celebrara el contrato y —en todo caso— la probanza se haría por medio de prueba testimonial.

En tanto que en el depósito judicial no podemos presumir que se trate de un contrato consensual, ya que como fue expresado anteriormente, aquí no hay acuerdo de voluntades, sino que es el órgano jurisdiccional el que formula la declaración de voluntad, por lo que es lógico pensar que la formalidad a seguir sería la resolución judicial que ordene el depósito.

Para el Proyecto De Vidaurre, el contrato de depósito era formal. La formalidad podía variar de acuerdo a las circunstancias, pudiendo ser por instrumento público, en papel sellado, etc., tal como puede apreciarse de los artículos 12, 13, 14 y 15 del citado proyecto legislativo:

> Artículo 12.- «Todo depósito que excede de doscientos pesos requiere instrumento público».
>
> Artículo 13.- «De esa cantidad para abajo, se podrá hacer en papel sellado con dos testigos».
>
> Artículo 14.- «Sólo en los depósitos tácitos, se admite prueba testimonial».
>
> Artículo 15.- «El que quiera mantener un depósito secreto, cerrará el documento escrito en papel sellado. En la cubierta firmará un escribano y dos testigos. El mismo dirá documento secreto de D.N. Este documento será reservado en el oficio del escribano dando certificación de haberlo recibido. No se podrá abrir sin decreto judicial y citación del depositario, cuyo nombre entonces manifestará en su escrito el depositante».

Como vemos, en este Proyecto, a diferencia del Código Civil de 1836, se consideraba que el contrato de depósito era formal y sólo, excepcionalmente en los depósitos tácitos, era consensual.

Pero la formalidad empleada sólo tenía el carácter de *ad probationem*, es decir, el incumplimiento de la formalidad no acarreaba la nulidad del contrato, sino sólo su falta de medio probatorio.

En lo referente al Código Civil de 1852, como expresáramos en páginas anteriores, este cuerpo normativo fue el primero que consideró al depósito como un contrato real; y así lo señalaba expresamente en el ya comentado artículo 1845 y en el artículo 1846, precepto que establecía lo siguiente:

> Artículo 1846.- «Este contrato se perfecciona por la tradición real o presunta de la cosa depositada. La tradición presunta tiene lugar cuando uno se constituye depositario de aquello mismo que tenía en su poder por otro título».

Siendo así, si no se realizaba la entrega de la cosa, no se consideraba celebrado el contrato.

Además, existía una formalidad *ad probationem*, consistente en celebrar el contrato por escrito cuando excediera de doscientos pesos (artículo 1855).

Para el Código Civil de 1936, la forma del contrato de depósito voluntario y necesario, era básicamente consensual. Sin embargo, si el valor de la cosa depositada excedía de quinientos soles, la formalidad debía ser por escrito:

> Artículo 1608.- «El depósito de una cosa cuyo valor exceda de quinientos soles debe hacerse por escrito. Exceptúase el depósito necesario, que pueda hacerse verbalmente, cualquiera que sea el valor de la cosa depositada».

Del análisis de esta norma, nos parecería claro y obvio que se refiere a una formalidad *ad probationem*, ya que no se encuentra sancionada con la nulidad. Sin embargo, la formalidad del artículo 1608 es *ad solemnitatem*, y así lo ratifica una Ejecutoria Suprema publicada en el diario oficial El Peruano, el día 26 de marzo de 1978: «El depósito voluntario debe ser constituído por escrito para tener valor legal».[59]

Para el Código Civil de 1984, tanto el depósito voluntario como el depósito necesario se rigen, en materia de forma, por lo dispuesto en el artículo 1605 del referido cuerpo normativo, precepto atinente al contrato de suministro:

> Artículo 1605.- «La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito,

[59] En Guzmán Ferrer, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, p. 1863.

> el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.
> Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad».

El secuestro tiene una formalidad específica: debe celebrarse por escrito bajo sanción de nulidad, es decir, se trata de una forma *ad solemnitatem*, tal como se puede apreciar del artículo 1858 del Código Civil:

> Artículo 1858.- «El contrato debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad».

5.11.7. En cuanto al tiempo

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

Todo lo contrario ocurre con el depósito.

Desde el inicio de su historia legislativa en el Perú, es decir desde su regulación en el Código de 1836, hasta el Código actual, este contrato se ha podido considerar como uno de duración, la misma que por regla general es continuada, pudiendo ser dicha duración, determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

Así, el Código de Santa Cruz, en su artículo 1298 establecía lo siguiente:

> Artículo 1298.- «El depósito debe entregarse al depositante luego que él lo reclame, aun cuando el contrato haya fijado un plazo determinado para la restitución, y a no ser que exista en manos del depositario un derecho de retención o una oposición a la entrega».

Aquí vemos claramente lo que antes expresáramos: que se trata de un contrato de duración continuada, el cual puede ser a plazo fijo, es decir, a tiempo determinado, o a plazo determinable y que aun en cualquiera de estas dos últimas situaciones, el depositario estaba obligado a entregar la cosa al momento en que lo solicitara el depositante.

Sin embargo, existían dos excepciones a esta regla, a saber:

a) Que el depositario tenga una orden de retención de la cosa depositada.
b) Que el depositario obtenga alguna oposición a la entrega.

En el caso del secuestro, el contrato será, no de duración determinable, ya que se encuentra sujeto al plazo resolutorio de que se ponga fin al litigio que versa sobre el bien. O, dicho de otra forma, la finalización de este contrato se encuentra sujeta al

plazo resolutorio de que se aclare la situación jurídica de la cosa depositada (será un contrato de duración determinable):

> Artículo 1310.- «El secuestro convencional es el depósito que hace una persona o muchas, de una cosa contenciosa en manos de un tercero que se obliga a devolverla después de terminado el pleito a la persona que se declare deber obtenerla».

Sin embargo, podría surgir una pregunta: ¿Qué sucede si el depositario no desea continuar con el depósito?

En este caso se resolvería el contrato y se tendría que celebrar otro en las mismas condiciones con un depositario distinto. Pero el depositario sólo puede retirarse de la relación contractual por razones determinadas, tal como es señalado en el artículo 1314 del Código bajo análisis:

> Artículo 1314.- «El depositario encargado del secuestro no puede deshacerse de él antes de que termine el pleito, sino de consentimiento de todas las partes interesadas, o por una causa que se juzgue legítima».

En el caso de secuestro judicial, se contempla el supuesto en que se solicite la remoción del depositario por incumplimiento de alguna de sus obligaciones:

> Artículo 1318.- «Todo depositario puede ser removido por el juez de oficio, o a petición de parte, siempre que falte a alguno de los deberes, que como tal es obligado a cumplir».

Para el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, este contrato también era uno de duración continuada, a plazo determinado, determinable o indeterminado. Veamos:

> Artículo 4.- «El depositante puede sin esperar el plazo, recoger la cosa depositada; pero no puede aumentarlo contra la voluntad del depositario».

Aquí vemos cómo este artículo da como valor entendido la existencia de un plazo de finalización del contrato, sea éste determinado, determinable o indeterminado.

En la Exposición de Motivos del autor del referido Proyecto, no encontramos regla alguna acerca del contrato a plazo determinable. Nosotros, sin embargo, consideramos que sí estaba permitido el contrato a plazo determinable, el cual finalizaba cuando el depositante recogía la cosa depositada.

Para el Código Civil de 1852, la finalización del contrato de depósito estaba supeditada al momento en el cual el depositante o el juez lo soliciten:

> Artículo 1857.- «Son obligaciones del depositario:
> [...]

> 4. Devolver con sus frutos y rentas la misma cosa depositada, cuando la pida el depositante o la mande el juez».

Esta regla se daba en los depósitos voluntarios. Además, en caso de tratarse de un contrato a plazo determinado, se le daba finalización cuando el depositante lo solicitara:

> Artículo 1873.- «Aun cuando se haya fijado plazo para la restitución del depósito, debe entregarse luego que el depositante lo reclame; a no ser que se haya trasladado a otra parte la cosa depositada».

En el caso del depósito judicial, no se aplican estas normas, sino el artículo 1882:

> Artículo 1882.- «El depósito judicial se acaba únicamente por mandato del juez. Es responsable el depositario que sin este requisito entrega la cosa».

Por otra parte, debe señalarse que para el Código Civil de 1936 éste era un contrato a plazo determinado, indeterminado o determinable. Caben en él cualesquiera de estas modalidades, ya que sólo se menciona al respecto que el depositario está obligado a restituir la cosa en cuanto lo solicite el depositante. A su vez, se incluye la posibilidad de que sea el depositario el que dé fin al contrato aun cuando éste sea de plazo determinado. Veamos:

> Artículo 1622.- «En el caso de que pida la devolución el depositante, no puede el depositario retener la cosa con el pretexto de justificar o de estar justificando que es de su propiedad».
>
> Artículo 1623.- «El depositario que tenga justo motivo para no conservar el depósito podrá aun antes del término designado, restituirlo al depositante, y si éste se resiste a recibirlo, podrá consignarlo».

Nos parece que el último artículo citado deja abierta una forma de faltar a la ejecución de las obligaciones, ya que si se celebró un contrato, fijándose un plazo determinado, es decir, una fecha inicial y una final, lo común es que ambas partes estén obligadas a cumplir tal plazo, y en caso de incumplimiento, la parte perjudicada podría solicitar una indemnización. Pero aquí vemos que esta figura —que como mencionamos sería lo más común y lógico— no se da, ya que el depositario sólo por existir un justo motivo puede dar por resuelto el contrato, y esto porque tal como expresa Ángel Gustavo Cornejo, «es un oficio de amistad, y que se inspira en elevados sentimientos de orden moral, no sería justo ni equitativo obligar al depositario a seguir custodiando y guardando el depósito si por tal causa podría acaecer graves perjuicios a su persona e intereses». Sin embargo, no nos menciona el supuesto ya comentado del artículo 1604, que trata de un oficio de amistad, pues es una relación

meramente contractual (muchas veces de naturaleza comercial). ¿Sería justo acaso, que el depositante que paga una remuneración se vea de un día a otro con la carga de la cosa depositada; acaso esta situación no le ocasionaría perjuicio?

¿Cuáles serían según el legislador los justos motivos? En la misma obra citada de Ángel Gustavo Cornejo, se mencionan ejemplos de legítimas causas para la restitución del depósito antes de vencido el término. En esta ocasión, Cornejo cita a García Goyena: «El transcurso de un largo tiempo desde que el depósito se constituyó; la necesidad de ausentarse el depositario a tierras lejanas, el grave peligro de que la cosa se pierda, condicionando con el natural deseo de rehuir esta responsabilidad».

Estos tres ejemplos son, a nuestro parecer, insuficientes:

- En lo que respecta al largo transcurso de tiempo, si existía acuerdo acerca del término inicial y del término final, el depositario —al aceptar y celebrar el contrato— asumió esta responsabilidad.
- En lo referente a la necesidad de ausentarse, tal vez por un hecho imprevisible o ajeno a su voluntad, en todo caso lo recomendable sería obtener la autorización del depositante para dar por finalizado el contrato, o —en todo caso— para nombrar un depositario sustituto.
- Y en cuanto al peligro de que la cosa se pierda, ella podría ser una manera de escapar a su responsabilidad, situación que consideramos no pasible de ser amparada por la ley.

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

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

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

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

Debemos notar aquí que esta facultad sólo es concedida al depositario cuando no se hubiere pactado un plazo determinado en el contrato, pero sin embargo, el siguiente artículo desecha esta condición, como puede apreciarse de la lectura de su texto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, tenemos el numeral 1862:

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

Y el artículo 1865:

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

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

5.11.8. En cuanto a su negociación

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

5.11.9. En cuanto al rol económico

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

Ello, dado lo prescrito por el artículo 1830 del Código Civil, norma que establece que:

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

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

También debemos reparar en que el Código de 1984 contempla el supuesto de devolución del bien depositado antes del vencimiento del plazo; ello, en el artículo 1833, norma que establece que:

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

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

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

> Artículo 1839.- «Si son varios los depositantes y no se hubiera dispuesto a quién se hará la restitución, a falta de acuerdo deberá efectuarse según las modalidades que establezca el juez.
> La misma norma se aplica cuando a un solo depositante suceden varios herederos».

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

5.11.10 En cuanto a su función

El depósito, al igual que la compraventa, es un contrato fundamentalmente constitutivo, pero por excepción puede ser modificatorio o regulatorio; mas nunca se tratará de un contrato extintivo, ya sea en el caso del depósito voluntario (artículos 1814 a 1853) o del depósito necesario (artículos 1854 a 1856).

5.11.11 En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.11.12 En cuanto a la prestación

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

5.10.13 En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato a título oneroso, el depósito puede celebrarse a título oneroso como a título gratuito.

Así, cabe recordar que el Código de Santa Cruz, consideraba al depósito voluntario y al depósito necesario como un contrato de prestación unilateral, ya que se generaban obligaciones para una sola de las partes; lo que se deduce del artículo 1274 del referido cuerpo legal:

> Artículo 1274.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito. No puede tener por objeto, sino las cosas muebles».

Debemos recordar, a efectos de entender mejor este artículo, que para el referido Código existían dos clases de depósito: el depósito propiamente dicho, que podría ser voluntario o necesario; y el secuestro: judicial o convencional.

De la misma forma, podemos analizar el artículo 1301, precepto que regula las obligaciones del depositante. Allí vemos que su única obligación es la de reembolsar al depositario los gastos en que haya incurrido para la conservación de la cosa depositada:

> Artículo 1301.- «La persona que ha hecho el depósito está obligada a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada, y a indemnizarle de todas las pérdidas que puede haberle ocasionado el depósito».

Vemos así, cómo el depositante no estaba obligado a realizar ningún acto que beneficie al depositario. Sin embargo, el depositario podría hacerse pago por otros medios, como era el servirse de la cosa depositada, siempre y cuando contase con el asentimiento del depositante, de acuerdo al artículo 1286 del referido Código:

> Artículo 1286.- «No puede servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso o presunto del depositante».

Lo que sí podemos afirmar es que este contrato era esencialmente gratuito y no cabía pacto en contrario.

En el caso del secuestro, éste podía ser un contrato con prestaciones recíprocas, ya que podía pactarse una remuneración al depositario. Esta remuneración se daba sólo si las partes la acordaran. Ello era señalado por los artículos 1311 y 1312, normas de texto siguiente:

> Artículo 1311.- «El secuestro puede no ser gratuito».
>
> Artículo 1312.- «Cuando es gratuito está sujeto a las reglas del depósito propiamente dicho, salvas las diferencias que se van a indicar».

Del artículo 1311, pareciera deducirse que la regla general es que este contrato sea gratuito y la excepción que sea oneroso.

Por ello es que sostenemos que en el caso de ser gratuito sería un contrato de prestación unilateral. Sin embargo, como expresamos anteriormente, queda la oportunidad al depositario de hacerse pago mediante el uso de la cosa, contando con la autorización del depositante, ya que aunque no lo señala expresamente este Código para los efectos del contrato de secuestro, sí se podría, por cuanto el artículo 1312 establece que cuando se trata de un secuestro gratuito se sujeta a las normas del depósito propiamente dicho.

Para el Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre, el depósito, que como ya vimos abarca tanto al depósito propiamente dicho como al secuestro, puede ser de prestación unilateral o de prestaciones recíprocas o bilaterales; aspecto que se deja al acuerdo de las partes, tal como señala el artículo 2 del Título 13:

> Artículo 2.- «Si el depositario paga, ya no es depósito; si paga el depositante, el contrato no varía de naturaleza».

Es decir, que aquí depende de las partes si desean o no celebrar un contrato unilateral o bilateral; y, de la misma forma, si desean celebrar un contrato a título oneroso o uno a título gratuito.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1847 que el depósito era esencialmente gratuito:

> Artículo 1847.- «El depósito es esencialmente gratuito, sin que mude de especie por la asignación o aceptación de alguna cantidad en recompensa de haberlo custodiado».

Aquí la norma es clara: todo beneficio que se otorgue al depositario de la cosa, tendrá carácter de recompensa y no de pago. Aun en el supuesto planteado de que se le otorgue la facultad de uso de la cosa, esta facultad sería como una gratificación por su custodia.

En consecuencia, no podemos afirmar —en modo alguno— que sea un contrato con prestaciones recíprocas, ya que el depositante no estará obligado a nada, en virtud de la naturaleza del contrato. Sin embargo, si se pactaba que el depositario tuviese como recompensa alguna cantidad, o el uso del bien, esta promesa, al ser aceptada por el depositario, tendría el mismo efecto obligatorio que un contrato, lo que se aprecia de la lectura del artículo 1222 de dicho cuerpo legal:

> Artículo 1222.- «La promesa aceptada produce la misma obligación que un contrato».

Entonces podríamos afirmar que en el Código Civil de 1852 el depósito era un contrato con prestaciones unilaterales y gratuito.

Para el Código de 1936, donde sólo se regulaba el depósito voluntario, éste podía tener prestación unilateral o ser de prestación bilateral, pero a diferencia de los anteriores Códigos, la regla era que se trataba de un contrato con prestaciones bilaterales y la excepción, que fuese un contrato con prestación unilateral. Así lo señalaba el artículo 1604:

> Artículo 1604.- «El depositario tendrá derecho a percibir una remuneración, cuando ha sido estipulada, o cuando por las circunstancias deba estimarse tácitamente convenida».

De la misma forma, podemos afirmar que se trataba de un contrato a título oneroso en la generalidad de los casos, y excepcionalmente de un contrato a título gratuito.

Para el Código Civil de 1984, el contrato de depósito voluntario es fundamentalmente gratuito y excepcionalmente oneroso, ya que el Código señala que se presume gratuito, pero puede pactarse oneroso. Por lo tanto, este contrato es uno con prestaciones unilaterales y excepcionalmente con prestaciones bilaterales:

> Artículo 1818.- «El depósito se presume gratuito, salvo que por pacto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que es remunerado».

Como sostuvimos anteriormente, aun cuando no se pacte una retribución dineraria o en especie, se puede pactar el uso del bien dado en depósito como contraprestación, con lo cual dejaría de ser un contrato unilateral para convertirse en uno de prestaciones recíprocas.

En cuanto al depósito necesario, así como para el secuestro, el Código Civil no especifica nada, por lo que se aplicaría supletoriamente el artículo 1818, ya citado, y el artículo 1820, el mismo que permite el uso del bien dado en depósito cuando existe el consentimiento del depositante:

> Artículo 1820.- «El depositario no puede usar el bien en provecho propio ni de tercero, salvo autorización expresa del depositante o del juez. Si infringe esta prohibición, responde por el deterioro, pérdida o destrucción del bien inclusive, por caso fortuito o fuerza mayor».

5.11.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es generalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

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

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

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

5.11.15. En cuanto a sus efectos

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

5.12. Con el contrato de secuestro

5.12.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el secuestro son contratos nominados.

5.12.2. En cuanto a su regulación

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

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

De esta definición vemos que quienes celebran dicho contrato son los depositantes y el depositario. En ningún momento entra en la celebración del contrato alguna orden judicial, por lo que no parece correcto, que se posibilite al juez sustituirse a la voluntad de los depositantes, y dar por terminado el contrato.

Además, aun cuando la controversia versara sobre el bien materia del depósito, no se cuestiona ni la validez ni la vigencia del contrato de depósito, el mismo que se encuentra fuera del proceso, por lo que no nos parece que sea competencia del juez decidir si el contrato deja o no de surtir efectos.

El secuestro es una especie del depósito. A su vez, el secuestro puede ser convencional y judicial.

El secuestro convencional está regulado en el artículo 1310:

> Artículo 1310.- «El secuestro convencional es el depósito que hace una persona o muchas, de una cosa contenciosa en manos de un tercero que se obliga a devolverla después de terminado el pleito, a la persona que se declare deber obtenerla».

Aquí nos encontramos ante el cuestionamiento del derecho sobre la cosa, razón por la cual ésta se da en depósito hasta que se produzca la resolución de la contienda, quedando obligado el depositario a entregarla a quien resulte vencedor y no al que se la entregó.

Podemos apreciar, pues, que se trata de un depósito realizado por una causal distinta a las anteriormente estudiadas. Aquí no es la simple voluntad del depositante, ni un hecho de la naturaleza o un caso fortuito; aquí la causa del depósito es una cuestión litigiosa sobre la cosa dada en depósito.

Otro punto de interés es que a diferencia de las clases de depósito anteriormente estudiadas, en el secuestro el depositario no devolverá la cosa a aquella persona que se la entregó, sino a aquel que resulte vencedor en el litigio. Por tanto, cabe afirmar que este contrato de depósito no podrá concluir antes de la sentencia que ponga fin al litigio sobre la cosa materia del depósito, es decir, que el mismo se encuentra sujeto al plazo resolutorio en que finalice el proceso relativo al bien.

Por su parte, el secuestro judicial encuentra regulación en el proceso codificador nacional. Así, el artículo 1316 del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana señala los bienes sobre los cuales recae el secuestro judicial:

> Artículo 1316.- «La justicia puede ordenar el secuestro: 1° De los bienes muebles embargados a un deudor; 2° De los inmuebles o de una cosa mueble cuya propiedad o posesión está en litigio entre dos o muchas personas; 3° De las cosas que un deudor ofrece para su descargo».

De acuerdo a este artículo, parecería que el secuestro convencional está incurso en el inciso 2 del artículo 1316 y más aún cuando el artículo siguiente faculta a las partes a elegir al depositario:

> Artículo 1317.- «El secuestro judicial se da, o a una persona en quien las partes interesadas han convenido, o a una persona nombrada por el Juez de oficio. En ambos casos aquel a quien se ha confiado la cosa, está sujeto a todas las obligaciones que trae consigo el secuestro convencional».

La diferencia radica en que el secuestro judicial se hace por mandato del juez en circunstancias establecidas en la ley (en el ya citado artículo 1316), a diferencia del secuestro convencional, en donde sin existir las situaciones descritas en el artículo 1316, ni un mandato judicial, las partes se ponen de acuerdo para realizar un contrato de depósito.

Estos son los cuatro tipos de depósito legislados en el Código Civil de 1836 y sus respectivas denominaciones.

Veamos ahora qué sucedía en el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre.

En el Proyecto De Vidaurre, en el Título 13, se regulaba el contrato de depósito bajo la denominación: Del depósito.

El artículo 1 del referido título lo definía de la siguiente manera:

> Artículo 1.- «Depósito es el contrato por el que se recibe la cosa de otro de mano del dueño, de los pretendientes a ella o por decreto de juez competente; o la que el depositario toma por sí mismo en caso de desgracia sobrevenida al dueño, siempre con la obligación precisa de restituir la misma en el estado en que se halle al momento de la reconvención del deponente tácito o expreso, o de intimación de juez competente; pagándose antes los gastos necesarios, que se hubieren hecho; para mantener el depósito en su ser, e impedir su deterioro o ruina».

Aquí vemos condensada en una sola definición los cuatro tipos de depósito contemplados en el Código Civil de 1836. A nuestro parecer, cuando este artículo menciona que el depósito es el contrato por el que percibe la cosa de otro de mano del dueño, se está refiriendo a lo que el Código de Santa Cruz conoció como Depósito Voluntario.

Cuando el depósito lo celebran los pretendientes de la cosa, podría tratarse del depósito o secuestro convencional.

De la misma forma, el depósito celebrado por decreto del juez sería el secuestro judicial.

Y, finalmente, el depósito realizado por el depositario en caso de desgracia sobrevenida al dueño de la cosa, sería el depósito necesario.

Por lo demás, aquí no vemos ningún cambio fundamental en lo que respecta a la figura del depósito.

Lo que sí llama la atención, es la última clase de depósito, es decir aquel que realiza el depositario en caso de desgracia sobrevenida al dueño. A nuestro parecer, aquí no habría un contrato, sino una manifestación unilateral de voluntad —de parte del depositario— de hacerse por sí mismo depositario de la cosa. En esta figura no hay acuerdo de voluntades, ya que el dueño de la cosa no solicita el depósito. Lo único que puede hacer el propietario es solicitar que la cosa le sea devuelta en las mismas condiciones en que se encontraba al inicio del depósito.

Conservando el depositario el derecho a que se le reembolsen los gastos que hubiere realizado para mantener la cosa tal como se encontraba; e incluso, el depositario tiene el derecho de retener la cosa hasta que se le reembolsen dichos gastos, tal como lo señala el artículo 10 del mismo título del Código bajo análisis:

> Artículo 10.- «El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que hizo para la conservación de la cosa depositada, y tiene éste el derecho de retención hasta que íntegramente se le satisfaga, no puede retener alegando compensación».

Creemos que en este supuesto no cabe la mala fe del depositario que se nombra a sí mismo, ya que a pesar de que puede retener la cosa, el propietario puede solicitarla en cualquier momento, y además el depositario no puede hacer uso de ella por ningún motivo.

En este mismo orden de ideas debemos analizar el denominado secuestro judicial, regulado en el Código Civil de 1836, al igual que el contemplado en el Proyecto De Vidaurre.

Creemos que esta clase de depósito no era considerada como un contrato, ya que no se daba la declaración de voluntad del dueño de la cosa o de los pretendientes a ella. En este supuesto, el juez era quien ordenaba el depósito, el cual se realizaba en la escribanía o secretaría de juzgado; es decir, no estaba presente el elemento esencial de todo contrato que es el acuerdo de voluntades. Podemos afirmar, tal vez, que de lo que se trataba aquí es de un contrato forzoso, ya que el dueño de la cosa estaba obligado a aceptar el depósito y, a su vez, el escribano o secretario de juzgado cumplía con lo ordenado por el Juez.

El Código Civil de 1852, definía a este contrato en su artículo 1845:

> Artículo 1845.- «Depósito es un contrato real, por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

Como podemos observar, este Código otorgaba naturaleza real al contrato bajo estudio, pero este tema será materia de análisis en otro punto de nuestro trabajo.

Como en los Códigos ya mencionados, éste es un contrato de guarda, donde no se requería que el depositante sea propietario de la cosa. Este Código consideraba hasta tres clases de depósito: el voluntario, el necesario y el judicial, tal como lo establecía el artículo 1848:

> Artículo 1848.- «El depósito es voluntario, necesario o judicial.

El voluntario es el que hace una persona sin estar compelida por algún accidente imprevisto.

El necesario tiene por objeto librar la cosa de un peligro inminente, como en el caso de un incendio, o en el de ruina de un edificio, o el de robo, etc.

El judicial es el que ordena el juez».

Por su parte, el artículo 1850 comprendía dentro del depósito tanto a cosas como a personas:

> Artículo 1850.- «Pueden ser depositadas las cosas o las personas».

Podemos apreciar que en las dos primeras clases de depósito, el depositante une su voluntad de celebrar el contrato de depósito con la del depositario, produciéndose el consentimiento, ya sea por la simple voluntad o por una situación apremiante.

Sin embargo, en la tercera clase de depósito, es decir el judicial, no hay una verdadera manifestación de voluntad por parte del depositante, sino que es el juez quien manifiesta la voluntad por él, obligándolo; razón por la cual creemos que no se le debería considerar como un contrato.

En cuanto a las clases de bienes que pueden ser objeto de este contrato, el Código Civil Peruano de 1852 no hacía distinción entre las cosas muebles o inmuebles, por lo que no se podía presumir que recaía sólo sobre una clase de cosas. Incluso, se facultaba al depósito de personas, situación entendible por la época en la que se promulgó este Código, en la cual ciertas personas eran consideradas como objetos, susceptibles de disposición; específicamente las mujeres, los niños y en especial los esclavos.

En el Código Civil de 1936, el Título IX regulaba este contrato bajo la denominación Del Depósito y la definición del mismo estaba dada por el artículo 1603, que a la letra señalaba lo siguiente:

> Artículo 1603.- «Por el depósito una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

Para este Código existían dos clases de depósito, consistiendo éstas en lo que se conoce como depósito voluntario y depósito necesario. No se requería más que la simple voluntad del depositante, manifestada en conjunto con la del depositario, para dar lugar al contrato de depósito voluntario. Si esta voluntad del depositante nacía de un hecho fortuito, de alguna situación litigiosa o de su simple deseo, ello no interesaba. Es decir, la causa de la voluntad no tenía relevancia jurídica.

La diferencia la hacía la persona que recibía el depósito. Así, si era hotelero, por ejemplo, se trataba de un depósito necesario.

Debemos tener en cuenta que en los últimos años de vigencia del Código Civil de 1852 y durante toda la vigencia del Código Civil de 1936, rigió el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual, en su artículos 612 y siguientes, regulaba el embargo; especialmente, a partir del artículo 621 hasta el numeral 632, en donde se contemplaba el embargo en forma de depósito.

Este depósito era distinto al depósito o secuestro regulado en los Códigos Civiles precedentes, ya que mientras en aquellos Códigos el depósito procedía sobre el

bien materia del litigio, el embargo en forma de depósito procedía sobre un bien del patrimonio de un deudor, pero aquí no se discutía acerca del bien sobre el que recaía el depósito, sino que era sólo una manera de garantizar el cumplimiento de una obligación.

Por su parte, el Código Civil de 1984 regula el depósito, el mismo que puede ser voluntario o necesario; y el contrato de secuestro.

El artículo 1814 prescribe sobre el depósito voluntario:

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

El depósito necesario, es definido por el artículo 1854:

> Artículo 1854.- «El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos».

En esta figura se combinan lo que los anteriores Códigos llamaron «depósito necesario» y lo que el Código de Procedimientos Civiles de 1912 conoció como «embargo en forma de depósito».

Sin embargo, el Código Procesal Civil de 1993 denomina al depósito que recae sobre los bienes del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación, como «secuestro conservativo». Así podemos apreciar del artículo 643, segundo párrafo, del referido cuerpo legal:

> Artículo 643.- «[...] Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio […]».

Esta última denominación nos parece más precisa, pues aquí celebramos un acto jurídico sin una voluntad real, vale decir que una orden judicial suplanta a nuestra voluntad y la declara. Por este motivo es que nos parece ilógico denominar a esta figura como contrato, ya que no existe un elemento esencial del mismo: la manifestación de voluntad.

De igual forma, lo que los Códigos anteriores conocieron como «secuestro judicial» mantiene su denominación con el Código Procesal Civil. Así, el artículo 643 señala —en su primer párrafo— lo siguiente:

> Artículo 643.- «Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez [...]».

Como se puede apreciar, la diferencia entre estos dos tipos de secuestro radica en que para el secuestro conservativo el bien dado en depósito es sólo una garantía del pago de una obligación, mientras que para el secuestro judicial, el litigio versa sobre el mismo bien dado en depósito.

En el Código Civil de 1984, el Capítulo Sexto trata acerca del Contrato de Secuestro, definiéndolo de la siguiente manera:

> Artículo 1857.- «Por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia».

Este contrato es aquel al que las legislaciones anteriores conocieron como «secuestro convencional»; y se trata de una figura distinta a la regulada en el Código Procesal Civil, ya que son las partes las que se ponen de acuerdo para celebrar el contrato de depósito o secuestro convencional. Hay, pues, una real voluntad de contratar.[60]

---

[60] A modo de referencia, podemos decir que el Código Civil Francés regula el secuestro en sus artículos 1955 y siguientes:

Artículo 1955.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1956.- «El secuestro convencional es el depósito hecho por una o varias personas, de una cosa litigiosa, en poder de un tercero, que se obliga a devolverla, una vez terminado el litigio, a la persona que se juzgue que debe obtenerla. »

Artículo 1959.- «El secuestro puede tener por objeto no sólo efectos mobiliarios, sino también inmuebles».

Artículo 1961.- «La justicia puede ordenar el secuestro:

1. De los bienes muebles embargados a un deudor;
2. De un inmueble o de una cosa mobiliaria cuya propiedad o posesión sea litigiosa entre dos o más personas.
3. De las cosas que para su liberación ofrezca un deudor».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1955.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1956.- «El secuestro convencional es el depósito hecho por una o varias personas, de una cosa litigiosa, en poder de un tercero, que se obliga a devolverla, una vez terminado el litigio, a la persona que se juzgue que debe obtenerla».

Artículo 1959.- «El secuestro puede tener por objeto no sólo efectos mobiliarios, sino también inmuebles».

Artículo 1961.- «La justicia puede ordenar el secuestro:

1. De los bienes muebles embargados a un deudor;
2. De un inmueble o de una cosa mobiliaria cuya propiedad o posesión sea litigiosa entre dos o más personas.
3. De las cosas que para su liberación ofrezca un deudor».

El Código Civil Boliviano de 1831 trataba sobre el secuestro en sus artículos 1313 y siguientes:

Artículo 1313.- «El secuestro es convencional, o judicial».

Artículo 1317.- «El secuestro puede tener por objeto no solamente las cosas muebles, sino también las inmuebles».

El Código Civil Italiano de 1865 abordaba el secuestro en sus artículos 1869 y siguientes:

Artículo 1869.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1870.- «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas frente a un tercero que se obliga a restituirla, terminada la controversia, a quien será declarado como que deba pertenecerle».

Por su parte, el Código Civil Uruguayo regula el secuestro en el artículo 2285:

Artículo 2285.- «El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que se obliga a restituirla, concluido el pleito, al que según la sentencia deba obtenerla.

El depositario se llama secuestre».

El Código Civil Colombiano lo hace en el artículo 2273:

Artículo 2273.- «El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.

El depositario se llama secuestre».

El Código Civil Venezolano de 1880 trata sobre el secuestro en sus artículos 1719 y siguientes:

Artículo 1719.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1720.- «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas en manos de un tercero, que se obliga a devolverla, después de la terminación del pleito, a aquél a quien se declare que debe pertenecer».

El Código Civil Ecuatoriano trata el tema en sus artículos 2181 y siguientes:

Articulo 2181.- «Secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga decisión judicial a su favor.

El depositario se llama secuestre».

Articulo 2182.- «Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en el Código de Procedimiento Civil».

Artículo 2183.- «Pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino también bienes raíces».

Artículo 2184.- «El secuestro es convencional o judicial.

El convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso.

El judicial se constituye por decreto del juez y no ha menester otra prueba».

El Código Civil Español legisla sobre el secuestro en sus artículos 1785 y siguientes:

Artículo 1785.- «El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos».

Artículo 1786.- «El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, regula el secuestro en su artículo 918:

Artículo 918.- «El secuestro es el depósito hecho en las manos de un tercero, de una cosa objeto de un litigio o de pretensiones contrarias, de parte de dos o más personas.

Puede tener por objeto muebles o inmuebles».

Entre tanto, el Código Civil Nicaragüense de 1903 aborda el particular en su artículo 3514:

Artículo 3514.- «El secuestro es convencional o judicial.

El secuestro convencional se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero, que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella.

Es convencional o judicial».

El Código Civil Hondureño de 1906 trata sobre el secuestro en sus artículos 1967 y siguientes:

5.12.3. En cuanto a su estructura

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

5.12.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.12.5. En cuanto a su autonomía

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

Artículo 1967.- «El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos».

Artículo 1968.- «El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles».

El Código Civil Panameño de 1917 aborda al secuestro en su artículo 1478:

Artículo 1478.- «El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos o de cualesquiera bienes para asegurar las resultas del juicio».

El Código Civil del Distrito Federal de México, de 1927, regula al secuestro en su artículo 2393:

Artículo 2393.- «El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién deba entregarse».

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre el particular en sus artículos 1780 y siguientes:

Artículo 1780.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1781.- «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas en manos de un tercero, quien se obliga a devolverla, después de la determinación del pleito, a aquél a quien se declare que deben pertenecer».

Artículo 1785.- «El depositario debe poner en la conservación de los efectos embargados el cuidado de un buen padre de familia y tenerlos a disposición del Tribunal.

Si pierde la tenencia de la cosa puede el depositario reclamarla contra toda persona, incluso cualquiera de las partes que la haya tomado sin licencia del Tribunal».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942 trata el tema en su artículo 1798:

Artículo 1798.- «(Noción) El secuestro convencional es el contrato por el cual dos o más personas confían a un tercero una cosa o una pluralidad de cosas, respecto de la cual haya surgido entre ellas controversia, para que la custodie y la restituya a aquélla a quien corresponda una vez que la controversia sea definida».

El Código Civil Boliviano de 1976, regula el secuestro en su artículo 869:

Artículo 869.- «(Noción y clases de secuestro)

I. El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida el litigio sobre la cosa, para entregarla a quien corresponda.
II. Es convencional cuando todas las partes interesadas convienen en el depósito, judicial, cuando lo ordena el juez».

5.12.6. En cuanto a su formación

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

5.12.7. En cuanto al tiempo

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

5.12.8. En cuanto a su negociación

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

5.12.9. En cuanto al rol económico

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

5.12.10. En cuanto a su función

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

5.12.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.12.12. En cuanto a la prestación

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

5.12.13. En cuanto a la valoración

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

5.12.14. En cuanto al riesgo

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

5.12.15. En cuanto a sus efectos

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

5.13. Con el contrato de fianza

5.13.1. En cuanto al nombre

La compraventa y la fianza son contratos nominados.

5.13.2. En cuanto a su regulación

Tanto la compraventa como la fianza son contratos típicos.

Cabe recordar que en el Código Civil de 1836, la fianza se encontraba dentro del Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad; Título XVI, De la fianza; Capítulo II, Del efecto de la fianza entre acreedor y fiador; Capítulo IV, Del efecto de la fianza entre los cofiadores; Capítulo V, De la extinción de la fianza; Capítulo VI, Del fiador legal y del judicial (artículos 1354 a 1385).

En el Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre, la figura estaba regulada dentro de la segunda parte sobre dominio y contratos, en el título 9, De las fianzas, con un total de 37 artículos.

En el Código Civil de 1852, la fianza fue regulada en el Libro III, De las Obligaciones y Contratos; Sección VI, Pactos y contratos que aseguran el cumplimiento de otras obligaciones; Título III, Fianza, artículos 2079 a 2109.

El Código Civil de 1936 trataba sobre este contrato dentro de su Libro V, Del Derecho de Obligaciones; Sección Quinta, De los diversos contratos; Título XVII, De la fianza, artículos 1775 a 1801.

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

5.13.3. En cuanto a su estructura

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

5.13.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.13.5. En cuanto a su autonomía

A diferencia del contrato de compraventa (que es principal por excelencia), la fianza es esencialmente un contrato accesorio o auxiliar, pues no puede celebrarse sin la existencia de un contrato principal, una o varias de cuyas obligaciones está destinado a garantizar (afianzar). Ello, salvo que la obligación cuyo cumplimiento garantice sea de naturaleza extra contractual, caso en el cual el contrato de fianza si sería principal.

5.13.6. En cuanto a su formación

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

En el Código Civil de 1936 (artículo 1776) se seguía el mismo criterio. Este numeral tomó como fuente al artículo 897 de su Anteproyecto, el cual modificó al artículo 2083 del Código de 1852 que señalaba: «Sólo quedará obligado el fiador, por aquello a que expresamente se hubiere obligado».

Y el artículo 12 del título 9 del Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre expresaba:

> Artículo 12.- «El fiador ha de manifestar por instrumento público el modo como se obliga, sobre lo que ha de dar o hacer otro. No hay fianza en instrumento privado».

5.13.7. En cuanto al tiempo

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

5.13.8. En cuanto a su negociación

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

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

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

5.13.9. En cuanto al rol económico

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

5.13.10. En cuanto a su función

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

5.13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

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

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

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía en su artículo 5 lo siguiente:

> Artículo 5.- «El que no puede obligarse no puede afianzar. No la mujer soltera, viuda o casada, a no ser que tenga giros o negociaciones públicas como el hombre, y en este caso no es en más que en la tercera parte de su fortuna».

En el artículo 6 agregaba:

> Artículo 6.- «No podrá obligarse la madre por sus hijos, ni renunciar las leyes que prohíben a las mujeres fiadoras».

El artículo 2082 del Código Civil de 1852 prohibía otorgar fianza a: los obispos, militares y empleados; labradores, sencillos, a no ser por otros labradores; y a las

mujeres. Esta norma fue suprimida en el Código Civil de 1936, por carecer de fundamento, dado que se trataba de personas que podían contratar.[61]

El artículo 1870 del Código Civil de 1984 permite que los representantes de las personas jurídicas puedan otorgar fianza en nombre de sus representadas, siempre que tengan poder suficiente.

5.13.12. En cuanto a la prestación

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

Manuel Lorenzo de Vidaurre, en el artículo 1 —sobre la materia— de su Proyecto definió a la fianza como «la obligación accesoria a la principal en subsidio de ella, o consolidada con ella, por el todo o parte de la obligación, pero que no puede exceder en la entidad, quedando el derecho por lo que se diese o hiciese, intereses y perjuicios». El Código Civil de 1836 no contenía una definición, sino señalaba en su artículo 1354 que el «fiador es aquel que se constituye deudor de una obligación y se sujeta para con el acreedor a satisfacer esta obligación, si el deudor principal no lo hace»; es decir, describía los caracteres generales de esta relación obligacional desde la perspectiva de la función del fiador.

El Código Civil de 1852 definía a la fianza en su artículo 2079:

> Artículo 2079.- «La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra, para el caso de que ésta no la cumpla».

Y en el artículo 2080 señalaba las funciones de fiador y fiado, estableciendo lo siguiente:

> Artículo 2080.- «Fiador es el que toma sobre sí el cumplimiento de la obligación principal; fiado la persona cuya obligación asegura el fiador».

---

[61] Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro V del Código Civil de 1936*. En Aparicio y Gómez Sánchez, Germán. *Código Civil-Concordancias*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1938, tomo III, p. 449.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1936 suprimió del artículo 2079 la frase «para el caso de que éste no la cumpla». Según Manuel Augusto Olaechea, esta supresión se hizo con la finalidad de que en la definición queden comprendidas las diversas clases de fianza, inclusive la fianza solidaria, la cual quedaba excluida en la definición de este artículo. Y el artículo 2080 fue suprimido por considerarse innecesario.

El Código Civil de 1936, en su artículo 1775, establecía una definición escueta: «Por la fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra»; siendo superada por la que presenta el artículo 1868 del Código Civil vigente, cuando expone que «por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor»; y el mismo agrega que: «La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador», con lo cual se considera también a la fianza doble, más conocida como sub-fianza.

El artículo 1872 del Código Civil de 1984, ha introducido una norma que no registra antecedentes en los Códigos anteriores. Se permite otorgar fianza para garantizar obligaciones con prestaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido; siendo también válida la fianza prestada para garantizar una obligación cuyo cumplimiento de la prestación está sujeto a condición o a plazo. Norma similar sólo está contenida en el artículo 859 del Anteproyecto del Código Civil de 1936 que prescribía:

> Artículo 859.-«Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida».

El fiador no se debe obligar a responder por una prestación que excede a la del deudor principal, pero sí puede obligarse en una forma más eficaz que el fiado. Normas similares encontramos en nuestros Códigos Civiles anteriores, inclusive en el Proyecto De Vidaurre, el cual en su artículo 4 establecía que la «fianza no puede ser más gravosa que la obligación principal». Cabe resaltar que el artículo 1357 del Código Civil de Santa Cruz prescribía que «la fianza que excede a la deuda, o que es otorgada bajo condiciones más onerosas, no es nula, y se reducirá a la medida de la obligación principal». Lo mismo prescribía el artículo 2085 del Código Civil de 1852. Sin embargo, esto no fue acogido por el legislador de 1936. En el Código Civil vigente sí se ha vuelto a regular este aspecto, en el numeral 1874.

El artículo 1876 del Código Civil de 1984 contiene un precepto que registra antecedentes desde el Código de 1836, en su artículo 1362. El tema era tratado por el Código Civil de 1852, en el numeral 2106:

> Artículo 2106.- «El que esté obligado a dar un fiador, deberá presentar una persona que tenga capacidad de obligarse, que sea dueña de bienes suficientes para responder al objeto de la obligación, y que se halle en la misma provincia».

El artículo 1793 del Código Civil de 1936 exigía que sea domiciliado en el mismo departamento. Esta exigencia ha sido reemplazada por la de que el fiador tenga bienes realizables en el territorio de la República.

El segundo párrafo del artículo 1876 registra como antecedente inmediato al artículo 1794 del Código Civil de 1936, precepto que también permitía la sustitución de la fianza por otra garantía; pero, a diferencia de éste, ahora se requiere la aceptación del acreedor o «aprobación del juez, salvo disposición distinta de la ley».

El artículo 1877 registra antecedentes sólo en el Código Civil de 1936, en su artículo 1800, con ligeras modificaciones.

Los alcances de la fianza que no ha sido expresamente limitada, están fijados por el artículo 1878 y sólo halla su antecedente en el artículo 1777 del Código Civil de 1936.

El beneficio de excusión viene siendo regulado desde el Código Civil de 1836, en norma que prescribía que:

> Artículo 1836.- «El fiador no está obligado para con el acreedor, sino a pagarle en defecto del deudor».

El Código Civil de 1852 disponía que el fiador gozaba de los beneficios de orden y de excusión. Pero dicha división fue suprimida por el Código Civil de 1936, pues éste consideró que no son dos beneficios distintos, sino que constituyen uno solo. Y así se ha mantenido en el Código Civil de 1984.

El artículo 1781 del Código Civil de 1936 es reproducido por el numeral 1881 en vigencia.

En el artículo 1882 del Código Civil de 1984 (precepto que no registra antecedentes) se enumeran los tipos de bienes que no deben ser considerados para hacer la excusión.

El beneficio de excusión no tiene lugar en tres supuestos anotados en el actual artículo 1883, norma que deviene en copia literal del numeral 1779 derogado, el mismo que tiene su antecedente en el numeral 863 de su respectivo Anteproyecto, el cual incluía además un cuarto supuesto, que consistía en que la excusión no tenía lugar cuando el deudor no podía ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República.

La consecuencia de la negligencia del acreedor en la excusión, regulada en el artículo 1884, tiene sus antecedentes en el artículo 1781 del Código Civil de 1936, precepto que reproduce literalmente al artículo 865 del Anteproyecto.[62]

En estos dos últimos cuerpos normativos se establece que: «El acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados, es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte». El Código de 1984 es amplio, cuando señala que este acreedor asume el riesgo de la pérdida o no persecución de los bienes para los fines de la excusión.

El artículo 1885, que trata sobre las excepciones del fiador frente al acreedor, tiene como antecedente al artículo 1798 del Código Civil de 1936, el cual ha mantenido el precepto del artículo 882 de su Anteproyecto. En éstos se permitía al fiador oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal, mas no las que sean puramente personales del deudor. En el Código de 1984 se ha agregado la frase «aunque éste (el deudor principal) haya renunciado a ellas».

Cuando hay pluralidad de fiadores, éstos son solidariamente responsables (esa es la regla), lo que equivale a decir que cualquiera de ellos puede verse obligado a responder por el íntegro de la obligación; y, para que no sea así, tendrían que pactar el beneficio de la división. Esta fórmula adoptada por el artículo 1886 vigente, se encuentra en contraposición a lo que establecieron los artículos 1783 del Código Civil de 1936, 2088 del Código Civil de 1852 y 1369 del Código Civil de Santa Cruz, pues en éstos se presumía el beneficio de división, mientras que la solidaridad debía ser pactada.

El Proyecto del Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre en su artículo 18 señalaba: «Si muchos se obligaron por el todo, les corresponde la Carta de Adriano, repartiendo la deuda entre los actualmente solventes» (De Vidaurre se refería a la Carta del Emperador Adriano que contenía el beneficio de división).

La norma del actual artículo 1888 es una repetición del artículo 1782 del Código Civil de 1936, que a su vez tomó el texto del artículo 866 del Proyecto de ese mismo año. En éste se decía:

> Artículo 866.- «El fiador de un fiador goza del beneficio de la excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal».

Cuando paga el fiador, éste se subroga en los derechos que tenía el acreedor frente al deudor principal, y además tiene derecho a una indemnización, la misma que se encuentra establecida en el artículo 1890 del Código Civil de 1984, que tiene como

[62] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Diario oficial «El Peruano». Lima: lunes 27 de noviembre de 1989.

antecedentes al artículo 1784 del Código derogado, y al numeral 868 del Proyecto de 1936. Estos artículos están referidos a cuatro puntos, pero el Código de 1984 ha variado el primero, poniendo sólo el total de lo pagado por el fiador, mientras que el Código Civil de 1936 y su Proyecto requerían el total de la deuda.

Como ha sido señalado, el deudor principal no forma parte del contrato de fianza, pero no por ello se debe permitir que resulte perjudicado por los actos del fiador. Por eso es que el artículo 1894 vigente, lo protege, permitiéndole oponer excepciones; norma que tiene como único antecedente al artículo 1785 del Código Civil de 1936.

El artículo 1896 del Código Civil de 1984 está referido al supuesto del fiador que pagó anticipadamente la obligación principal. En este caso el fiador no podrá subrogarse contra el deudor sino después de vencido el plazo de la obligación principal. Cabe señalar aquí, que también ha debido considerarse al supuesto en el cual el fiador paga anticipadamente una obligación sujeta a condición suspensiva.

Desde el Código Civil de 1852 se han regulado los derechos que el acreedor tendría antes del pago. Literalmente, el artículo 2097 señalaba que el fiador, aun antes de haber pagado, tiene derecho a exigir que el deudor le asegure las resultas de la fianza en todos los casos en que se puede pedir la exoneración: cuando se ha vencido el plazo de la obligación principal y cuando el fiador está demandado judicialmente por el acreedor.

El artículo 1786 del Código Civil de 1936 ampliaba los alcances de la norma, al señalar que el fiador podía proceder contra el deudor cuando: el deudor está demandado judicialmente para el pago; el deudor estaba en quiebra; el deudor se había obligado a relevarlo de la fianza en un plazo determinado, y éste ha vencido; la deuda ha llegado a hacerse exigible por haberse cumplido el plazo en que debía satisfacerse; y al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenía término fijo para su vencimiento, a menos que haya sido de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor.

En el actual artículo 1897 se repite la norma derogada, pero es importante resaltar que en el cuarto supuesto, cuyo tenor coincide también con el cuarto inciso del Código derogado, se señala solamente «cuando la deuda se ha hecho exigible»; pues con esta frase se amplían los alcances que en el Código Civil anterior estaban limitados al cumplimiento del plazo.

Es importante señalar que el actual artículo 1904 no debió ser incluido por inútil y obvio, pues las cartas de recomendación u otros documentos en que se asegure o certifique la probidad o solvencia de alguien, son meras declaraciones unilaterales, mientras que la fianza es un contrato.

5.13.13. En cuanto a la valoración

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

5.13.14. En cuanto al riesgo

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

5.13.15. En cuanto a sus efectos

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

5.14. Con el contrato de renta vitalicia

5.14.1. En cuanto al nombre

La compraventa y la renta vitalicia son contratos nominados.

5.14.2. En cuanto a su regulación

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

En el Código de 1852 se regula a este contrato en el Título Tercero, bajo la denominación: De la renta vitalicia. Siendo definido en el numeral 1745, precepto de texto siguiente:

> Artículo 1745.- «Renta vitalicia es la que se constituye para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos, durante la vida natural de una o muchas personas, y mediante cierto precio o por efectos de liberalidad».

Del texto del artículo 1745, podemos apreciar que se trata de la constitución de una renta establecida en períodos determinados y fijada para toda la vida de una o de muchas personas. Esta renta puede ser a título gratuito u oneroso.

En el Código Civil de 1936, el referido contrato se encontraba regulado en el Título XV, bajo la denominación: De la renta vitalicia. El artículo 1749 de dicho cuerpo normativo prescribía lo siguiente:

> Artículo 1749.- «Por el contrato de renta vitalicia se constituye una pensión para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos de tiempo, durante la vida natural de una o muchas personas, a título oneroso, o por efecto de liberalidad».

Esta definición no introduce ningún cambio importante en relación a su antecedente de 1852.

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

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

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

> Artículo 1926.- «Para la duración de la renta vitalicia debe señalarse la vida de una o varias personas.
> En el contrato se determinará la vida en que concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas».[63]

---

[63] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés trata a la renta vitalicia a partir del artículo 1968:

Artículo 1968.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, a cambio de una suma de dinero, o por una cosa mueble, apreciable o por un inmueble».

Artículo 1969.- «Puede constituirse también a título puramente gratuito, por donación entre vivos o por testamento. Debe estar revestida entonces de las formas requeridas por la ley».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1968.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, a cambio de una suma de dinero, o por una cosa mueble apreciable o por un inmueble».

Artículo 1969.- «Puede constituirse también a título puramente gratuito, por donación entre vivos o por testamento. Debe estar revestida entonces de las formas requeridas por la ley».

El Código Civil Peruano de 1852 trataba a la renta vitalicia en su artículo 1745:

Artículo 1745.- «Renta Vitalicia es la que se constituye para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos, durante la vida natural de una o muchas personas, y mediante cierto precio o por efectos de liberalidad».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 trataba el tema en sus artículos 1778 y siguientes:

Artículo 1778.- «Se puede estipular una renta, bien sea en prestación de dinero o mediante especies, mediante la cesión de un inmueble o el pago de un capital que el cedente se obliga a no repetir».

Artículo 1779.- «La renta se puede estipular a perpetuidad o en forma vitalicia.

Las reglas relativas a las rentas vitalicias se determinan en el siguiente título».

Artículo 1789.- «La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, mediante una suma de dinero u otra cosa mueble, o bien mediante un inmueble».

El Código Civil Colombiano aborda la renta vitalicia en el numeral 2287:

Artículo 2287.- «La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1880 trataba acerca de la renta vitalicia en el artículo 1728:

Artículo 1728.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, mediante una suma de dinero u otra cosa mueble, o mediante un inmueble».

Mientras tanto, el Código Civil Ecuatoriano lo hace en el artículo 2196:

Artículo 2196.- «Constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero».

El Código Civil Español regula a la renta vitalicia en el numeral 1802:

Artículo 1802.- «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba a la renta vitalicia en el artículo 814:

Artículo 814.- «La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, a cambio de la enajenación de un capital mueble o inmueble, o como precio de servicios prestados o por prestar.

Ella puede ser constituida a título gratuito, por donación o por testamento.

La renta vitalicia puede ser constituida sobre un capital enajenado a título oneroso o gratuito.

En este último caso, ella está sometida a las reglas particulares de los actos a título gratuito, por las formas de la liberalidad, por la capacidad de dar y de recibir y por la porción disponible de los bienes».

Este proyecto también regulaba al contrato de renta perpetua. Lo hacía en el numeral 886:

Artículo 886.- «El prestamista a interés nunca puede prohibirse el derecho de exigir el capital. En este caso, el contrato toma el nombre de 'constitución de renta' y los intereses se denominan 'Arrerages'. (Arrerage: `Retrasarse en el pago de las rentas').

Esta prohibición debe ser formal o resultar claramente de las circunstancias».

De otro lado, el Código Civil Nicaragüense de 1903 legisla sobre el contrato de renta vitalicia en su artículo 3625:

Artículo 3625.- «Habrá contrato de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciada en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos designados en el contrato».

Por su parte, el Código de las Obligaciones de Suiza, aborda los contratos de renta vitalicia y mantenimiento vitalicio, en sus artículos 516 y 521:

Artículo 516.- «La renta vitalicia puede ser constituida sobre la cabeza del acreedor, del deudor o de un tercero.

A falta de estipulación precisa, ella se presume constituida sobre la cabeza del acreedor.

La renta constituida sobre la cabeza del deudor o sobre la de un tercero pasa, salvo pacto en contrario a los herederos del acreedor».

Artículo 521.- «El contrato de mantenimiento vitalicio es aquél por el cual una de las partes se obliga respecto de la otra a transferirle un patrimonio o ciertos bienes a cambio de la obligación de mantenerlo y cuidar su vida durante este tiempo.

Si el deudor es instituido heredero del acreedor, el contrato se rige por las disposiciones relativas al pacto sucesorio».

De otro lado, el Código Civil Brasileño de 1916 aborda la constitución de la renta en el numeral 1424:

Artículo 1424.- «Mediante acto entre vivos, o de última voluntad, a título oneroso, o gratuito, puede constituirse, por tiempo determinado, en beneficio propio o ajeno, una renta o prestación periódica, entregándonos cierto capital, en inmuebles o dinero, a la persona que se obligue a satisfacerla».

El Código Civil Panameño de 1917 trata sobre la renta vitalicia en el artículo 1494:

Artículo 1494.- «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 define a la renta vitalicia en el artículo 729:

Artículo 729.- «Se llama contrato de renta vitalicia el contrato por el cual las partes convienen que la una de ellas hará a la otra o a un tercero pagos periódicos de dinero, mientras dure la existencia de la una o de la otra de las partes o de un tercero».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 abordaba el particular en su artículo 1731:

Artículo 1731.- «Por el contrato de renta vitalicia se constituye una pensión para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos de tiempo, durante la vida natural de una o muchas personas y mediante cierto precio, o por efecto de liberalidad».

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942 regula a la renta vitalicia en su artículo 1788:

Artículo 1788.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, mediante una cantidad de dinero u otra cosa mueble, o mediante un inmueble».

El Código Civil Italiano de 1942 aborda el tema en el numeral 1872:

Artículo 1872.- «(Modos de constitución) La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, mediante enajenación de un bien mueble o inmueble o mediante cesión de capital.

La renta vitalicia puede ser constituida también por donación o por testamento y en este caso se observan las normas establecidas por la ley para tales actos».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, trata sobre la renta vitalicia en sus artículos 1299 y siguientes:

Artículo 1299.- «Por el contrato de renta vitalicia, una persona entrega a otra un capital determinado a cambio de que ésta le abone una pensión durante toda la vida de aquélla, durante la vida del que da la renta o durante la de un tercero.

De igual modo puede constituirse la renta por plazo temporal siempre que no exceda de la duración de la vida de una persona».

Artículo 1300.- «No podrá constituirse la renta sobre la vida de dos o más personas. El que quiera hacerlo, tendrá que celebrar un contrato con cada una de ellas».

El Código Civil Portugués de 1967 regula a la renta perpetua en el artículo 1231:

Artículo 1231.- «(Noción) Contrato de renta perpetua es aquél en el cual una persona enajena en favor de otra cierta suma de dinero, o cualquier otra cosa mueble o inmueble, o un derecho, y la segunda se obliga, sin límite de tiempo, a pagar, como renta, determinada cantidad en dinero u otra cosa fungible».

Y a la renta vitalicia en el artículo 1238:

Artículo 1238.- «(Noción) Contrato de renta vitalicia es aquél en que una persona enajena en favor de otra cierta suma de dinero, o cualquier otra cosa mueble o inmueble, o un derecho y la segunda se obliga a pagar cierta cantidad en dinero u otra cosa fungible durante la vida del enajenante o de un tercero».

El Proyecto de Código Civil Brasileño aprobado por la Cámara de Diputados, en 1984, aborda la renta vitalicia en el artículo 803:

Artículo 803.- «Puede una persona, por el contrato de constitución de renta, obligarse para con otra

5.14.3. En cuanto a su estructura

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

5.14.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.14.5. En cuanto a su autonomía

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

5.14.6. En cuanto a su formación

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

En el Código Civil de 1852, se establecía que debía celebrarse por Escritura Pública:

> Artículo 1746.- «Se constituye por Escritura Pública».

Lo mismo disponía el Código Civil de 1936:

> Artículo 1750.- «Se constituye por Escritura Pública bajo pena de nulidad».

E igual precepto contiene el Código Civil de 1984:

> Artículo 1925.- «La renta vitalicia se constituye por Escritura Pública, bajo sanción de nulidad».

5.14.7. En cuanto al tiempo

Mientras el contrato de compraventa es fundamentalmente de ejecución inmediata e instantánea, la renta vitalicia es, por esencia, un contrato de duración, la misma

---

para una prestación periódica a título gratuito».

Finalmente, el Código Civil Paraguayo de 1987 regula la renta vitalicia en el numeral 1431:

Artículo 1431.- «Por el contrato oneroso de renta vitalicia una de las partes se obliga a entregar una suma o una cosa apreciable en dinero, y la otra se compromete a pagar una renta periódica o uno o más beneficios durante la vida del suministrador del capital, o de otras personas determinadas. Cuando la renta se constituye gratuitamente se aplicarán las normas establecidas para las donaciones o los testamentos, en sus casos, y subsidiariamente las de este Capítulo».

que es determinable, o sea, referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha, consistente en la vida de una o varias personas.

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

Así, en el Código de 1852 se permitía que sea la vida del acreedor de la renta, o la de un tercero, aquélla que decida la duración del contrato. También podía señalarse la vida de varias personas, pero en este último supuesto debía determinarse la vida en la que concluye:

> Artículo 1751.- «La renta vitalicia puede constituirse para que subsista, durante la vida del que da el capital, o durante la de un tercero que no adquiere derecho para disfrutarla».
>
> Artículo 1752.- «Para la duración de la renta vitalicia puede señalarse la vida de una o de muchas personas.
> En todo caso la escritura de renta vitalicia determinará la vida en que concluye, y lo que se han de pagar en cada una de ellas».

El Código Civil de 1936, en su artículo 1751, transcribía casi literalmente el numeral 1752 del Código Civil de 1852.

Este último cuerpo normativo reguló la finalización del contrato, la misma que operaba de pleno derecho a la muerte de la persona designada para la subsistencia de este derecho:

> Artículo 1761.- «Muerta la persona cuya vida se designó para la subsistencia de la renta, se extingue la obligación de pagarla, sin que quede ninguna responsabilidad para devolver todo o parte del capital o de los bienes que sirvieron de precio al constituirse la renta, por corta que hubiese sido la vida señalada».

El Código Civil de 1984 también incluye en su ordenamiento un artículo similar a los numerales 1752 del Código Civil de 1852 y 1751 del Código Civil de 1936. Se trata del artículo 1926, de texto siguiente:

> Artículo 1926.- «Para la duración de la renta vitalicia debe señalarse la vida de una o varias personas.
> En el contrato se determinará la vida en que concluye la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas».

Este Código regula también la finalización del contrato dejado al tiempo de vida de un tercero, la misma que se podrá producir:

a) Si el acreedor muere antes que el tercero, caso en el cual, el derecho a la renta pasa a sus herederos.
b) Si el deudor de la renta muere antes que el tercero, supuesto en el cual la obligación pasa a los herederos del deudor:

> Artículo 1928.- «Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero muere antes que éste, la renta, pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero».
>
> Artículo 1929.- «Cuando el deudor de la renta muere antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido su duración, la obligación se transmite a los herederos de aquél».

5.14.8. En cuanto a su negociación

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

No obstante, en materia de contratos sobre materias previsionales, las Compañías de Seguros vienen introduciendo paulatinamente a la renta vitalicia como un mecanismo contractual de uso cada vez más frecuente (claro está en formatos preimpresos con cláusulas generales de contratación).

5.14.9. En cuanto al rol económico

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

5.14.10. En cuanto a su función

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

5.14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.14.12. En cuanto a la prestación

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

5.14.13. En cuanto a la valoración

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

En el Código Civil de 1852, la renta vitalicia podía ser un contrato bilateral o unilateral, y, del mismo modo, podía celebrarse a título oneroso o a título gratuito. Todo dependía de la voluntad de las partes al celebrar el contrato.

Así, en los artículos 1747, 1748 y 1749, se señalaba lo siguiente:

> Artículo 1747.- «Puede constituirse a título oneroso o a título gratuito.
> Es a título oneroso cuando se adquiere el derecho de cobrar la renta, por haberse entregado, al que la paga, cierto precio en una cantidad de dinero, o en un inmueble, o en una cosa mueble de valor determinado, y es a título gratuito, como el de donación entre vivos o el de testamento, cuando se constituye sin que haya recibido ningún precio el que se obliga a pagarla».
>
> Artículo 1748.- «En el caso de constituirse por donación entre vivos, se reducirá la renta vitalicia, si el capital donado excede de la cantidad que es permitido donar».
>
> Artículo 1749.- «No es válida la que se constituya por testamento, sino en la parte de que podía disponer libremente el testador».

Vemos pues, como este Código Civil contemplaba dos supuestos de constitución de una renta vitalicia que no eran contratos, tales como la donación (antes considerada un acto unilateral) y la institución de un legado.

En el artículo 1747, vemos hasta tres formas de pago de la contraprestación: mediante pago en dinero, mediante pago con un bien inmueble y mediante pago con un bien mueble.

En caso se trate de un acto gratuito, éste podía ser mediante donación o mediante un legado. En ambos casos, por ser un acto de liberalidad, tenía que estar dentro de los márgenes de libre disposición, pero esto es algo muy difícil de cumplir, ya que —como sabemos— estamos en presencia de un contrato aleatorio por excelencia.

En el artículo 1758, podemos apreciar una disposición propia de los contratos con prestaciones recíprocas. Este numeral regula la posibilidad que tiene una de las partes de rescindir el contrato ante el incumplimiento de prestar las garantías pactadas por la otra parte.

En este supuesto, el acreedor de la renta tiene derecho a conservar las rentas devengadas y el deudor de aquélla, devolverá el capital o los bienes que recibió como contraprestación, pero conservará los intereses o frutos respectivos generados hasta la fecha en que se dejó de pagar la renta.

> Artículo 1758.- «La persona para quien se constituyó una renta vitalicia, mediante cierto precio, puede pedir la rescisión del contrato, si el que recibió este capital y se obligó a pagar la renta no da las seguridades que para su cumplimiento se estipularon.
> En caso de rescisión, no está obligado el acreedor de la renta a devolver las cantidades que a cuenta de ella se hubiese recibido, ni tiene tampoco derecho a que se le restituyan, con sus capitales o bienes que dio por precio, los intereses o frutos respectivos, sino desde la fecha en que dejó de pagársele la renta».

Sin embargo, si el deudor de la renta no cumpliese con su pago, el acreedor no podía solicitar la devolución del capital o del bien; lo que le era posible pedir era el embargo de los bienes del deudor:

> Artículo 1759.- «La falta de pago de las rentas devengadas no autoriza al acreedor para pedir que se le devuelva el capital, el inmueble u otra cosa que hubiese dado como precio.
> Sólo tiene derecho para pedir que se embarguen al deudor bienes bastantes para pagar el crédito».

Asimismo, el deudor de la renta no puede resolver el contrato, salvo que exista acuerdo con el acreedor:

> Artículo 1760.- «El que se obligó a pagar una renta vitalicia no puede eximirse de su cumplimiento, ofreciendo devolver el capital, y renunciando el cobro de lo pagado.
> Está obligado a seguir satisfaciendo la renta por toda la vida de las personas sobre cuya cabeza se constituyó, sea cual fuere el tiempo de su duración, y por onerosa que se haya hecho la continuación de la renta».
>
> Artículo 1761.- «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, puede disolverse el contrato por convenio de partes».

Para el Código Civil de 1936, en el ya citado artículo 1749, se señalaba que la renta vitalicia podía ser onerosa o gratuita, y, por tanto, de prestaciones bilaterales o unilaterales.

Este Código recogía el precepto del artículo 1759 del Código Civil de 1852 y lo modificaba, adoptando la siguiente redacción:

> Artículo 1757.- «La falta de pago de las pensiones vencidas, no autoriza al acreedor de la renta a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en posesión del bien enajenado; sólo tiene derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras».

En el Código Civil de 1852, como fue visto en su oportunidad, se permitía que se embarguen los bienes del deudor hasta cubrir las rentas vencidas. Ahora, en cambio, además de poder solicitar el pago de las rentas atrasadas, se puede pedir una garantía del cumplimiento de las futuras.

Este Código asume además, casi textualmente, los ya comentados artículos 1758 y 1760 del Código Civil de 1852.

En el Código Civil de 1984 se establece que la renta vitalicia puede ser onerosa o gratuita:

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

Este Código prescribe, al igual que los Códigos que le antecedieron, que la falta de pago de las pensiones vencidas no dan lugar a la resolución del contrato:

> Artículo 1934.- «La falta de pago de las pensiones vencidas da al acreedor el derecho a reclamar sólo el pago de éstas y el aseguramiento de las futuras».

Sin embargo, también al igual que sus antecesores señala que, si el deudor no cumple con la garantía pactada, el acreedor tiene derecho de resolver el contrato:

> Artículo 1935.- «El beneficiario para quien se constituyó la renta vitalicia a título oneroso puede solicitar la resolución del contrato si el que recibió el bien y se obligó a pagar la pensión, no da las garantías estipuladas».

5.14.14. En cuanto al riesgo

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

El Código Civil de 1852, en el ya comentado artículo 1745, establece que la renta vitalicia durará por toda la vida natural de una o muchas personas, y mediante cierto precio o por efecto de liberalidad.

En el caso de la renta vitalicia, se trata a todas luces de un contrato aleatorio, ya que el deudor de la renta no sabe con exactitud por cuánto tiempo pagará la renta, pues no se tiene conocimiento de cuánto durará la vida natural de su acreedor. En cambio, el beneficiario de la renta vitalicia sí sabe con exactitud el precio que debe

pagar, pero no conoce si su prestación es superior, equivalente o inferior a la renta que recibirá como contraprestación.

Es más, toda estipulación que elimine aleatoriedad a este contrato es nula:

> Artículo 1753.- «No produce efecto el contrato de renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que había muerto el día del contrato.
>
> Lo mismo sucede en el caso de constituirse la renta por vida de una persona que padece enfermedad, si a causa de ella murió dentro de treinta días contados desde la fecha del contrato».

Por su parte, el Código Civil de 1936, transcribe literalmente el ya comentado artículo 1753 del Código Civil de 1852.

El Código Civil de 1984, también adopta esta norma del Código Civil de 1852, introduciendo sólo un cambio:

> Artículo 1927.- «Es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la Escritura Pública.
>
> También es nula la renta vitalicia 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».

5.14.15. En cuanto a sus efectos

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

5.15. Con el contrato de juego y apuesta

5.15.1. En cuanto al nombre

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

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, a estos contratos se les denominaba genéricamente como contratos aleatorios o que dependen de un éxito incierto.

El Código Civil de 1852 los regulaba bajo el título: De las apuestas y del juego.

El Código Civil de 1936 los trataba bajo la denominación: Del juego y de la apuesta.

Por último, el Código Civil de 1984, trata el tema con el nombre de Juego y apuesta.

5.15.2. En cuanto a su regulación

El juego y apuesta es, al igual que la compraventa, un contrato típico, estando regulado en nuestro Código Civil.

Este contrato siempre fue regulado por los Códigos Civiles Peruanos. Así, el de 1836, lo hacía en el Título XIII, referido a los contratos aleatorios o que dependen de un éxito incierto, en un capítulo único, entre los artículos 1319 y 1322.

El Código Civil de 1852 trató el tema en el Título Segundo, relativo a la Sección Tercera, que versaba sobre los contratos aleatorios, entre los artículos 1731 y 1744. En el artículo 1729 se decía que el contrato aleatorio es un convenio recíproco, cuyos efectos en cuanto a las utilidades y pérdidas para todos los contratantes o para uno o más de ellos, dependen de un suceso incierto. El artículo 1730 señalaba que de esta clase son: las apuestas y el juego, la renta vitalicia, el seguro, y el préstamo a la gruesa ventura.

Por su parte, el Código Civil de 1936 trataba sobre el juego y la apuesta en el Título XVI, artículos 1768 a 1774.

Finalmente, el Código Civil Peruano de 1984 aborda al juego y la apuesta en el Título XIII, artículos 1942 a 1949.

5.15.3. En cuanto a su estructura

El juego y apuesta, al igual que la compraventa, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.15.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede tener por naturaleza la civil, la mercantil o alguna otra especial, el juego y la apuesta son, fundamentalmente, contratos civiles.

5.15.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como el juego y la apuesta son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

5.15.6. En cuanto a su formación

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos consensuales, ya que tienen libertad de forma; pero nada impide a las partes imponerse una formalidad especial.

5.15.7. En cuanto al tiempo

Como dijimos en su momento, salvo los supuestos de excepción estudiados, la compraventa es un contrato que generalmente se ejecuta de manera inmediata e instantánea.

En cambio, el juego y la apuesta son fundamentalmente, contratos de mediana duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (si se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Debemos precisar que hemos señalado que se tratarían de contratos de mediana duración, pues en el juego y la apuesta resulta fundamental el hecho de que se realice —precisamente— el juego o la apuesta.

5.15.8. En cuanto a su negociación

El juego y la apuesta, al igual que la compraventa, pueden ser tanto contratos de negociación previa, es decir, aquellos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido, como contratos por adhesión o, por último, celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Consideramos que el hecho de que un contrato de juego y apuesta pertenezca a algunas de las categorías antes señaladas dependerá, fundamentalmente, de si se trata de un juego y apuesta permitidos o si es uno de los no autorizados, pero tampoco prohibidos. Los primeros, por lo general, son de negociación previa, en tanto los segundos, también por lo general, son celebrados por adhesión.

5.15.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El juego y la apuesta comparten esta característica, pues su ejecución implica una disminución en el patrimonio del perdedor (contrato de disposición); y también es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de los bienes.

5.15.10. En cuanto a su función

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos fundamentalmente constitutivos, pero podrían ser regulatorios o modificatorios, mas no creemos que puedan tener carácter extintivo, dado lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1942 del Código Civil de 1984, norma que establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

5.15.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Como ocurre con la compraventa, el juego y la apuesta son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.15.12. En cuanto a la prestación

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas, en tanto el juego y la apuesta son contratos de prestación unilateral. El artículo 1942 del Código Civil de 1984 establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

Se deduce de la definición anotada, que sólo uno de los contratantes estará obligado a satisfacer la prestación: el que pierda el juego o la apuesta.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, establecía en su artículo 1322 que el que pierde, en ningún caso puede repetir lo que ha pagado voluntariamente, a menos que haya habido por parte del que ganó, dolo, estafa o fraude.

Por su parte, el Código Civil de 1852, que permitía las apuestas, precisaba en su artículo 1732, que la apuesta es nula y no produce obligación, cuando la parte que gana sabía con certeza el hecho presentado como eventual, y lo ocultó. Agregaba este cuerpo legal en el artículo 1733, que las apuestas hechas de buena fe serán válidas, siempre que sean entre personas capaces de disponer libremente de la cantidad arriesgada, y cuando el valor haya sido pagado o depositado. La apuesta es válida (artículo 1734) aun cuando haya desigualdad, como de diez contra uno.

El artículo 1739 de este Código establecía que no se puede repetir lo pagado voluntariamente, por causa de juego, salvo que haya habido dolo o estafa, de parte del que ganó. En el artículo 1740 se señalaba que las ganancias en que hubiere dolo, serán restituidas con el duplo.

En el artículo 1741 anotaba que los dueños de casa en que haya juegos permitidos, están obligados a no consentir que los hijos de familia jueguen ningún interés. En tanto que en el artículo 1742, se señalaba que los padres, maridos y guardadores tienen derecho a demandar la restitución de lo que hayan perdido las personas que se encuentran bajo su potestad; mientras el artículo 1743 prescribía que están obligados a la restitución indicada en el artículo anterior, no sólo los que ganaron, sino también los dueños de casa donde hubiese tenido lugar el juego; pudiendo repetirse de unos y otros, a elección de los demandantes, lo que se hubiese perdido al juego; y si no devuelven los unos, quedan responsables los otros.

Por su parte, el Código Civil de 1936 precisaba en su artículo 1773, que el contrato de lotería es obligatorio cuando ha sido aprobado por el Gobierno. En defecto de autorización, las loterías y rifas quedan sujetas a las disposiciones referentes al juego prohibido. Las loterías de las Sociedades de Beneficencia se rigen por las Leyes que las autorizan.

Resulta de interés mencionar que este Código Civil mencionaba en su artículo 1774, que cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes; o para determinar cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de una partición y en el segundo, los de una transacción. En nuestro Código Civil vigente, dicho artículo pasó al lugar que por su naturaleza le correspondía: la transacción, teniendo hoy en día la siguiente redacción: «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».

Por último, el Código Civil de 1984, señala, en su artículo 1945, que las deudas de los juegos y apuestas a que se refieren los artículos 1943 y 1944 no pueden ser materia de novación, otorgamiento de garantía para su pago, ni cualquier otro acto jurídico que encubra o envuelva su reconocimiento. Empero, la nulidad no puede oponerse al tercero de buena fe. Agrega este artículo que estas deudas tampoco pueden ser objeto de emisión de títulos de crédito a la orden del ganador y en contra del perdedor, salvo los derechos del tercero de buena fe.

Por su parte, el artículo 1946 establece que el tercero que sin asentimiento del perdedor paga la deuda de un juego o apuesta no autorizados, no tiene acción para reclamar su reintegro. Empero, si el perdedor le cancela el importe abonado, quedará sujeto a la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 1943.

El artículo 1947 establece que los contratos de lotería, pronósticos sobre competencias deportivas, apuestas hípicas, peleas de gallos y otros espectáculos y concursos similares, se rigen por las normas generales o administrativas pertinentes; no siendo de aplicación, en estos casos, la reducción prevista en el segundo párrafo del artículo 1942. Las rifas y demás concursos públicos eventuales (artículo 1948) serán autorizados previamente por el organismo correspondiente.

Por último, el Código Civil Peruano de 1984, señala en su artículo 1949, que la acción para reclamar la deuda derivada de los juegos y apuestas permitidos caduca al año de haber sido puesto su resultado en conocimiento público, salvo plazo distinto señalado por ley especial.

5.15.13. En cuanto a la valoración

Mientras la compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso, el juego y la apuesta también revisten esta característica, pues independientemente de si el que

juega o apuesta gana o pierde, él tendrá que satisfacer la prestación que le da derecho, precisamente, a participar en dicho juego o apuesta; o, al menos, haber corrido el riesgo de pagar.

5.15.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, la compraventa es un contrato por lo general conmutativo y por excepción aleatorio. En cambio, el juego y apuesta es, esencialmente, un contrato aleatorio, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son inciertas, vale decir, desconocidas de antemano. Sin embargo, cabe precisar que en determinados juegos y apuestas, la prestación del apostante sí está previamente determinada.

5.15.15. En cuanto a sus efectos

Tenemos que la compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional, como la gran mayoría de contratos del Derecho Peruano. Pero, debemos ser muy cuidadosos en lo que respecta al contrato de juego y apuesta, pues en este rubro tenemos que distinguir un punto muy importante.

De acuerdo al tratamiento que el tema ha recibido en el Código Civil de 1984, el juego y la apuesta permitidos son verdaderamente contratos, pues en ellos (artículo 1942), el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes. Sin embargo, no podemos decir lo mismo del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943), que son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

Conforme a lo que acabamos de anotar, y rectificando la opinión que sostuvimos en la primera edición de esta obra, consideramos que el juego y la apuesta no autorizados sí son contratos, pues los contratos son generadores de obligaciones y, dentro de este concepto, se hallan comprendidas tanto las obligaciones civiles como las naturales.

Por lo demás, resulta pertinente señalar que el juego y la apuesta prohibidos (artículo 1944) son los expresamente indicados en la ley, estando sancionada con nulidad su celebración; no existiendo acción alguna para reclamar por su resultado y, en caso de producirse el pago, éste es nulo de pleno derecho.

Por su parte, el Código Civil de 1936 señalaba, en su artículo 1768, que la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que ha pagado, a no ser que hubiere mediado dolo, o que fuese menor, o estuviere inhabilitado para administrar sus bienes. Este mismo Código, en su artículo 1769, señala que se aplicará la disposición del artículo

anterior a cualquier contrato que encubra o envuelva el reconocimiento, la novación, o garantía de deudas de juego, pero la nulidad no puede oponerse al tercero de buena fe. Por su parte, el artículo 1770 señalaba que se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos; siendo aplicable a las apuestas lo dispuesto en los artículos 1768 y 1769, antes mencionados.

A través del artículo 1771, el Código en mención precisaba que no puede exigirse el pago de lo que se presta para el juego o apuesta, en el acto de jugar o apostar. En tanto que el artículo 1772 señalaba que el que pierde en juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado al pago. El juez puede, sin embargo, reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

Por su parte, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1731 que la ley permite las apuestas; señalando en el numeral 1735 que no hay acción para cobrar lo ganado en las apuestas, si la cantidad excede de la quinta parte de la renta mensual que tenga el que ha perdido, o de la quinta parte de lo que ordinariamente puede ganar al mes con su trabajo o industria. No puede exigirse, en ningún caso, el pago de una apuesta que pase de doscientos pesos, aunque sea menor de la quinta parte de la renta anteriormente expresada.

Este Código, en su artículo 1736, indicaba adicionalmente que los juegos de suerte y azar están prohibidos, y no se da acción por las deudas contraídas en ellos, cualquiera que sea la cantidad.

Se permite los juegos de fuerza y destreza (artículo 1737), como las carreras de a pie, o de a caballo, las carreras de carruajes, los juegos de pelota, el de bolas o bochas, el de billar y los juegos de pura diversión; no concediéndose acción alguna (artículo 1738) para obtener el pago de una deuda resultante de los juegos permitidos, si excede de la cantidad fijada en el antes mencionado artículo 1735.

Por último, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1744, que las obligaciones que nacen de una pérdida al juego, disfrazada bajo una forma legal, son nulas.

Por otra parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, anotaba en su artículo 1319 que el contrato aleatorio es una convención recíproca, cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y pérdidas sea por todas las partes o sea para una o muchas de ellas, dependen de un acontecimiento incierto; siendo tales el contrato de seguro, el juego y la apuesta. Agrega este Código, en el artículo 1320, que la ley prohíbe todo juego de envite, de suerte o azar; y permite los que comúnmente se conocen con la denominación de juegos de carteo, y aquellos que, por su misma naturaleza, contribuyen a la destreza y ejercicio del cuerpo. Adicionalmente, el artículo 1321 de este Código señalaba que la ley no concede acción para el reintegro de una deuda que resulta del juego prohibido; pudiendo los jueces

rechazar aun en los juegos permitidos la demanda de suma excesiva, siendo tal la que pase de quinientos pesos.

5.16. Con la cesión de derechos

5.16.1. En cuanto al nombre

Tanto el contrato de compraventa como la cesión de derechos son figuras nominadas, pues a ambas se les conoce por dichos nombres.

5.16.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y la cesión de derechos son figuras típicas legales y ambas se encuentran reguladas en el Código Civil; con la diferencia de que la compraventa es tratada dentro de los contratos típicos (precisamente como el primero de ellos), en tanto la cesión de derechos es regulada en el Libro de Derecho de Obligaciones, dentro del Título relativo a la Transmisión de las obligaciones, en un capítulo único denominado Cesión de derechos.

En tal sentido, la compraventa es considerada como un contrato y la cesión de derechos como un modo de transmisión de obligaciones.

Sin embargo, en este punto consideramos conveniente efectuar una precisión en el sentido de que la normatividad de la cesión de derechos, como tal, recién se da a partir del Código Civil de 1984, pues hasta la vigencia de su predecesor de 1936, la figura fue conocida como cesión de créditos.

Lo que se buscó en 1984 fue ampliar los alcances de la cesión, a fin de que pudiesen ser materia de la misma no sólo derechos crediticios, sino también otros de diversa naturaleza, como bien podría ser un derecho sucesorio respecto de la herencia de una persona ya fallecida (artículo 1209) o cualquier otro derecho para cuya cesión o transmisión la ley peruana no haya contemplado una manera especial. Lo que equivale a decir que su modo de transmisión no se encuentre tipificado.

Tal vez el tratamiento de la cesión de derechos no ha sido todo lo adecuado que pudo ser, pero la intención de ampliar el espectro de la cesión a otros derechos distintos a los créditos, a nuestro entender ha sido positiva.

Sin embargo, ocurre que existen determinados supuestos que podrían ser calificados como casos límite, en los cuales no sabremos con certeza si nos encontramos frente a un contrato de compraventa o a una cesión de derechos.

Tal vez el ejemplo más ilustrativo de las hipótesis a que hacemos referencia, esté dado por el acto a través del cual uno de los copropietarios de un inmueble celebra un acto con otro de los copropietarios o con un tercero, a través del cual se obliga a transferirle su derecho de copropiedad sobre su cuota parte.

Por un lado, podríamos pensar que es una compraventa, al haber sido incluido este supuesto dentro de los casos de retracto, en el artículo 1599, inciso 2, cuando se habla de la venta a tercero de las porciones indivisas, pero también tranquilamente, podría entenderse que cabe una segunda interpretación, que considere que aquello que se cede es el derecho de copropiedad, en oposición a la transferencia de la propiedad completa sobre un bien, lo que llevaría a calificar al acto como una cesión de derechos (no crediticios).

Pero más allá de estos casos límite, es claro que en la gran mayoría de supuestos de cesión de derechos no cabría confusión alguna respecto al contrato de compraventa, ya que ello sólo se producirá cuando el derecho que se cede sea el de propiedad y no otro.

Por otro lado, en la cesión de derechos no crediticios tenemos como partes celebrantes al cedente o titular cedente de un derecho y al tercero cesionario de ese derecho (vale decir aquella persona a la que se le cede el derecho). En tanto que si se tratase de una cesión de créditos, no habría siquiera necesidad de pedir el asentimiento del deudor cedido.

Resulta muy diferente en el caso de la compraventa, pues aquí las partes son el comprador y el vendedor; a diferencia de la cesión de créditos (en donde dicha cesión se produce única y exclusivamente al interior de una relación obligacional). Esto significa que en la compraventa, tanto comprador como vendedor son a la vez acreedores y deudores recíprocos de diferentes obligaciones.[64]

---

[64] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Chileno trata la cesión de créditos en su artículo 1901:

Artículo 1901.- «La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título».

Por su parte, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, regulaba la cesión de derechos en sus artículos 948 y siguientes:

Artículo 948.- «Cuando se transmita por contrato a otra persona, bienes incorporales que pertenezcan al cedente, quien los adquiera podrá ejercer en su propio nombre los derechos correlativos.

Si el bien fuere cedido por un precio en dinero, o rematado, o dado en pago, o adjudicado en virtud de sentencia, el acto será compraventa; donación cuando se efectuare gratuitamente, y permuta si el traspaso tuviere lugar a cambio de otro bien».

Artículo 949.- «Pueden cederse toda clase de derechos, y en particular:

1° Los derechos condicionales, eventuales, aleatorios, a plazo o litigiosos.

2° Los que versaren sobre cosas futuras.

3° Los emergentes de convenciones aún no concluidas».

Artículo 950.- «No pueden ser objeto de cesión:

1° Las acciones fundadas en derechos inherentes a la persona, o que comprendan hechos de igual naturaleza.

2° Los derechos, que en caso de ser ejercidos por otro, alterarían su contenido en daño del deudor.

3° Los inembargables, en su totalidad, o por la parte sujeta a esa prohibición.

4° Las cuotas alimenticias, devengadas o no.

5.16.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. En tanto la cesión de derechos podría ser considerada simple, en la medida en que nos encontremos en presencia de un acto por el cual el cedente se obliga, frente al tercero cesionario, a transferirle un derecho distinto a los derechos de crédito.

5.16.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, el contrato de compraventa puede ser de naturaleza civil, mercantil o especial. No existe impedimento alguno para que la cesión de derechos crediticios o no crediticios, revista cualquiera de las naturalezas mencionadas.

5.16.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues para existir no depende jurídicamente de ningún otro contrato.

Podría decirse lo mismo respecto de la cesión de derechos no crediticios; mas no estaríamos de acuerdo en asignar similar calificativo a la cesión de créditos, ya que para ceder un crédito, previamente tiene que haberse dado nacimiento al mismo, lo que puede haber ocurrido, ya sea en virtud de la ley o de la voluntad humana; y, en este último caso, lo más frecuente será que dicho crédito haya nacido de un contrato. Así, la cesión de créditos necesariamente es un acto derivado porque le anteceden la ley o la voluntad del hombre como fuentes creadoras de tal crédito.

5.16.6. En cuanto a su formación

Como sabemos, la compraventa es un contrato consensual. En cambio, la cesión de derechos es un acto formal, ya que en virtud a lo prescrito por el artículo 1207 del Código Civil, ella debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. En tanto que dicha norma agrega que cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.

5.16.7. En cuanto al tiempo

Por el tiempo, el contrato de compraventa generalmente es de ejecución inmediata e instantánea, salvo que las partes hayan pactado plazo suspensivo para el inicio de su

---

5° Los montepíos, pensiones o reformas militares o civiles, salarios o sueldos, salvo en la parte embargable.

6° El usufructo, aunque sí el ejercicio del mismo.

7° Los derechos de uso y de habitación.

8° Aquellos derechos, cuya transferencia esté prohibida por la ley, por el título constitutivo, o por un acto posterior».

ejecución o para el caso en el cual las partes hayan convenido que el precio se pagará a plazos.

En lo que respecta a la cesión de créditos, dicho acto puede tener vocación de ejecución instantánea e inmediata o no tenerla.

Y en lo referente a la cesión de derechos no crediticios, podríamos aplicar *mutatis mutandis* nuestras expresiones relativas al contrato de compraventa.

5.16.8. En cuanto a su negociación

Se ha dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato que se celebra ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, no ocurrirá lo propio en materia de cesión de derechos, pues justamente se trata de actos que no tienen mayor tipicidad que aquélla brindada al respecto por las normas generales.

En tal sentido, será poco probable asistir a la celebración de cesiones de derechos que consten en formularios preimpresos, ya sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales. Por lo general, la cesión de derechos constituye un acto de formación paritaria o de negociación previa, en el cual ambas partes tendrán márgenes lo suficientemente amplios como para modelar su contenido.

5.16.9. En cuanto al rol económico

El contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición.

Similares consideraciones podrían aplicarse a la cesión de derechos cuando ésta tenga naturaleza onerosa, mas no cuando ella se celebre a título de liberalidad, caso en el cual podría ser calificada como un acto de disposición, y no de cambio.

5.16.10. En cuanto a su función

Como sabemos, el contrato de compraventa es, generalmente, uno de carácter constitutivo, aunque teóricamente podríamos imaginar una compraventa regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

La gama tan amplia que plantea la cesión de derechos, no nos permite efectuar similares consideraciones que aquéllas referidas a la venta.

Así, podemos tener cesiones de derechos constitutivas, regulatorias, modificatorias, como también de carácter extintivo, cuando (en este último caso) lo que se busque sea precisamente poner término a una relación jurídica.

5.16.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa es un contrato de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

En tanto la cesión de derechos (y específicamente la cesión de créditos), no comparte este rasgo característico, ya que la cesión de créditos surte efectos contra el deudor cedido, teniendo en cuenta que ella puede realizarse sin su asentimiento e incluso contra su voluntad, a menos que haya pactado con el acreedor lo contrario al momento de constituir la obligación o que tenga razones jurídicamente fundadas para tal oposición.

Esto significa que —una vez notificado de la cesión, o cuando tome conocimiento de la misma— la cesión de créditos resulta oponible respecto del deudor, lo que conlleva a que se encuentre obligado a pagar al tercero cesionario que ahora ha pasado a ocupar el lugar del acreedor cedente.

5.16.12. En cuanto a la prestación

Como sabemos, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

Por su parte, la cesión de derechos puede celebrarse mediando una contraprestación, o sin que medie contraprestación alguna, es decir a título de prestación unilateral.

5.16.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta evidente que la cesión de derechos puede celebrarse ya sea a título gratuito o a título oneroso. La compraventa siempre se celebra a título oneroso.

5.16.14. En cuanto al riesgo

La cesión de derechos puede celebrarse tanto de manera conmutativa como aleatoria.

Se trataría de una cesión conmutativa en la medida en que no hubiese duda ni sobre la existencia, ni sobre la exigibilidad del derecho cedido y además que éste pueda cobrarse fácilmente (es decir, sin obstáculo alguno, en el caso de la cesión de créditos) o hacerse efectivo de inmediato y a plenitud (en el caso de la cesión de derechos no crediticios).

Pero pensamos que en la cesión de derechos la regla no estará dada por la conmutatividad, sino por la aleatoriedad. Decimos esto, ya que aunque el derecho que se ceda no sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, o incluso materia de una controversia de esta naturaleza, podría haber un alto componente de aleatoriedad tanto en lo que respecta a la magnitud del derecho cedido, como a la posibilidad de hacerlo efectivo.

De ahí la puntual regulación al respecto del Código Civil Peruano.

Recordemos simplemente que los artículos 1211 a 1214 están encaminados a garantizar —de una u otra forma— los intereses del cesionario y a evitar posibles fraudes por parte del cedente.

En el artículo 1211 se establece que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario; agregándose que en el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviera en poder de un tercero.

Por su parte, el artículo 1212 prescribe que el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto. En tanto el numeral 1213 anota que el cedente no se encuentra obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

Finalmente, el artículo 1214 prescribe que cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor.[65]

5.16.15. En cuanto a sus efectos

Tanto la cesión de derechos como el contrato de compraventa son actos meramente obligatorios u obligacionales.

5.17. Con la dación en pago[66]

5.17.1. En cuanto al nombre

El contrato de compraventa y la dación en pago son figuras nominadas y son conocidas con este nombre en el Código Civil Peruano (artículos 1529 y 1265, respectivamente).

5.17.2. En cuanto a su regulación

La compraventa —lo sabemos— es un contrato típico. La dación en pago es considerada en nuestra legislación como uno de los medios típicos de extinción de las obligaciones, constituyendo el Capítulo Sexto del Título II, relativo al pago.

---

[65] Para mayor información al respecto, remitimos al lector a un anterior trabajo nuestro (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, primera parte, tomo III, pp. 543-545.).

[66] Debemos precisar que este punto será abordado de acuerdo a la concepción doctrinaria adoptada por el Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de otorgar autonomía conceptual a la dación en pago (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, pp. 13-88.).

A pesar de que contradictoriamente en los dos artículos que tratan sobre la dación en pago, el Código acoge teorías distintas, consideramos que dentro de una interpretación sistemática de ese cuerpo legal, aquella que prevalece es la del artículo 1265, norma que prescribe que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. En esta norma, se ha acogido aquella doctrina sobre su naturaleza jurídica que considera a la dación en pago como una forma o modalidad de pago.

Como se recuerda,[67] la doctrina alemana del siglo XIX, la moderna doctrina italiana y el Derecho Español —en especial— han considerado a la dación en pago como una forma o modalidad del pago.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas[68] que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotons[69] señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquéllas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

De igual manera, Ruggiero y Maroi —citados por Fernández Rodríguez—[70] sostienen que la *datio in solutum* no es más que un equivalente de la *solutio* y posee características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

Por su parte, Raymundo Salvat[71] anota que, según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una

---

67 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, pp. 35-41.

68 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, pp. 282-285.

69 Latour Brotons, Juan. *Notas sobre la dación en pago*. En *Revista de Derecho Privado*, Números 436-437, Julio-Agosto. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1953, p. 631.

70 Fernández Rodríguez, Carlos R. «Naturaleza jurídica de la dación en Pago». En *Anuario de Derecho Civil*, Serie 1, Número 2, Nota de pie de página n.° 98. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, S/F, p. 778.

71 Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. *Obligaciones en general*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia, por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipografía

estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguna.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez,[72] considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquélla la obligación se extingue mediante un contrato distinto del contrato de cumplimiento, en que la prestación realizada en virtud de aquél no tiene el valor de cumplimiento sino de equivalente del cumplimiento.

La dación en pago está regulada por el Código Civil Peruano de 1984 como una forma de extinción de las obligaciones, al igual que el pago. Sin embargo, mientras este último supone la ejecución de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la *datio in solutum* la obligación se extingue por ser ejecutado un *aliud pro alio*.

Así, la realización de una prestación distinta a la debida —nota característica de esta institución— nos permite diferenciarla del pago o cumplimiento en estricto.

Al respecto, señala Borda[73] que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos, no es sino una forma peculiar del pago, un modo supletorio de cumplimiento. Pero Borda considera que este punto de vista se hace pasible de ciertas objeciones, pues el pago supone entregar exactamente lo que se prometió. En tanto que en la dación en pago se entrega una cosa distinta, el pago puede hacerse contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación, mientras que la dación requiere inevitablemente la conformidad de aquél.

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda[74] afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

Héctor Lafaille[75] precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan sólo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Editora Argentina, 1952, tomo II, pp. 485 y 486.

72 Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit*., Nota de pie de página n.° 96, p. 778.

73 Borda, Guillermo A. *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975, tomo I p. 623.

74 Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Lima: 1957, p. 152.

75 Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1943, vol. I, tomo IV, p. 371.

Refiere Larenz[76] que la satisfacción del acreedor puede presentarse también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta «en lugar del pago». A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

Por su parte, Fernández Rodríguez[77] anota que:

> La teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la *datio in solutum* no es pago en sentido técnico, ya que en una acepción estricta o técnico-jurídica significa 'el cumplimiento efectivo de la prestación convenida', y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el aliud).

El profesor colombiano Antonio De la Vega Vélez[78] considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una forma de pagar.

Precisa Llambías[79] que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras éste consiste en el cumplimiento específico de la obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo —dice Llambías—, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero,[80] la dación en pago no consiste en una especie de pago porque la figura entraña una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad

---

[76] Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I p. 418.

[77] Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, p. 779.

[78] De la Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, pp. 275 y 276.

[79] Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil.*, Cuarta Edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, tomo III, pp. 10 y 11.

[80] Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, tomo IV, p. 347.

jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago, solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

Por otra parte, se han formulado teorías que consideran a la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria.

Según anota Fernández Rodríguez,[81] entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica del concepto en cuestión). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la *datio in solutum* no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago, la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi Velaochaga[82] considera que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos —incluso los esenciales— pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad.[83]

En nuestra opinión, no puede hablarse de una simple modificación de la relación obligatoria cuando uno de sus elementos esenciales —causa, objeto, sujetos o el vínculo mismo— es reemplazado por otro. Tal variación constituye —en realidad— una sustitución de la relación obligatoria que importa, indudablemente, su extinción, salvo los casos de cesión de derechos y asunción de deuda, que mantienen vigente la misma obligación.

Simples modificaciones de la relación obligatoria podrían ser aquellos cambios sobre el lugar o tiempo del pago, el modo de cumplimiento, el importe de la deuda, los derivados de una constitución de garantías, entre otros, pero nunca la sustitución del objeto de pago.

Planiol y Ripert[84] afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

---

[81] Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, pp. 774 y 775.

[82] Barchi Velaochaga, Luciano. «La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago.» En *Revista Peruana de Derecho El Jurista*, Año 1, Número 3, Lima, Agosto de 1991, p. 108.

[83] Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación, y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velaochaga (Barchi Velaochaga, Luciano. *Op. cit.*, p. 123.) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

[84] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VII, p. 589.

En la dación en pago —agregan los citados autores— existe indudablemente una obligación, en todo momento, pero la segunda no es la misma que la primera; es una nueva obligación que toma el lugar de ésta.

Sobre la base de tales consideraciones, creemos que, cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura la dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación.[85]

Sin embargo, resulta curioso que en el artículo 1266 del propio Código, vale decir en la norma siguiente, pareciera recogerse la tesis de que la dación en pago equivale a una compraventa.

Dicho numeral precisa que si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.

Como ha sido dicho en oportunidad anterior,[86] la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa tiene profundas raíces históricas; ya en la época Justinianea la dación en pago se configuraba como un contrato semejante a la compraventa.

Los juristas medievales, con posterioridad, recogieron esta concepción, asimilando ambas figuras. En las actuales legislaciones, por tradición jurídica, se prevén preceptos similares a la norma bajo comentario.[87]

En las doctrinas francesa y española, la asimilación de la datio in solutum a la compraventa ha alcanzado mayor difusión. Así, Domat, citado por Fernández Rodrí-

---

[85] En este sentido, el artículo 812 del Código Civil Argentino prescribe que «[...] las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen».

[86] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, pp. 79-85.

[87] En este sentido, el Código Civil Paraguayo de 1987, en el artículo 601, establece que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regularán por las normas del contrato de compraventa.

A su turno, el segundo párrafo del artículo 1491 del Código Civil Uruguayo dispone lo siguiente: «Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa».

Asimismo, el Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 996) prescribe que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regulan por las normas del contrato de compra y venta. De otro lado, señalamos que en la legislación extranjera consultada, sólo un Código Civil, el Nicaragüense de 1903, hace referencia al tema en el Título que regula al contrato de compraventa. Dicho Código prevé en su artículo 2532 lo siguiente: «Cuando las cosas se entreguen en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. El que la entrega está sujeto a las consecuencias de la evicción de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; mas la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del pago».

guez,[88] precisa que si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida.

Troplong,[89] por su parte, expresa que si ocurriera en seguida que el comprador no pudiese pagar en dinero, diera en pago otra cosa, éste sería siempre un contrato de venta. *Nom enim pretti numeratio, sed conventio perficit emptionem.*

Según se ha dicho, en los contratos no se mira sino el comienzo.

En este sentido, anota Pothier[90] que si las partes han estipulado por precio una cantidad de dinero, aunque luego el comprador dé en pago otra cosa, y sin mediar entrega de cantidad alguna, el contrato no dejará de ser y continuará siendo un contrato de venta.

Entre los autores españoles, Escriche, citado por Fernández Rodríguez,[91] afirma que la *datio in solutum* es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio.

En opinión de Badenes Gasset,[92] existe venta cuando el precio es estipulado en dinero, aunque por un acuerdo entre las partes se sustituya el precio por una cosa que se da *in solutum*, como dación en pago.

Ahora bien, dichos autores afirman que la dación en pago configura una compraventa, por considerar que aquélla impone al deudor una obligación del mismo género que la del vendedor: la entrega del bien a dar en pago de lo que debe. Así, el acreedor adeuda el precio al deudor, pero esta deuda se compensa con el crédito original, de modo que sólo subsiste el crédito respecto del bien dado en pago.

Bekker, también citado por Fernández Rodríguez,[93] considera que la dación en pago es equiparable a una compraventa, donde, quien recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasi-comprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[94] refieren que la dación en pago se asimila a la compraventa, atendiendo a que el deudor vendería a su acreedor un bien por un precio igual al monto de su deuda, extinguiéndose inmediatamente por compensa-

---

88 Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, p. 757.

89 Troplong, C. *Droit Civil Expliqué de la vente*. París: tomo I p. 191.

90 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, p. 20.

91 Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, p. 758.

92 Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, p. 235.

93 Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, p. 759.

94 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 283 y 284.

ción la obligación que por el precio nace para el acreedor y aquélla a la que a su vez estaba primitivamente sujeto a su respecto el deudor.[95]

Starck, Roland y Boyer[96] precisan que es identificable la dación en pago con una venta; parece como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

Anota el profesor colombiano Antonio De la Vega Vélez[97] que se ha atribuido a la dación en pago naturaleza contractual y características similares a las de la compraventa, por estimar que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida, y la prestación que cumplió en su momento quien la recibe, ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de estos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe.

No obstante las opiniones expuestas, precisa aclararse que la teoría que asimila la *datio in solutum* a la compraventa ha sido duramente criticada.

Se ha expresado que dicha tesis acude a una ficción para fundamentar la asimilación de la dación en pago a la compraventa, al considerar que el bien dado en pago —el *aliud*— ocupa el lugar del bien materia de venta y el precio está representado por el crédito que se extingue por compensación.

Por otra parte, Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez,[98] objeta la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa, ya que tan sólo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. De lo contrario —sostiene Blumenthal— la dación en pago equivaldría a un contrato bilateral de naturaleza variable según cuando sea el objeto a que se refiere el *aliud*. Así, la dación en pago equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa. Si la antigua prestación se refería a un *dare* o un *facere* y se realiza *in solutum un factum*, habrá tenido lugar un contrato innominado *facio ut facias.*

En efecto, la compraventa no comprende todos los supuestos de la *datio in solutum*, ya que sólo podría aplicarse cuando la *res debita* consistiese en dinero y el *aliud*,

---

95 Recuerda Manuel Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 143) que los tribunales españoles, en una resolución del 12 de marzo de 1931, han sentenciado que cuando alguien debe a otro una suma de dinero y los interesados acuerden que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él venda el deudor alguna cosa al acreedor, hay compraventa y no dación en pago.

96 Starck, Boris, Henri Roland, y Laurent Boyer. *Obligations*. París: Jitec, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, cuarta edición, p. 80.

97 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 275 y 276.

98 Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, p. 761.

en una cosa, o viceversa. Sin embargo, la dación en pago tiene un campo mucho más extenso, pudiendo referirse a todo género de obligaciones y ser objeto de la misma cualquier prestación.

En este sentido, Diez Picazo y Gullón[99] sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo, da una cosa; de modo que no serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un *facere*, o el acreedor tuviera derecho a un *facere* del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Agregan Diez Picazo y Gullón que esa tesis olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente. Y añaden, por último, que cabe objetar que nada se halla más lejos de la intención de las partes que el configurar la dación como una compraventa, pues las mismas no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos existente.

A estos argumentos, perfectamente válidos, podemos agregar que el artículo 1266 del Código de 1984, al asumir la tesis que identifica la dación en pago con el contrato de compraventa, contradice el precepto previo, esto es, el artículo 1265, el cual acoge otra posición doctrinaria, es decir, aquella que sostiene la autonomía conceptual de la dación en pago.

Por lo demás, si la hipótesis del artículo 1266 asimila la dación en pago al contrato de compraventa, por qué, nos preguntamos, no efectuar igual asimilación, cuando aparezcan semejanzas a otros contratos, típicos o atípicos, de distintas prestaciones de dar, o de prestaciones de hacer o de no hacer.

Dentro de la tesis adoptada por el Código nacional, con la cual discrepamos, el cumplimiento de una prestación distinta a la que se debe, naturalmente con asentimiento del acreedor, no determinará que la diferente naturaleza de la nueva prestación cambie la naturaleza del contrato, debido a que la dación en pago, tal como es entendida por el Código Civil Peruano de 1984, es sólo un medio extintivo de las obligaciones (nunca un medio creador, modificatorio o regulador de las mismas).

Por tal razón, y siempre dentro de la posición asumida por nuestro Código Civil, el contrato originario permanecería siendo el mismo, a pesar de que se hubiera pagado con alguna prestación distinta a la debida.

---

[99] Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1985, vol. III, p. 255.

En opinión de Héctor Lafaille:[100]

> Todo ello se entiende tomando en cuenta la situación de las partes en el momento de celebrarse el acuerdo de voluntades. Si ulteriormente convinieran entre ellas un cambio en el objeto de la obligación, de suerte quequien había estado en el deber de entregar cierta cantidad de dinero quedaba liberado mediante la transferencia de un inmueble o de cualquiera otra cosa, tal acto no cambiaría el contrato primitivo. Con mayor motivo si en lugar de novar se tratara de una dación en pago que, como sabemos, no es en rigor más que un caso especial de aquella figura extintiva.

Añade el referido autor que a igual resultado se llega cuando desde un principio el comprador se ha reservado el derecho de sustituir el precio por un objeto. Sería un caso de obligación facultativa, donde debe considerarse tan sólo la obligación principal, que es la única que podría exigir el vendedor, estando la otra librada al criterio del adquirente, o sea in *facultate solutionis.*

Por nuestra parte, entendemos que la razón por la cual la Comisión Revisora incluyó el artículo 1266 en el Código Civil fue la de lograr que se aplicaran a un contrato —al que originalmente no le eran aplicables— las normas sobre obligaciones con saneamiento, si luego de producida la dación en pago aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien (obligación que no estaba presente en el contrato originario).

Sobre el particular, Fernández Rodríguez[101] precisa que la finalidad que se persigue con la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa, es —principalmente— aplicar a aquélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos. No obstante, algunos autores olvidan que el saneamiento por evicción es aplicable no sólo al contrato de compraventa, sino a cualquier contrato por el cual una persona se obliga a enajenar un bien.

5.17.3. En cuanto a su estructura

La estructura de la compraventa es simple, pues da lugar a una relación jurídica, consistente en la obligación del vendedor de transferir la propiedad, y la del comprador de pagar el precio.

Por su parte, la dación en pago comparte esta característica, pero no con efectos creadores sino extintivos.

5.17.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza diversa (especial); a través de la dación en pago se pueden extinguir obligaciones de idéntica naturaleza.

---

[100] Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, p. 71.

[101] Fernández Rodríguez, Carlos R. *Op. cit.*, p. 760.

5.17.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, sabemos que la compraventa es un contrato principal, ya que para su existencia no depende jurídicamente de otro contrato.

En cambio, la dación en pago no se concibe sin una obligación que le sea preexistente. En tal sentido, jamás podríamos imaginar una dación en pago como acto originario o principal.

5.17.6. En cuanto a su formación

Tanto el contrato de compraventa como la dación en pago son consensuales. En el caso de la dación en pago se requiere del asentimiento de acreedor y deudor para que este último pueda pagar con una prestación distinta a la originalmente debida.

5.17.7. En cuanto al tiempo

Por lo general la compraventa se celebra para ejecutarse de manera inmediata e instantánea, salvo los casos estudiados en este trabajo.

En la dación en pago necesariamente ocurre lo mismo, ya que resulta imprescindible que el pago con algo distinto a lo debido en origen se efectúe inmediatamente después de aceptado el cambio de prestación por el acreedor. De lo contrario, nos encontraríamos dentro del campo de la novación objetiva (esto, dentro de la lógica del Código Civil Peruano).

5.17.8. En cuanto a su negociación

Mientras la compraventa se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la dación en pago es casi siempre un acuerdo fruto de negociación previa, vale decir, paritario.

Nunca hemos observado en la práctica, la existencia de daciones en pago que consten en formularios pre-impresos (contratos por adhesión) o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.17.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. La dación en pago es un acto de disposición, ya que el deudor tendría la obligación de entregar el bien al acreedor (en caso consistiese en esta modalidad).

5.17.10. En cuanto a su función

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero no será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferir la propiedad, de una parte y

la de pagar el precio, por la otra. En esto difiere radicalmente de la dación en pago, el mismo que, dentro de las doctrinas adoptadas por el Código Civil de 1984, es un acto extintivo por excelencia.

5.17.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto la compraventa como la dación en pago son actos individuales, ya que las obligaciones creadas por la compraventa y la obligación extinguida por la dación en pago, afectan únicamente a las partes que celebran cada uno de estos actos.

5.17.12. En cuanto a la prestación

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la dación en pago es un acto que puede tener una contraprestación, pero también podría no tenerla, caso este último, en el que se trataría de un acto de prestación unilateral.

5.17.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso. La dación en pago podría celebrarse a título oneroso, en la medida en que el sacrificio patrimonial del deudor encontrase compensación en el del acreedor (quien evidentemente sería deudor de una obligación distinta).

5.17.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es por lo general conmutativa y por excepción aleatoria. La dación en pago siempre ha sido concebida como un acto conmutativo. Sin embargo, creemos que no habría impedimento alguno para imaginar una eventual aleatoriedad en este acto.

5.17.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y la dación en pago tienen efectos meramente obligacionales, con la salvedad de que en el caso de la dación en pago, el acuerdo para pagar con algo distinto a lo debido en origen, debería pasar, necesariamente, por efectuar un pago posterior.

5.18. Con la novación

5.18.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado y la novación es un medio extintivo de obligaciones que comparte similar carácter.

5.18.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es un contrato típico (regulado entre los artículos 1529 y 1601 del Código Civil), la novación es uno de los medios típicos extintivos de obligaciones (regulado entre los artículos 1277 y 1287 del propio Código).

Ahora bien, cuando hacemos mención a las relaciones existentes entre la compraventa y la novación, resulta obvio que nos estamos refiriendo a la novación objetiva, es decir aquélla en la que cambia el objeto de la obligación (la prestación) y no a la novación subjetiva, en la cual cambia alguno de los sujetos (acreedor o deudor), ya que este último tipo de novación no tiene similitud alguna con la compraventa.

Según prescribe el artículo 1278, hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente; agregándose en el numeral 1279 que la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo, el lugar de pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

5.18.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica; en tanto la novación objetiva también podría ser calificada de simple, pues extingue una obligación y da nacimiento a otra.

5.18.4. En cuanto a su contenido o área

Se sabe que la compraventa puede ser un contrato civil, uno mercantil, o uno de naturaleza especial.

La novación puede extinguir obligaciones de cualquiera de estas tres naturalezas, así como dar nacimiento a una nueva obligación también de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza distinta a aquélla que extinguió.

5.18.5. En cuanto a su autonomía

Mientras el contrato de compraventa es un contrato principal, la novación no es un acto de carácter principal, pues no se concibe la existencia de una novación sin una obligación que preexista, la misma que las partes desean extinguir y a la cual ellas quieran reemplazar por otra distinta.

5.18.6. En cuanto a su formación

Tanto la compraventa como la novación son consensuales, lo que equivale a decir que basta con el solo consentimiento de las partes para que sean válidas.

5.18.7. En cuanto al tiempo

Salvo las excepciones estudiadas en este trabajo, la compraventa es un contrato de ejecución inmediata e instantánea.

Por su parte, la novación tiene efectos inmediatos e instantáneos, en cuanto a la extinción de la obligación preexistente y en cuanto a la creación de la nueva obligación.

5.18.8. En cuanto a su negociación

Mientras la compraventa se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la novación objetiva generalmente se celebrará por negociación previa.

5.18.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

La novación objetiva no podría ser fácilmente encuadrada dentro de esta clasificación de los contratos.

5.18.10. En cuanto a su función

Por su función, hemos dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato constitutivo, pero que —de manera excepcional— podría ser uno regulatorio o modificatorio; pero nunca será un contrato extintivo.

En cambio, la novación objetiva es un acto que a la vez extingue y crea obligaciones.

5.18.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa es un contrato individual, en tanto la novación objetiva es un acto individual, ya que en ambos casos sus efectos sólo se circunscriben a las partes que los celebran.

5.18.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La novación objetiva se circunscribe a la extinción de una obligación y al nacimiento de otra nueva en sustitución de la primera. Por tanto, no podría afirmarse que la novación implica necesariamente la existencia de una contraprestación.

5.18.13. En cuanto a la valoración

De lo señalado en el punto anterior, se desprende que en tanto la compraventa es un contrato que se celebra necesariamente a título oneroso, la novación objetiva es un acto que puede celebrarse a título gratuito u oneroso.

5.18.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

Toda la doctrina consultada en torno a la novación, apunta a su conmutatividad; sin embargo, pensamos que en los planos teórico y práctico no habría impedimento alguno para plantearse supuestos en los cuales la novación revista carácter aleatorio.

5.18.15. En cuanto a sus efectos

Ambos actos son de carácter obligatorio u obligacional.

5.19. Con la transacción

5.19.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la transacción es un medio extintivo, pero también creador, modificatorio o regulatorio de obligaciones, evidentemente nominado.

5.19.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico, la transacción es un acto que también reviste tipicidad legal, regulado entre los artículos 1302 y 1312 del Código Civil, como medio extintivo de obligaciones.

Hemos incluido dentro del análisis comparativo de la compraventa respecto a otras figuras, reguladas por el Código Civil, a la transacción, por cuanto a través de ella las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Pero con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones distintas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Es así que podríamos estar ante el caso en el cual la transacción no sólo solucione el problema existente entre las partes, sino que para dicha solución una de ellas se obligue a transferir la propiedad de un bien, en tanto la otra se obligue a pagar una determinada cantidad de dinero.

En este caso, si bien nos encontraríamos ante una transacción, debido a que con dicho acto se ha solucionado un problema preexistente, el mismo se parecería muchísimo a una compraventa, y tal vez el principal rasgo distintivo se encontraría en el hecho de que la compraventa no presupone la solución de ningún conflicto, a diferencia de la transacción.

5.19.3. En cuanto a su estructura

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, la transacción podría consistir desde el acto más sencillo o simple, hasta el acto más complejo, caso —este último— en el cual se daría origen a una pluralidad de relaciones jurídicas.[102]

5.19.4. En cuanto a su contenido o área

En cuanto a su contenido, la compraventa y la transacción pueden ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

5.19.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato; en tanto la transacción no es un acto principal, ya que no cabe imaginar la existencia de un acuerdo transaccional sin que previamente se haya dado origen (en virtud de algún acto o hecho jurídico) a alguna relación entre las partes, la misma que —precisamente— es la que les ha acarreado los problemas e inconvenientes que desean solucionar con la transacción.

5.19.6. En cuanto a su formación

Mientras la compraventa es un acto consensual, la transacción es de carácter formal, ya que en virtud a lo establecido por el artículo 1304, la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad (transacción extrajudicial), o por petición al juez que conoce el litigio (transacción judicial).

5.19.7. En cuanto al tiempo

Como ha sido dicho, salvo en los casos de excepción, la compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente; en tanto la transacción puede que revista estas características o que no las tenga. Ello dependerá del objeto de dicha transacción, en la medida en que a lo mejor el problema que tiende a solucionar acaba al momento de celebrarse la transacción, o podría darse el caso en que la solución del mismo esté supeditada a la ejecución de las prestaciones a que da origen la transacción, supuesto en el cual podríamos encontrarnos ante un acto de ejecución diferida, continuada o periódica.

---

[102] En este punto se nos viene a la memoria una consulta profesional formulada en 1993 por una empresa que buscaba solucionar todos los problemas que mantenía con respecto a otra compañía. Recuerdo que el proyecto de transacción que elaboré era un acto sumamente complejo, en el que se entremezclaban nítidamente rasgos característicos de la compraventa, de la donación, del arrendamiento, de la locación de servicios, de la compensación y de la condonación.

5.19.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede ser un contrato de negociación previa, como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la transacción siempre será un acto de negociación previa, ya que dada su naturaleza sería inconcebible la existencia de una transacción por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues si lo que se busca es la solución de un problema a través de concesiones recíprocas, esa solución nunca podría obtenerse a través de este tipo de actos en los cuales es sólo una de las partes la que impone todas las condiciones a la otra.

Si de imponer condiciones se trata, resultaría obvio que la parte que redactase el documento no incluiría disposición alguna en beneficio de aquella que en el futuro se adhiera al mismo. No obstante, si bien en el plano práctico ello resulta inadmisible, en teoría podría aceptarse, más allá de la improbabilidad de su ocurrencia.

5.19.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Sería muy difícil encasillar a la transacción dentro de alguno o algunos criterios clasificatorios referidos al rol económico, ya que podrá revestir varios de ellos, en la medida en que, dada su naturaleza, es completamente posible que varíe en un espectro muy amplio.

5.19.10. En cuanto a su función

Hemos dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero que podría —por excepción— ser uno regulatorio o modificatorio; mas nunca tendrá carácter extintivo, pues a través de ella una parte (denominada vendedor) se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra (denominada comprador), y esta parte se obliga a pagar su precio en dinero o signo que lo represente (argumento del artículo 1529 del Código Civil).

En cambio, la transacción tiene vocación extintiva, al buscarse a través de ella la solución de algún asunto dudoso o litigioso existente entre las partes. Sin embargo, como ha sido dicho anteriormente, la transacción también podría revestir una función creadora, modificatoria o regulatoria de obligaciones o relaciones jurídicas preexistentes (argumento del artículo 1302 del Código Civil).

5.19.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y la transacción son actos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas, modificadas, reguladas o extinguidas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.19.12. En cuanto a la prestación

Resulta claro que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. Más allá de considerar a la transacción como un medio extintivo de obligaciones, ella también es un contrato; y, en tal sentido, resultaría ser un contrato con prestaciones recíprocas, rasgo que le es impuesto justamente por las concesiones de tal carácter, que constituyen requisito indispensable de toda transacción.

5.19.13. En cuanto a la valoración

Tanto la compraventa como la transacción son actos celebrados a título oneroso.

La onerosidad de la transacción es evidente, ya que si se tratase de un acto a título gratuito o de liberalidad, no habrían concesiones recíprocas y así sólo estaríamos frente a una condonación o perdón de una de las deudas.

5.19.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es —por regla general— un contrato conmutativo y por excepción uno aleatorio.

Cuando en Derecho de Obligaciones se aborda el tema de la transacción, nunca se cuestiona su carácter conmutativo o aleatorio. Entendemos que ello obedece a que se da como valor entendido que ella reviste carácter conmutativo, al considerársele un medio extintivo de obligaciones, a través del cual las partes ponen término a un asunto dudoso o litigioso que mantenían entre sí.

Pero creemos que debería cuestionarse este carácter de la transacción, en la medida en que si bien podrá ser conmutativa, nada impediría que se pactara de manera aleatoria, más aún si tenemos en cuenta que dicho rasgo de aleatoriedad podría estar referido a la ejecución de las prestaciones que eventualmente pudieran crearse, regularse o modificarse; y, sobre todo, cuando las partes recurran para la solución de sus controversias a relaciones diversas de aquéllas que constituían materia del problema.

5.19.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y la transacción son actos meramente obligatorios u obligacionales.

5.20. Con el compromiso de contratar

5.20.1. En cuanto al nombre

El contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos nominados.

5.20.2. En cuanto a su regulación

Cuando decidimos incorporar al compromiso de contratar dentro de aquellos actos sobre los cuales debíamos pronunciarnos acerca de sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, fue en base a que tal como lo establece el artículo 1414 del Código Civil, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios, por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo; y, evidentemente, podría ocurrir que el contrato definitivo que las partes se obligasen a celebrar, fuera una compraventa. De ahí la necesidad de establecer las diferencias entre ambas figuras.

En lo que respecta a su regulación, el compromiso de contratar es un contrato preparatorio, el mismo que está legislado por el Código Civil en sus artículos 1414 a 1418 y 1425, situación que le da tipicidad legal, en tanto el contrato de compraventa también tiene —como todos sabemos— tipicidad legal.

5.20.3. En cuanto a su estructura

En este aspecto, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. El compromiso de contratar también reviste esta característica.

5.20.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, la compraventa puede ser un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza especial. Pensamos que resulta un poco más complicado el asignar un calificativo a la naturaleza del compromiso de contratar.

Si bien está regulado en el Código Civil y su objeto es simplemente que ambas partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo (que podría ser una compraventa). Pensamos que sí tendrá relevancia la naturaleza del contrato definitivo que se obliguen a celebrar, el que podría determinar el carácter civil, mercantil o especial del compromiso de contratar.

5.20.5. En cuanto a su autonomía

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, la compraventa es un contrato principal, pues para tener existencia jurídica no depende de ningún otro contrato. Lo mismo ocurre con el compromiso de contratar, ya que para su celebración no se requiere la preexistencia de contrato alguno. Es más, el compromiso de contratar va a servir de base para la celebración de un futuro contrato (pero ello, porque las partes así lo desean y no porque resulte imprescindible).

5.20.6. En cuanto a su formación

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Para el compromiso de contratar rige lo dispuesto en el artículo 1425 del Código Civil, norma que establece que será nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad. Dentro de tal orden de ideas, si el compromiso de contratar está referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, obviamente estaremos frente a un contrato preparatorio de carácter consensual.

5.20.7. En cuanto al tiempo

Mientras que la compraventa es, salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo, un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse inmediata e instantáneamente, el compromiso de contratar —dada su naturaleza— es un contrato de duración, ya que a través del mismo las partes se obligan a celebrar (en un momento futuro) un contrato definitivo, habiendo establecido en el compromiso de contratar, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo (argumento del artículo 1415).

Además, el compromiso de contratar debe tener necesariamente un plazo, relacionado con el momento en que se celebrará el contrato definitivo. Dicho plazo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1416, será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite, además a falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo. En tanto que el numeral 1417 establece que el compromiso de contratar puede ser renovado, a su vencimiento, por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

5.20.8. En cuanto a su negociación

Por la negociación, sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato paritario, como celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, el compromiso de contratar generalmente es un contrato que se celebra por negociación previa, ya que recién en el futuro las partes celebrarán el contrato definitivo.

Esto no excluye que en la práctica se den casos en los cuales existan compromisos de contratar que consten en formularios pre-impresos, pero sin duda dichos supuestos son excepcionales.

5.20.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El compromiso de contratar no comparte estas características, por más que tuviese por

objeto la celebración de una compraventa. Es un contrato de obligarse a contratar, razón por la cual podría ser calificado como de colaboración o cooperación, pues a través de él las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo.

5.20.10. En cuanto a su función

Por su función, la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero podría, por excepción, ser regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivo.

El compromiso de contratar jamás podría ser extintivo, ya que genera en las partes la obligación de celebrar otro contrato.

Sin embargo, además de constitutivo, podría ser un contrato regulatorio o modificatorio, ya sea respecto a un contrato definitivo anterior, o incluso en relación a otro contrato preparatorio celebrado con anterioridad al compromiso de contratar.

5.20.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, el contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.20.12. En cuanto a la prestación

Por la prestación, el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas.

Por su parte, el compromiso de contratar puede ser un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida en que ambos contratantes se obliguen a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Pero también podría tratarse de un contrato unilateral, si es que solamente uno de los contratantes quedara obligado —en virtud del mismo— a celebrar en el futuro el contrato definitivo.

5.20.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la compraventa es un contrato celebrado título oneroso, en tanto el compromiso de contratar podría tratarse tanto de un contrato celebrado a título oneroso como de uno celebrado a título gratuito.

5.20.14. En cuanto al riesgo

En el caso de la compraventa, nos encontramos generalmente frente a un contrato conmutativo y, excepcionalmente, ante un contrato aleatorio.

En lo que respecta al compromiso de contratar, la generalidad de la doctrina no aborda el tema de su conmutatividad o aleatoriedad. Pensamos que ello es así, en la medida en que se tiene como valor entendido el que es un contrato conmutativo, ya que las partes conocen el contenido del contrato definitivo que se han obligado

a celebrar. Ahora bien, nada obsta a que dicho contrato definitivo revista carácter aleatorio, pero esa situación resulta indiferente para calificar al compromiso de contratar.

5.20.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y el compromiso de contratar son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.21. Con el contrato de opción

5.21.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el contrato de opción son contratos nominados.

5.21.2. En cuanto a su regulación

Ambos tienen tipicidad legal, encontrándose regulados en el Código Civil.

En el caso del contrato de opción, se halla normado por los artículos 1419 a 1425 del Código, dentro del título relativo a los contratos preparatorios.

Por el artículo 1419 se establece que a través del contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no; siendo válido el pacto de opción recíproca, en virtud del cual la opción puede ser ejercitada indistintamente por cualquiera de las partes (artículo 1420); y el pacto de opción mediatoria, conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar a la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo (artículo 1421 del Código Civil).

Si bien es cierto que el objeto del contrato de opción puede estar encaminado a la celebración de un contrato definitivo cualquiera, tal vez en la mayoría de casos la práctica nos enseña que la opción es una opción de compra, vale decir un contrato preparatorio a través del cual el propietario de un bien (futuro vendedor) celebra, con una persona interesada en adquirirlo (futuro comprador), un contrato por el cual el futuro vendedor concede al futuro comprador la facultad de decidir adquirir o no el bien durante un plazo preestablecido.

De ahí que hayamos considerado necesario estudiar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y el contrato de opción.

Finalmente, cabe recordar que en virtud a lo establecido por el artículo 1422, el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

5.21.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el contrato de opción, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.21.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. El contrato de opción, más allá de que se encuentra regulado por el Código Civil, puede revestir los mismos caracteres que el contrato definitivo al cual precede.

5.21.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el contrato de compraventa como el de opción son principales, pues jurídicamente no dependen de otro contrato para tener existencia y validez; es más, el contrato de opción servirá de fundamento o base para la celebración de un futuro contrato definitivo (sin que resulte indispensable —claro está— para que exista dicho contrato definitivo).

5.21.6. En cuanto a su formación

Por su formación, la compraventa es un contrato consensual; en tanto el contrato de opción es nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad (argumento del artículo 1425 del Código Civil); lo que significa que si nos encontramos frente a un contrato de opción de compra, éste será de carácter consensual.

5.21.7. En cuanto al tiempo

La compraventa generalmente es un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente. El contrato de opción es —por esencia— un contrato de duración, realidad que se deriva de su propia naturaleza. Así, en virtud del artículo 1423 del Código Civil, se establece que toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite. En tanto el numeral 1424 prescribe que al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.

5.21.8. En cuanto a su negociación

Mientras la compraventa se suele celebrar por negociación previa, con arreglo a cláusulas generales de contratación o por adhesión, la mayoría de contratos de opción son de carácter paritario; pero es común encontrar contratos de opción redactados en formularios pre-impresos (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales).

5.21.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, mientras el contrato de opción podría ser calificado como de colaboración o cooperación.

5.21.10. En cuanto a su función

La compraventa y el contrato de opción son generalmente contratos constitutivos, nada impediría que se celebraran con ánimo modificatorio o regulatorio, pero nunca serán extintivos.

5.21.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y el contrato de opción son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.21.12. En cuanto a la prestación

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. El contrato de opción será de prestación unilateral, en la medida que se trate de una opción simple, otorgada a título gratuito. Será de prestaciones recíprocas, en la medida que estemos en presencia de una opción simple otorgada a título oneroso o cuando se trate de una opción recíproca (figura regulada por el artículo 1420 del Código Civil).

5.21.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo establecido en el punto anterior, podemos decir que la compraventa es siempre un contrato celebrado a título oneroso, en tanto la opción podrá celebrarse a título gratuito o a título oneroso.

5.21.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. El contrato de opción es por esencia conmutativo, ya que en virtud de lo prescrito por el artículo 1422 del Código Civil, el mismo debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo (independientemente de si este último contrato sea conmutativo o aleatorio).

5.21.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y la opción son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero

5.22.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado y siempre ha sido así. En cambio, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, recién ha merecido tal nomenclatura por parte de la doctrina en el siglo pasado, y en el Perú, si bien estaba jurídicamente regulada en el Código Civil de 1936, no recibía tal nombre, y recién se le empezó a conocer con esa denominación a raíz de la obra «Estudios sobre el contrato privado», escrita por Manuel de la Puente y Lavalle, a fines de la década de los setenta, y cuyas concepciones doctrinarias se plasmaron —mayoritariamente— en el Código Civil de 1984.

5.22.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, en tanto que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un mecanismo contractual típico, que en lo que respecta a la promesa de la obligación de un tercero, puede ser utilizado para la celebración de futuros contratos, sean éstos de la más variada naturaleza, incluyendo a la compraventa. Ello significa que la promesa de la obligación, o del hecho de un tercero, puede considerarse como un mecanismo para la futura celebración de un contrato de compraventa.[103]

En este caso, quienes celebren el contrato de promesa de la obligación de un tercero, serán promitente y promisorio; en tanto que el tercero —por lo general— será el propietario del bien.

Es precisamente este supuesto el que nos lleva a considerar la promesa de la obligación o del hecho de un tercero como una figura contractual típica, que necesariamente debe confrontarse con el contrato de compraventa para apreciar sus semejanzas y diferencias. El tema resulta polémico, sobre todo cuando se analiza la venta de bien ajeno, a cuyo tratamiento remitimos.

5.22.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, tanto la compraventa como la promesa de la obligación o del hecho de un tercero son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

---

[103] La promesa de la obligación o del hecho de un tercero está regulada en el Título XI de la Parte General de Contratos del Código Civil, en los artículos 1470, 1471 y 1472, de texto siguiente:

Artículo 1470.- «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente».

Artículo 1471.- «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».

Artículo 1472.- «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización».

5.22.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa, al igual que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, podría ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

5.22.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, ambos contratos son principales, pues para su existencia y validez jurídica, no requieren de ningún otro contrato que les anteceda. Es más, la promesa de la obligación de un tercero —como ha sido dicho— puede servir como mecanismo para la celebración de futuros contratos.

5.22.6. En cuanto a su formación

Ambos contratos son consensuales.

5.22.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo en los casos analizados por nosotros), la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato de duración, ya que su objeto consiste —precisamente— en la verificación del hecho u obligación del tercero, lo que —claro está— se esperará ocurra en un lapso determinado o determinable.

5.22.8. En cuanto a su negociación

Como ha sido dicho, la compraventa puede ser un contrato de negociación previa, o uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En lo que respecta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ésta generalmente se celebrará por negociación previa; nunca hemos visto una promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.22.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y disposición, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser calificada como un acto de colaboración o cooperación.

5.22.10. En cuanto a su función

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos, aunque en casos excepcionales podrían ser modificatorios o regulatorios; pero nunca extintivos.

5.22.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Los dos contratos son individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran. En el caso de la compraventa, al comprador y al vendedor; y en el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, al promitente y al promisario.

5.22.12. En cuanto a la prestación

Sabemos que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas como uno de prestación unilateral, en caso el único obligado fuese el promitente.

5.22.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato a título oneroso; mientras la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría celebrarse a título oneroso (si el promisario se obligara a pagar al promitente una prestación cuando se consiga lo prometido); pero podría ser un contrato a título gratuito, en la medida en que el promisario no se hubiera obligado a nada respecto al promitente.

5.22.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Si bien para la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por lo general se asume que es un contrato conmutativo, podría revestir aleatoriedad, en caso las partes lo hayan pactado así.

5.22.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, ambos contratos son meramente obligatorios u obligacionales.

5.23. Con el contrato de donación con cargo

5.23.1. En cuanto al nombre

Ya nos hemos referido a que la donación es un contrato nominado. En este punto corresponde decir que el cargo es una modalidad del acto jurídico por todos conocida, y a la que también podríamos calificar como una figura nominada.

5.23.2. En cuanto a su regulación

El cargo es una figura típica, al igual que el contrato de donación. Se encuentra regulada en los artículos 185, 187, 188 y 189 del Código Civil Peruano.[104]

En lo que respecta al contrato de donación con cargo, sólo se hace referencia al mismo en el artículo 1642 del Código Civil, norma que establece que:

> 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».

Como dice Wayar,[105] la donación puede hacerse con cargo, es decir, imponiendo al donatario la obligación de cumplir con una determinada prestación, en favor del propio donante o de un tercero.

Agrega el citado profesor que cuando el cumplimiento del cargo beneficia a un tercero, la distinción de esta figura respecto de la compraventa es nítida; pero no ocurre lo mismo cuando el beneficiario del cargo es el propio donante, máxime si el cargo consiste en la entrega de una suma de dinero y el donatario recibió un bien cuyo valor es más o menos equivalente, caso en el cual la pregunta pertinente sería si estamos en presencia de una donación con cargo o de una compraventa encubierta.

Al emitir opinión, Wayar se basa en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino, norma que establece que «no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas, si el valor de los cargos es poco más o menos equivalente al valor de la cosa donada, sea el beneficiario un tercero o el propio donante».

Así, considera Wayar que por esta primera comprobación se sabe que a las donaciones con cargo de valor equivalente no se les aplican las disposiciones de las donaciones gratuitas; preguntándose en tal caso cuál régimen habrá de aplicarse.

---

[104] El texto de los referidos numerales es el siguiente:

Artículo 185.- «El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna».

Artículo 187.- «El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad».

Artículo 188.- «La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.

En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos».

Artículo 189.- «Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno».

[105] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 99 y 100.

Estima que para encontrar una correcta solución es preciso distinguir si el beneficiario del cargo es un tercero o si es el propio donante.

Si el beneficiario del cargo es un tercero, aunque el valor de él sea equivalente al valor de la cosa donada, cree que debe aplicarse el régimen previsto para las donaciones, con exclusión de las condiciones exigidas para las donaciones gratuitas.

En cambio, si el beneficiario del cargo es el propio donante, ante la equivalencia de valores, estima que tal convención deberá considerarse que es una compraventa encubierta bajo la forma de donación; y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable sería el relativo a la compraventa. Sin embargo, si el valor del cargo es sensiblemente inferior al de la cosa donada (lo que se determinará según las circunstancias de cada caso concreto), el contrato conservará su carácter de donación.

Por ello, Wayar coincide con Borda, al sostener que si el valor del cargo se torna equivalente por circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, pero al tiempo de concertarse la donación había realmente en el donante un espíritu de liberalidad, la cuestión se resolverá en atención a estas circunstancias y no por aplicación inflexible de la regla enunciada. Es decir, si considerado el contrato en el momento de su celebración, se advierte que el valor de la cosa donada es superior al del cargo, no porque el cumplimiento de éste se torne excesivamente oneroso con posterioridad, el contrato perderá su naturaleza de liberalidad originaria; debiendo todo ello apreciarse según la naturaleza de cada caso concreto.

Nosotros en el Perú carecemos de un precepto equivalente al contenido en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino. Sin embargo, estimamos que resultan aplicables al Derecho Peruano las observaciones efectuadas por Wayar, ya que si se trata de hallar la naturaleza jurídica del contrato, esos principios serán pertinentes.

5.23.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como la donación con cargo son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.23.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede ser un acto de naturaleza civil, mercantil o especial, la donación con cargo será siempre un contrato civil.

5.23.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y la donación son contratos principales. Esto ya ha sido mencionado en su momento. Lo único que cabría agregar es que el cargo es un accesorio o una

modalidad del acto jurídico (en este caso, del contrato de donación, sin cuya existencia tampoco podría nacer).

5.23.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. La donación con cargo revestirá carácter consensual o formal, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, normas que ya hemos analizado cuando vimos las semejanzas y diferencias existentes entre la compraventa y el contrato de donación sin cargo, razón por la cual allí remitimos al lector.

5.23.7. En cuanto al tiempo

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la compraventa es un contrato que generalmente se celebra con ánimo de ejecutarlo instantánea e inmediatamente (salvo los casos de excepción que estudiamos en este trabajo). Con la donación simple puede ocurrir lo mismo; pero con la donación con cargo, se apreciará —en mayor frecuencia— un ánimo de duración en el tiempo, ya que si bien la ejecución de la donación en sí puede hacerse de modo inmediato e instantáneo, es probable que la ejecución del cargo se haya pactado de manera periódica o continuada; y que incluso la misma pueda prolongarse durante lapsos considerables.

5.23.8. En cuanto a su negociación

La compraventa se suele celebrar por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

La donación con cargo se celebra fundamentalmente de modo paritario, vale decir, con negociación previa.

5.23.9. En cuanto al rol económico

Tanto la compraventa como la donación con cargo pueden ser considerados como contratos de cambio y de disposición.

5.23.10. En cuanto a su función

La compraventa y la donación con cargo, son contratos fundamentalmente constitutivos. Sin embargo, en el plano teórico nada obsta para que sean actos modificatorios o regulatorios, mas nunca tendrán carácter extintivo.

5.23.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Si el cargo ha sido pactado en beneficio del donante, no cabe la menor duda de que estamos frente a un contrato de carácter individual. Sin embargo, en caso el cargo hubiese sido pactado en beneficio de un tercero, podría pensarse —de una primera impresión— que es un contrato colectivo, pues estaría afectando la esfera patrimonial de una persona que no ha celebrado el contrato. Sin embargo, ello no es así.

Dentro del Derecho positivo peruano, no se admite ningún acto de liberalidad que pueda ser susceptible de imponerse a alguien contra su voluntad. Esto significa que para la eficacia de un acto de liberalidad, siempre será necesario el asentimiento del supuesto beneficiario. Esto significa —para el caso de la donación con cargo— que si el cargo ha sido pactado en favor de un tercero (es decir, de alguien que no ha participado en la celebración del contrato), necesariamente tendrá que pedírsele su asentimiento para ejecutar el cargo a su favor, lo que en buena cuenta significa que él sería parte de ese contrato, razón por la cual la donación con cargo seguiría siendo un contrato de carácter individual.

5.23.12. En cuanto a la prestación

La donación con cargo constituye un supuesto peculiar, pues por mínimo que sea el cargo consistirá en ejecutar una prestación por parte del donatario a favor del donante o de un tercero. Esto significa que nos encontraríamos ante un contrato bilateral (el mismo que no nos atreveríamos a denominar como de prestaciones recíprocas).

5.23.13. En cuanto a la valoración

A pesar de lo señalado en el punto anterior, y por seguir siendo una donación y no considerarse una compraventa, tendríamos que concluir en que la donación con cargo es un contrato celebrado a título gratuito y no oneroso.

5.23.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En el caso de la donación con cargo, nada obstaría a que si bien la doctrina lo considera fundamentalmente conmutativo, revistiese rasgos de aleatoriedad, ya sea referidos a la prestación del donante o al cargo que deberá ejecutar el donatario.

5.23.15. En cuanto a sus efectos

Como todos los contratos del Derecho nacional (incluida la compraventa), la donación con cargo es meramente obligatoria u obligacional.

5.24. Con el contrato estimatorio

5.24.1. En cuanto al nombre

Según anota Wayar,[106] el llamado contrato estimatorio queda celebrado cuando una persona entrega a otra una cosa, estimándola en cierto precio, con el encargo de venderla y autorizándolo a retener el mayor valor que obtenga de la venta.[107]

Como vemos, dentro de nuestra tradición jurídica, el contrato estimatorio es uno de carácter nominado, rasgo compartido con la compraventa.

5.24.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es, dentro de nuestro Derecho positivo, un contrato típico, el contrato estimatorio es atípico; y diríamos nosotros que lo es tanto en el plano legal como en el social.

Según anota Wayar, existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato estimatorio. Unas lo ubican fuera del concepto de compraventa, en tanto que otras lo colocan dentro del concepto de compraventa. A su vez, estas últimas pueden subdividirse en cuatro grupos de teorías. Una primera que considera se trata de una venta bajo condición suspensiva, una segunda, que habla de una compraventa con cláusula rescisoria, una tercera, que lo explica como una compraventa bajo condición resolutoria y, finalmente, una cuarta, que expresa que se trata de una compraventa con reserva de dominio.[108]

---

[106] *Ibídem,* pp. 104-107.

[107] Sin embargo, como expresa Wayar: «No todos los autores están de acuerdo con denominar a esta figura 'contrato estimatorio'; Coviello, critica esta terminología y Salandra propone reemplazarla por la de 'compraventa de cosa estimada' (Salandra, V. *Lezioni sui contrati commerciali. Vendita e contratti afini.* Assicurazioni, Padova, 1940, p. 183). De cualquier modo y pese a las críticas, la denominación 'contrato estimatorio' con que se conoce a esta figura ha alcanzado, como lo remarca BadenesGasset, plena consagración en el lenguaje jurídico moderno (Badenes Gasset. *El contrato de compraventa*, t. I, p. 86). Alguien que se ha ocupado especialmente de este tema, Giovanni Balbi, llama a esta figura 'contrato estimatorio' (Balbi, Giovanni. *Il contratto estimatorio*, Torino, Utet, 1960, en especial p. 44 y siguientes)».

[108] En este sentido, Wayar hace un resumen de las teorías mencionadas y de los autores que las propugnan, el mismo que nos permitimos reproducir:

«a) Las que ubican al contrato estimatorio fuera del concepto de compraventa. Las teorías que sitúan al contrato estimatorio fuera del concepto de compraventa son varias.

Según el parecer de Baudry Lacantinerie-Wahl, el contrato estimatorio debe asimilarse al mandato; en igual sentido se pronuncian Planiol-Ripert; para Russo es también un mandato sin representación. Para Mazzone, en cambio, el contrato estimatorio constituye un contrato preparatorio para una venta, es decir, un contrato de depósito preordenado a facilitar los medios para la eventual formación de otro contrato, que sería de compraventa. Para Gorla, se trata de una figura compleja, que se integra por dos negocios: el primero, consignación, y el segundo, venta. A juicio de Bolaffio este contrato constituye un depósito *ad vendendum*, es decir, se deposita la cosa para su posterior

En opinión de Wayar se trata de una figura compleja, en el sentido de que la relación se establece —según él originariamente— entre una persona, que llama *tradens*, que es quien entrega las cosas (estimándoles el precio) para que sean vendidas, y quien las recibe para la venta, que llama *accipiens*. De esta forma —dice— si la venta se consuma, entra en escena una tercera persona, que es quien las adquiere definitivamente, a quien llama adquirente.

Para ilustrar lo dicho, Wayar propone el siguiente ejemplo: Juan (*tradens)* entrega a Pedro (*accipiens*) cincuenta mil kilos de tabaco para su venta, estimando el precio en una cantidad determinada, pero autorizando a Pedro a venderlo a mayor precio y quedarse con el excedente. En tales términos, Pedro vende el tabaco a Diego (adquirente), quien pagará el precio que Pedro exija.

Wayar considera necesario dividir la figura en dos etapas: a) la primera, comprende todo el proceso que va desde que Juan entrega a Pedro la mercadería, encomendándole su venta; b) el segundo, se produce cuando Pedro hace la venta a Diego. Según el citado profesor argentino, durante la primera etapa, el contrato debe calificarse como mandato; en tanto que en la segunda se trata de una simple compraventa.

---

venta. En opinión de Sraffa, la figura se compone de dos contratos: una sociedad y una comisión, debiendo aplicarse las reglas de ambos contratos.

b) Las que ubican al contrato estimatorio dentro del concepto de compraventa. Un segundo grupo de teorías pregonan que el contrato estimatorio puede quedar dentro del concepto de compraventa, pudiendo, por ende, regirse por las reglas de ésta. Para una mejor exposición dividiremos estas teorías en cuatro grupos:

   1) Se trata de una venta bajo condición suspensiva. Según piensan Brunetti, Garrigues, Thaller, Langle y Rubio y Uria, el contrato estimatorio es una venta bajo condición suspensiva. La condición que suspende los efectos del contrato, es el encontrar comprador; mientras esto no sucede, los intereses del *tradens* (propietario de las cosas) están convenientemente protegidos.

   2) Se trata de una compraventa con cláusula de rescisión. Fue Giovanni Balbi quien formuló la teoría que considera que el contrato estimatorio es una compraventa pura con facultad de rescisión; para este autor, se trata sustancialmente de una venta, porque el acuerdo que celebran las partes es el mismo en una y otra figura. Pero se trata de una venta cualificada, es decir, verificándose el cambio de cosa contra precio en función de una cierta finalidad, que presenta ulteriores características, como la realidad (entrega del precio) y la facultad de una de las partes de hacer decaer los efectos del contrato.

   3) Se trata de una compraventa bajo condición resolutoria. Greco y Larguier, estiman que la figura en examen hay que tratarla como compraventa bajo condición resolutoria. Se afirma que la convención celebrada entre quien entrega las cosas y quien las recibe, es una compraventa que se resuelve si el segundo de los nombrados restituye las cosas recibidas por no haberlas vendido.

   4) Se trata de una compraventa con reserva de dominio. Tamburrino y Galvao Telles sostienen esta tesis. Según afirman, el contrato estimatorio es una compraventa con reserva de dominio; mientras las cosas se encuentran en poder de quien debe venderlas, quien las entregó conserva el derecho de dominio sobre ellas; este derecho cesa cuando se opera la segunda transmisión».

Afirma que se trata de un mandato, porque estima que así resulta de la naturaleza de la convención, ya que el *tradens* encomienda al *accipiens* la venta de determinadas cosas a un cierto precio; pero admite que se podría objetar que el *accipiens* no actúa en nombre y representación del *tradens*, sino que lo hace en nombre propio, lo cual desvirtuaría la configuración del mandato, pero como existe la figura del mandato sin representación, se salvaría el obstáculo apuntado.

A entender del profesor argentino, durante el tiempo en que las cosas permanezcan en poder del *accipiens*, se aplicarán las reglas del mandato sin representación. En tanto que durante la segunda etapa, en la que el *accipiens* vende las mercaderías al adquirente, la calificación para Wayar es menos dudosa, pues piensa que se trata de una simple compraventa. De este modo, el hecho de que el «vendedor» pueda exigir un precio superior al estimado y quedarse con el excedente, no altera ni modifica lo afirmado; recordando que el mandato puede celebrarse a título oneroso; y señala que tampoco modifica la conclusión expuesta la circunstancia de que el *accipiens* deba adquirir la propiedad para enajenarla después, pues esto puede considerarse como una modalidad del mandato.

En nuestra opinión, el contrato estimatorio no es una compraventa.

Si se quiere establecer entre él y algún otro contrato ciertas semejanzas, lo tendríamos que hacer en relación al mandato. No olvidemos que en virtud a lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1790.- «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Dentro de tal orden de ideas, el contrato estimatorio no sería sino una variante del mandato, pues en este contrato el mandante se obliga a entregar un bien al mandatario, a fin de que este último proceda a venderlo por un precio por encima del estipulado. Se tratará de un mandato a título oneroso, en la medida en que sería raro concebir un contrato estimatorio (propio del Derecho Comercial) en que la labor del mandatario no fuese retribuida por el mandante. En el llamado contrato estimatorio, la retribución que el mandante otorgue al mandatario por el hecho de vender el bien a un tercero, consistirá en el *plus* que el mandatario haya conseguido como diferencia entre el precio de venta acordado con su mandante y el comprador del bien.

Se trataría, además, de un mandato sin representación, pues el mandatario vendería el bien (esto sobre todo se presentará en caso de bienes muebles) que pertenecerá en propiedad al mandante, sólo que al venderlo lo hará pasar como propio, situación que no contraviene —en lo absoluto— el hecho de que quien adquiere (el tercero comprador) se haga propietario del bien, en virtud de lo estipulado por el artículo 912 del Código Civil Peruano, precepto que establece la presunción de que:

> 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».

Pero ello no excluye la posibilidad de que el denominado contrato estimatorio se celebre a modo de mandato con representación. Si así fuese, cuando el mandatario vendiera el bien a un tercero, no estaría vendiendo lo ajeno, sino lo propio, pues se encontraría actuando en nombre y representación del propietario del bien (mandatario).

Finalmente, queremos dejar establecido que el denominado contrato estimatorio (que como vemos no es otra cosa que un mandato), no se asemeja tanto a la compraventa como a cierto sector de la doctrina le ha parecido. Lo que ocurre es que este mandato tiene por objeto que el mandatario celebre por cuenta y en interés del mandante, una compraventa con las características establecidas anteriormente. Pero dicho contrato de mandato habría podido tener por objeto la celebración de cualquier otro contrato distinto de la compraventa, como sería el caso, por ejemplo, de un arrendamiento, de una permuta, de un suministro, sólo por citar algunos casos ilustrativos.

Es así que no compartimos el parecer del profesor Ernesto Clemente Wayar, adhiriéndonos a la opinión de Baudry-Lacantinerie y Wahl, así como a la de Planiol y Ripert.[109]

5.24.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.24.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, el contrato estimatorio es fundamentalmente uno mercantil, no excluyéndose, sin embargo, que pueda tener naturaleza distinta.

5.24.5. En cuanto a su autonomía

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son principales, pues para su validez no dependen de ningún otro contrato.

---

[109] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato estimatorio en el artículo 1556:

Artículo 1556.- «(Noción) Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido».

5.24.6. En cuanto a su formación

Es claro que el contrato de compraventa tiene carácter consensual. El denominado contrato estimatorio revestiría también el mismo carácter, pues —como ha sido dicho oportunamente— su naturaleza no difiere, en lo absoluto, de la del mandato; y al carecer de una regulación propia, obviamente le serían de aplicación las disposiciones relativas al contrato de mandato (artículos 1790 a 1813 del Código Civil); y, dentro de tal orden de ideas, al ser el mandato un contrato de carácter consensual, el denominado contrato estimatorio también lo sería.

5.24.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). El denominado contrato estimatorio es una variedad del mandato, que si bien comparte el rasgo característico de ser de duración, la misma estará limitada por el hecho de que el plazo del contrato estimatorio se reducirá al que se otorgue al mandatario para que proceda a vender el bien del mandante a un tercero comprador.

Con esto queremos señalar que no obstante tratarse de un contrato de duración, la misma por lo general no será de carácter prolongado.

5.24.8. En cuanto a su negociación

En lo que respecta al contrato de compraventa, hemos señalado oportunamente que el mismo se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su parte, el mandato es fundamentalmente un contrato de negociación previa, habiendo, naturalmente múltiples mandatos celebrados por adhesión. Sin embargo, en la modalidad de contrato estimatorio, consideramos que dadas las peculiaridades que presenta, el mismo se celebrará en la mayoría de casos de modo paritario o por negociación previa.

5.24.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el denominado contrato estimatorio sería uno de colaboración o cooperación.

5.24.10. En cuanto a su función

En lo que respecta a la función que desempeña, podemos decir que el contrato de compraventa y el denominado contrato estimatorio, son actos fundamentalmente constitutivos, generadores de obligaciones; por excepción, podrían revestir carácter regulatorio o modificatorio; mas nunca tener naturaleza extintiva.

5.24.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.24.12. En cuanto a la prestación

Sabemos que el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. Con el denominado contrato estimatorio podría ocurrir lo mismo, en la medida en que el mandante asuma la ejecución de una prestación en favor del mandatario; pero podría tratarse de un contrato de prestación unilateral, si el mandatario se obligara a vender el bien de propiedad del mandante, sin que este último asuma el deber de pagarle una contraprestación.

5.24.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta claro que mientras la compraventa es de carácter oneroso, el denominado contrato estimatorio se puede celebrar a título gratuito u oneroso.

5.24.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, el denominado contrato estimatorio podría ser considerado como un acto que reviste evidentes rasgos de aleatoriedad, sobre todo si reparamos en el contrato estimatorio oneroso, en el cual la contraprestación que el mandante debería ejecutar en favor del mandatario, estaría determinada por el *plus* que obtenga el mandatario al vender a un tercero el bien de propiedad del mandante. En tal sentido, podría ocurrir que no llegase a obtener *plus* alguno o que el mismo varíe desde un monto, tal vez razonable o equitativo, hasta haber logrado el mejor de los negocios, con lo cual la utilidad del mandatario sería apreciable.

5.24.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.25. Con la expropiación

5.25.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado. La expropiación no es un contrato pero también es una figura de nombre conocido.

5.25.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil (artículos 1529 a 1601). La expropiación es una figura típica, regulada en la Constitución Política de 1993, y en su legislación especial.

El marco constitucional está dado por lo dispuesto en el artículo 70 de la Carta Política Peruana, ubicado como primera norma del Capítulo III, De la Propiedad, del Título III, Del régimen económico, norma que a la letra dice lo siguiente:

> Artículo 70.- «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y pre vio pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

Como dice Marcial Rubio Correa:[110]

La propiedad es el derecho real (es decir, el derecho sobre las cosas) más completo que existe porque contiene todas las potestades que se puede ejercitar sobre ellas: usarlas, disfrutarlas, disponerlas y recuperarlas cuando otro las usurpa.

La propiedad, sin embargo, no es un derecho absoluto: debe ser ejercitada dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común. Siempre, en todo derecho que otorga la sociedad, hay una dimensión social que no puede dejar de ser tomada en cuenta porque, en última instancia, los derechos existen porque existe el todo social.

---

[110] Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: DESCO-Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1994, tercera edición, pp. 94 y 95.

Por otra parte, como se sabe, el 20 de mayo de 1999, fue publicada en el Diario Oficial «El Peruano» la Ley General de Expropiaciones, Ley n.º 27117, la que sustituyó al Decreto Legislativo n.º 313. En adelante reproducimos el texto de la Ley vigente:

Ley General de Expropiaciones

(Ley n.º 27117, promulgada el 15/05/99 y Publicada el 20/05/99

Titulo Preliminar

Artículo 1º.- Del objeto de la Ley

La expropiación a que se refiere el Artículo 70 de la Constitución Política, el Artículo 928 del Código Civil y los Artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil, se rigen por la presente Ley.

Título I

Disposiciones Generales

Artículo 2º.- Del concepto

La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o

El tratamiento jurídico detallado de la propiedad se hace en leyes especiales y particularmente en el Código Civil.

Una de las características de la propiedad como derecho es que no puede ser vulnerada y que el Estado sólo puede privar al propietario de lo que es suyo mediante la expropiación, que es un procedimiento por el cual, en base a razones de seguridad nacional o de necesidad pública declaradas por ley, la autoridad toma para sí la propiedad de terceros mediante el cumplimiento de los trámites legales establecidos

---

Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Artículo 3º.- Del beneficiario

El único beneficiario de una expropiación es el Estado.

Artículo 4º.- De las causales

En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación y, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.

Artículo 5º.- De la improcedencia de la expropiación

La expropiación es improcedente cuando se funda en causales distintas a las previstas en la presente Ley, cuando tiene por objeto el incremento de las rentas públicas o cuando responde a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien.

Artículo 6º.- De la ejecución de la expropiación

6.1 La ejecución de la expropiación autorizada por el Congreso de la República, se efectúa mediante la norma legal correspondiente, la misma que deberá ser publicada en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días contados a partir de la vigencia de la ley autoritaria de la expropiación.

6.2 La norma a que se refiere el párrafo precedente será, en el caso del Poder Ejecutivo, una Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, en el caso de los Gobiernos Regionales la norma correspondiente de acuerdo a la legislación de la materia y, en el caso de los Gobiernos Locales, un Acuerdo de Concejo.

Artículo 7º.- De la expropiación para obras de gran envergadura

7.1 Excepcionalmente y sólo en razón de la envergadura de la obra de infraestructura de servicios públicos a la que esté destinado el bien a expropiar se podrá hacer uso del siguiente procedimiento:

a) La ley de expropiación emitida por el Congreso de la República autorizará al sujeto activo para que, mediante la dación de múltiples resoluciones, realice la ejecución de la expropiación del bien, de tal modo que en un plazo de 2 (dos) años, contados desde la promulgación de dicha ley, se hayan iniciado todos los procesos de expropiación necesarios.

b) A fin de determinar el bien materia de la expropiación, el sujeto activo emitirá en el plazo de 30 (treinta) días contados desde la promulgación de la ley una resolución provisional señalando la identificación precisa del bien a expropiar, de acuerdo a coordenadas UTM de validez universal.

c) En los casos a los que se refiere el presente artículo, el sujeto activo debe indemnizar al sujeto pasivo de la expropiación con un monto adicional al justiprecio, equivalente a los intereses correspondientes a los meses en que, dentro del plazo de (2) dos años a que se refiere el inciso a) precedente, se retrase la expedición de la resolución para la ejecución de la expropiación. La tasa de interés será la tasa activa en moneda nacional (TAN).

d) Si en el plazo a que se refiere el inciso a) el sujeto activo no dicta las resoluciones correspondientes a alguno de los inmuebles comprendidos en el área señalada en la resolución provisional, su

y pagando previamente en efectivo la indemnización correspondiente. La indemnización, según la Constitución, debe incluir tanto el valor del bien expropiado como una compensación por el perjuicio que se cause.

---

propietario puede exigir, adicionalmente a lo establecido en el inciso c), el pago de un monto equivalente al 10% (diez por ciento) del valor comercial del inmueble.

7.2 Todos los procesos de expropiación que se dispongan, al amparo de lo dispuesto en el presente artículo deben ajustarse a lo establecido en la presente Ley.

Artículo 8º.- De las Resoluciones

Las Resoluciones a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 6 precedente, deberá precisar:

a) El sujeto activo de la expropiación.

b) El sujeto pasivo, de acuerdo al informe expedido por el Registro que corresponda, conteniendo el nombre del propietario de los bienes a expropiar y las posibles duplicidades de inscripción que puedan existir, así como las cargas, gravámenes y demás anotaciones existentes.

c) La identificación precisa del bien a expropiar, de acuerdo a coordenadas UTM de validez universal y al informe expedido por la Oficina de Catastro del Registro respectivo.

d) El valor de tasación comercial actualizado, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 16 de la presente Ley.

Artículo 9º.- Del trato directo

9.1 Procede el trato directo sólo cuando, de acuerdo al informe registral correspondiente no existan duplicidades registrales o proceso judicial; en que se discuta la propiedad del inmueble. En estos casos, en un plazo de 5 (cinco) días útiles, contados a partir de la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente, el sujeto activo de la expropiación formulan al sujeto pasivo, mediante carta notarial, una oferta igual al monto del valor comercial actualizado del inmueble a expropiarse más un porcentaje equivalente al 5% (cinco por ciento) de dicho valor por concepto de indemnización justipreciada.

9.2 El sujeto pasivo, podrá, en un plazo de 15 (quince) días útiles de recibida la comunicación de la oferta, presentar al sujeto activo una aceptación a la oferta, sin plazo ni condición. En este caso, con el pago del monto aceptado por el sujeto pasivo, culmina el proceso expropiatorio sin que este pueda interponer acción alguna por concepto de la expropiación. El plazo para que el sujeto activo de la expropiación cancele el íntegro de su oferta es de 45 (cuarenta y cinco) días contados a partir de la fecha de recibida la carta notarial que contiene la aceptación de la oferta. En caso de acreditarse que el bien a adquirirse esté afecto a gravámenes, embargos u otras medidas judiciales o extrajudiciales, se consignará el monto necesario para asegurar el pago de dichas cargas, con conocimiento del interesado. Si el sujeto activo incumple con el pago de su oferta procederá únicamente la vía judicial o arbitral, de acuerdo a la presente Ley. Si el sujeto pasivo incumple con la suscripción de la Escritura Pública correspondiente ésta será otorgada por el Poder Judicial, consignándose el pago.

9.3 Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo el sujeto pasivo deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere, de acuerdo al Artículo 70 de la Constitución, en el plazo de 20 (veinte) días contados desde la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente.

9.4 En el mismo plazo el sujeto pasivo podrá comunicar al sujeto activo su decisión de acudir a la vía arbitral; de no hacerlo, el sujeto activo acude a la vía judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

9.5 Si en el plazo a que se refiere el presente artículo el sujeto pasivo de la expropiación no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación de la compensación debidamente documentada, el sujeto activo únicamente deberá consignar el valor comercial actualizado, sin perjuicio del derecho

Cuando se realiza una expropiación, parte del procedimiento consiste en la tasación del bien, es decir, el valor que el Estado deberá pagar por la expropiación. Durante mucho tiempo, en el Perú el propietario no podía discutir la tasación sino sólo aceptar la que se hubiera fijado. Ahora la Constitución permite discutir este aspecto del procedimiento mediante un proceso judicial.

La propiedad es también un derecho constitucional, como puede verse en el artículo 2, inciso 16.

---

del sujeto pasivo a solicitar dicha compensación en la etapa procesal judicial o arbitral correspondiente.

9.6 El sujeto activo de la expropiación podrá oponerse o cuestionar el monto de la compensación dentro del proceso expropiatorio. El sujeto pasivo de la expropiación también podrá oponerse a la tasación comercial actualizada presentada por el sujeto activo dentro de dicho proceso.

Artículo 10º.- Del sujeto activo de la expropiación

10.1 Se considera como sujeto activo de la expropiación a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

10.2 Es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado.

10.3 Es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de derecho privado. Dicha nulidad se declara sin perjuicio de las acciones civiles y penales que en defensa de su derecho tiene expedito de ejercer el afectado.

Artículo 11º.- Del sujeto pasivo de la expropiación

11.1 Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. Asimismo al poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas.

11.2 Cuando el bien se encuentre inscrito a nombre de único titular del derecho de propiedad, el proceso de expropiación se entenderá con éste, salvo la existencia de poseedor que adquirió por prescripción, conforme al numeral 11.1.

11.3 En los casos en que exista duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad; o exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, que conste en el registro respectivo, se retiene el pago del monto de la indemnización justipreciada que incluye compensación, hasta que por proceso arbitral o judicial, debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.

11.4 Cuando el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 (tres) días. El referido aviso debe contener:

a) El sujeto activo de la expropiación y su domicilio legal.

b) La ubicación exacta del inmueble.

c) El plazo que tendrá el afectado para presentarse que será de 10 (diez) días contados a partir de la última publicación.

11.5 El afectado o su representante legal deberá presentar documento público o privado de fecha cierta que pruebe su titularidad. En caso de presentarse dos o más afectados, el proceso se entenderá con aquel que presente documento público de fecha más antigua.

11.6 Cuando no se presente ningún afectado se indemnizará a los poseedores, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 912 del Código Civil.

11.7 Cuando no exista poseedor se presume que el bien es del Estado, sin perjuicio del derecho de reivindicación al justiprecio que podrá ejercer el propietario.

Título II

Del Objeto de las Expropiaciones

Artículo 12º.- Del objeto

12.1 Todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación.

12.2 Los bienes de embajadas o misiones diplomáticas y de organismos internacionales no están sujetos a expropiación, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, de la cual la República del Perú es Parte Contratante, salvo en los casos basados en el Principio de Reciprocidad o en el consentimiento previo.

Artículo 13º.- Del subsuelo y del sobresuelo

Pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo. Salvo que por el hecho de la expropiación del subsuelo o del sobresuelo la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente. En estos casos el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie.

Artículo 14º.- De la expropiación total

El sujeto pasivo de la expropiación podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.

Título III

De la Indemnización Justificada

Artículo 15º.- De la indemnización justipreciada

15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.

15.2 La entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuará en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvención, según corresponda. En caso de oposición del sujeto activo a la compensación, el sujeto pasivo deberá otorgar garantía real o fianza bancaria por la diferencia existente entre su pretensión y la del Estado.

15.3 La indemnización justipreciada no podrá ser inferior al valor comercial actualizado conforme a lo dispuesto en el Artículo 16 de la presente Ley; ni podrá exceder de la estimación del sujeto pasivo.

15.4 En ningún caso la indemnización justipreciada podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el Artículo 8 de la presente Ley.

Artículo 16º.- De la tasación

El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA.

Artículo 17º.- De la compensación

En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo ésta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además deberá estimarse de acuerdo

Las semejanzas y diferencias del contrato de compraventa con la expropiación, han sido advertidas por un sector de la doctrina.

---

a la finalidad a que estaba destinado el bien al disponer la expropiación y de acuerdo a proyectos documentados antes de la fecha de publicación de la ley autoritativa de la expropiación.

Artículo 18º.- De la actualización de la indemnización

La indemnización justipreciada se actualiza para su consignación mediante la aplicación del Índice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Por los meses o fracciones de mes cuyos índices no se hubieren publicado a la fecha de la consignación, se utilizará proporcionalmente el índice del último mes publicado.

Artículo 19º.- De la forma de pago

19.1 La consignación de la indemnización justipreciada, debidamente actualizada, se efectuará necesariamente en dinero y en moneda nacional.

19.2 En caso que en la sentencia el Juez determine monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o del monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenará en ejecución de sentencia se realicen las compensaciones correspondientes.

Artículo 20º.- Del pago del valor comercial

20.1 El pago por el valor de la tasación comercial actualizada se efectuará con la interposición de la demanda.

20.2 Cuando exista duplicidad registral o la propiedad del bien a expropiarse sea discutida judicial o arbitralmente, el pago se efectuará en ejecución de sentencia.

Artículo 21º.- Del pago de la compensación

21.1 El pago por la compensación se efectuará una vez otorgada la garantía o fianza bancaria, si el sujeto activo contradice el monto de la compensación pretendida por el sujeto pasivo. De no haber contradicción se deberá efectuar el pago por la compensación transcurridos 3 (tres) días de vencido el plazo de contradicción que la ley le otorga al sujeto activo.

21.2 En caso que el sujeto pasivo no hubiese presentado su pretensión a la compensación en el plazo a que se refiere el Artículo 9 de la presente Ley ni hubiese reconvenido, el pago se efectuará en ejecución de sentencia.

21.3 En caso de duplicidad registral o la propiedad del bien a expropiarse sea discutida judicial o arbitralmente, el pago de la compensación se efectuará en la etapa de ejecución de sentencia.

21.4 Si este monto se paga en ejecución de sentencia, el mismo deberá ser actualizado según el Índice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

Artículo 22º.- Duplicidades Registrales Parciales

De existir duplicidades registrales parciales, se pagará de acuerdo a lo dispuesto en los literales 20.1, 21.1 ó 21.2, según corresponda. La porción sobre la cual no existe duplicidad, conforme a los literales 20.2, 21.3 y 21.4 se pagará a quien pruebe el mejor derecho de propiedad.

Título IV

Nulidad de las Expropiaciones

Artículo 23º.- De la nulidad de las expropiaciones

23.1 El sujeto pasivo de la expropiación puede demandar judicialmente la nulidad de la expropiación cuando ésta no haya sido dispuesta conforme a lo establecido en los Artículos 3 y 4 de la presente Ley. Es discutible la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República mediante ley expresa, cuando no se ciña a lo dispuesto por esta Ley.

23.2 No procede plantear la nulidad cuando hay allanamiento expreso o tácito a la demanda de expropiación.

Título V

La Posesión Provisoria

Artículo 24º.- De la posesión provisoria

El Juez de la causa, de manera excepcional y solamente en los casos en que sean estrictamente necesarios para prevenir o corregir los efectos de fenómenos o catástrofes naturales, por razones de seguridad o en los casos de proyectos de gran envergadura a que se refiere la presente Ley, puede otorgar la posesión provisoria del bien a expropiarse a favor del beneficiario, siempre que se haya cumplido los siguientes requisitos:

a) El sujeto activo lo solicite expresamente
b) Acredite la petición adjuntando el certificado de consignación en dinero del monto resultante de indemnización justipreciada. De no ser posible determinar en esta etapa el monto de la compensación, bastará la consignación del monto a que se refiere el literal d) del Artículo 8 de la presente Ley.
c) Que la posesión provisoria sea estrictamente necesaria para los fines de la ejecución de la obra.
d) Se haya notificado perentoriamente a los ocupantes o posesionarios del bien a expropiarse, para la desocupación inmediata y conforme a los términos que establece el procedimiento expropiatorio.

Título VI

De la Vía Arbitral

Artículo 25º.- Del Arbitraje potestativo del sujeto pasivo

25.1 Dentro del plazo de 20 (veinte) días a que se refiere el párrafo tercero del Artículo 9 de la presente Ley, el sujeto pasivo puede cursar una comunicación al sujeto activo, indicándole su decisión de acudir a un arbitraje, con el objeto de resolver las siguientes pretensiones relativas a la expropiación:
   a) Revisión del valor objetivo del bien expropiado.
   b) Determinación de la reparación por los daños y perjuicios que se generen para el sujeto pasivo.
   c) La solicitud de expropiación total del bien, en los casos que el sujeto activo pretenda una expropiación parcial.

25.2 El sujeto activo de la expropiación podrá negarse a acudir al arbitraje, sólo cuando el sujeto pasivo tenga domicilio legal fuera del territorio de la República.

25.3 La comunicación a que se refiere el primer párrafo del presente artículo suspende el Cómputo del plazo de caducidad contemplado por el Artículo 531 del Código Procesal Civil.

Artículo 26º.- Del contenido de la comunicación mediante la que se decide ir a arbitraje

26.1 La decisión del sujeto pasivo debe contener de forma expresa y clara lo siguiente:
   a) La pretensión o pretensiones que desea sean sometidas a arbitraje. Se entenderá que el sujeto pasivo renuncia a las pretensiones que no plantee de forma expresa en dicha carta, con la imposibilidad de intentar plantear dichas pretensiones en otro proceso judicial o arbitral.
   b) El nombre del arbitro propuesto por el sujeto pasivo.

26.2 En caso que no se cumplan los requisitos establecidos en este artículo o si la comunicación del sujeto pasivo se formula de manera extemporánea se entenderá que dicho sujeto no ha optado por acudir al arbitraje.

Artículo 27º.- Del nombramiento del árbitro por parte del sujeto activo

Dentro del plazo de 8 (ocho) días contados a partir de la recepción de la comunicación a la que se refiere el Artículo 25 de la presente Ley, el sujeto activo pondrá en conocimiento del sujeto pasivo el nombramiento de su arbitro.

Artículo 28º.- Del nombramiento del tercer árbitro

Una vez conocido el nombramiento de los dos árbitros, éstos procederán al nombramiento del tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral.

Artículo 29º.- Del nombramiento de los árbitros por el Juez

Si el sujeto activo no nombrara su árbitro dentro del plazo establecido en el Artículo 27 de la presente Ley, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 23 de la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje, con las siguientes particularidades:

a) Es competente el Juez del lugar del bien expropiado o el del domicilio del sujeto pasivo, a elección de éste.
b) El sujeto pasivo acompañará la comunicación dirigida por el sujeto activo y la suya, en la cual manifiesta su voluntad de acudir a arbitraje e indica el nombre de su árbitro.
c) El Juez únicamente rechazará la solicitud de designación de árbitros cuando la decisión de acudir a arbitraje no hubiere cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 26 de la presente Ley o no se haya realizado dentro del plazo al que se refiere el Artículo 25.
d) Contra lo resuelto por el Juez no procede medio impugnatorio alguno. Esta improcedencia se extiende a la resolución que pone fin al proceso arbitral.

Artículo 30º.- De los honorarios de los árbitros

Los honorarios de los árbitros se determinarán de acuerdo a una tabla que se establecerá por Resolución Ministerial. Dicha tabla considerará que los honorarios se calculen en base a la aplicación de un porcentaje sobre el monto de lo discutido, el cual se define como la diferencia entre las pretensiones de las partes.

Artículo 31º.- De la forma de pago de los honorarios

Los honorarios de los árbitros serán pagados de la siguiente forma:

a) El 50% (cincuenta por ciento) de los honorarios será pagado en partes iguales por cada uno de los sujetos que participan en el proceso arbitral antes del inicio de éste.
b) El 50% (cincuenta por ciento) restante será pagado en partes iguales por cada uno de los sujetos que han participado del proceso arbitral, 10 (diez) días antes de que se dicte el laudo. Para tal efecto, el Tribunal Arbitral comunicará oportunamente la fecha en la que lo expedirá.
c) En caso que una de las partes incumpla con el pago del porcentaje que le corresponde, la otra podrá proceder al pago de éste. En este caso, el laudo arbitral establecerá como sanción para quien incumpla el pago oportuno de su parte, asumir el pago de la integridad de los honorarios.
d) Si ninguna de las partes cumpliera con efectuar el pago respectivo, los árbitros pueden decidir la conclusión del proceso arbitral. En este caso el sujeto pasivo perderá su derecho a acudir al arbitraje pudiendo en consecuencia el sujeto activo iniciar de manera directa el proceso judicial.

Artículo 32º.- Del plazo para el pago por parte del sujeto activo

El Tribunal Arbitral requerirá al sujeto activo para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación, dentro de los 40 (cuarenta) días siguientes consigne en el Banco de la Nación, a disposición del Tribunal la indemnización justipreciada fijada en el laudo, debidamente actualizada, así como un importe por los eventuales gastos de formalización de la transferencia. En caso de acreditarse que el bien a adquirirse esté afecto a gravámenes, embargos u otras medidas judiciales o extrajudiciales, se consignará el monto necesario para asegurar el pago de dichas cargas, con conocimiento del interesado.

Artículo 33º.- De las medidas cautelares

Durante cualquier etapa de la tramitación del proceso arbitral, el sujeto activo podrá solicitar la medida cautelar de posesión provisoria a la que hace referencia el Artículo 530 del Código Procesal Civil.

Artículo 34º.- De los Centros de Arbitraje

El sujeto activo y el pasivo podrán acordar someterse al arbitraje de un Centro de Arbitraje, en cuyo caso el procedimiento aplicable será el que rija a dicho Centro.

Artículo 35º .- Aplicación supletoria de la Ley General de Arbitraje

En todo lo no previsto por este Título se aplicará la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje.

Disposiciones Complementarias

Primera.- De las costas procesales y demás gastos

El sujeto activo de la expropiación asume todos los gastos que origine el procedimiento expropiatorio, incluyendo las costas procesales, gastos notariales y registrales y los honorarios de los peritos, a excepción de los de parte.

Los honorarios de los peritos dirimentes son los que determinen las disposiciones pertinentes del Arancel de Derechos Judiciales.

Segunda.- De la expropiación en trámite

Los procedimientos expropiatorios en trámite se adecuarán a la presente Ley en lo que se refiere a la forma de determinarse el monto de la indemnización justipreciada con excepción de los iniciados por efecto de la reforma agraria y para el saneamiento físico legal de la propiedad.

Por única vez, el Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor de 270 días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, ratificará mediante Decreto Supremo las reservas vigentes al 21 de enero de 1999, establecidas por norma del mismo rango o por Ley. Los bienes cuyas reserva se ratifique deberán identificarse de acuerdo a lo dispuesto por el literal c) del Artículo 8.

Sólo podrá ratificar reservas de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 4 de la presente Ley. Las reservas caducan al año de haber sido ratificadas.

Las reservas no ratificadas dentro del plazo señalado, caducan automáticamente al vencimiento del mismo

Texto según modificatoria efectuada por el Artículo Único del Decreto de Urgencia Nº 078-99, publicado el 05/01/2000.

Disposiciones Finales

Primera.- De la extinción de derechos

La adquisición de propiedad realizada dentro del marco de la presente Ley extingue todos aquellos derechos reales y personales que resulten incompatibles con los fines de la expropiación, sin perjuicio de la correspondiente aplicación del importe de la indemnización justipreciada.

Segunda.- De los terceros

El pago efectuado dentro de los alcances de la presente Ley surtirá plenos efectos respecto del sujeto activo, sin perjuicio del derecho que tengan terceros afectados para accionar contra quien hubiera recibido el pago indebidamente.

Tercera.- De la inafectación de tributos

Las enajenaciones por causa de expropiación quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de todos los tributos que graven transferencias.

Cuarta.- De las responsabilidades

Las autoridades, funcionarios y demás personas al servicio del sujeto activo, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurrirán en responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones y plazos establecidos en la presente Ley.

Quinta.- De la norma complementaria

En un plazo no mayor a 30 (treinta) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley, el Poder Ejecutivo, mediante Resolución Ministerial, aprobará la tabla a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley. Durante dicho plazo regirá la tabla de honorarios aprobada por el Colegio de Abogados de Lima.

Sexta.- De las concesiones

El Estado podrá otorgar en concesión los bienes expropiados para la realización de obras de infraestructura de servicios públicos.

Asimismo podrá ser representado en el trato directo, por el concesionario, pudiendo este incluso realizar el pago del justiprecio.

Sétima- De las derogatorias

Derógase el Decreto Legislativo Nº 313 y déjase sin efecto legal su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 047-85-PCM, derógase asimismo las Leyes Nºs. 14184, 14220, el Artículo 4 de la Ley Nº 24513, y todas las demás normas que se opongan a la presente Ley.

Disposiciones Modificatorias

Única.- De las modificaciones

Modifícase el texto contenido en el Subcapítulo Cuarto del Título II, Sección Quinta del Decreto Legislativo Nº 768, en los términos siguientes:

"Artículo 519º.- Competencia por materia.- Todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a lo dispuesto en este Subcapítulo.

Artículo 520º.- Requisitos de la demanda.- Además de los requisitos y anexos previstos en los Artículos 424 y 425, la demanda deberá estar acompañada de:

1. Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.
2. Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no esta inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.
3. Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.
4. Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones.
5. La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.
6. Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del Artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del Artículo 9 de la referida ley.
7. Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.

Se declarará inadmisible la demanda cuando no se haya consignado a favor del sujeto pasivo la indemnización justipreciada, cuando así lo exija la Ley General de Expropiaciones.

Artículo 521º.- Emplazamiento de tercero al proceso.- Cuando se trate de bienes inscritos y exista registrado derecho a favor de tercero, se debe notificar con la demanda a este, bajo sanción de nulidad de lo actuado.

Si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el Juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.

Admitida la demanda, el Juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia.

Tratándose de bienes no inscritos y siempre que conste fehacientemente o razonablemente que el bien objeto de la expropiación está siendo explotado o poseído por tercero, éste será notificado con la demanda, bajo sanción de responder al demandante por los daños y perjuicios que tal omisión ocasione.

Si el tercero interviene, su actuación se sujeta, en cuanto sea pertinente a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título II de la SECCIÓN SEGUNDA de este Código.

Artículo 522º.- Requisitos de la contestación.- La contestación debe cumplir con los requisitos del Artículo 442 y sólo puede sustentarse en:

1. Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación.
2. Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación.
3. Disconformidad con la tasación comercial actualizada.

Artículo 523º.- Reconvención.- La reconvención queda sujeta a lo dispuesto en el Artículo 445 y sólo podrá sustentarse en:

1. La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. Esta sólo puede sustentarse en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.
2. La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente.

Artículo 523º-A.- Contradicción.- En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios, el Juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorgar contra cautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria.

El Juez sólo entregará el monto de la indemnización justipreciada, una vez otorgada la garantía real o fianza bancaria a que se refiere el párrafo anterior, de ser el caso. En el supuesto que no se otorgue garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia.

El Juez entregará el monto de la indemnización justipreciada, cumplidos los plazos de la contestación de la demanda y de la reconvención, con la salvedad del párrafo anterior y de los casos en que de acuerdo a la Ley General de Expropiaciones el pago se efectúa en ejecución de sentencia.

Artículo 524º.- Efectos de la declaración de rebeldía.- La declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda.

Artículo 525º.- Medios Probatorios.- De ofrecerse pericia, la aceptación del cargo por los peritos se formalizará mediante la firma puesta por éstos en el escrito que presenta la parte que los designa. En ningún caso se admite más de 2 (dos) peritos de parte para la valuación de cada bien, según su especie y naturaleza.

Artículo 526º.- Audiencia de Conciliación.- La conciliación sólo puede tener por objeto el acuerdo sobre el valor de la indemnización justipreciada, la validez de la causal de expropiación y, en su caso, sobre las pretensiones objeto de reconvención.

En defecto de conciliación y cuando el demandado hubiera ofrecido como medio probatorio la pericia de valor del bien, la Audiencia de Pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde la audiencia anterior.

Artículo 527º.- Audiencia de Pruebas.- La Audiencia de Pruebas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el Artículo 202 y siguientes de este Código.

Cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepan de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante, el Juez puede disponer en la propia audiencia la designación de 2 (dos) peritos dirimentes. Aceptado su nombramiento se citará a estos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días, y en la que con los concurrentes a la misma, con o sin pericia dirimente, se realizará un debate pericial bajo la dirección del Juez.

La sentencia señala quien es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma.

Artículo 528º.- Ejecución de la sentencia.- Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada total o parcialmente las pretensiones discutidas, se observarán las reglas contenidas en el Capítulo V del Título V de la SECCIÓN QUINTA de este Código con las siguientes particularidades:

1. El Juez ejecutor exigirá al demandante o demandado, según corresponda, la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activa de la expropiación. En caso que el sujeto pasivo no devolviera dentro del décimo día de notificado se ejecutará la garantía a que se refiere el Artículo 523-A. En caso que el sujeto activo debiera devolver algún monto deberá cancelarlo en el mismo término bajo sanción de caducidad y reversión.
2. El Juez ejecutor requerirá al demandante para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de 10 (diez) días útiles consigne en el Banco de la Nación, a disposición del juzgado, la indemnización justipreciada fijada en la sentencia debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 18 de la Ley General de Expropiaciones, así como un importe, que el Juez fijará, para cubrir los eventuales gastos. Este inciso únicamente será aplicable en el caso que el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía.

   En los procesos en los cuales se haya concedido la posesión provisoria a que se refiere el Artículo 530, la consignación establecida en el párrafo precedente deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia, debidamente actualizada, y el monto consignado al momento de la solicitud de posesión provisoria.
3. El Juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla dentro de un plazo que no excederá de 5 (cinco) días de haber sido requerido, con suscribir los documentos traslativos de propiedad, según la naturaleza del bien expropiado y formalidades correspondientes. Para éstos efectos, el demandante debe presentar el proyecto de los documentos respectivos.

   En la misma resolución se ordenará también, de ser el caso, la entrega de la posesión en los plazos indicados en el inciso 6. de este Artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y de trasladarle los gastos correspondientes. Si el bien se encuentra poseído por tercero, se le requerirá su entrega en los mismos plazos.
4. La oposición debidamente fundamentada del sujeto pasivo sobre el monto o forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, de ser el caso, o sobre el texto de los documentos

de transferencia, será resuelta por el Juez dentro del tercer día. La resolución debidamente motivada es apelable sin efecto suspensivo.

5. Concedida la apelación de oficio o a solicitud de parte, el Juez podrá exigir al demandante o al demandado, según corresponda el otorgamiento de las garantía apropiadas para el reembolso de las diferencias según la declara la resolución apelada.
6. Cuando se trate de predios rústicos con cultivos temporales o de otros inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo, el Juez fijará el plazo de desocupación y entrega que no será menor de 90 (noventa) ni mayor de 180 (ciento ochenta) días considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.

Cuando se trata de predios urbanos el plazo será no menor de 60 (sesenta) ni mayor de 90 (noventa) días contados a partir del requerimiento.

Cuando se trata de bienes muebles el Juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 (cinco) ni mayor de 10 (diez) días de efectuado el requerimiento.

Artículo 529º.- Pretensión de tercero.- Salvo los casos indicados en el Artículo 521 no se admitirá ninguna intervención de tercero en el proceso.

El poseedor u otro tercero que se considerará perjudicado por la expropiación o que estimará tener derecho sobre el monto del justiprecio, puede ejercer sus derechos en la vía que corresponda sin entorpecer el proceso expropiatorio.

Artículo 530º.- Posesión Provisoria.- La solicitud de posesión provisoria del bien en los casos excepcionales a que se refiere el Artículo 24 de la Ley General de Expropiaciones, puede formularse en cualquier estado del proceso después de la Audiencia de Conciliación, y se tramita como medida cautelar.

La solicitud de posesión provisoria expresará los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio, en caso que el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, a que se refiere el inciso 7 del Artículo 520, debidamente actualizada con intereses legales hasta la fecha de la solicitud.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 627, el 25% (veinticinco por ciento) del monto consignado servirá como contra cautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.

La resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se este discutiendo la causal de la expropiación.

Artículo 531º.- Caducidad.- El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo, caduca en los siguientes casos:

Cuando no se haya iniciado el procedimiento, expropiatorio dentro del plazo de 6 (seís) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación.

Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los 24 (veinticuatro) meses contados desde la publicación o notificación de la Resolución Suprema correspondiente.

La caducidad se produce de pleno derecho. El Juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de 5 (cinco) años de dicho vencimiento.

Artículo 532º.- Reversión.- Si dentro del plazo de 12 (doce) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Así, Roque Fortunato Garrido y Rosa Cordobera González de Garrido,[111] anotan que el estudio detallado del instituto de la expropiación pública, a más de efectuarse en Derechos Reales, es propio del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo; interesando establecer que el presupuesto está dado por la Constitución nacional cuando indica que nadie puede ser privado de la propiedad sino por causa fundada en utilidad pública, previa ley que la declare y la correspondiente indemnización.

Para los profesores citados, el problema consiste en determinar si la expropiación es un supuesto de venta forzosa. Señalan que no lo es, porque en la expropiación no hay precio sino que existe una indemnización, ya que a pesar del interés público no deja de existir el ejercicio de una facultad sobre la voluntad del enajenante que no puede oponerse a la expropiación pública, pero hay diferencias con la compraventa, que según ellos se han morigerado con la orientación jurisprudencial argentina de principios de la década de los ochenta.

Recuerdan que el justo precio señalado por la Constitución Nacional, según las leyes de expropiación por utilidad pública, tendía a restituir al propietario en la misma situación jurídica en que se encontraba antes de la privación de la posesión y de la propiedad, en virtud del cumplimiento de la ley de expropiación pública; por eso se establecía, y se sostenía, que no existía un precio en el sentido de la compraventa civil, sino una indemnización, donde se comprendía el valor de la cosa y los daños y perjuicios ocasionados; criterio que según los autores consultados se mantiene y marca una diferencia importante, que estaba agudizada por la posibilidad de requerir actualización monetaria en los casos de expropiación por utilidad pública, por tratarse de una obligación de valor, al ser una indemnización, y, en cambio, el precio en la compraventa civil es una obligación dineraria.

A pesar de ello, Garrido y González de Garrido, estiman que la diferencia fundamental se mantiene, porque en la expropiación hay una indemnización y en la compraventa existe un precio; siendo prevaleciente el criterio de considerar que se debe admitir la desvalorización monetaria.

Opinamos que, si bien la expropiación en el Derecho Peruano se rige por criterios valoristas (argumento del artículo 1236 del Código Civil), y la compraventa por el

---

Dentro de los 10 (diez) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, este deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

El derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 (tres) meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente Artículo».

[111] Garrido, Roque Fortunato y Rosa Cordobera González de Garrido. *Compraventa*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, pp. 25 y 26.

principio nominalista (argumento del artículo 1234 del Código Civil), éste es un rasgo distintivo evidentemente accesorio, ya que lo fundamental estriba en calificar a la expropiación como contrato o como una figura distinta.

En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el Derecho Peruano no admite la figura del contrato forzoso (en ninguna de sus dos modalidades), y el contrato es definido por el artículo 1351 del Código Civil como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; a lo que se agrega lo dispuesto por el artículo 1352 relativo a la celebración de los contratos por el consentimiento de las partes. Esto último significa que si no hay consentimiento, simplemente no habrá contrato. Estaríamos, en todo caso, frente a una figura absolutamente distinta.[112]

---

[112] Más allá de no concordar en las conclusiones a que arriba Manuel de la Puente y Lavalle en cuanto a la posibilidad de que la ley obligue a las partes a través de una norma legal, a tener entre ellas una relación jurídica patrimonial o que pueda imponerles la obligación de contratar (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo I, pp. 339 y ss.), consideramos importante recordar sus expresiones respecto de la caracterización del contrato forzoso (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit*., primera parte, tomo I, pp. 329-332):

«Bajo el concepto de contrato forzoso se han comprendido, en realidad, dos manifestaciones distintas, que muchas veces se han indebidamente confundido. Una primera, según la cual el ordenamiento jurídico dicta a las partes la obligación de contratar, o sea les impone la obligación de ponerse de acuerdo, para que de este acuerdo surja la relación jurídica. Una segunda manifestación, conforme a la que el ordenamiento jurídico, prescindiendo del acuerdo de voluntades, crea a cargo de las partes la relación jurídica, con carácter similar al contractual. Hay que distinguir, pues, como lo hace Ghestin, entre 'una obligación legal de contratar' y la creación de 'una relación contractual de origen legal'.

En el primer caso, si bien las partes a quienes se dirige el mandato legal se encuentran obligadas a celebrar el contrato en los términos contenidos en dicho mandato, no se da por celebrado el contrato, sino que se limita a imponer la obligación de celebrarlo, generalmente acompañada de una sanción si no es acatada. Se trata, como dice Nipperdey, de 'la obligación impuesta a un sujeto jurídico sin su voluntad obligacional, en base a una norma de orden jurídico y en interés de un beneficiario, de concluir con éste un contrato determinado o a determinar por una parte imparcial'. Esta obligación que asumen las partes es una con prestación de hacer, pues a los obligados se les impone el deber de concordar sus voluntades y de declararlo así.

Por ejemplo, en el Perú el artículo 16º del Decreto Ley n.º 18350, tal como ha quedado modificado por el artículo 11º del Decreto Ley n.º 19262 y por el artículo 2º del Decreto Ley n.º 21849, ha dispuesto que todas las empresas industriales que se constituyan en el país a partir del 1º de enero de 1974 con participación de capital extranjero superior al 49% del capital social, están obligadas a celebrar contrato con el Estado en el que se establecerá los plazos y condiciones para su transformación en empresas industriales mixtas.

López Santa María califica esta obligación como contrato forzoso ortodoxo que, según él, se forma en dos etapas: 'interviene, en primer lugar, un mandato de autoridad que exige contratar. Más tarde, quien lo recibió procede a celebrar el contrato respectivo, pudiendo, generalmente, elegir a la contraparte y discutir con ella las cláusulas del negocio jurídico'.

La obligación de contratar puede tener la modalidad de obligar sólo a una de las partes, como ocurre tratándose de las empresas que se encuentran en situación de monopolio y proporcionan bienes o servicios al público, que quedarían obligadas a proporcionarlos a todos los que se le soliciten en las condiciones

Para nosotros queda claro que la expropiación es un acto de origen legal, ya que no existe expropiación sin Ley que la declare, así como tampoco sin un procedimiento administrativo (y hasta de carácter judicial, si el afectado decide impugnar el valor asignado al bien o —a nuestro entender— incluso la veracidad de las propias causales invocadas para la expropiación).

Dentro de este orden de ideas, podríamos estar frente a una expropiación que no sólo carezca del asentimiento del expropiado, sino que cuente con su mayor oposición (situación que, en la práctica, se presentará en todos los procesos expropiatorios).

5.25.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, ya que sólo genera una relación jurídica entre comprador y vendedor.

La expropiación genera también una relación jurídica entre el Estado (expropiante) y el particular (expropiado).

---

pre-redactadas por las empresas. Se discute, como se verá más adelante, si se trata de una obligación de celebrar contratos, o de una obligación de proporcionar los bienes o servicios.

La obligación de contratar debe recaer, desde luego, en crear una relación jurídica con finalidad lícita, pues sería inexigible si se tratara de una finalidad ilícita, ya que se estaría obligando a celebrar un contrato nulo, por aplicación del inciso 4, del artículo 219 del Código Civil.

Surgen, sobre el particular, dos problemas. El primero radica en saber si es jurídicamente posible imponer a las partes la obligación de concordar sus voluntades, que es, en realidad, una obligación de querer. El segundo problema está relacionado con la exigibilidad del cumplimiento de la obligación.

En cuanto al segundo caso, o sea la creación legal de la relación jurídica, se trata de saber si el ordenamiento jurídico puede vincular obligacionalmente entre sí a dos o más personas o es ésta una función propia del contrato.

Larenz cita como ejemplo la ley alemana de viviendas que otorgó a los organismos de la vivienda la facultad de exigir a los propietarios de espacio habitaciones 'la conclusión de una relación jurídica' con la persona que dichos organismos designen como arrendatario, estableciendo que en 'caso que el propietario no dé su conformidad, podrá el organismo de la vivienda promulgar una disposición que producirá los efectos de un contrato de arrendamiento'.

Agrega el mismo autor que Nipperdey considera que tales relaciones de obligación análogas a los contratos, impuestas a las partes por disposición de la autoridad, deben considerarse intrínsecamente de acuerdo con las normas del Derecho privado.

López Santa María llama a estas relaciones contratos forzosos heterodoxos, que se 'caracterizan por la pérdida completa de la libertad contractual. La fisonomía del contrato tradicional desaparece íntegramente, pues el legislador constituye el contrato de un solo golpe; no hay que distinguir etapas, ya que el contrato no precisa intercambio de voluntades. Tanto el vínculo jurídico, como las partes y el contenido negocial vienen determinados heterónomamente por un acto único del Poder Público'.

Entre nosotros, diversos Decretos Supremos, dictados al amparo de lo dispuesto por el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución (medidas extraordinarias en materia económica y financiera), han prorrogado sucesivamente la vigencia de los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos y establecido el monto de la renta de los mismos».

5.25.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, la expropiación tiene naturaleza constitucional y administrativa.

5.25.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa es un contrato principal, pues para su existencia no depende de ningún otro contrato previo.

Por su parte, la expropiación nace a partir de una Ley, acto del Estado que no necesita de ningún otro acto previo. Lo único que se requiere es que dicha Ley sea promulgada y publicada de acuerdo a los cauces establecidos por la Constitución Política y demás normas al respecto; y, naturalmente, que se den los presupuestos de hecho para que proceda tal expropiación.

5.25.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual.

La expropiación nace en virtud de una ley del Congreso de la República.

5.25.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción que son materia de estudio en este trabajo).

Por su parte, la expropiación supone un proceso administrativo que, dadas sus características está destinado a tener una duración considerable en el tiempo, hasta que concluya cualquier eventual inconformidad o reclamo por parte del afectado por la Ley expropiatoria.

5.25.8. En cuanto a su negociación

La compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o por cláusulas generales de contratación.

La expropiación, al no ser un contrato, no es susceptible de encuadrar dentro de los criterios clasificatorios, propios de este tipo de actos.

5.25.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la expropiación podría ser considerada como un acto estatal de similares características, ya que —en cierta forma— está destinado a la circulación de la riqueza (aunque en este caso, extrayendo un bien del ámbito del comercio de los hombres), a la vez que significará un acto de disposición, en la medida de que el propietario va a dejar de tener tal con-

dición una vez concluya el proceso expropiatorio, en tanto el Estado va a hacerse de la propiedad de ese bien, a cambio de pagar al afectado el valor de dicho bien.

5.25.10. En cuanto a su función

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría ser regulatorio o modificatorio, mas nunca de carácter extintivo.

Por su parte, la expropiación puede considerarse como un acto de carácter constitutivo.

5.25.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa es de carácter individual, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

La expropiación podría ser considerada como un acto o disposición legal que también reviste carácter individual, y no general, pues se trata de un dispositivo destinado a afectar la condición jurídica de un bien perteneciente a una o varias personas.

5.25.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas; en tanto que de acuerdo a las normas constitucionales y administrativas vigentes, la expropiación también debe revestir carácter de reciprocidad, en la medida en que el Estado recibirá la propiedad del bien expropiado y el particular tendrá derecho a que el Estado le pague el valor de dicho bien.

Sin embargo, lamentablemente la historia del Perú ha demostrado que las expropiaciones antes de ser tales son meros actos confiscatorios, en los que el Estado se hace de la propiedad de un bien, a cambio de una suma simbólica —o incluso de nada—, la misma que no representa en lo absoluto el valor del bien. El ejemplo típico al respecto lo tuvimos en los procesos expropiatorios derivados del la Ley n.° 17716 (Ley de Reforma Agraria), del año 1969.

Nosotros no estamos a favor de que el Estado abdique de la posibilidad de recurrir a la expropiación, en caso ello resulte absolutamente necesario (a pesar de tener enormes reparos al respecto), pero respecto a lo que sí nos oponemos es a que mediante la expropiación se configuren atropellos y arbitrariedades por parte del Estado en detrimento de los particulares.

5.25.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la compraventa es un contrato a título oneroso; y, al menos en el plano teórico, la expropiación debe revestir el mismo carácter.

5.25.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

La expropiación es un acto de naturaleza conmutativa, aunque podría revestir algunos rasgos de aleatoriedad, en la medida en que el Estado expropie un bien que se encuentre en peligro de dejar de existir.

No incluimos dentro de las posibilidades de aleatoriedad a la expropiación, cuando ella recaiga sobre un bien sujeto a litigio, ya que al hacerse de la propiedad del mismo, habrá concluido cualquier controversia. Así como tampoco a la expropiación de un bien futuro, pues como se verá oportunamente, éste no ha llegado a tener existencia jurídica propia e independiente (o simplemente puede que ni siquiera exista en el orden físico, razón por la cual, al ser jurídicamente inexistente, mal podría ser objeto de una ley y ulterior proceso expropiatorios).

5.25.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional. La Ley expropiatoria ordena se produzca la transferencia de propiedad del bien expropiado, pero la Ley en sí misma no tiene tampoco efectos reales, ya que la transferencia de propiedad del bien se producirá recién cuando haya concluido el proceso de expropiación, ya sea en la vía administrativa o en la judicial.

5.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta

5.26.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos nominados.

5.26.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 y siguientes del Código Civil Peruano).

El alquiler-venta también es un contrato típico, tanto en el ámbito social como en el aspecto legal, ya que se hace referencia al mismo (aunque no se le asigna un nombre propio) en el artículo 1585 del Código Civil, norma que establece que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584 (relativas a la compraventa con reserva de propiedad) son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

No está demás señalar que dado que el Código de 1984 emplea la expresión «arrendamiento», en vez de aquélla que utilizaba el Código Civil de 1936: «loca-

ción-conducción», el nombre propio del alquiler-venta sería, en todo caso, «arrendamiento-venta», pero no sólo en honor a la tradición, sino porque ello resulta usual en la práctica, vamos a seguir llamando a este contrato por el nombre de «alquiler-venta».

Sin embargo, admitimos que cabría sostener la tesis de que el alquiler-venta es un contrato atípico legal, en la medida en que no tiene una regulación propia, sino que solamente existe el aludido artículo 1585 del Código Civil, en el que se hace referencia a la normatividad aplicable al referido contrato. A pesar de ello, nos inclinamos por la primera posición, es decir, aquélla que sostiene que estamos en presencia de un contrato típico. Por lo demás, en lo que a este aspecto se refiere, remitimos al lector a lo expresado por nosotros al analizar el artículo 1585 del Código.

El parecido del alquiler-venta con el contrato de compraventa, se da sobre todo en lo que respecta a aquéllas compraventas que incluyen una cláusula de reserva de propiedad (también conocida como cláusula de reserva de dominio), situación que queda en mayor evidencia al estar incluido el artículo 1585 dentro del Subcapítulo II de la compraventa con reserva de propiedad, parte integrante del Capítulo X del contrato de compraventa, relativo a los pactos que pueden integrar este contrato.

Así, en el artículo 1583 se establece que en la compraventa puede pactarse que el comprador se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega; agregándose que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Por su parte, la otra norma del Subcapítulo II, el artículo 1584, prescribe que la reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del comprador sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo. En tanto que si se trata de bienes inscritos, la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

En el caso del alquiler-venta, las cuotas que está obligado a pagar el adquirente, tienen un doble carácter o naturaleza, ya que comparten el hecho de ser renta con el de ser parte del precio convenido (armadas o cuotas del mismo).

Esta dualidad se extiende, obviamente, al adquirente, quien compartirá la naturaleza de comprador y arrendatario, al igual que al enajenante, quien compartirá la condición de vendedor y arrendador.

5.26.3. En cuanto a su estructura

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, el alquiler-venta sería un contrato de carácter complejo, pues comparte rasgos, tanto

de la compraventa como del arrendamiento, con lo que podría sostenerse que, independientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

5.26.4. En cuanto a su contenido o área

Como sabemos, la compraventa puede ser un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial, en tanto el alquiler venta —sin que ello sea excluyente— será en la mayoría de casos un contrato de carácter civil, sobre todo teniendo en consideración que se utiliza con frecuencia en materia de bienes inmuebles y que el adquirente (comprador-arrendatario) es un particular.

5.26.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y el alquiler-venta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de ningún otro contrato.

5.26.6. En cuanto a su formación

Es sabido que la compraventa y el arrendamiento son contratos de carácter consensual, vale decir, que se celebran con el solo consentimiento de las partes.

Si bien el Código Civil Peruano no incluye norma alguna acerca de la formalidad del contrato de alquiler-venta, podemos deducir que el mismo comparte el rasgo de consensualidad; ello, en base a la aplicación de los principios generales de Derecho de Contratos.

5.26.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente, el alquiler-venta es, por esencia, un contrato de duración, ya que su vigencia estará determinada por el plazo en que se haya pactado el pago de las cuotas, las mismas que a la vez comparten elementos característicos del precio y de la renta.

5.26.8. En cuanto a su negociación

Se ha dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Ello no ocurre en los mismos términos respecto al alquiler-venta, ya que generalmente se tratará de un contrato paritario. Sin embargo, podría celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en la medida en que, por ejem-

plo, nos encontráramos ante una empresa que desea celebrar decenas o centenares de estos contratos con respecto a igual número de inmuebles; y, para tal efecto, haya redactado formularios pre-impresos, con el propósito de que todos esos contratos tengan el mismo contenido y todos quienes deseen celebrarlos, tengan que adherirse a los mismos, sólo llenando algunos datos de identificación, que son de rigor.

5.26.9. En cuanto al rol económico

Sobre este tema, la situación se plantea interesante, pues ambos serían contratos de cambio, en la medida en que están destinados a la circulación de la riqueza.

Asimismo, ambos serían contratos de disposición, pues están destinados a justificar la disminución del patrimonio de ambos contratantes. El vendedor-arrendador terminará transfiriendo la propiedad de su bien, en tanto el comprador-arrendatario terminará haciéndose de dicha propiedad, lo que incrementará su patrimonio. Pero no debe olvidarse que para que ello pueda ocurrir, el comprador-arrendatario deberá haber pagado el íntegro de las rentas-precio convenido.

Pero, más allá de estas similitudes, hasta que se produzca ese momento final, el alquiler venta podrá ser considerado como un contrato de goce, pues está orientado a permitir que el acreedor disfrute de un bien, sin tener la disponibilidad del mismo.

5.26.10. En cuanto a su función

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos. Sin perjuicio de ello, podrían ser de carácter regulatorio o modificatorio, sobre todo cuando un arrendamiento común y corriente es convertido —por acuerdo de partes— en alquiler venta; pero lo que no podría darse es que estos contratos revistan carácter extintivo, pues ello sería contrario a su naturaleza.

5.26.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos de carácter individual. Mientras la compraventa obliga a comprador y vendedor, el alquiler-venta obliga al vendedor-arrendador con el comprador-arrendatario.

5.26.12. En cuanto a la prestación

Ambos son contratos con prestaciones recíprocas, situación que se deduce de todo cuanto ha sido dicho hasta este momento.

5.26.13. En cuanto a la valoración

La compraventa y el alquiler-venta son contratos que se celebran a título oneroso.

Es claro que no se concibe una compraventa celebrada a título de liberalidad, pero tampoco podría concebirse un alquiler-venta que revistiera esta característica.

5.26.14. En cuanto al riesgo

La doctrina se ha ocupado profusamente de la conmutatividad como rasgo fundamental, mas no esencial de la compraventa, así como del estudio de los supuestos de excepción en los cuales la compraventa puede llegar a ser un contrato de carácter aleatorio. No ha ocurrido lo mismo en cuanto al alquiler-venta. Sin embargo, estimamos que el alquiler-venta —si bien es un contrato básicamente conmutativo— nada impediría que el mismo revistiese signos de aleatoriedad, estén estos referidos al bien o a su contraprestación (renta-precio), situación para la cual serían aplicables nuestras doctrinas respecto a la eventual aleatoriedad de los mencionados contratos.

5.26.15. En cuanto a sus efectos

Como todos los contratos en el Derecho Peruano, la compraventa y el alquiler-venta son meramente obligatorios u obligacionales.

5.27. Con el contrato de arrendamiento financiero

5.27.1. En cuanto al nombre

En lo que respecta al nombre, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos nominados.

5.27.2. En cuanto a su regulación

En lo que respecta a su regulación, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos típicos, más allá de que se encuentran regulados en leyes distintas.

La compraventa está contemplada en el Código Civil, el arrendamiento financiero se rige por normas especiales (concretamente el Decreto Legislativo n.° 299, de fecha 26 de julio de 1984 y el Decreto Supremo n.° 559-84-EFC, de fecha 28 de diciembre de 1984).[113]

---

[113] El profesor Carlos Cárdenas Quirós (Cárdenas Quirós, Carlos. *El contrato de arrendamiento financiero*. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis*. Tomo II, pp. 320 y ss.) hace un exhaustivo estudio del contrato de arrendamiento financiero, dentro del cual recuerda cuáles han sido y son las normas que han regulado y regulan a este contrato en el Perú. Nos permitimos recoger sus palabras:

«El contrato de arrendamiento financiero ha sido objeto de modificaciones en la legislación peruana, tanto desde el punto de vista conceptual como de los elementos y los requisitos que se necesitan para la celebración de dicho contrato.

2.1.1.El Decreto Ley n° 18957 de 14 de septiembre de 1971.

Este dispositivo norma la actividad de las empresas financieras. En el artículo 13 de este Decreto Ley se precisan las operaciones que pueden ser realizadas por estas empresas y entre ellas no se encontraba el arrendamiento financiero. Es solamente a partir de la dación del Decreto Ley n° 22738 de 23 de octubre de 1979, por medio del cual se modifican las normas contenidas en el Decreto Ley n°18957, que se autoriza a las empresas financieras para que puedan poseer maquinarias, equipos y vehículos destinados al arrendamiento financiero (Cfse, artículo 2 del Dec. Ley n° 22738 que sustituye el inciso n) del artículo 13 del D.L. n° 18957), el que consiste —según este Decreto Ley— en la entrega de los bienes muebles anteriormente mencionados a un arrendatario para emplearlos en una actividad económica, con o sin opción para este último, de adquirirlos al término del respectivo contrato.

De esta definición se deriva que los elementos requeridos para poder presentarse el arrendamiento financiero eran los siguientes:

a) Las partes contratantes:
   - Una empresa financiera encargada de adquirir maquinarias, equipos y vehículos destinados al arrendamiento financiero.
   - El arrendatario que recibe las maquinarias, equipos y vehículos para emplearlos en una actividad económica.

b) El objeto de la prestación:

   Bienes muebles tales como maquinarias, equipos y vehículos.

   La opción por parte del arrendatario para adquirir al término del contrato estos bienes, podía establecerse o no. Propiamente, sólo en el primer caso cabía la calificación del contrato como uno de arrendamiento financiero.

   En el segundo caso, se trata de un contrato de arrendamiento de bienes muebles puro y simple, pues su destino —el de ser empleado en una actividad económica—, no es suficiente para que se le considere como un contrato de naturaleza especial.

2.1.2. El Decreto Legislativo n° 212 de 12 de junio de 1981.

Esta norma determina el tratamiento tributario del arrendamiento financiero, precisando las condiciones y requisitos que debe reunir dicho contrato. El artículo 2° de este Decreto considera como arrendamiento financiero 'el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles adquiridos a terceros por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante el pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado'.

De acuerdo con la regulación establecida en el Decreto Legislativo n° 212, los elementos que se requerían para tipificarse el arrendamiento financiero eran los siguientes:

a) Las partes contratantes:
   - Una empresa locadora, que debía ser necesariamente una empresa financiera o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros para operar de acuerdo a ley.
   - La empresa locadora mantiene la propiedad de los bienes materia del contrato hasta la fecha en que la arrendataria ejercita la opción de compra por el valor pactado.
   - La arrendataria, debía ser necesariamente una persona jurídica. De acuerdo con el artículo 6 de este Decreto, el contrato de arrendamiento financiero otorga a la arrendataria el derecho al uso de los bienes en el lugar, forma y demás condiciones estipuladas en el contrato. Señala, además, que es derecho irrenunciable de la arrendataria señalar la especificación de los bienes materia del contrato y el proveedor de los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad que dichos

Según Cárdenas:[114]

> Este contrato ha recibido diversas denominaciones: *leasing* en los Estados Unidos de América, *credit-bail* o crédito arrendamiento en Francia, locación financiera en Argentina, alquiler industrial, crédito-arrendamiento y arrendamiento financiero en España. Esta última denominación, que es la más usada en los países de lengua castellana, ha sido la adoptada por la legislación peruana […].
>
> […] se justifica la necesidad de la regulación del denominado contrato de arrendamiento financiero, al que definiremos como un contrato complejo y autónomo por el cual la empresa locadora se obliga a adquirir el bien requerido por la arrendataria y le concede su uso —a cambio del pago de una cuota periódica— por un lapso determinado, vencido el cual la arrendataria podrá dar por terminado el contrato restituyendo el bien (que en ese momento no le resultará de gran valor porque se habrá tornado obsoleto ante el avance de la técnica y porque ya habrá aprovechado de su vida económica y útil, lo que lo motivará a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento financiero sobre otro bien acorde con los nuevos desarrollos técnicos), continuar en el uso del bien, de convenirse ello con la locadora; o adquirirlo, ejercitando la opción de compra que tiene, por un precio equivalente a su valor residual.

---

bienes sean adecuados para el uso que quiera darles la arrendataria, lo que deberá constar en el contrato.

b) El objeto de la prestación:
Bienes muebles o inmuebles. Establece el artículo 12 del Reglamento de Empresas de Arrendamiento Financiero, aprobado por el Decreto Supremo N° 097-82-EFC de 31 de marzo de 1982, que los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser plenamente identificables y estar inscritos en los Registros Públicos correspondientes. Igualmente, señala el artículo 13 del mencionado Reglamento, que los bienes muebles e inmuebles recuperados por la empresa como consecuencia de las acciones que ejercitase en su calidad de locadora podrán ser objeto de nuevo arrendamiento financiero.

c) La opción a favor de la arrendataria de comprar los bienes muebles o inmuebles objeto del contrato de arrendamiento financiero por un valor pactado:
Se señala en el tercer párrafo del artículo 7 del Decreto Legislativo n° 212, que la opción de compra de la arrendataria tendrá obligatoriamente validez por toda la duración del contrato y podrá ser ejercitada en cualquier momento hasta el plazo establecido para el contrato de arrendamiento financiero.

d) La forma:
El contrato de arrendamiento financiero debía celebrarse, según el Decreto Legislativo n° 212, mediante Escritura Pública, la que debía inscribirse en el Registro Público pertinente, en la ficha o partida correspondiente a la arrendataria.

2.1.3.Regulación actual (Decreto Legislativo n° 299 de 26 de julio de 1984 y Decreto Supremo n° 559-84-EFC de 28 de diciembre de 1984).

El contrato de arrendamiento financiero se encuentra regulado actualmente por el Decreto Legislativo n° 299 de 26 de julio de 1984 y por el Decreto Supremo n° 559-84-EFC de 28 de diciembre de 1984».

[114] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis*. Tomo II, pp. 323-325.

> Es obviamente un contrato básicamente financiero o de crédito, por lo que Trucco expresa que, 'el contrato entre el empresario y la empresa de leasing se celebra con anterioridad al momento de adquirir el bien; no tendría sentido que la empresa de leasing compre un bien —con la finalidad específica, según veremos, de arrendarlo— si no tiene como contrapartida un compromiso o vínculo contractual con el empresario; sin esta relación contractual 'empresario-empresa de leasing' bien podría darse un 'desistimiento' del empresario una vez que la empresa de leasing ya compró el bien de capital que aquél necesitaba' (Eduardo Trucco, ob. cit., pág. 163).

De lo expresado en la definición podemos concluir señalando que:

- El contrato se celebra con el acuerdo de voluntades por el que la empresa locadora se obliga a adquirir el bien y la arrendataria a recibirlo en uso y pagar las cuotas respectivas. La celebración del contrato se produce, por tanto, con anterioridad a la adquisición del bien.
- El contrato debe contener necesariamente una opción de compra a favor de la arrendataria, la que podrá ejercitarla pagando el valor residual del bien.

A lo largo de la historia se han esbozado varias teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero.

Una primera, intentó asimilarlo al contrato de préstamo; una segunda, al contrato de depósito, una tercera, al de compraventa; una cuarta, al de arrendamiento; una quinta, al mandato y una sexta, a la gestión de negocios.

Para efectos de nuestro trabajo, resulta de interés hacer referencia a la teoría que lo asimiló al contrato de compraventa.

Según Cárdenas, [115]quienes sostienen esta teoría afirman que entre la sociedad de *leasing* que transfiere el uso y goce del bien y el usuario —quien lo toma— existe acuerdo en torno al bien y al precio, y que la voluntad real de las partes es celebrar una compraventa a plazos. Agrega que según estos juristas se fortalece este criterio en la circunstancia de que la suma de los alquileres que el usuario debe satisfacer, sobrepasa el valor del material nuevo facilitado, y proporciona además, un beneficio a la sociedad del *leasing*. De otro lado, consideran que la cláusula de opción de compra a favor del usuario, que es esencial en este contrato, es otro argumento para calificarlo como compraventa.

Pero como señala Cárdenas, el contrato de arrendamiento financiero transfiere el uso del bien, mientras que mediante el de compraventa se busca transferir la propiedad del mismo; siendo el mayor problema para distinguir una figura de la otra, el caso de la compraventa a plazos.

---

[115] *Ibidem*, p. 327.

Sobre este particular, el propio Cárdenas[116] refiere que el arrendamiento financiero no conlleva una transferencia de la propiedad del bien objeto de la prestación a favor de la arrendataria; ya que a esta última se le transmite solamente la posesión del bien, su uso y disfrute, junto con el derecho a ejercitar la opción de comprar dichos bienes por el valor residual y en el momento pactados.

Igualmente señala que la compraventa a plazos supone desde el inicio, en cambio, la obligación del vendedor de transferir la propiedad de un bien al comprador y la del comprador de pagar su precio en dinero. Si esta obligación del comprador debe cumplirse a plazos, la situación no varía; incluso en el supuesto de que se hubiese pactado la reserva de la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, no podemos olvidar que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Cárdenas recuerda las palabras de Daniel Ferrere Lamaison, cuando señala que el hecho de que:

> El *leasing* pueda ser usado como pantalla para ocultar un pacto de reserva de dominio en una compraventa, no implica que el *leasing* constituya una compraventa con tales características. La simulación no impide que el *leasing* sea un contrato autónomo y válido, como tampoco impide que existan contratos de arrendamiento con opción de compra que no oculten compraventas con reservas de dominio o que existan compraventas que no encubran una donación simulada. La posibilidad de simulación no afecta la entidad real del contrato. Deberá estarse a la voluntad de las partes, y cuando coinciden la voluntad real y la declarada en celebrar lo que hemos caracterizado como *leasing*, estaremos ante esa figura, y no ante otra. Y recordemos, además, que la simulación deberá probarse, y nunca presumirse. Si la jurisprudencia no reconoce esta realidad, estará creando dificultades innecesarias en la adaptación de las figuras contractuales a la cambiante realidad.

Cárdenas expresa que el profesor Francisco Javier Zayas Sanza, al diferenciar estas dos figuras, expresa que:

> El fin inicial del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de su propiedad al usuario. En el *leasing* financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad del *leasing*, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra. En la compraventa con precio aplazado, para que el vendedor conserve la titularidad dominial de los bienes durante el período de pago de la cantidades atrasadas, es necesario que las partes pacten una reserva de dominio o pacto de *lex comisoria*.

[116] *Ibidem*, pp. 345 y 346.

5.27.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple. El contrato de arrendamiento financiero es uno de naturaleza compleja que, como dice Cárdenas, constituye el resultado de la fusión de elementos propios de otros contratos o modalidades contractuales.

Al respecto, Carlos Cárdenas[117] sostiene —en criterio que compartimos— que el *leasing* es un contrato complejo:

> Porque su contenido da lugar a la aplicación de diversas formas obligacionales. En él, las prestaciones a cargo de cada una de las partes, se presentan de la siguiente manera: La empresa locadora tiene la obligación de adquirir determinados bienes de capital, maquinaria, equipos, o inmuebles, según las indicaciones de la arrendataria y entregarlos a ésta para su uso, quedando vinculada a su declaración de venderle dichos bienes por el valor pactado. A su turno, la arrendataria tiene la obligación de pagar las cuotas periódicas en el plazo señalado, devolver el bien dado en uso al vencimiento del plazo o ejercitar la opción de compra.

5.27.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como de naturaleza mercantil o especial. En cambio, el arrendamiento financiero, a decir de Cárdenas Quirós,[118] es un contrato mercantil.

El citado profesor señala que:

> El Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año, señala en su artículo 1677 que: 'El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título (disposiciones generales acerca del arrendamiento, obligaciones del arrendador y del arrendatario, duración, subarrendamiento, cesión, resolución y conclusión del arrendamiento) y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables'.

¿Se trata entonces de un contrato de naturaleza civil o mercantil?

Es obvio que la línea divisoria entre estos dos campos se difumina cada día más, al punto que los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil fueron unificados en su tratamiento legislativo por el artículo 2112 del Código Civil de 1984, quedando derogados los artículos respectivos del Código de Comercio. En lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero, es un contrato mercantil porque así lo establece la legislación especial, aunque su naturaleza como tal es perfectamente discutible. A este respecto, compartimos ple-

[117] *Ibidem*, p. 333.

[118] *Ibidem*, pp. 331 y 332.

namente la opinión de Garrigues al señalar que: 'No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Es el conocido criterio de la calificación automática'. Prosigue señalando el mencionado autor que: 'Si prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio, queremos definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Por ello, la realidad económica del contrato mercantil subsiste aun en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el Código de Comercio como Código independiente'.

La opinión de Garrigues es válida cuando ambas partes contratantes son empresas. Si una de las partes es una persona natural, es perfectamente aplicable al contrato de arrendamiento financiero la observación que realiza De la Puente y Lavalle cuando analiza la fusión de la compraventa civil y mercantil y que nos permitimos transcribir a continuación: 'Es de todos conocida la dificultad que surge para solucionar el conflicto entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil tratándose de la compraventa mixta, o sea aquélla en que una de las partes busca una finalidad mercantil y la otra una civil, como ocurre en las operaciones bancarias de venta de valores que son mercantiles para el banco pero no para el cliente, o en las ventas en tiendas que son mercantiles desde el punto de vista del comerciante, pero no desde el del consumidor. Si no se quiere recurrir al absurdo jurídico de partir en dos el contrato de compraventa para someter a una de las partes al Derecho Civil y la otra al Derecho Mercantil, resulta actualmente necesario optar entre uno y otro Derecho, lo cual no siempre es tarea fácil'.

5.27.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y el arrendamiento financiero son contratos principales, pues no requieren la existencia previa de contrato alguno.

5.27.6. En cuanto a su formación

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son consensuales.

5.27.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse de manera inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción analizados en este trabajo), el arrendamiento financiero es un contrato de duración y ejecución continuada, en

lo que respecta al uso del bien y periódica en lo que se refiere al pago de las cuotas convenidas.

5.27.8. En cuanto a su negociación

La compraventa se celebra usualmente por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.27.9. En cuanto al rol económico

Consideramos que la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos de cambio y de disposición.

5.27.10. En cuanto a su función

La compraventa y el arrendamiento financiero son fundamentalmente contratos constitutivos; pero podrían, por excepción, ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.27.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (las partes contratantes).

5.27.12. En cuanto a la prestación

El contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento financiero son contratos con prestaciones recíprocas.

Como dice Carlos Cárdenas,[119] en el arrendamiento financiero, la empresa locadora es deudora del bien mueble o inmueble y acreedora de la renta señalada en cuotas periódicas, mientras que la arrendataria es deudora de la renta y acreedora del bien materia del contrato.

5.27.13. En cuanto a la valoración

La compraventa y el arrendamiento financiero son contratos que se celebran a título oneroso.

5.27.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, y excepcionalmente aleatorio. La doctrina por lo general no repara en el tema del riesgo

[119] *Ibidem*, p. 334.

respecto del contrato de arrendamiento financiero, tal vez porque se da por entendido que es un contrato conmutativo, al conocerse perfectamente en el momento de celebrarse el contrato, en qué consistirán las prestaciones a ejecutar. Sin embargo, entendemos que pactar un arrendamiento financiero de carácter aleatorio sería plenamente posible, pues ello no atentaría contra la esencia del mismo.

5.27.15. En cuanto a sus efectos

El arrendamiento financiero, al igual que la compraventa y todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho nacional, es meramente obligatorio u obligacional.

5.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica

Cuando analicemos el tema del cuarto requisito del precio, consistente en su seriedad, abordaremos el punto del problema planteado por los precios vil e irrisorio frente al tema de la llamada donación indirecta. Sin perjuicio de las apreciaciones que allí se sostendrán, recordaremos que el negocio indirecto —producto de la inercia jurídica— supone un recurso de las partes para conseguir no el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior diferente. Existe en estos casos negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por su intermedio, indirectamente, un fin diferente. El empleo del negocio medio se funda en la voluntad de las partes, que quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio, así, por ejemplo, a través de una venta, lograr una liberalidad. En tal sentido, el negocio jurídico indirecto consistiría en emplear una determinada forma jurídica para conseguir indirectamente una finalidad económica que no pueda alcanzarse de modo directo.

Víctor A. Villavicencio Cúneo[120] sostiene que las partes para alcanzar el fin ulterior que desean, hacen uso en la donación indirecta de un camino oblícuo, transversal; siendo la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas, una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

Dentro de ese orden de ideas, en la donación indirecta el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, que solamente de reflejo lleva ventaja al beneficiario. En las donaciones indirectas, el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación, el cual actúa ulteriormente el efecto económico de la liberalidad; siendo natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque éste es el único que interesa al Derecho.

---

[120] Villavicencio Cúneo, Víctor A. *Las donaciones indirectas o atípicas*. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, pp. 51 y ss.

Así, a manera de ejemplo de una donación indirecta, relacionada con un contrato de compraventa, podríamos citar el caso en que comprador y vendedor celebren una compraventa sobre un automóvil nuevo de una reconocida marca, que en el mercado tiene un valor aproximado de cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América; pactando como precio el de quinientos nuevos soles.

No se trata, por cierto, de un acto simulado, pues vamos a suponer que existe el ánimo por parte del vendedor de cobrar al comprador los quinientos nuevos soles y, más aún, que realmente los cobra.

También vamos a suponer que no existe ningún otro elemento que lleve a que dicho acto pueda perjudicar los intereses de terceros, así como tampoco alguna causal que haga peligrar la validez o eficacia del acto.

Es dentro de este supuesto que vamos a analizar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y la donación indirecta, celebrada empleando la forma de compraventa.

5.28.1. En cuanto al nombre

Es claro que el contrato de compraventa es uno de carácter nominado. No podemos efectuar similar afirmación respecto a la donación indirecta; esto, por cuanto, como ha sido dicho, el tema de negocio jurídico indirecto, no sólo no ha sido regulado en nuestra legislación, sino que tampoco es conocido con ese nombre ni en la doctrina peruana, ni en la práctica jurídica y judicial de nuestro país.

Es en virtud de estas consideraciones que podríamos llegar a la conclusión de que la llamada donación indirecta es un acto de carácter innominado, dentro del Derecho Civil Peruano.

5.28.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico, que se encuentra regulado en el Código Civil, la donación indirecta vendría a ser un contrato atípico, pues —lo reiteramos— ni ella ni el negocio jurídico indirecto han merecido regulación en ninguno de los Códigos Civiles que han tenido vigencia en el Perú.

5.28.3. En cuanto a su estructura

Si tomamos en cuenta que la donación indirecta (en la configuración que venimos manejando) es en realidad una compraventa, tendríamos que llegar a la conclusión de que por su estructura es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

5.28.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, la donación indirecta es un contrato esencialmente civil, por cuanto se desprende claramente de su configuración el hecho de que jamás podría tener un fin de lucro, ya que tras esa apariencia de compraventa existe un evidente ánimo de liberalidad, tendiente a favorecer al aparente comprador, parte que —en estricto Derecho— sería un donatario.

5.28.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y la donación indirecta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de que se haya celebrado previamente algún otro contrato.

5.28.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual, pues se celebra con el solo consentimiento de las partes. La donación indirecta reviste apariencia y formalidades de una compraventa, pero dentro de la teoría del negocio jurídico indirecto, para ser considerada donación, debería cumplir con los requisitos de forma que el Código Civil Peruano establece en sus artículos 1623, 1624 y 1625.

Ahora bien, está claro que dentro de la lógica del Derecho Peruano, la donación indirecta podría ser considerada como una simple compraventa, razón por la cual, para su validez no se requeriría del cumplimiento de formalidad alguna.

5.28.7. En cuanto al tiempo

La compraventa y la donación indirecta son contratos cuya vocación es que se ejecuten de manera inmediata e instantánea, pero resulta posible que tanto en uno como en otro las partes recurran a imponerse plazos suspensivos para la ejecución de sus prestaciones, o, en el caso de la compraventa a plazos, sería evidente que la misma se sujetaría a una ejecución cuya duración se prolongaría en el tiempo, y podría calificarse como periódica, en razón de los diversos momentos en los que el comprador tendrá que pagar el precio.

5.28.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, la compraventa puede ser un contrato paritario o de negociación previa o un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación indirecta, al ser un acto de liberalidad, pensamos que básicamente se celebrará por negociación previa.

5.28.9. En cuanto al rol económico

En lo que se refiere al rol económico, sabemos que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. En apariencia, la donación indirecta también lo sería; y si vamos al fondo del tema, la donación indirecta sería un contrato de cambio, pues también se encontraría comprendido dentro de esa clasificación, ya que la riqueza circula mediante el simple cambio sin necesidad del intercambio (a diferencia de lo que ocurre en el contrato de compraventa).

Y en el fondo también sería un contrato de disposición, pues estaría destinado a justificar la disminución del patrimonio de una persona (en este caso, a cambio de una contraprestación insignificante).

5.28.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la donación indirecta son fundamentalmente contratos constitutivos, pero —por excepción— podrían tener carácter regulatorio o modificatorio, nunca extintivo.

5.28.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y la donación indirecta son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que los celebran.

5.28.12. En cuanto a la prestación

De acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, la compraventa y la donación indirecta serían contratos con prestaciones recíprocas, pues —más allá de la insignificancia de una de las prestaciones en la donación indirecta— se encontraría presente el elemento de reciprocidad, ya que dentro de este negocio no se contempla la posibilidad de que se trate de un acto simulado, así como tampoco de que exista en el «vendedor» el ánimo de perdonar o renunciar al cobro de lo que le corresponde (por más mínimo que sea).

5.28.13. En cuanto a la valoración

Dentro del Derecho Peruano, tendríamos que llegar a la conclusión de que la compraventa y la donación indirecta son contratos celebrados a título oneroso (esto, porque la donación indirecta es un contrato que en el Perú —jurídicamente hablando— es considerado como una compraventa común y corriente). Pero en el fondo la donación indirecta es un contrato que se celebra a título de liberalidad, con *animus donandi*, vale decir con la intención de beneficiar al aparente comprador.

5.28.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, pero que de manera excepcional podría revestir caracteres de aleatoriedad.

Como hemos dicho, en apariencia, la donación indirecta es una simple compraventa, mientras en el fondo se trata de una donación. Dentro de este orden de ideas, como compraventa le serían aplicables las consideraciones que en cuanto al riesgo acabamos de esbozar. Sin embargo, debemos reconocer que al no haberse abordado el tema en la doctrina nacional, tampoco se ha cuestionado la posibilidad de que dicha donación indirecta pueda revestir rasgos de aleatoriedad. Pensamos que conceptualmente no existe nada que lo impida, pero reconocemos que estos casos serán —sin duda— excepcionales en la práctica.

5.28.15. En cuanto a sus efectos

Como todos los contratos del Derecho Peruano, la compraventa y la donación indirecta son meramente obligatorios u obligacionales.

5.29. Con la hipoteca

5.29.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado. La hipoteca es un derecho real de garantía que también reviste la característica de ser nominado, pues siempre se le ha conocido con este nombre.

5.29.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 a 1601 del Código Civil), la hipoteca es un derecho real de garantía, también de carácter típico, el mismo que es tratado por los numerales 1097 a 1122 del Código Civil Peruano.

Son muchas las diferencias entre la compraventa y la hipoteca.

En primer lugar, la compraventa es un contrato a través del cual una parte, denominada vendedor, se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra parte, denominada comprador, en tanto dicho comprador se obliga a pagarle el precio en dinero o signo que lo represente.

Es claro que la compraventa puede versar sobre bienes muebles e inmuebles.

En cambio, la hipoteca es un derecho real, no un contrato (independientemente de si la constitución de dicho derecho real se basa en el cumplimiento de alguna obligación contractual). Además, la hipoteca sólo recae sobre inmuebles.

La compraventa puede celebrarse respecto de bienes determinados (ciertos), determinables (inciertos) o fungibles, en tanto la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados (argumento del artículo 1100 del Código Civil).

La compraventa puede versar sobre bienes propios o ajenos del vendedor. En tanto la hipoteca solamente puede constituirse sobre bienes del propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley (argumento del artículo 1009, inciso 1 del Código Civil).

La compraventa puede celebrarse sobre bienes futuros (argumento de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil), en tanto la hipoteca no puede constituirse sobre bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil).

La compraventa necesariamente es un contrato, pues nace del acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor. En cambio, la hipoteca puede nacer de un contrato o de la ley, ya que existen las denominadas hipotecas legales, las mismas que están reguladas por los artículos 1118 a 1121 del Código Civil.[121]

5.29.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica entre comprador y vendedor.

Por su parte, la hipoteca es un derecho real que se constituye con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, obligación que ha nacido en virtud de un contrato relativo a la hipoteca, celebrado entre quien se obliga a constituir la hipoteca y el acreedor, que en el caso del contrato de compraventa será el vendedor del

---

[121] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 1118.- «Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.
2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.
3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios».

Artículo 1119.- «Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.

En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción».

Artículo 1120.- «Las hipotecas legales son renunciables y también puede cederse su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales.

La renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente».

Artículo 1121.- «Las reglas de los artículos 1097 a 1117 y 1122 rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables».

bien (independientemente del caso de las hipotecas legales). En tal sentido, podemos decir que el contrato de hipoteca también es de carácter simple, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

5.29.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de compraventa, así como el derecho real de hipoteca pueden revestir naturaleza civil, mercantil o alguna otra especial.

5.29.5. En cuanto a su autonomía

Mientras el contrato de compraventa es de carácter principal, pues no requiere de la preexistencia de ningún otro contrato, la hipoteca es un derecho real de garantía, por tanto, de carácter accesorio, nacido en virtud de un contrato principal en el que se establezca dicha obligación o, en virtud de un contrato posterior, el mismo que revestiría carácter accesorio. Esta naturaleza de la hipoteca se deriva de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1097 del Código Civil, precepto que establece que: «Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de cualquier obligación, propia o de un tercero».

5.29.6. En cuanto a su formación

Mientras el contrato de compraventa es de carácter consensual, el derecho real de hipoteca es de carácter formal. Resulta claro que hay que distinguir el título en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en garantía de una obligación, de la constitución de derecho real de hipoteca. El primer acto (como contrato) podrá ser de naturaleza consensual, carácter que nunca podrá tener el derecho real de hipoteca, ya que tal como lo establece el artículo 1098 del Código Civil, la hipoteca se constituye por Escritura Pública, salvo disposición diferente de la ley; a lo que se agrega lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1099, en el sentido de que uno de los requisitos para la validez de la hipoteca consiste en que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

5.29.7. En cuanto al tiempo

La compraventa tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo); la hipoteca es un derecho real llamado a durar en el tiempo, pues justamente se constituye como garantía del cumplimiento de una obligación. En tal razón, la hipoteca durará lo que dure la obligación incumplida, extinguiéndose cuando ella se haya terminado de pagar.

5.29.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto lo propio ocurrirá con la hipoteca, la misma que puede constar en formularios pre-impresos. Ahora bien, sería muy difícil encontrar una hipoteca constituida por adhesión, ya que el formulario no podría contener los datos exactos y el valor del inmueble de que se trate, los mismos que tendrían que ser llenados en cada caso concreto.

5.29.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la hipoteca es de garantía, pues está destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación (haciendo la salvedad de que nos estamos refiriendo al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir hipoteca, mas no al derecho real en sí —el mismo que obviamente no es un contrato—).

5.29.10. En cuanto a su función

Dada la naturaleza de la compraventa y de la hipoteca, estaremos en presencia de actos de carácter constitutivo, pero excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.29.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en favor de otra persona, son de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (independientemente de que el derecho real de hipoteca sólo quedará constituido con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble).

5.29.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir hipoteca en favor de otra puede ser de prestación unilateral (en caso no exista contraprestación) o con prestaciones recíprocas, en la eventualidad de que sí la haya (ya sea otorgada por el acreedor de la obligación —supuesto exótico, pero posible—, como por el deudor de la misma, en caso que quien constituya la hipoteca sea un tercero y no el propio deudor).

5.29.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que ha sido dicho en el punto anterior, la compraventa y la hipoteca pueden ser actos que se celebren a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

5.29.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que el contrato de compraventa fundamentalmente es conmutativo, pero que por excepción puede ser aleatorio. En cambio, con la hipoteca no ocurriría lo mismo, ya que podría decirse que es netamente conmutativa, dado lo establecido por el artículo 1100 del Código Civil, en el sentido de que debe recaer sobre bienes inmuebles específicamente determinados, a lo que se agrega la prohibición de constituir hipoteca sobre bienes futuros, dispuesta por el numeral 1106 del mismo cuerpo legal.

5.29.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir un derecho real de hipoteca, son, como todo contrato celebrado de acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, de carácter obligatorio u obligacional.

5.30. Con la prenda

5.30.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, el derecho real de prenda —pese a que el articulado que regulaba el mismo (artículos 1055 a 1090 del Código Civil de 1984) fue derogado por la Ley de la Garantía Mobiliaria—, también reviste dicho carácter.

5.30.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico. Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Ley n.° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día miércoles 1 de marzo de 2006, la prenda ha pasado a ser un derecho real de garantía de carácter atípico legal. Pues la regulación que tenía en el Código Civil de 1984 fue derogada por la sexta disposición final de la referida Ley, la cual establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

> Sexta.- «Otras derogatorias y modificaciones. Quedan derogados los artículos 1055 al 1090 inclusive del Código Civil […]».

Empero, debemos hacer la salvedad de que el carácter típico reviste, a su vez, dos facetas distintas; nos referimos pues a la tipicidad legal y a la tipicidad social. Si bien es cierto que la prenda constituye, hoy por hoy, un derecho real de carácter atípico (legal), éste se halla reconocido por la sociedad y siempre ha sido parte del ordenamiento civil de nuestra tradición jurídica y, en la actualidad, no hay norma que prohíba su uso. Es por ello que vendría a ser un derecho real de carácter típico

social, teniendo en cuenta, además, el viejo aforismo jurídico que reza: «Lo que no está prohibido está permitido».

Sin embargo, el hecho de que la prenda revista hoy carácter atípico legal, no supone que ello fue siempre así. Ya el Código Civil de 1852 regulaba en sus numerales 1984 al 2008, donde el primero de ellos señalaba lo siguiente:

> Artículo 1984.-«Puede darse una cosa en prenda para asegurar el pago de una deuda ó el cumplimiento de cualquier otra obligación».

De otro lado, el Código Civil de 1936 también regulaba a la prenda entre sus numerales 974 y 996. Finalmente, el Código Civil de 1984 la reguló entre sus artículos 1055 y 1090, definiéndola de la siguiente manera: «La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación».

Por otra parte, si bien es cierto que la compraventa puede tener por objeto un bien mueble o inmueble, la prenda sólo recae sobre bienes muebles. De ello no cabe duda alguna, y aunque en la actualidad no haya norma que señale lo contrario, la costumbre jurídica y la naturaleza misma de este derecho real exigen que el bien sea uno mueble.

5.30.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir prenda sobre un bien en garantía del cumplimiento de una obligación, son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.30.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa y la prenda pueden revestir carácter civil, mercantil o especial.

5.30.5. En cuanto a su autonomía

Mientras la compraventa es un contrato principal, la prenda es un contrato accesorio o, como la doctrina alemana[122] lo llama, auxiliar, pues se constituye para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación.

5.30.6. En cuanto a su formación

Sabemos que la compraventa es un contrato consensual. El contrato por el cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, también revestiría ese carácter, mas

[122] Hedemann, K. W. *Derecho de Obligaciones*. Citado por De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo I, p. 176.

no así el derecho real de prenda, ya que es requisito para la validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, según sea el caso; todo ello en estricto cumplimiento del principio de libertad contractual reconocido por el Código Civil.

De otro lado, es evidente que el documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado.

5.30.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es fundamentalmente un contrato de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, la prenda es 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, es decir, estamos frente a un contrato de duración.

5.30.8. En cuanto a su negociación

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la prenda es, fundamentalmente, un acto de negociación previa, sin perjuicio de admitir la posibilidad de casos excepcionales, a los cuales hacemos aplicables nuestros comentarios relativos a la negociación de la hipoteca.

5.30.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir respecto a otra el derecho real de prenda sobre un bien, es evidentemente un contrato de garantía.

5.30.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la prenda son actos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria; sin embargo, nunca podrán tener carácter de extintivo.

5.30.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obligan, la compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un derecho real de prenda sobre un bien, son contratos de carácter individual, pues sólo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

5.30.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir una prenda puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la prenda), como con prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

5.30.13. En cuanto a la valoración

La compraventa siempre se celebrará a titulo oneroso. Sin embargo, y de acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una prenda, puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

5.30.14. En cuanto al riesgo

Hacemos de aplicación a este punto nuestros comentarios que sobre el particular vertimos al analizar las semejanzas y diferencias entre la hipoteca y la compraventa.

5.30.15. En cuanto a sus efectos

Al igual que la compraventa, e independientemente de la naturaleza real del derecho de prenda, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir una prenda es, como todo contrato celebrado dentro de nuestro ordenamiento positivo, uno de carácter meramente obligatorio u obligacional.

5.31. Con la anticresis

5.31.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la anticresis es un derecho real también de carácter nominado.

5.31.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico. La anticresis es un derecho real de garantía igualmente de carácter típico, encontrándose regulada entre los artículos 1091 y 1096 del Código Civil.

En virtud del artículo 1091 se establece que por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

Por otra parte, en el artículo 1093 se señala que la renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital. En tanto el numeral 1094 prescribe que las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta. Mientras el artículo 1095 señala que el acreedor no puede retener el inmue-

ble por otra deuda, si no se le concedió este derecho, siendo aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título (argumento del artículo 1096).

5.31.3. En cuanto a su estructura

La compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir el derecho de anticresis, son de carácter simple, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.31.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa, al igual que la anticresis, puede revestir carácter civil, mercantil o alguno especial.

5.31.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía la compraventa es un contrato principal, mientras la anticresis es un derecho real de garantía, razón por la cual siempre revestirá naturaleza accesoria, ya que no podría existir sin la existencia previa de una deuda que esté destinada a garantizar.

5.31.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, el contrato en virtud del cual se constituye la anticresis se otorgará por Escritura Pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte (argumento del artículo 1092).

5.31.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los casos excepcionales tratados en esta investigación). Mientras que la anticresis tiene vocación de duración en el tiempo, en la medida en que subsistirá hasta que se pague (extinga) la obligación que garantiza.

5.31.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. No ocurre lo mismo con la anticresis, fundamentalmente porque se trata de un acto constitutivo de un derecho real de garantía que no es usual en la sociedad peruana moderna, y cuya utilización se presenta —sobre todo— en las zonas de la sierra de nuestro país.

5.31.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la anticresis es un derecho real de garantía.

5.31.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la anticresis tienen función fundamentalmente constitutiva; pero, por excepción, podrían ser estos regulatorios o modificatorios.

5.31.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir anticresis a favor de otra, son de carácter individual, pues sólo conciernen en cuanto a sus efectos a las partes que los celebran.

5.31.12. En cuanto a la prestación

Dada la normatividad legal peruana al respecto, podemos decir que la compraventa es un contrato de prestaciones recíprocas, en tanto la anticresis fundamentalmente es un acto de prestación unilateral (argumento de los artículos 1091 y 1094 del Código Civil).

Sin embargo —aunque ello resulte exótico— cabría la posibilidad de imaginar la constitución de una anticresis que implicase la ejecución de una prestación a favor del propietario del bien, sobre todo en caso la constituya en garantía de la obligación de un tercero (y, precisamente, la contraprestación vendría de parte de ese tercero).

5.31.13. En cuanto a la valoración

Sabemos que el contrato de compraventa se celebra, por esencia, a título oneroso, en tanto la anticresis, si bien en la mayoría de los casos se celebrará a título gratuito (sin contraprestación alguna), resulta posible imaginar que se celebre de manera onerosa.

5.31.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y por excepción aleatorio. La conmutatividad o aleatoriedad de la anticresis es un punto que no ha sido abordado suficientemente por la doctrina. Sin embargo, consideramos que ello se ha debido a la presunción de su carácter conmutativo. Nada impediría imaginar una anticresis constituida de manera aleatoria.

5.31.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el contrato de compraventa, como aquel por el cual una parte se obliga a dar en anticresis un bien en favor de otra, en garantía de una obligación, son de carác-

ter meramente obligatorio u obligacional, como todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho Peruano.

5.32. Con el contrato de institución de heredero o legatario

Antes de comentar las semejanzas y diferencias existentes entre ambas figuras, consideramos conveniente señalar que todo el razonamiento que esbozamos a continuación parte del supuesto en que se considere válido —en abstracto— al contrato de institución de heredero o de legatario; ya que, dicho contrato es nulo dentro del Derecho Peruano, por lo establecido en el artículo 1405, norma que prescribe la nulidad de todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. Es el caso de los pactos o contratos sucesorios, los mismos que son nulos en casi todos los países de nuestra tradición jurídica, salvo los casos de Alemania y Suiza, en donde se les permite, pero sujetos a severas restricciones.

En primer lugar, vamos a ocuparnos del pacto de institución de heredero o legatario, en cuanto podría revestir similitud con respecto al contrato de compraventa. Creemos que el caso en el cual ambos contratos revestirían mayor semejanza sería el pacto de institución de legatario, en el cual el instituyente se obligue en vida para que al momento de su muerte un bien determinado de su patrimonio pase o se transfiera —a título de legado— al patrimonio del instituido o beneficiario; realizándose este acto a título oneroso, vale decir, incluyendo una contraprestación, a ejecutar por parte del beneficiario en favor del instituyente.

Es respecto de este pacto que analizaremos sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, a la luz de nuestra legislación civil.

5.32.1. En cuanto al nombre

Como sabemos, de acuerdo al nombre, la compraventa es un contrato nominado y así es conocido en toda nuestra tradición jurídica. En cambio, la nomenclatura del pacto de institución de heredero o legatario prácticamente es conocida sólo en doctrina. Pues al ser una figura sancionada con nulidad en la mayoría de países, el común de la población no conoce o es ajena al significado de este nombre. Pensamos que únicamente cierto sector de profesionales del Derecho, entendidos en la materia, tienen verdadero conocimiento del tema.

5.32.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico y, obviamente, válido. En cambio, el pacto de institución de heredero o legatario no tiene tipicidad legal (así como tampoco social),

a lo que se agrega el hecho de que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1405 del Código Civil, se le sanciona con nulidad, pero no de manera específica sino genérica, ya que el referido numeral establece la nulidad de todos los pactos sucesorios.

5.32.3. En cuanto a su estructura

Independientemente del tema de la validez, el pacto de institución de heredero o legatario resulta ser un contrato simple (al igual que la compraventa), pues da lugar a una relación jurídica entre el instituyente y el instituido o beneficiario, ya sea en calidad de heredero o legatario.

5.32.4. En cuanto a su contenido o área

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede ser de contenido civil, mercantil o especial. Entendemos que si fuera válido el pacto sucesorio de institución de heredero o legatario, revestiría fundamentalmente naturaleza civil.

5.32.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como el pacto de institución de heredero o legatario son contratos de carácter principal, pues no requieren (en el plano teórico) de ningún otro contrato previo para existir.

5.32.6. En cuanto a su formación

Siempre en el supuesto hipotético de que el pacto de institución de heredero o legatario fuese válido (de no existir el artículo 1405 del Código Civil), el mismo revestiría carácter consensual, al igual que la compraventa.

5.32.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato que tiene por vocación —generalmente— ejecutarse de manera instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, el pacto de institución de heredero o legatario no tiene vocación de ejecución inmediata, pues la transferencia de propiedad del bien estaría supeditada al momento de la muerte del instituyente, más allá de si la transferencia de propiedad del bien se produce de manera inmediata a dicho acontecimiento.

Es en virtud de ello que estimamos que los pactos de institución de heredero o legatario son contratos sujetos a un plazo suspensivo determinable, el mismo que estará signado por el momento de la muerte del instituyente. En la hipótesis de que estos pactos no fueran nulos, su validez comenzaría al momento de su celebración, en tanto que resultarían eficaces sólo a partir de la fecha de la muerte del instituyente,

a menos que se hubiesen pactado con contraprestación a ejecutar por el instituido o beneficiario, en vida del instituyente.

5.32.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Si fuese válida la institución de heredero o legatario, se celebraría fundamentalmente por negociación previa, ya que dadas las características de este contrato, no resultaría factible pensar en que se celebrara por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.32.9. En cuanto al rol económico

Ambos contratos (la compraventa y el pacto de institución de heredero o legatario) pueden ser considerados de cambio y de disposición.

5.32.10. En cuanto a su función

La compraventa y el pacto de institución de heredero o legatario serían contratos constitutivos, aunque excepcionalmente podrían ser modificatorios o regulatorios, mas nunca extintivos.

5.32.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos contratos serían de carácter individual, ya que solamente obligarían a las partes que los celebran.

Sin embargo, deberíamos reparar en el hecho de que si el pacto de institución de heredero o legatario fuese válido, el mismo no sólo afectaría a quienes lo celebraron, sino también a los demás sucesores del causante que instituyó como heredero o legatario a alguien.

5.32.12. En cuanto a la prestación

Mientras la compraventa siempre es un contrato con prestaciones recíprocas, el pacto de institución de heredero o legatario podría celebrarse tanto a título de prestaciones recíprocas como a título de prestación unilateral (como liberalidad), siempre que el beneficiario de dicha institución no tenga que ejecutar prestación alguna en favor del instituyente o de un tercero.

5.32.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo sostenido en el punto anterior, la compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso, en tanto el pacto de institución de heredero o legatario podría celebrarse, ya sea a título oneroso como a título gratuito.

5.32.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Poco se ha dicho sobre esta materia en relación al pacto de institución de heredero o legatario. Pero, pensamos que si fuese un contrato válido (es decir, sin considerar la existencia del artículo 1405 del Código Civil), y manteniendo intactas todas las normas de nuestro ordenamiento legal, podría llegarse a la conclusión de que sería un contrato aleatorio, ya que se tendrían que respetar los preceptos relativos a la legítima hereditaria (artículos 724 a 727 del Código Civil); así como tener presente lo establecido por el artículo 1629 del propio Código, relativo a la donación inoficiosa (en caso que estemos frente a un pacto de institución de heredero o legatario celebrado a título de liberalidad).

5.32.15. En cuanto a sus efectos

De tener validez el pacto de institución de heredero o legatario, sería, dentro del Derecho Peruano —al igual que todo contrato— meramente obligatorio u obligacional.

5.33. Con la compraventa de herencia futura

Como ha sido dicho en nuestra introducción al tema de los pactos sucesorios, uno de ellos es la compraventa de herencia futura, a través del cual el eventual futuro heredero celebra un contrato con un tercero (que puede ser ajeno o no a la futura sucesión), obligándose a transferirle la propiedad sobre la herencia que reciba en el futuro respecto de un determinado causante (que al momento de la celebración de dicho pacto se encuentra vivo). Así, al tiempo de la muerte del causante, quien tendría derecho al patrimonio hereditario que le correspondería al eventual heredero, no sería dicho heredero, sino el tercero que contrató con él, quien habría adquirido los derechos sobre la herencia de aquella persona que todavía vive.

Es claro que este pacto tiene similitudes con el contrato de compraventa, sobre todo si tenemos en consideración que el patrimonio hereditario podría estar compuesto solamente por uno o más bienes, caso en el cual el contrato se asemejaría mucho a la compraventa.

Finalmente, es necesario precisar que todas las consideraciones que esbozaremos a continuación las hacemos teniendo en cuenta que este contrato sucesorio (al igual que cualquier otro) es nulo, en virtud a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil Peruano; pero nuestro razonamiento lo efectuamos dentro de la posibilidad teórica de que fuera válido.

5.33.1. En cuanto al nombre

Sabemos que la compraventa es un contrato nominado y es así conocido por toda la sociedad. No ocurre lo propio con el pacto de compraventa de herencia futura, en la medida en que (tal como ocurre con el pacto de institución de heredero o legatario) no es conocido por la sociedad en general, la misma que no tiene una idea clara acerca de sus alcances, precisamente por la nulidad impuesta en el Perú y en casi todos los países de nuestra tradición jurídica respecto a los pactos sucesorios en general. Sin embargo, en el ámbito doctrinario sí se le conoce con el nombre a que hacemos referencia, tal vez como una especie de aquellos pactos sucesorios de disposición de herencia futura.

5.33.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es un contrato típico, el pacto de compraventa de herencia futura no reviste dicha tipicidad legal, siendo nulo en base a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil, norma que —sin embargo— no establece la nulidad puntual de este pacto, sino en general de todos los contratos sucesorios. Por lo demás, incluso como pacto nulo, no podríamos decir que se trata de un contrato típico.

5.33.3. En cuanto a su estructura

De tener validez, el pacto de compraventa de herencia futura sería, al igual que la compraventa común y corriente, un contrato simple, pues sólo afectaría a las partes que lo celebrasen.

5.33.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa puede tener contenido civil, mercantil o especial. El pacto de compraventa de herencia futura tendría naturaleza fundamentalmente civil.

5.33.5. En cuanto a su autonomía

En el plano teórico, ambos contratos serían de carácter principal, pues para su existencia no dependerían jurídicamente de ningún otro contrato.

5.33.6. En cuanto a su formación

De ser válido el pacto de compraventa de herencia futura, sería, al igual que el contrato de compraventa, uno de carácter consensual, pues se celebraría con el solo consentimiento de las partes, no requiriéndose el cumplimiento de ninguna formalidad específica.

5.33.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa común y corriente es un contrato que tiene vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos excepcionales analizados en esta investigación), la compraventa de herencia futura es un contrato que si bien tiene validez desde el momento de su celebración entre el eventual futuro heredero y un tercero, sólo surtirá efectos a la muerte del causante, momento en el cual (en el plano teórico, naturalmente) dicho tercero recién podría exigir la titularidad de la porción del patrimonio hereditario que fuera objeto del referido pacto sucesorio.

5.33.8. En cuanto a su negociación

La compraventa es un contrato que se celebra, ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pensamos que de ser válida la compraventa de herencia futura, dada su naturaleza y especiales características, ella solamente se celebraría por negociación previa.

5.33.9. En cuanto al rol económico

La compraventa y el pacto sucesorio de compraventa de herencia futura (de ser válido) serían contratos de cambio y de disposición.

5.33.10. En cuanto a su función

Ambos son contratos constitutivos, sin perjuicio de que excepcionalmente podrían tener carácter modificatorio o regulatorio, mas nunca extintivo.

5.33.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

En caso fuera válida la compraventa de herencia futura, tanto ella como la compraventa común y corriente serían contratos de carácter individual, pues sólo afectarían a las partes que intervinieran en su celebración.

5.33.12. En cuanto a la prestación

Resultaría evidente que al ser ambos contratos una compraventa, tendrían prestaciones recíprocas.

5.33.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acabamos de mencionar en el punto anterior, ambos serían contratos celebrados a título oneroso.

5.33.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es en general comunitario y excepcionalmente, aleatorio, la compraventa de herencia futura sería, en esencia, un contrato aleatorio.

5.33.15. En cuanto a sus efectos

Ambos contratos (naturalmente, en el supuesto de validez de la compraventa de herencia futura) serían meramente obligatorios u obligacionales, pues el Derecho Peruano no admite la existencia de contratos de distinto orden.

5.34. Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura

En teoría, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura es aquél que celebra un eventual futuro causante con un heredero forzoso, a través del cual (obviamente en vida del causante) el potencial futuro heredero acepta o renuncia a la herencia que —a la muerte del causante— como tal le correspondería.

Este pacto podría revestir semejanzas con el contrato de compraventa, en la medida en que —hipotéticamente— el patrimonio hereditario estuviese constituido solamente por uno o más bienes, y que además para aceptar o renunciar a dicha herencia, el potencial heredero recibiera una contraprestación en dinero o signo que lo represente, de parte de su eventual futuro causante.

5.34.1. En cuanto al nombre.

Como sabemos, la compraventa es un contrato nominado, en tanto el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también lo sería, si tenemos en consideración que en doctrina se le conoce con este nombre, más allá de la solución legislativa que se adopte sobre el mismo y de que la mayoría de personas en la sociedad desconocen su existencia.

5.34.2. En cuanto a su regulación

El pacto de aceptación o renuncia de herencia futura es considerado nulo, tanto en virtud de la disposición general del artículo 1405 del Código Civil, como por lo prescrito en el artículo 678 del mismo, numeral que establece textualmente que «No hay aceptación ni renuncia de herencia futura». En este sentido, podríamos —más allá de que es nulo— decir que se trata de un contrato típico.

Por lo demás, en cuanto respecta a la compraventa común y corriente, sabemos es un contrato típico, regulado por los artículos 1529 a 1601 del Código Civil.

5.34.3. En cuanto a su estructura

En el plano teórico, tanto la compraventa simple como el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, serían contratos de carácter individual, en la medida en que sólo afectarían a las partes que intervinieran en su celebración. Sin embargo, en la eventualidad de considerar válida a la aceptación o renuncia de herencia futura, tendríamos que llegar a la conclusión de que dicho pacto podría afectar (para bien) los derechos hereditarios de los demás herederos, pues ellos gozarían del derecho de acrecer.

5.34.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que, por su contenido, la compraventa podría ser un contrato de naturaleza civil, mercantil o especial. Pensamos que el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura tendría fundamentalmente naturaleza civil.

5.34.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, ambos contratos serían de carácter principal, pues para su existencia no requerirían la de ningún otro contrato.

5.34.6. En cuanto a su formación

Por su formación, sabemos que la compraventa es un contrato consensual. De no existir los artículos 1405 y 678 del Código Civil, que lo proscriben, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también sería de carácter consensual.

5.34.7. En cuanto al tiempo

Es sabido que por el tiempo, la compraventa es un contrato que tiene vocación para ejecutarse inmediata e instantáneamente. De ser válida la aceptación o renuncia de herencia futura, dicha validez estaría centrada en el momento de celebración del contrato, pero necesariamente tendríamos que considerar al acto como uno sujeto a plazo suspensivo determinable, el mismo que estará signado por el momento de la muerte del futuro causante, fecha en la cual el acto recién podrá surtir efectos, salvo que haya sido celebrado a título oneroso y el futuro causante se hubiera obligado a ejecutar una prestación —mientras viviera— en favor del aceptante, renunciante o, incluso, de un tercero.

5.34.8. En cuanto a su negociación

La compraventa se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de aceptación o renuncia de herencia futura (en el entendido de que fuese válido), se celebraría por negociación previa, ya que un acto de esta naturaleza escaparía de aquellos supuestos de contratación en

masa, a los cuales están dirigidos los formularios de contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales.

5.34.9. En cuanto al rol económico

En el plano teórico, la compraventa y el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura serían contratos de cambio y de disposición.

5.34.10. En cuanto a su función

Siempre teniendo en cuenta la validez, teóricamente hablando, del pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, el mismo y la compraventa tendrían fundamentalmente naturaleza constitutiva, admitiéndose, sin embargo, la posibilidad de que revistan carácter modificatorio o regulatorio, mas nunca extintivo.

5.34.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa es un contrato de carácter individual, al afectar solamente a quienes lo celebran. Por su parte, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, podría ser de carácter individual, pero tal carácter se vería mediatizado en función del derecho de acrecer que asistiría a los demás herederos, en caso se tratara de una renuncia de herencia futura.

5.34.12. En cuanto a la prestación

La compraventa siempre será un contrato con prestaciones recíprocas. El pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también podría serlo, en la medida en que el aceptante o renunciante se obligara a ejecutar una prestación en favor del futuro causante; pero resulta evidente que también podría ser un pacto de prestación unilateral, en la medida en que el futuro causante no se obligue a nada respecto del eventual aceptante o renunciante de la herencia.

5.34.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la aceptación o renuncia de herencia futura podría ser un contrato que se celebre a título oneroso como uno que se celebre a título gratuito.

5.34.14. En cuanto al riesgo

Sobre este particular, podemos decir que la aceptación o renuncia de herencia futura no ha merecido un estudio sobre su carácter conmutativo o aleatorio. Sin embargo, pensamos que —de ser válido— se trataría de un contrato fundamentalmente de carácter aleatorio, ya que el contenido de la herencia sobre la cual se efectúa dicha

aceptación o renuncia no es conocido, sino presunto, pues en el lapso que media entre la celebración del contrato y la muerte del causante, el patrimonio hereditario podría variar de manera sustancial.

Por lo demás, como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

5.34.15. En cuanto a sus efectos

De ser válida la aceptación o renuncia de herencia futura, deberíamos llegar a la conclusión de que tanto ella como la compraventa son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.35. Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sutancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro

El artículo 1406 del Código Civil Peruano establece que:

> Artículo 1406.- «Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro».

Esta norma, que resulta, por su ubicación y contenido, aplicable a todos los contratos, sin embargo, sólo está referida a aquellos contratos que impliquen obligación de disposición de bienes. Consideramos que deberíamos entender por «disposición» a aquellos actos que implican la enajenación del bien, lo que equivale a decir —en cuanto a contratos nominados— que el bien sea materia de la prestación en una compraventa, en una permuta o en una donación, o sea en aquellos contratos en los cuales una parte se obliga a transferir a la otra la propiedad de uno o varios bienes.

A nosotros, como resulta obvio, nos interesa el artículo 1406 en lo relativo al contrato de compraventa. Si bien es cierto que en el título relativo a este contrato y en el capítulo referente al bien materia de la venta no se reitera este supuesto (a diferencia de otros ya analizados), es de entera aplicación al contrato de compraventa, lo que equivale a decir que es nulo el contrato de compraventa de la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

5.35.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado, a diferencia del contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, el mismo que no recibe por parte de la doctrina ni la legislación un nombre específico con el que se le conozca, más allá de la descripción de su conte-

nido esbozada al tratar de identificarlo. En este sentido, podríamos decir que estamos frente a un contrato innominado.

5.35.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil, en tanto el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro es nulo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1406 del Código Civil Peruano.

5.35.3. En cuanto a su estructura

Dentro del campo teórico, ambos serían contratos de carácter simple, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

5.35.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, pensamos que de permitirse la celebración de un contrato por el cual alguien disponga sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que pueda adquirir en el futuro, éste sería un contrato fundamentalmente de carácter civil, dada su peculiar naturaleza.

5.35.5. En cuanto a su autonomía

Fuera del tema de la validez, ambos contratos serían de carácter principal, pues no requieren de la preexistencia de contrato alguno.

5.35.6. En cuanto a su formación

En el entendido imaginario de no existir el artículo 1406 del Código Civil Peruano, podríamos señalar que tanto la compraventa como el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, son actos de carácter consensual, pues para su celebración sólo se requiere del consentimiento de las partes, sin que deba seguirse formalidad alguna.

5.35.7. En cuanto al tiempo

En lo que respecta al tiempo, ambos contratos difieren sustancialmente. Mientras la compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en esta investigación), el contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, necesariamente será un contrato sujeto a plazo resolutorio. En buena cuenta, se trataría de un contrato de duración, en la medida en que para que surta efectos respecto a la transferencia de dichos bienes, tendrá que haber transcurrido el

tiempo necesario para que dicha persona los adquiera o, expresado en otras palabras, para que esos bienes ingresen en su patrimonio.

5.35.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede ser celebrada por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, mientras que el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (de ser válido), sería indudablemente un contrato celebrado por negociación previa, pues habida cuenta de sus características especiales, escaparía a cualquier lógica que el mismo se celebrara a través de formularios tipo (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación).

5.35.9. En cuanto al rol económico

Siempre dentro del ámbito teórico, pensamos que ambos contratos serían de cambio y de disposición.

5.35.10. En cuanto a su función

La compraventa, así como un contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (en la eventualidad de que fuese válido), serían básicamente contratos constitutivos, sin dejar de reconocer la posibilidad de que revistan naturaleza modificatoria o regulatoria; pero nunca serían de carácter extintivo.

5.35.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Dentro del plano teórico, ambos contratos serían de carácter individual, ya que sólo estarían afectando a las partes que intervienen en su celebración.

5.35.12. En cuanto a la prestación

La compraventa siempre será un contrato con prestaciones recíprocas. En cambio, de no existir la norma prohibitiva del artículo 1406, el contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas, como uno de prestación unilateral. Se trataría de un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida en que el beneficiado, con la entrega de dichos bienes, se obligara respecto a su contraparte a ejecutar alguna prestación. En cambio, sería un contrato de prestación unilateral, en ausencia de dicha contraprestación (lo que —siempre en el plano teórico— resultaría sumamente exótico).

5.35.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, queda claro que la compraventa siempre será un contrato que se celebre a título oneroso, en tanto el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, podría celebrarse a título oneroso o a título gratuito.

5.35.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Pensamos que de ser válido el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona puede adquirir en el futuro, éste sería un contrato básicamente aleatorio, ya que no habría certeza sobre el contenido de la prestación a ejecutar por parte el obligado a ello, pues resultaría incierto el volumen de bienes que pueda adquirir en el futuro y el hecho mismo de que los llegue a adquirir o no.

5.35.15. En cuanto a sus efectos

De no existir la nulidad establecida por el artículo 1406, nos encontraríamos frente a un contrato meramente obligatorio u obligacional, característica que compartiría con el contrato de compraventa y con todos los contratos que se celebran dentro del ordenamiento jurídico peruano.

5.36. Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa

5.36.1. En cuanto al nombre

Un contrato de compraventa que las partes hayan celebrado sólo en apariencia, pero que en realidad lo que hayan hecho es celebrar una donación, bajo el manto de la compraventa, mientras no sea anulado (y puede que nunca llegue a serlo) será considerado como un contrato de compraventa, y, por consiguiente, le serán de aplicación todas las normas relativas a este contrato. Dentro de tal orden de ideas, ambos contratos serían llamados compraventa.

5.36.2. En cuanto a su regulación

En lo que a este tema respecta, mientras el contrato no se invalide, se regirá por los preceptos relativos a la compraventa. Si se llegara a anular el acto aparente (la compraventa), valdría el acto oculto (la donación), siempre y cuando se cumpla con los requisitos de forma establecidos por los artículos 1623 a 1625 del Código Civil, y en concordancia con lo prescrito por el artículo 191 de dicho cuerpo legal.

5.36.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa simple como la donación disimulada de compraventa son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

5.36.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa simple y la donación disimulada de venta pueden revestir apariencia civil, mercantil o especial; pero en el caso de la donación disimulada de venta, en el fondo se tratará de un acto de carácter civil.

5.36.5. En cuanto a su autonomía

Ambos contratos son de carácter principal, pues para tener existencia no requieren que les preceda contrato alguno.

5.36.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. La donación disimulada de venta también lo es, con la salvedad de que si el acto llegara a anularse carecería de valor si es que no cumple con los requisitos de forma que la ley establece para el contrato de donación.

5.36.7. En cuanto al tiempo

Ambos contratos tienen vocación de ejecución instantánea e inmediata; lo que no obsta para que las partes puedan haber establecido plazos suspensivos con respecto a la ejecución de las prestaciones materia de los mismos, caso en el cual estaremos frente a contratos de duración.

5.36.8. En cuanto a su negociación

La compraventa simple puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación disimulada de venta, dada esta especial característica, necesariamente tendría que ser un contrato de negociación previa.

5.36.9. En cuanto al rol económico

Sobre este punto diremos que ambos contratos son de disposición.

5.36.10. En cuanto a su función

Por su función, los contratos bajo estudio son fundamentalmente constitutivos, pero podrían —en casos excepcionales— ser de carácter regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivos.

5.36.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos contratos son de carácter individual, pues solamente implican a las partes que han intervenido en su celebración.

5.36.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La donación disimulada de compraventa sólo tendría esta característica en apariencia, pues en realidad —al ser una donación— estaríamos frente a un contrato de prestación unilateral.

5.36.13. En cuanto a la valoración

En apariencia ambos son contratos celebrados a título oneroso; pero en realidad sólo la compraventa tiene esta característica, pues la donación disimulada de venta es —en el fondo— un contrato celebrado a título gratuito.

5.36.14. En cuanto al riesgo

Ambos contratos son fundamentalmente celebrados a título conmutativo, pero en el plano teórico nada impediría que se celebraran de manera aleatoria.

5.36.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, ambos contratos, al igual que todos los del Derecho Peruano son meramente obligatorios u obligacionales.

5.37. Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor

Antes de iniciar el estudio comparativo de la compraventa con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, consideramos necesario precisar que el supuesto en el cual ambas figuras podrían revestir cierto parecido es aquél en que se celebra un contrato de cesión de posición contractual, de cualquiera de estas dos formas: si en el contrato (tripartito) el vendedor cede su posición contractual al tercero, con asentimiento del comprador; o si el comprador cede su posición contractual al tercero, con asentimiento del vendedor.

Es a este último supuesto al que nos vamos a referir.

5.37.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado, en tanto la cesión de posición contractual es una figura contractual también nominada, pero que tiene regulación en la Parte General de Contratos (artículos 1435 a 1439), tema que es abordado con carácter

general y no referido exclusivamente a la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor.

5.37.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico, en tanto la cesión de posición contractual es un mecanismo contractual también de carácter típico.

5.37.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. Lo mismo podría decirse de la cesión de posición contractual de vendedor o de comprador, luego de producida la cual, el tercero cesionario ocupará el lugar que originariamente ocupaba el comprador cedente o el vendedor cedente en el contrato de compraventa.

5.37.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, tanto la compraventa como la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor pueden ser considerados contratos civiles, mercantiles o de naturaleza diversa (especial).

5.37.5. En cuanto a su autonomía

Mientras la compraventa es un contrato principal, la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor no lo es. Se trata de un contrato derivado, pues tiene por finalidad mantener una relación contractual similar a la que existía antes de su celebración (la compraventa), pero con distinto comprador o diferente vendedor. Obviamente, no se concibe una cesión de posición contractual (en términos generales) ni una cesión de posición contractual de comprador o de vendedor (en especial), sin la existencia —en este último caso— de un contrato de compraventa.

5.37.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. En lo que respecta a la cesión de posición contractual, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1436 del Código Civil, norma que establece que la forma de la transmisión se define en función del acto que sirve de base a la cesión y se sujeta a las disposiciones legales pertinentes. Esto significa que si el acto originario (el que sirve de base a la cesión) es una compraventa celebrada de manera consensual, la cesión de posición contractual no requerirá de alguna formalidad adicional. En cambio, sí requeriría de formalidades adicionales en caso las partes se hubieran impuesto, ellas mismas, alguna formalidad especial para la celebración del contrato de compraventa.

5.37.7. En cuanto al tiempo

Por el tiempo, el contrato de compraventa y la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, son actos con vocación de ejecución inmediata e instantánea, sin perjuicio de que las partes pacten en contrario, de acuerdo a sus intereses.

5.37.8. En cuanto a su negociación

El contrato de compraventa puede celebrarse ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En tanto la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, dada su naturaleza y peculiaridades, no es un contrato susceptible de estar comprendido en formularios tipo, vale decir, que se celebre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales.

5.37.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la cesión de posición contractual sería un contrato de cambio, de disposición y también de colaboración.

5.37.10. En cuanto a su función

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo y por excepción modificatorio o regulatorio. La cesión de posición contractual nunca podría ser constitutiva, pues —como ha sido dicho oportunamente— requiere de la preexistencia de un contrato que sirva de base a la cesión.

Por último, cabe anotar que ninguno de los dos contratos revestirá carácter extintivo.

5.37.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa es un contrato individual, pues sólo obliga al comprador y al vendedor que lo celebran. En tanto la cesión de posición contractual de comprador o vendedor también sería un contrato individual, pero obligaría no a dos partes sino a tres: el cedente (comprador o vendedor), el cedido (vendedor o comprador) y el tercero cesionario.

5.37.12. En cuanto a la prestación

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual podría ser tanto de prestaciones recíprocas (en la medida que el comprador o vendedor cedente reciba del tercero una contraprestación a cambio de la cesión efectuada), o de prestación unilateral, en caso no exista dicha contraprestación.

5.37.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acaba de ser señalado en el punto anterior, resulta claro que la compraventa será siempre un contrato que se celebre a título oneroso. En tanto la cesión de posición contractual de comprador o vendedor se celebrará, ya sea a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

5.37.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. La cesión de posición contractual de comprador o vendedor no ha merecido por parte de la doctrina un cuestionamiento al respecto. Sin embargo, pensamos que tal situación obedece al hecho de que se parte de la idea de su conmutatividad, pero a nuestro entender no es la conmutatividad lo que debe definir el punto de partida de este contrato, sino, por el contrario, la aleatoriedad, ya que será muy probable que el cedente proceda a ceder un derecho sin exacto conocimiento de su contenido, asumiendo el tercero cesionario las consecuencias de un acto de esta naturaleza.

5.37.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor son contratos meramente obligatorios u obligacionales, al igual que todos los comprendidos o regulados en el Derecho Peruano.

5.38. Con la gestión de negocios

Antes de iniciar el estudio comparativo del contrato de compraventa con la gestión de negocios, debemos precisar que el punto en donde consideramos existiría confluencia entre ambas figuras, es aquél en el cual el gestor, dentro de la realización de actos propios de su gestión, deba adquirir la propiedad de uno o más bienes en beneficio de otro que lo ignora, teniendo derecho al reembolso de dichos gastos.

5.38.1. En cuanto al nombre

Mientras el contrato de compraventa es uno de carácter nominado, la gestión de negocios es una fuente de las obligaciones que también comparte la característica de ser nominada.

5.38.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico (artículos 1529 a 1601 del Código Civil), la gestión de negocios es una fuente de las obligaciones distinta de los contratos (la ley misma), que está regulada entre los artículos 1950 y 1953 del Código Civil.[123]

5.38.3. En cuanto a su estructura

A través de la gestión de negocios la ley obliga al beneficiado por los actos del gestor a retribuir aquellos gastos efectuados por el gestor, con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.

En virtud a lo señalado, la obligación de reembolso es impuesta por la ley, que es la fuente de obligaciones que vincula al gestor con el beneficiario de la gestión; a diferencia de la compraventa, que es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

Con ello no queremos decir que la relación jurídica creada por la gestión de negocios no sea simple; lo que queremos expresar es que a pesar de serlo, no nace en virtud de un contrato.

5.38.4. En cuanto a su contenido o área

Tanto el carácter o contenido de la compraventa como el de la gestión de negocios, puede ser civil, mercantil o especial, dependiendo de en qué consisten los actos de gestión, por un lado, y el objeto de la compraventa, por otro.

---

[123] Los textos de los citados numerales son los siguientes:

Artículo 1950.- «Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste».

Artículo 1951.- «Cuando los actos a que se refiere el artículo 1950 fueran asumidos conjuntamente por dos o más personas, la responsabilidad de éstas es solidaria».

Artículo 1952.- «Aunque no hubiese ratificación expresa, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión, debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas; reembolsar los gastos efectuados por el gestor con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.

La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultase provecho alguno».

Artículo 1953.- «El juez apreciará las circunstancias que indujeron al gestor a encargarse de la gestión para fijar la amplitud de su responsabilidad, establecer el monto de los gastos que deban reembolsársele y fijar la indemnización por los daños y perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de la gestión».

5.38.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa es un contrato principal. La gestión de negocios no puede ser calificada como tal, pues es una obligación nacida en virtud de la ley, pero se asemeja a la compraventa en cuanto no requiere de la preexistencia de contrato alguno.

5.38.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato de carácter consensual. La obligación de retribuir la gestión de negocios nace por mandato de la ley.

5.38.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea, la gestión de negocios está destinada a tener una duración mayor en el tiempo, ya que se prolongará durante todo el lapso en el cual el gestor realice los actos de gestión, hasta que los mismos sean reembolsados por el beneficiario de dicha gestión.

5.38.8. En cuanto a su negociación

La compraventa es un contrato que puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la gestión de negocios es una fuente de obligaciones de origen legal.

5.38.9. En cuanto al rol económico

El contrato de compraventa es de cambio y de disposición; mientras la gestión de negocios podría ser calificada como un acto de colaboración.

5.38.10. En cuanto a su función

Consideramos que la compraventa y la gestión de negocios son fundamentalmente constitutivos de obligaciones. En el caso de la gestión de negocios nacerán en el beneficiario de la gestión las obligaciones establecidas en el artículo 1952 del Código Civil.

5.38.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Al respecto, podemos decir que la compraventa es un contrato de carácter individual, pues sólo concierne a quienes participan en su celebración; en tanto la gestión de negocios es una figura legal que —igualmente— sólo vincula al gestor y al beneficiado por la gestión.

5.38.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La gestión de negocios también implica reciprocidad, en la medida en que se den los supuestos de los artí-

culos 1950 y 1951, derivándose las consecuencias previstas en los numerales 1952 y 1953 del Código Civil.

5.38.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso. La gestión de negocios también implica onerosidad, en tanto los actos realizados por el gestor deberán recibir o merecer reembolso o indemnización de parte del beneficiario de los mismos.

5.38.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, la gestión de negocios es una figura netamente aleatoria, pues el gestor —al tomar por propia iniciativa la realización de los actos establecidos en el artículo 1950—, es decir careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debiendo desempeñarla en provecho de éste.

Decimos que se trata de una figura aleatoria, por cuanto el gestor no tendrá la certeza de que al final el beneficiado por su gestión le termine pagando, o si, por el contrario (en caso el resultado de la gestión no haya sido satisfactorio), el titular del bien o negocio termine reclamando al gestor una indemnización por los daños y perjuicios derivados —precisamente— de su gestión.

5.38.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de compraventa es de carácter meramente obligatorio u obligacional, en tanto la gestión de negocios implica un mandato legal de la misma naturaleza.

5.39. Con la promesa unilateral

La promesa unilateral es una figura regulada dentro de las Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil Peruano, entre los artículos 1956 y 1968 del mismo.[124]

---

[124] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 1956.- «Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.

Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa».

Artículo 1957.- «La promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas».

Artículo 1958.- «La persona en favor de la cual se hace por declaración unilateral una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, queda dispensada de probar la relación fundamental, cuya existencia se presume».

Artículo 1959.- «Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien

Tal vez el supuesto donde la promesa unilateral encuentre un mayor parecido con el contrato de compraventa sería aquél en el cual, por ejemplo, alguien que ha perdido su perro ofrezca a través de un aviso publicado en el periódico una recompensa de mil nuevos soles a quien se lo entregue sano y salvo. En caso alguna persona lo encuentre, lo devuelva y se haga acreedora de la recompensa, tendremos una figura en la cual el dueño del perro recibirá a su animal (un bien) y entregará la cantidad de dinero prometida a aquél que lo encontró y se lo trajo.

No cabe duda de que una figura de estas características revestiría un parecido bastante grande con la denominada compra de bien propio, supuesto que analizaremos oportunamente.

---

se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública».

Artículo 1960.- «Cualquiera que se encuentre en la situación prevista en la promesa o haya ejecutado el acto contemplado en ella, puede exigir la prestación ofrecida.

Si varias personas tuvieran derecho a dicha prestación, ésta corresponde a aquélla que primero dé noticia al promitente de encontrarse en la situación o haber ejecutado el acto».

Artículo 1961.- «Si varias personas cooperan al objeto para el cual se prometió públicamente la prestación, ésta será dividida equitativamente entre todas, atendiendo a la parte que cada una tuviera en el resultado».

Artículo 1962.- «La promesa pública sin plazo de validez determinado, bien sea por no haberlo fijado el promitente o por no resultar de la naturaleza o finalidad de la promesa, obliga al promitente sólo por el plazo de un año contado a partir del momento en que se hizo pública».

Artículo 1963.- «Toda promesa al público puede ser revocada por el promitente en cualquier momento.

Empero, si fuese con plazo de validez determinado, sólo por justo motivo podrá ser revocada por el promitente dentro del indicado plazo, con cargo de indemnizar los daños y perjuicios que la revocación ha causado a quienes justificadamente depositaron su confianza en la vigencia de la promesa».

Artículo 1964.- «La revocación de que trata el artículo 1963 no tiene validez en los siguientes casos:

1. Si no se ha hecho pública en la misma forma de la promesa o en forma equivalente.
2. Si ya se hubiera verificado la situación prevista en la promesa o se hubiera ejecutado el acto contemplado en ella».

Artículo 1965.- «Puede renunciarse anticipadamente al derecho de revocar la promesa».

Artículo 1966.- «La promesa de prestación como premio de un concurso sólo es válida cuando se fije en el anuncio un plazo para la realización del concurso.

La decisión relativa a la admisión de los concursantes o al otorgamiento del premio a cualquiera de ellos, corresponde exclusivamente a las personas designadas en la promesa y, a falta de esta designación, al promitente, siendo obligatoria en ambos casos la decisión».

Artículo 1967.- «Las obras premiadas en los concursos de que trata el artículo 1966 sólo pertenecen al promitente si así se hubiera estipulado (sic) en el anuncio de la promesa».

Artículo 1968.- «Rigen, además, las disposiciones de los artículos 1361, segundo párrafo, 1363, 1402, 1409 y 1410, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la promesa».

5.39.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la promesa unilateral constituye una fuente de obligaciones de carácter no contractual (de naturaleza legal), también nominada y conocida con ese nombre desde hace mucho tiempo.

5.39.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico. La promesa unilateral es una figura legal típica, tanto en el aspecto legal como en el aspecto social.

5.39.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica entre comprador y vendedor. La promesa unilateral también es de carácter simple, ya que es una figura que en virtud del mandato legal vincula al promitente y al destinatario de la promesa que cumple con el objeto de la misma.

5.39.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. La promesa unilateral, dadas sus características y estructura, fundamentalmente será de naturaleza civil.

5.39.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa es un contrato principal, pues no requiere para su validez de la preexistencia de algún otro contrato. La promesa unilateral también es una figura de carácter principal, pues para nacer resulta irrelevante que le preexista alguna otra.

5.39.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato de carácter consensual. La promesa unilateral, en principio, también lo es.

5.39.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata, la promesa unilateral es una figura con vocación de duración en el tiempo, por lo menos en tanto dure el plazo de la misma o, en caso de ser indeterminado (y el promitente no lo revoque), hasta que algún destinatario de la promesa cumpla con ejecutar aquello que ha sido objeto de la misma.

5.39.8. En cuanto a su negociación

La compraventa, como contrato que es, puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. La promesa unilateral

no requiere de acuerdo alguno, bastando con la manifestación de voluntad de aquél que formula la promesa.

5.39.9. En cuanto al rol económico

Respecto al rol económico, sabemos que el contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición. Dentro de tal orden de ideas, la promesa podría ser calificada como de colaboración y de disposición.

5.39.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la promesa unilateral tienen carácter eminentemente constitutivo. Sería difícil imaginar una promesa unilateral de carácter modificatorio o regulatorio (a diferencia de la compraventa, que sí puede revestir este carácter). Pero ninguna de las dos figuras tendrá función extintiva.

5.39.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

En la compraventa quedan obligados comprador y vendedor, razón por la cual se le considera un contrato de carácter individual.

La promesa unilateral también sería individual, pues sólo vincula al que efectúa la promesa con aquél que cumple con obtener el objeto de dicha promesa y decide hacer efectiva la recompensa ofrecida.

5.39.12. En cuanto a la prestación

Por la prestación, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. En la promesa unilateral siempre debe haber reciprocidad, en la medida en que el acto celebrado implica de por sí la ejecución de una recompensa en favor de aquél que cumple con un determinado acto o hecho, conforme a lo ofrecido.

5.39.13. En cuanto a la valoración

La compraventa y la promesa unilateral son actos de carácter oneroso. Sería imposible imaginar una promesa unilateral de carácter gratuito, pues si así fuese, simplemente no se estaría prometiendo nada.

5.39.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. La promesa podría revestir similares características, ya que en principio, cuando se promete algo, el destinatario de la promesa sabe qué es lo que se va a ejecutar. Si dicho destinatario obtiene aquéllo por lo que se ha ofrecido algo en la promesa,

tendrá derecho a reclamarlo —naturalmente, siempre y cuando cumpla con entregar aquello que era materia de la promesa—.

5.39.15. En cuanto a sus efectos

Tanto la compraventa como la promesa unilateral tienen carácter meramente obligatorio u obligacional.

5.40. Con el contrato de facturación (*factoring*)

5.40.1. En cuanto al nombre

Dentro del Derecho de nuestra tradición jurídica, el contrato de facturación ha ingresado proveniente del Derecho Anglosajón, donde recibe el nombre de *factoring*, y sólo en las dos últimas décadas ha venido siendo conocido en nuestro país.

En este sentido, podríamos decir que es un contrato nominado, que se conoce en el Perú fundamentalmente con el nombre de *factoring* y no de facturación.

Dentro de tal orden de ideas, comparte dicho rasgo característico con la compraventa, más allá de que este último es un contrato muchísimo más antiguo.

5.40.2. En cuanto a su regulación

El contrato de *factoring* es un contrato atípico legal, ya que no merece regulación en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Ahora bien, en lo que se refiere a su tipicidad social, el mismo viene adquiriéndola paulatinamente, sobre todo en cierto sector de nivel socioeconómico alto del mundo jurídico y comercial, mas no ha sido asimilado aún por la sociedad en su conjunto, a diferencia del contrato de compraventa, que es típico legal y típico social.

Sobre el concepto del *factoring*, Max Arias-Schreiber Pezet y Angela Arias-Schreiber Montero,[125] anotan que los sujetos del contrato de facturación son el cliente y la empresa de facturación o factor.

Agregan que el cliente, llamado también factorado, es el que celebra con la entidad de facturación el contrato, persiguiendo la obtención de los servicios de gestión, garantía y financiación que el factor le brinda, pudiendo ser una persona natural o jurídica. En tanto, la empresa de facturación, compañía de *factoring* o factor, es una empresa financiera o un banco que por autorizarlo la ley presta el conjunto de servicios que comprende el *factoring*.

[125] Arias-Schreiber Pezet, Max y Ángela Arias-Shcreiber Montero. *Los contratos modernos*. Lima: WG Editor, 1994, tomo I, pp. 68-70.

Señalan los profesores citados que los deudores del cliente no integran el contrato, pero son sujetos colaterales, ya que deben ser notificados de la cesión del crédito o créditos, a fin de cancelar las facturas; a pesar de lo cual su consentimiento no es necesario para la validez de la cesión, pues ésta puede llevarse a cabo sin tal requisito, en aplicación del principio contenido en el artículo 1206 del Código Civil Peruano.

Sobre el objeto de este contrato, anotan que puede afirmarse que, desde el punto de vista del cliente, es la intención de obtener los servicios administrativos y de gestión que el factor pueda brindarle, además de la financiación que puede suponerle la cesión de su cartera de clientes. Desde el punto de vista de la entidad de facturación, el objeto consiste en el propósito de obtener una comisión por los servicios que presta, además de un interés en caso de brindar financiación al cliente.

Luego, refiriéndose al objeto de las prestaciones que surgen de las obligaciones derivadas de esta figura, señalan que al tratarse de un contrato complejo, su objeto es también diverso. Así, en primer lugar, a cargo del factor, el objeto consiste en la prestación de una gama de servicios de índole administrativa; tratándose básicamente de servicios de gestión de cartera, investigación de clientela, contabilidad y cobranza, pudiendo extenderse también a servicios de garantía en caso que el factor asuma el riesgo de insolvencia de los deudores, y de financiación en caso que así se hubiere pactado.

En segundo término, refieren que el objeto de las prestaciones a cargo del facturado son los créditos que éste se obliga a ceder al factor, los mismos que pueden estar representados por títulos valores, facturas, recibos, etc., indistintamente, pudiendo tratarse de créditos vencidos o no, existentes o futuros.

En tercer término, como contraprestación a los servicios que se le prestan, el facturado está obligado al pago de una suma de dinero, generalmente en forma de comisión a razón de un tanto por ciento.

Finalmente, los autores citados señalan que el objeto de la prestación a cargo del facturado puede consistir también en una abstención, lo cual ocurre cuando se pacta la exclusividad del *factoring* a favor de la entidad financiera; casos en los cuales el cliente debe abstenerse de ceder sus créditos a otras entidades mediante nuevos contratos de *factoring*.

5.40.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

En cambio, el contrato de facturación es un contrato complejo, pues como dicen Max y Ángela Arias-Schreiber, [126] en él concurren tanto un arrendamiento de ser-

[126] *Ibidem*, pp. 70-72.

vicios como una comisión de cobro, una asunción de créditos y una asunción *pro nuptio.*

Señalan que en realidad no existe unanimidad de opiniones respecto a su naturaleza jurídica, considerándosele, en términos generales, como un contrato de financiación.

Citan el parecer de Eduardo Guillermo Cogorno, quien anota que este contrato no se relaciona con ningún otro, sino que es un contrato especial de naturaleza jurídica propia, que puede ser encuadrado dentro de los contratos de crédito. En él, el factor adquiere los créditos mediante la cesión de derechos y acciones, que si se realiza a cambio de un precio, como sucede en esta materia, adopta las características de una compraventa, pero si bien en realidad —opina Cogorno— dentro de este contrato existe la compraventa, ésta es sólo un medio para materializar el crédito que se obtiene con el adelanto del capital por parte de la entidad financiera.

No compartimos el parecer de Cogorno, ya que si el contrato de *factoring* guarda similitud con algún otro acto típico, no es con la compraventa, sino —en todo caso— con la cesión de créditos o derechos crediticios.

5.40.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como uno mercantil o de naturaleza especial, el contrato de *factoring* es, fundamentalmente, un contrato financiero.

5.40.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa —no cabe ninguna duda— es un contrato principal, pues para existir no requiere de ningún otro contrato.

En cuanto al contrato de facturación, Max y Ángel Arias-Schreiber[127] sostienen que se debate en doctrina si este contrato es definitivo o preparatorio. Recuerdan que autores como Bianchi y Sussfeld, consideran que el contrato de facturación es en realidad un acuerdo preliminar, por el cual el cliente se obliga a ofertar al factor los créditos que surjan de su actividad empresarial. Si la oferta es aceptada por la empresa de facturación, se celebra, en cada caso, un negocio de cesión de tales créditos. Según estos autores existen dos momentos distintos: el contrato de *factoring* como obligación de ofertar, y la posterior cesión de cada crédito; surgiendo las obligaciones del acuerdo preliminar únicamente para el cliente, ya que el factor podría rechazar las ofertas de cesión que aquél fuese haciendo a su favor, sin estar comprometido a aceptarlas.

[127] *Ibidem*, pp. 71 y 72.

Arias-Schreiber sostiene además que la tesis del *factoring* como contrato definitivo, por el contrario, expresa que este instituto entraña una cesión global de créditos existentes y futuros; no presentándose, pues, dos momentos distintos, sino uno solo: la cesión de los créditos se produce en el momento de celebrarse el contrato, aun cuando pueda pactarse que, en cada caso, dicha cesión tenga como condición suspensiva que aquéllos reúnan las condiciones previstas en el contrato. Max y Angela Arias-Schreiber se inclinan por la segunda de las tesis expuestas, pues consideran que contemplando todos los elementos presentes en el *factoring* —que no se limitan a la cesión de créditos, sino que abarcan servicios de diversa índole— no hay nada que se oponga a considerarlo como un contrato definitivo cuya ejecución se verifica a lo largo del tiempo; a pesar de lo cual comparten el parecer de García-Cruces cuando sostiene que no obstante el carácter definitivo del *factoring*, no puede olvidarse que, en ocasiones, este contrato se configura no con carácter definitivo y traslativo, sino, por las razones que sean, como un contrato cuadro (entendemos que se refiere a lo que conocemos como un contrato tipo) respecto a los posteriores negocios de cesión.

5.40.6. En cuanto a su formación

Dado que este contrato se asemeja a la cesión de derechos, sería un contrato de carácter formal, pues se debe celebrar por escrito, en virtud de lo establecido por el artículo 1207 del Código Civil Peruano. A diferencia del contrato de compraventa que —como sabemos— es un contrato consensual.

5.40.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en este trabajo). En tanto el contrato de *factoring* es de duración, pues tiene por finalidad prolongar su duración en el tiempo, siempre que se tengan que ejecutar las obligaciones nacidas del mismo.

5.40.8. En cuanto a su negociación

Mientras la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de *factoring* puede ser por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.40.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el *factoring* es un contrato de cambio, disposición y colaboración.

5.40.10. En cuanto a su función

Pensamos que tanto la compraventa como el *factoring* son contratos fundamentalmente constitutivos, pudiendo —de manera excepcional— revestir carácter modificatorio o regulatorio, mas no creemos que en ningún caso puedan ser extintivos.

5.40.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos son contratos individuales, pues solamente obligan a las partes que intervienen en su celebración. En la compraventa, al comprador y al vendedor; y en el *factoring*, al cliente y a la empresa de facturación (también llamada factor).

5.40.12. En cuanto a la prestación

La compraventa y el contrato de facturación son contratos con prestaciones recíprocas. En este último caso, la prestación del cliente tiene como correlato la de la empresa de facturación o factor.

En el plano teórico, cabría imaginar un contrato de facturación que se celebrara con prestación unilateral, vale decir, uno en el cual solamente el factor asumiese obligaciones, pero dado que se trata de un contrato de carácter mercantil, ello sería algo inusitado en la práctica.

5.40.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acaba de ser señalado en el punto anterior, ambos contratos son celebrados a título oneroso; y en el contrato de facturación, el factor recibe la tarifa de facturación y la tasa de interés, en caso éste se haya pactado.

5.40.14. En cuanto al riesgo

Se ha dicho que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En cuanto al contrato de facturación podemos decir que tiene rasgos aleatorios, en la medida en que la entidad de facturación no conocerá exactamente —al momento de celebrar el contrato— cuál será el monto total de dinero que perciba por efectos de la cesión de la cartera del cliente; ya que, nada nos asegura que los créditos realmente podrán ser cobrados, además de los gastos en que tenga que incurrir el factor para poder conseguir la finalidad esperada.

5.40.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de *factoring* es, al igual que la compraventa, un contrato meramente obligatorio u obligacional.

5.41. Con el contrato de franquicia (*franchising*)

5.41.1. En cuanto al nombre

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de franquicia son de carácter nominado. La franquicia, originaria de los Estados Unidos de América (*franchising*), es tal vez uno de los contratos modernos que más difusión ha tenido en nuestro país en las dos últimas décadas, sobre todo con la celebración de franquicias entre empresas franquiciantes extranjeras y compañías franquiciadas peruanas. Casos y ejemplos sobran.

Por lo demás, estimamos que el concepto y el nombre del contrato de franquicia no se han limitado al ámbito jurídico y comercial, sino que muchas personas conocen acerca de qué trata.

5.41.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es un contrato típico legal y social, la franquicia es un contrato atípico legal, pero que va adquiriendo paulatinamente tipicidad social.

5.41.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple. La franquicia es un contrato complejo, pues presenta elementos que son propios de otros contratos.

Según refieren los profesores Arias-Schreiber,[128] no es fácil definir al contrato de franquicia, debido a que concurren caracteres o modalidades propias de otros contratos, tales como la licencia, el *know how*, el uso del nombre comercial y otros.

Así, recuerdan que el profesor Juan M. Farina señala que la franquicia es básicamente una suerte de simbiosis. Una parte, que es conocida como franquiciante, otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franquiciado, para que venda productos o servicios de su titularidad. También traen a colación las expresiones de los profesores Paulo C. Mauro y Gerardo Saporisi, cuando afirman que el contrato de franquicia es el documento que pone en claro el tipo de relación existente entre el franquiciante y el franquiciado dentro del sistema de la franquicia: mostrando qué papel corresponde a cada uno en el desarrollo del negocio, sus responsabilidades, derechos y limitaciones. Agregan que de esta manera, una vez que está bien definida la operación de *franchising*, con sus manuales de operación elaborados, es que puede comenzar a pensarse en la formalización del contrato de franquicia.

Max y Ángela Arias-Schreiber también citan las expresiones de Hernán Figueroa Bustamante, cuando señala que por este contrato una empresa matriz o principal

[128] *Ibidem*, pp. 102 y ss.

promueve y constituye una serie de empresas autónomas vinculadas, a fin de encomendarles la producción o venta de sus productos o servicios, permitiendo que sean ofrecidos al consumidor a precios más accesibles. Así, una empresa principal franquiciante o concedente otorga a la empresa vinculada y eventualmente controlada, franqueada o concesionaria, que actúa con gestión y riesgo propio, el derecho de ejercitar en determinadas condiciones y bajo el control de la concedente, una actividad que por lo general es de producción de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes o de signos distintivos u otros elementos de identificación de la concedente, sea de patentes de invención o de otros conocimientos y de la asistencia técnica de la concedente, a cambio de un precio o compensación compuesto de una renta fija y una variable proporcional a los ingresos producidos por la explotación del negocio por parte de la concesionaria.

También citan las expresiones del profesor francés Jean Guyenot, quien indica que son concesiones de una marca, producto o servicio a la que se añade la concesión de un conjunto de métodos y medios propios para que la empresa concesionaria asegure la explotación racional de la concesión, administrando la mejor rentabilidad para el concedente y concesionario.

Asimismo, recogen la opinión de Jaime Alberto Arrubla Páucar, quien sostiene que la franquicia se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión de conjunto de métodos y medios de venta. También ha sido definido como el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca por la venta de productos o servicios.

Finalmente, para los profesores Arias-Schreiber, el contrato de franquicia es aquél por el cual se otorga licencia a un comerciante independiente, para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio, más usualmente una regalía sobre las ventas. Agregan que se ha destacado que el significado idiomático de la palabra *franchising* no expresa con exactitud el concepto que encierra el contrato. Siendo ésta, por lo demás, una característica propia de los contratos modernos, generalmente surgidos en países anglosajones, los que han venido utilizando sus propias denominaciones, a su vez incorporadas a los países latinos.

Agregan que este contrato es un medio en virtud del cual el titular de una marca o nombre comercial llega al consumidor final, pasando por una serie de establecimientos comerciales, previa fabricación del producto u otorgamiento del servicio de una marca o del nombre, de acuerdo a las instrucciones y exigencias del titular. Se trata, en suma, de un medio de colaboración para asegurar la distribución de un producto o servicio, en mercados competitivos.

Cabe agregar, como expresan Max y Ángela Arias-Schreiber, que el contrato de franquicia es *intuitu personae*, pues en él el factor confianza es fundamental, ya que generalmente los franquiciantes ponen mucho cuidado en escoger a los franquiciados, esperando de ellos lealtad, trabajo, espíritu de empresa y, en suma, capacidad e idoneidad. Refieren que uno de los factores más trascendentes para lograr éxito en esta especie de distribución es la capacidad gerencial del franquiciado, quien en realidad maneja su propio negocio y ésta es una de las características que distinguen al *franchising* del contrato de distribución. Así —anotan— al manejar su propio negocio, resulta obvio que el franquiciado debe ser apto para ello, teniendo las calidades necesarias para operar una empresa pequeña o mediana, por sí solo y a la distancia del franquiciante, muchas veces en zonas alejadas y de difícil acceso, debiendo tener condiciones para operar normalmente día a día.

5.41.4. En cuanto a su contenido o área

Sin duda la franquicia es un contrato de naturaleza mercantil. En cambio la compraventa puede ser tanto mercantil como civil o especial.

5.41.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos principales, pues para tener existencia no dependen jurídicamente de otro contrato.

Siguiendo a Arias-Schreiber,[129] diremos que en doctrina no se ha establecido con claridad cuál es la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Ellos piensan que se trata de una aglutinación de modalidades de diversos contratos (marca, licencia, distribución, representación), aun cuando hay autores que lo califican como una de las formas de concesión más recientes —caso de Arrubla Páucar—. En tanto que para Etcheverry, es un contrato completo que involucra en sus múltiples normas legales de Derecho, entre otros, de Derecho Comercial, Industrial, Constitucional y De competencia, toda vez que las relaciones entre las partes, así como sus derechos y deberes, sus responsabilidades y el funcionamiento del propio contrato, deben necesariamente considerar las regulaciones legales referenciadas.

5.41.6. En cuanto a su formación

En el plano teórico, el contrato de franquicia podría ser de carácter consensual, ya que no existe norma alguna que lo regule ni mucho menos que imponga formalidades para su celebración. Pero, en la práctica siempre se celebra por escrito en formularios pre-impresos, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

[129] *Ibidem*, p. 110.

5.41.7. En cuanto al tiempo

El contrato de compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en este trabajo). En cambio, la franquicia es un contrato de duración.

5.41.8. En cuanto a su negociación

Independientemente de los tratos comerciales que existan entre las empresas que pactan un contrato de franquicia, la celebración propiamente dicha de este acto es siempre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, las mismas que son impuestas por una parte (la empresa franquiciante) a otra (la empresa franquiciada).

5.41.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la franquicia es un contrato de cambio, pudiendo ser de disposición (cuando recaiga sobre bienes), y también es de cooperación, entre franquiciante y franquiciado.

5.41.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque en el plano teórico podrían ser regulatorios o modificatorios, pero nunca extintivos.

5.41.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos son contratos individuales, pues sólo vinculan jurídicamente a las partes que intervienen en su celebración.

5.41.12. En cuanto a la prestación

La compraventa y la franquicia son contratos con prestaciones recíprocas.

5.41.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato esencialmente oneroso. La franquicia también, sobre todo si tenemos en consideración su naturaleza mercantil. Imaginar una franquicia que se celebre a título gratuito o de liberalidad, sólo cabría en el terreno teórico.

5.41.14. En cuanto al riesgo

El contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Podría decirse lo mismo del contrato de franquicia, a pesar de que la doctrina

generalmente lo estima como conmutativo. Sin embargo, creemos resulta susceptible imaginar su celebración con rasgos de aleatoriedad, de la más variada índole.

5.41.15. En cuanto a sus efectos

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.42. Con el contrato de fideicomiso

5.42.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el fideicomiso son contratos nominados.

Según anota Manuel de la Flor Matos,[130] fideicomiso deriva del latín *fides commisus*; siendo el significado de *fides* «fe», y de *commisus* «comisión» o «encargo», por lo que esta palabra sugiere un encargo de confianza o una comisión basada en la fe que merece una persona. Agrega que lo propio ocurre con la palabra *fiducea* (expresión con la cual se conoce a este contrato en varios países latinoamericanos), la misma que también deriva del vocablo latín *fides* que, como se dijo anteriormente, significa —en términos generales— fe, confianza o aquéllos que depende del crédito que merece una persona.

De la Flor cita a Fraenkel, autor que ha estudiado el tema desde el plano filológico, quien caracteriza la *fides* genéricamente como la confianza en algo, señalando después en concreto los matices de esta primera idea. Precisa como uno de los matices, el hecho de que la *fides* radique en una propiedad moral que, atribuida a una persona, da lugar a la confianza, ya sea por amistad, lealtad, probidad, rectitud de conciencia, etc.; presentando como otro caso, la confianza que se puede tener a alguien por sí mismo; en otras palabras, que se confía en una persona haciendo abstracción de sus probables cualidades.

De la Flor resalta que Fraenkel hace referencia expresa a la confianza en la palabra dada por el solo hecho de ser dada, como la posibilidad más característica de la *fides* en su primera y más antigua acepción.

Manuel de la Flor considera importante lo expresado, pues el contenido del fideicomiso reviste infinidad de matices, variando desde su más antigua acepción en la época romana, hasta aquélla que se sustenta en el prestigio, excelencia y solvencia económica de los bancos.

Dentro de tal orden de ideas, podemos decir que en el Perú el contrato de fideicomiso es de carácter nominado, habiendo comenzado a emplearse y ser conocido

---

[130] De la Flor Matos, Manuel. *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú el martes de 7 de enero de 1997, p. 3.

en los últimos años, sobre todo desde que empezó a tener regulación legislativa en la derogada Ley de Bancos (Decreto Legislativo n.° 770).

Anteriormente, se le conocía tanto como fideicomiso o como *trust*, palabra anglosajona, que denota también los orígenes del fideicomiso en la historia reciente.

En este sentido, puede decirse que tanto el fideicomiso como la compraventa son en el Perú contratos nominados.

5.42.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la compraventa y el fideicomiso son contratos típicos legales. La compraventa se encuentra regulada en el Código Civil. El fideicomiso no se encontraba regulado de manera expresa en nuestra legislación con anterioridad al Decreto Legislativo n.° 770 (antigua Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros), pero en base a la libertad de contratar consagrada en la Constitución Política del Perú y en lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 1354:

> Artículo 1354.- «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Puede decirse, como afirma De la Flor Matos, que estaba permitido constituir un negocio fiduciario en nuestra legislación ello, a pesar de no haber sido contemplado expresamente por la ley, pues las partes tienen absoluta libertad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, siempre que no vaya en contra de una norma de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres, ni se logre mediante ella un abuso de derecho. Pero De la Flor agrega[131] que es muy cierto también que las personas en el Perú no acudían a esta figura para establecer sus relaciones jurídicas, pues resulta evidente que no estamos acostumbrados a celebrar negocios de tal envergadura, como es el consistente en la disposición de bienes, sólo basados en la confianza; siendo así como el fideicomiso nunca fue utilizado en el Perú.

Actualmente, el fideicomiso se encuentra regulado en la nueva Ley de Bancos Ley n.° 26702, de fecha 9 de diciembre de 1996, concretamente en los artículos que van del 241 al 274.

5.42.3. En cuanto a su estructura

A decir de Manuel de la Flor,[132] el contrato de fideicomiso es simple, a partir de un pensamiento unitario de lo que significa esta figura. De la Flor opina que existe una

[131] *Ibidem*, p. 225.

[132] *Ibidem*, p. 92.

unión estructural, una sola relación jurídica patrimonial constituida en esencia por elementos tanto reales como obligacionales, teniendo sus efectos un mismo fundamento causal. De este modo, estima que la causa o motivo generador del fideicomiso establece un solo vínculo entre las partes contratantes, creando éste el efecto práctico querido por las partes, razón por la cual deja de lado la posición que considera al fideicomiso como un contrato complejo, que determina que en él existen dos tipos de contratos: uno de efectos reales y otro de efectos obligacionales, que están vinculados entre sí.

En este campo, el fideicomiso se asemeja a la compraventa, que también es un contrato simple.

5.42.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que la compraventa es un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial. De acuerdo a lo expresado por Manuel de la Flor,[133] la configuración del fideicomiso dependerá de cómo lo trate la legislación de cada país. De acuerdo a ello, y por lo visto en la mayoría de las legislaciones, el fideicomiso se configuraría como un contrato especial, en este caso, propio del Derecho Bancario.

5.42.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos principales. De acuerdo a lo manifestado por De la Flor,[134] el fideicomiso tiene las características de un contrato principal, al no depender ni lógica ni jurídicamente de otro contrato, pues su existencia y validez sólo están bajo su sujeción. De esta manera, el fideicomiso por sí solo satisface plenamente el efecto práctico querido por las partes; no obstante lo cual estima necesario tener presente que existe una modalidad operativa en la cual el fideicomiso se presenta como un contrato accesorio (el fideicomiso de garantía).

5.42.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, según refiere Manuel de la Flor,[135] el fideicomiso tiene carácter de contrato solemne, pues la mayoría de las legislaciones que tratan el tema establecen formalidades para darle validez al acuerdo entre las partes para constituir este tipo de contratos.

---

[133] *Ibidem*, p. 93.

[134] *Ibidem*, p. 95.

[135] *Ibidem*, p. 103

5.42.7. En cuanto al tiempo

Sabemos que la compraventa es un contrato que generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción estudiados). En cambio, según refiere De la Flor,[136] el fideicomiso es un contrato que puede ser tanto de ejecución inmediata o diferida, pues podremos encontrarnos con fideicomisos cuyo momento de ejecución varíe según lo que determine el acuerdo constitutivo; de manera tal que tendremos contratos de fideicomiso donde los términos del mismo tengan que ejecutarse de manera inmediata o en un momento posterior. Así, De la Flor cita como ejemplo el caso en el cual el fideicomitente encarga al fiduciario en fideicomiso valores para ser negociados en el mercado a su mejor precio actual (contrato de ejecución inmediata), el supuesto de un fideicomiso establecido a favor del hijo del fideicomitente, debiendo postergarse el momento de su ejecución hasta la muerte de este último.

Asimismo, existe la posibilidad, según De la Flor, de que los contratos de fideicomiso de ejecución inmediata o diferida, se combinen con los de ejecución instantánea o de ejecución de tracto sucesivo, pues ambos criterios de clasificación son complementarios y no excluyentes.

De esta forma,[137] los contratos de fideicomiso pueden tomar las características de cualquiera de estos contratos. Así, podremos tener fideicomisos de ejecución inmediata, como por ejemplo si el encargo trata sobre la venta de un inmueble al contado y al mejor precio actual; asimismo, podemos tener contratos de tracto sucesivo, como cuando se entrega un inmueble al fiduciario con la finalidad de que éste administre una empresa.

5.42.8. En cuanto a su negociación

La compraventa y el fideicomiso pueden celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Según Manuel de la Flor,[138] el fideicomiso puede responder a una negociación previa entre el fideicomitente y el fiduciario, llegando a un acuerdo sobre los términos del contrato, o responder a la adhesión por parte de la fiduciaria, aceptando los términos planteados por el fideicomitente a fin de que se destinen los bienes a la finalidad querida por él.

De la Flor estima importante señalar que al ser las entidades financieras las que han sido aceptadas por la mayoría de legislaciones como entidades fiduciarias, el con-

[136] *Ibidem*, p. 99.

[137] *Ibidem*, p. 101.

[138] *Ibidem*, p. 104.

trato de fideicomiso rompe con la característica general de los contratos bancarios, en cuanto a la contratación en masa, donde son los clientes los que se adhieren a estos contratos, en aras de una mayor practicidad y las exigencias de la vida moderna. En el contrato de fideicomiso —dice De la Flor—, el fideicomitente o el cliente tienen un rol fundamental para la determinación de las cláusulas del contrato, donde la institución bancaria tendrá que negociar las estipulaciones del mismo con él, o simplemente adherirse a lo determinado por el fideicomitente.

5.42.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Pensamos que el fideicomiso, dadas las múltiples modalidades susceptibles de revestir, puede ser un contrato de cambio, de disposición; pero en todos los casos será un contrato de confianza. Sin duda, el fideicomiso es un contrato *intuitu personae*.

En este punto consideramos necesario hacer mención a uno de los temas que genera mayor polémica respecto al contrato de fideicomiso. Nos referimos a la posibilidad de que a través de este contrato se esté generando una especie de derecho real especial, distinto de todos aquellos que conocemos y que se encuentran regulados en el Código Civil, especialmente diferente del de propiedad. En tal sentido, si el fideicomiso constituye un derecho de estas características, tal situación marcaría una diferencia adicional importante entre el mismo y la compraventa (a través del cual, como sabemos, el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien).[139]

---

[139] Sobre este particular, resulta de sumo interés recoger las expresiones de Manuel de la Flor (De la Flor Matos, Manuel. *Op. cit.*, pp. 105-118.), que agrupa bajo el sub-título de «Propiedad fiduciaria y patrimonio especial»:

«Entre los puntos jurídicos que significan una ventaja para la realización y empleo del fideicomiso, y que lo han llevado a ser una figura muy utilizada en muchos países latinoamericanos, está, en esencia, la posibilidad de constituir lo que la doctrina ha venido en llamar como la 'propiedad fiduciaria', que tiene como característica principal el ser un patrimonio afectado al cumplimiento de una finalidad determinada. Esto conlleva a que los bienes objeto del fideicomiso escapen a las vicisitudes económicas, tanto del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, logrando que el patrimonio de éstos no se confunda con los del fideicomiso y no estén al alcance de los acreedores de las partes intervinientes en el fideicomiso. Hay que agregar, que significa una gran ventaja el hecho de que, al tenerse que cumplir con los bienes una finalidad determinada y entregar al fiduciario la propiedad en función de ello, se tenga una mayor seguridad en la obtención de los objetivos trazados.

Pero, ¿Qué tipo de propiedad es la que se transfiere al momento de la realización del fideicomiso? analizaremos este punto a partir del concepto jurídico de propiedad.

'Propiedad' para Manuel Albadalejo, en un sentido riguroso, significa 'uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes, el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud ésta —en principio— queda sometida directa

y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo'.

Este poder jurídico pleno que se concede al propietario sobre la cosa, al entregarle el señorío total sobre ésta, nos hacer ver que este poder es unitario. Sobre este poder descansan una serie de facultades o derechos, o posibilidades de hacer o no hacer sobre la cosa. En otras palabras, el ser propietario tiene como consecuencia que uno pueda usarla, disfrutarla, enajenarla, etc.

Hay que agregar que entre las otras cualidades de la propiedad como poder pleno tenemos que es un derecho absoluto, es decir que no cabe sobre una cosa un derecho más amplio que el de propiedad, y que es un derecho exclusivo, pues no permite que haya otra persona con igual derecho sobre la misma cosa.

Si bien las facultades que encierra la propiedad hacen imposible una enumeración exhaustiva de las mismas, es importante señalar las que la doctrina menciona como sus atributos clásicos: usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), abusar (*ius abutendi*), poseer (*ius possidendi*), disponer (*ius disponendi*) y reivindicar (*ius vindicandi*).

Todos los demás derechos reales 'sólo conceden sobre aquélla (la cosa) diferentes poderes en orden a la utilidad que (directa o indirectamente) pueda proporcionar en ciertos aspectos (así: obtener sus frutos (derecho de usufructo); utilizarla en una determinada faceta, por ejemplo para pasar a través de la misma (derecho de servidumbre de paso); [...]; pero no una dominación total de la misma. Es decir, no constituye sino un señorío parcial. Por eso se llaman derechos reales limitados. No en el sentido de que tengan límites que también el de propiedad los tiene, [...] sino en el de que son más reducidos que el derecho real pleno (propiedad)'.

En el fideicomiso, el fideicomitente transfiere la propiedad del bien al fiduciario. En esta forma este último se convierte en el nuevo propietario del bien, estando limitado su accionar sobre el mencionado bien en función de una finalidad determinada por el fideicomitente al momento del acuerdo que dio nacimiento al fideicomiso. El fiduciario fruto de este acuerdo no tiene el señorío total sobre el bien, pues no tendrá nunca el derecho de goce, por lo que no podrá beneficiarse de los frutos que se recojan del bien; asimismo, podrá tener los derechos de uso y disposición en función de las cláusulas del contrato de fideicomiso y estarán en estricta relación con la estructura finalista del contrato. Además, los bienes fideicometidos ingresarán al patrimonio del fiduciario, pero como una masa económica separada del resto de sus bienes. Lo que sí tendrá es el derecho reivindicatorio sobre el bien como manifestación plena del derecho y deber que posee el fiduciario de realizar todo lo que esté a su alcance para la concreción del fin.

Pero no sólo el fiduciario adquiere derechos que son oponibles a terceros y que tienen carácter reivindicatorio; también el fideicomisario ha recibido por parte de varias legislaciones un reconocimiento de estos derechos sobre los bienes fideicometidos.

Sergio Rodríguez, al hablar de los derechos del fideicomisario, señala al respecto que a pesar de existir la facultad genérica de todo acreedor de permitírsele impugnar los actos llevados a cabo en fraude o perjuicio de los acreedores, de manera tal que las cosas vuelvan al estado anterior y si se quiere, los bienes se reintegren al patrimonio del deudor, '[...] varias legislaciones consagran también, y en forma independiente, la posibilidad para el beneficiario de reivindicar los bienes que se encuentren en manos de un tercero. Disposición que ha sido criticada con justicia, porque la acción reivindicatoria o acción de dominio es propia del dueño, quien despojado de la posesión de uno de sus bienes se dirige contra el poseedor para que proceda judicialmente a su restitución. Teniendo en cuenta que, como lo hemos afirmado, el beneficiario no es dueño, es un simple acreedor y que en todo caso el reintegro de los bienes no va a hacerse a su patrimonio, de donde nunca han salido, sino al patrimonio del fiduciario, parece más técnico prescindir de dicha facultad específica y más bien reiterar el principio de que pudiendo

pedir la anulación de ciertos actos, el resultado será, en la mayoría de veces, que los bienes regresen al patrimonio del fideicomiso.'

Sin percatarse, Sergio Rodríguez nos da cuenta de la evolución de la figura, en donde las legislaciones van moldeando la misma en un afán por recoger la figura del *trust* inglés y a la vez centrarla en el pensamiento socio-económico de las prácticas comerciales en nuestros países. No creemos que se esté desnaturalizando el fideicomiso, sino que se está recreando la figura, con la finalidad de tornarla en más atractiva para los agentes económicos, haciendo del fideicomiso una figura *sui generis* en nuestros ordenamientos.

Como podemos ver, el nuevo propietario (el fiduciario) tiene su derecho limitado, pues no está en capacidad de ejercer sobre el bien la totalidad de facultades posibles ni de ejercerlas de manera exclusiva y unitaria, de lo que sí dispone quien posee el señorío total sobre algún bien. Lo que sucede con esta figura es que al ingresar el *trust* anglosajón en los sistemas legales inspirados en el Derecho Romano, se ha introducido, desde nuestro punto de vista, un nuevo derecho real, que no posee el poder pleno que da el derecho de propiedad, sino que entrega un poder más reducido, que supone un desmembramiento del derecho de propiedad, aspecto propio de otros derechos reales, como pueden ser el usufructo, la servidumbre, entre otros.

Consideramos que esta sería la solución para entender la verdadera naturaleza jurídica de la 'propiedad' entregada en el fideicomiso y que la doctrina ha venido en llamar 'propiedad fiduciaria', teniendo ésta características propias con respecto a los derechos reales clásicos.

Ya Arrocha advierte de ciertos autores que defienden otra posición, la misma que manifiesta que en el fideicomiso existen dos titulares del bien fideicometido, el fiduciario, como titular jurídico, y el fideicomisario, como titular económico. Basan su apreciación en la doctrina anglosajona que cuando habla del *trust* califica al *trustee* y al *cestui* que *trust* como propietarios del mismo bien, sin tomar en cuenta que estos fundamentos encuentran su lógica en un sistema muy distinto al nuestro, donde existen dos jurisdicciones que actualmente se complementan entre sí, como son el *common law* y el *equity law*. Además, emplean el término titularidad, cuya definición no es clara ni en nuestra doctrina, ni en las legislaciones ni jurisprudencia latinoamericanas. Hay que agregar, que en nuestros sistemas es admisible que sobre un mismo bien recaiga el mismo derecho de propiedad en dos personas distintas.

Nosotros estamos afirmando la presencia de un nuevo derecho real, pero para que esto ocurra debe contener las características propias de este tipo de derechos. Así, la propiedad fiduciaria debe contener el carácter inmediato y el carácter absoluto de este tipo de derechos. Mediante el primero —carácter inmediato—, el que detenta dicho poder lo realiza y ejercita directamente sobre los bienes sin intermediación de otras personas. Esto sucede en el fideicomiso, donde, una vez celebrado el contrato, el fiduciario tendrá una relación directa con el bien, no mediando entre ellos más que el actuar del fiduciario y la conciencia de éste de realizar sus acciones conforme a los lineamientos establecidos en el contrato que le dio origen. Por el segundo —carácter absoluto—, el titular del derecho real concretiza su derecho no sólo frente a un sujeto determinado sino también frente a terceros, es decir es un poder *erga omnes*. En la propiedad fiduciaria, tal como estamos viendo, encontramos un derecho en el fiduciario *erga omnes*, porque lo podrá oponer a cualquiera que quisiese tener una relación directa con los bienes fideicometidos, inclusive en contra del fideicomitente o del fideicomisario.

Esta afirmación —de estar frente a un derecho real— se reafirma con la clásica distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito o derechos personales. En los primeros, el derecho recae en forma directa o inmediata sobre el bien y genera una relación directa entre el individuo y el bien; sin embargo, en los derechos de crédito encontramos una relación entre dos o más personas, teniendo entre ellas la facultad de exigirse una conducta determinada.

En la propiedad fiduciaria, encontraremos que existe una relación directa entre los bienes fideicometidos y el fiduciario, pues éste podrá usar y disponer de los bienes de acuerdo con la finalidad determinada

5.42.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos fundamentalmente constitutivos, pero por excepción podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

---

en el contrato. También existe entre el fiduciario y, el fideicomitente y el fiduciario, un derecho de crédito, al tener estos últimos la posibilidad de exigir al fiduciario una conducta encaminada a la consecución del fin establecido en el contrato de fideicomiso.

Somos conscientes de que esta distinción clásica ha recibido duras críticas en la doctrina, pero la mencionamos en primer lugar con fines didácticos. Entre las posiciones que han aparecido, podemos mencionar la concepción obligacionista de los derechos reales, la cual afirma que los derechos reales origina un deber universal de abstención, teniendo eficacia *erga omnes*, mientras que en los derechos de crédito hay un sujeto pasivo frente al titular del derecho, originando un derecho cuya eficacia es inter partes.

Dentro de esta concepción, parece claro notar que los derechos adquiridos por el fiduciario —al ser titular de la propiedad fiduciaria— son oponibles a terceros, pues él adquiere ante terceros la calidad de propietario del bien, siendo —por lo tanto— propio de este derecho el atributo *erga omnes*.

Otra disposición, cercana a la anterior, manifiesta que los derechos reales decide el asunto de la imputación de los bienes entre los diferentes integrantes de una sociedad. En cambio, los derechos de crédito están relacionados con la cooperación entre las personas de una colectividad; en otras palabras, el intercambio recíproco de bienes y servicios.

En este sentido, es importante señalar que la atribución de los bienes fideicometidos al fiduciario, forma parte fundamental de la naturaleza del fideicomiso, cosa que la comunidad está en la obligación de respetar, teniendo el fiduciario las acciones que la legislación ponga a su disposición para hacer valer su derecho. No estamos, pues, ante un derecho en el que estén implicados sólo miembros específicos de la sociedad tengan solo ellos el deber de respetar, aspecto propio de los derechos de crédito.

De esta manera, al igual que cualquier derecho real, se reafirma el carácter subjetivo de la propiedad fiduciaria, al reconocerse al fiduciario un interés tutelado por un ordenamiento jurídico frente a los intereses de los demás, siendo así como el fiduciario podrá ejercer y poner en acción el valor de su derecho, pues es merecedor de la tutela del derecho.

La propiedad fiduciaria será entonces un nuevo derecho real en la que su titular no ejerce el poder pleno sobre los bienes fideicometidos, pues su accionar sobre estos estará mediatizado en función de la finalidad establecida al momento de celebrar el contrato, pero que ante terceros el fiduciario figura como propietario del bien (y por eso utilizamos el término propiedad para acentuar la relación de pertenencia), a pesar de ser otros los beneficiarios de tales derechos.

Esto se debe a que a pesar de recibir la propiedad de los bienes fideicometidos y recaer sobre él la titularidad de los mismos, el fiduciario sólo tendrá las atribuciones necesarias para realizar el fin determinado al momento de constituir el fideicomiso. Esto hace notar que mientras un propietario en el uso pleno de sus derechos tiene la posibilidad de gozar, usar y disponer de sus bienes, el fiduciario o propietario fiduciario no tendrá idénticas facultades, al no tener definitivamente el derecho de goce y en cuanto al uso o administración y enajenación de los bienes fideicometidos, ambos estarán en función del acto constitutivo. Es así como el fiduciario podrá realizar la administración del bien como una facultad, pero también como una carga, porque de la conducción, manejo, guarda, custodia, conservación y explotación económica del bien, dependerá la apropiada e idónea realización de lo establecido en el fideicomiso.

En otro orden de ideas, hemos mencionado que una de las características de la propiedad fiduciaria es el constituirse en un patrimonio afectado a una finalidad determinada, escapando estos bienes de las vicisitudes económicas de los agentes económicos que intervienen en el fideicomiso. De esta manera,

se forma este conjunto de bienes fideicometidos que componen una unidad patrimonial separada del resto de bienes del fiduciario.

Este patrimonio escapa de la concepción clásica de patrimonio, el cual es definido como el conjunto de derechos y relaciones jurídicas unidas a una persona, siendo para ésta un único patrimonio, no pudiendo existir varias masas patrimoniales a un solo sujeto.

Podemos definir al patrimonio como 'un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico que se consideran como integrantes de una universalidad jurídica que tiende a un mismo fin y corresponde a una persona'.

Los Mazeaud explican que:

'Los derechos extranjeros rechazan la noción del patrimonio unido a la personalidad. El Derecho Anglosajón no la ha admitido jamás. El Derecho Alemán y el derecho suizo la han abandonado. Para estos modernos derechos el patrimonio es cesible, incluso en vida del titular (artículo 419 del Código Civil Alemán); y, sobre todo, una persona puede tener varios patrimonios afectados a fines diferentes.

Hacia esa noción del patrimonio de afectación, del patrimonio existente como universalidad desde que se halle destinado a un fin, es hacia donde debería dirigirse resueltamente el Derecho Francés.

[...]

En todo caso se impone una reforma, la del reparto o la división del patrimonio: los derechos de que sea titular una persona deben poder constituir masas de bienes distintas, verdaderos patrimonios, susceptibles de ser transmitidos separadamente, incluso en vida del titular'.

Al igual que en otras figuras, en el fideicomiso encontramos una masa de bienes separada del patrimonio de su titular, obedeciendo a reglas distintas y formando una universalidad diferente. Los Mazeaud brindan una serie de ejemplos de estas otras figuras; así encontramos en el Derecho de sucesiones, la separación de patrimonios demandada por los acreedores o en caso de ausencia, los bienes del ausente forman parte de una masa distinta en poder del heredero; en los regímenes matrimoniales, los bienes comunes; en el Derecho comercial, el fondo de comercio tiende a convertirse en un patrimonio autónomo, o la noción de empresa, que a su entender, unifica las numerosas actividades que concurren a un mismo fin implica una universalidad más amplia que el patrimonio.

A pesar de estar de acuerdo en que el patrimonio tipo dentro de nuestras legislaciones debe ser el patrimonio de la persona con carácter único, es necesario advertir que las exigencias del tráfico económico y jurídico exigen la presencia de figuras como el fideicomiso, con el fin de insertar nuestras economías al mercado mundial, estando acorde con la cultura de globalización de las actividades comerciales en el mundo, y sobre todo, para evitar el que se realicen esfuerzos de ingenio entre los actores jurídicos para adecuar a nuestros sistemas figuras tan dinámicas como la que estamos estudiando, sin estar seguros de no desvirtuar la verdadera naturaleza de las mismas.

Nosotros calificamos a los bienes entregados en fideicomiso como un patrimonio afectado a un fin determinado. En este sentido, este patrimonio, que tiene como titular el mismo fiduciario, contará con ciertas características especiales:

1. Los bienes están separados del resto de activos del fiduciario, diferencia exigida sobre todo en términos contables, a fin de que los bienes de un fideicomiso no se confundan con los bienes del fiduciario, ni de otros bienes fideicometidos y que están bajo la administración del mismo.
2. Los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; así, al formar un patrimonio autónomo, este último escapará de las posibles pretensiones de los acreedores de los sujetos mencionados. De esta manera, a pesar de ser el fiduciario propietario del bien fideicometido, estos bienes no podrán estar dentro de las pretensiones de sus acreedores, por el carácter autónomo de los mismos y porque otros figuran como beneficiarios de tales derechos. En cuanto al fideicomitente, el haber transferido la propiedad del bien hace que los bienes del fideicomiso estén fuera de su patrimonio y que estén fuera del alcance

5.42.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y el fideicomiso son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que los celebran.

Cabe recordar, como lo hace Manuel de la Flor,[140] que el fideicomiso podrá tener como fuente a actos jurídicos unilaterales; es decir, aquéllos celebrados por la declaración de voluntad de una sola parte, la misma que produce los efectos jurídicos deseados por ella.

En tal sentido, en opinión de De la Flor, podemos tener fideicomisos testamentarios, siempre y cuando la ley les otorgue la virtud de producir efectos jurídicos. Refiere el citado profesor que algunas legislaciones han optado por esta postura, ya sea indicándola expresamente (como es el caso peruano) o dando la posibilidad de entenderla así. De igual forma, refiere que otras legislaciones señalan que si no se designa fiduciario en el testamento, el juez lo designará, y si el fiduciario nombrado no aceptara, podrá nombrar un sustituto; presentándose en ambos casos la posibilidad de que el acto unilateral del fideicomitente produzca efectos jurídicos con su sola declaración de voluntad.

Pero, como bien anota De la Flor, el fideicomiso también tendrá como fuente a actos jurídicos bilaterales, a los cuales podemos definir como aquellos actos que necesitan del concurso de las manifestaciones de dos partes para producir el efecto jurídico querido por ellos, es decir, crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así, el fideicomiso en las relaciones entre vivos tiene carácter bilateral, celebrándose con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario. De la Flor puntualiza que nunca será un acto jurídico plurilateral, pues el fideicomisario tiene el papel de tercero, no siendo fundamental su aceptación para la constitución del fideicomiso.

5.42.12. En cuanto a la prestación

Tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos con prestaciones recíprocas.

5.42.13. En cuanto a la valoración

La compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso. Según Manuel de la Flor,[141] debe considerarse al fideicomiso como un contrato a título oneroso,

---

de sus acreedores, salvo que este fideicomiso se haya constituido con finalidad fraudulenta. Sobre el fideicomisario, sus acreedores no podrán recaer sobre los bienes fideicometidos, al no formar parte de su patrimonio. Máximo podrán pretender algún derecho sobre los frutos percibidos por el fideicomiso».

140 De la Flor Matos, Manuel. *Op. cit.*, pp. 83 y 84.

141 *Ibidem*, pp. 88 y 89.

pues es característica en él la correspondencia de prestaciones entre las partes que lo celebran. De un lado encontramos que el fiduciario tiene la obligación de realizar ciertas prestaciones de acuerdo al contrato que dio origen al fideicomiso, pudiendo ser la obligación de administrar y disponer determinados bienes. Por otra parte —agrega De la Flor—, tenemos la obligación del fideicomitente de entregar los bienes al fiduciario y —eventualmente— solventar la retribución que corresponde al fiduciario por los servicios prestados.

Según De la Flor Matos, de esta manera, el carácter oneroso del fideicomiso es esencial, pues resulta fundamental para su existencia. No se podría explicar un contrato de fideicomiso sin esta característica, ya que tal como está estructurada la figura, las partes implicadas no permitirían otra situación y las legislaciones (entre ellas la peruana), lo han entendido así.

A decir del citado catedrático, queda claro que lo que busca el banco fiduciario o la entidad fiduciaria es la retribución por los servicios que presta al fideicomiso, esto, como parte de la amplia gama de posibilidades que tienen sus clientes para realizar operaciones bancarias, muy especialmente las referidas a operaciones neutras que no implican una operación de crédito. Agrega que también queda claro que el fideicomitente, al celebrar el contrato de fideicomiso, busca en el banco fiduciario o en la entidad fiduciaria la posibilidad de aprovechar el enorme potencial de conocimientos sobre negocios que poseen las instituciones financieras para realizar éstos, o el buen respaldo económico y moral que rodea a los bancos, que garantice una buena administración o gestión de sus bienes; todo lo cual hace que ambas partes asuman —en igual equivalencia— prestaciones a su cargo que permitan que sus intereses se vean claramente satisfechos.

5.42.14. En cuanto al riesgo

Como ha sido dicho, la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo, siendo aleatorio por excepción.

De acuerdo a la opinión de Manuel de la Flor,[142] el fideicomiso constituye un contrato conmutativo, pues al momento de su celebración, las partes que intervienen en ella saben a ciencia cierta el contenido de las prestaciones que estarán a su cargo. Así, el fideicomitente sabrá por anticipado que entre sus obligaciones estará la de transferir el dominio del bien una vez llegado el acuerdo; y el fiduciario será consciente de que tendrá como una de las prestaciones a su cargo el disponer de los bienes en función a la finalidad determinada en el contrato.

[142] *Ibidem*, pp. 90 y 91.

En tal sentido, recogiendo expresiones del citado profesor, es claro que al momento de celebrar el contrato de fideicomiso, las partes se obligan mutuamente en función de hechos serios y concretos, conociendo por anticipado el contenido de sus prestaciones.

5.42.15. En cuanto a sus efectos

Como todo contrato celebrado dentro del ordenamiento jurídico peruano, la compraventa y el fideicomiso son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.43. Con el contrato de licencia o *know how*

5.43.1. En cuanto al nombre

Como expresan Max Arias-Schreiber Pezet, Ángela Arias-Schreiber Montero y Manuel Muro Rojas,[143] la expresión inglesa *know how* traducida literalmente al español significa «saber cómo», es decir, tener el conocimiento acerca de la manera de hacer algo. Agregan que el término resulta sumamente significativo, y sin perjuicio de las discrepancias existentes en cuanto a su definición, opinan que el *know how* está siempre referido a un conocimiento de orden técnico, económico o comercial, no protegido por la legislación industrial, que se mantiene en secreto entre las partes, y cuya explotación facilita que el beneficiario produzca y venda objetos y realice otras actividades empresariales.

Más adelante los autores citados señalan que evidentemente, los conocimientos a que hacen referencia excluyen a aquellos protegidos por la legislación industrial (como es el caso de las patentes y marcas), puesto que son susceptibles de registro; lo que les lleva a afirmar que los conocimientos objeto de este contrato evidentemente son secretos, puesto que su divulgación pública causaría perjuicios económicos a las empresas agraviadas, al ponerlos al alcance de la competencia.

Puede decirse que el contrato del *know how*, proveniente del Derecho Anglosajón, se ha venido convirtiendo paulatinamente en un contrato nominado dentro de nuestra tradición jurídica, y que en el Perú paulatinamente ha venido adquiriendo importancia, sobre todo en las últimas dos décadas, pero su conocimiento está restringido todavía a determinados ámbitos profesionales y comerciales.

5.43.2. En cuanto a su regulación

Como sabemos, la compraventa es un contrato típico, tanto en el aspecto social como en el aspecto legal.

---

[143] Arias-Schreiber Pezet, Max; Ángela Arias-Schreiber Montero y Manuel Muro Rojas. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1996, tomo II, pp. 105 y ss.

El contrato de licencia es atípico, ya que no está regulado por el ordenamiento legal peruano.

5.43.3. En cuanto a su estructura

Según refieren Arias-Schreiber y Muro,[144] Massaguer define el contrato de *know how* como aquel negocio jurídico celebrado entre personas, físicas o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un *know how* (el *know how* licenciado), autoriza a su contraparte (el licenciatario o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento. En virtud del cual, el licenciatario o receptor se obliga, por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del *know how* licenciado.

Los profesores citados recuerdan que Chuliá y Beltrán citan la definición contenida en una guía para la redacción del contrato, editada por la Generalitat Valenciana en 1988, a saber:

Negocio jurídico en virtud del cual una de las partes (transferente) se compromete a poner a disposición de la otra parte (adquirente o receptor) los conocimientos técnicos constitutivos del *know how* de modo definitivo, desprendiéndose de ellos en todo o en parte, o bien, a comunicar dichos conocimientos, posibilitando su explotación por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación determinada normalmente en forma de cantidad de dinero calculada como porcentaje sobre producción o venta.

Arias-Schreiber y Muro agregan que Gómez Segade, lo define como el «contrato en virtud del cual el licenciante autoriza al licenciatario (de ordinario a título oneroso), a utilizar una técnica desarrollada y mantenida en secreto por el primero».

Recuerdan también que los autores distinguen entre dos tipos de contratos: el de *know how* puro, en el cual no se da ninguna otra figura jurídica; y el mixto, en el que concurre la transmisión de otro tipo de derechos (marcas, patentes, etc.). Manifiestan que el Reglamento de la Comunidad Económica Europea n.º 556/89 del 30.11.89 define los contratos puros como «aquellos por los que una empresa, el licenciante, accede a comunicar el *know how*, a otra empresa, el licenciatario, para su explotación en el territorio concedido» (artículo 1.7.5); y los mixtos, «por los que se concede una tecnología constituida a la vez por elementos no patentados y patentados en uno o más Estados miembros».

[144] *Ibidem*, pp. 108 y ss.

En lo que respecta a las diferencias del contrato de *know how* con el contrato de compraventa, resulta de interés lo señalado por Arias-Schreiber y Muro:[145]

Igualmente conviene distinguir entre el *know how* y los contratos de compraventa. Conforme al artículo 1529 del Código Civil Peruano, por este contrato una de las partes se obliga a entregar un bien determinado y la otra a pagar un precio cierto en dinero o en signos que los representen. En el *know how*, el transmitente no enajena sus conocimientos y sólo permite su utilización, lo que se produce mediante entrega de informes, maquinaria, planos, disquetes, y otros medios de reproducción y de conocimiento.

Otra diferencia radica en que el contrato de licencia de *know how* normalmente es de tracto sucesivo, estableciéndose una duración en el tiempo que las partes desean, puesto que generalmente tiene lugar en el transcurso de un proceso productivo. Como afirmáramos en 'Exégesis' (Tomo I), '[...] lo fundamental es que la distribución de la ejecución está dada en el tiempo y éste es su carácter relevante o esencial' […].

Otra nota distintiva tratándose de la compraventa radica en que los bienes objeto del *know how* no son susceptibles de apropiación y, por lo mismo, no existe transferencia de derecho de propiedad alguno. La demostración de este hecho está en que los conocimientos objeto del contrato pueden ser explotados simultáneamente por el licenciante y el licenciado, lo cual no sería posible si se tratase de bienes cuya propiedad se transmitiese.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con las dos primeras diferencias que los profesores citados anotan en relación al contrato de compraventa, mas no con la tercera, ya que el *know how* no recae sobre bienes, sino sobre conocimientos, datos o informaciones que —precisamente— no constituyen bienes (en este caso derechos incorporales), porque no son susceptibles de apropiación por el hombre. En todo caso, la información que se brinde en el *know how* podría ser calificada como un servicio o una prestación de hacer, pero nunca una de dar.

5.43.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que por su contenido la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil o especial. En lo que respecta al contrato de licencia, éste será de naturaleza fundamentalmente mercantil.

5.43.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como la licencia son contratos principales, pues para existir no dependen de la pre-existencia de algún otro contrato.

---

[145] *Ibidem*, pp. 110 y 111.

5.43.6. En cuanto a su formación

El contrato de compraventa es consensual. En relación a la formación del contrato de licencia, Arias-Schreiber y Muro[146] anotan lo siguiente:

Por su forma, podemos afirmar que en principio se trata de un contrato consensual, pues se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes, no requiriendo de ninguna formalidad o requisito adicional. Es importante señalar, empero, que si el cedente del *know khow* fuese extranjero, habrá que observar las normas de la Decisión n.º 291 que imponen la literalidad del contrato, al establecer que éste deba ser celebrado por escrito y registrado ante el organismo nacional competente.

5.43.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecución instantánea e inmediata, el contrato de licencia es básicamente uno de duración.

5.43.8. En cuanto a su negociación

En lo que respecta a su negociación, sabemos que la compraventa puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Pensamos que similares conceptos podríamos aplicar al contrato de licencia, pero dadas sus especiales características y las peculiaridades que presentará en cada caso, pensamos que por lo general se celebrará por negociación previa.

5.43.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la licencia es un contrato de disposición (pues implica una disminución en el patrimonio del licenciatario) y de colaboración (la que prestará el licenciante a su contraparte).

5.43.10. En cuanto a su función

La compraventa y la licencia son fundamentalmente constitutivos, aunque excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.43.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y la licencia son contratos individuales, pues sólo vinculan a las partes que los celebran (la compraventa a comprador y vendedor y la licencia a licenciante y licenciatario).

[146] *Ibidem*, p. 115.

5.43.12. En cuanto a la prestación

Ambos contratos son con prestaciones recíprocas; pero nada impediría —en el plano teórico— que la licencia se celebre sin pago alguno, lo que no resulta usual, por tratarse de un contrato mercantil.

5.43.13. En cuanto a la valoración

De lo que acaba de ser dicho, se deduce que ambos son contratos que se celebran fundamentalmente a título oneroso, aunque en el plano teórico cabría la posibilidad de imaginar una licencia celebrada a título gratuito o de liberalidad.

Sin embargo, Arias-Schreiber y Muro[147] anotan que:

> Ello ocurre con frecuencia, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de suministro de bienes de equipamiento industrial, que incluyen cláusulas de cesión gratuita de *know how* como parte integrante de los mismos. Es importante recalcar, sin embargo, que se trata de situaciones especiales y que lo usual es que se trate de un contrato que implique una obligación de pago por parte del adquirente.

5.43.14. En cuanto al riesgo

Se ha dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo y excepcionalmente aleatorio. A pesar de que por lo general no se cuestiona la conmutatividad del contrato de licencia, nada impediría que se celebrara con rasgos de aleatoriedad.

5.43.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, tanto la compraventa como el contrato de licencia son meramente obligatorios u obligacionales.

5.44. Con la garantía mobiliaria

5.44.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el contrato por el cual una persona constituye garantía mobiliaria, son contratos nominados.

5.44.2. En cuanto a su regulación

El contrato de compraventa, así como el de garantía mobiliaria, son contratos típicos. Sin embargo, respecto al segundo de ellos, debemos recordar que su tipicidad no es de larga data.

---

147 *Ibidem*, p. 114.

En efecto, la garantía mobiliaria recién fue acogida por el ordenamiento positivo desde la entrada en vigencia de la Ley n.º 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, el 30 de mayo de 2006 y, como sabemos, hasta antes de la entrada en vigencia de la referida Ley, en el Perú —en cuanto a bienes muebles se refiere— sólo se regulaba la constitución de una garantía real: la prenda.

Es importante recalcar también que, desde la entrada en vigencia de la referida Ley, la clasificación de los bienes en nuestro Código Civil ha variado, ya que han sido derogados los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885 del Código Civil. Dentro de tal orden de ideas, ahora se consideran bienes muebles a las naves y aeronaves; los pontones, plataformas y edificios flotantes; y las locomotoras, vagones y demás material rodante afectado al servicio de ferrocarriles (así lo establecen taxativamente los incisos 19, 20 y 21 del articulo 4 de la referida Ley). Por ende éstos también son susceptibles de ser constituidos en garantía mobiliaria.

5.44.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir garantía mobiliaria sobre un bien, son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.44.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa y la garantía mobiliaria pueden revestir carácter civil, mercantil o especial.

5.44.5. En cuanto a su autonomía

Mientras la compraventa es un contrato principal, la garantía mobiliaria es un contrato accesorio, pues se constituye para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación. Así lo establece el inciso 1 del artículo 3 de la referida Ley, al señalar que: «La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación».

Sin embargo, cabe la posibilidad de que se constituya garantía mobiliaria sobre una obligación futura. Es aquí donde el carácter de accesoriedad variaría, ya que aún no habría contrato principal alguno, debido a que se constituiría una garantía sobre una obligación futura, es decir, respecto a una obligación principal, que eventualmente llegará —o no— a tener existencia en el futuro.

5.44.6. En cuanto a su formación

Es evidente que la compraventa es un contrato consensual. Empero, el contrato mediante el cual una persona constituye garantía mobiliaria, es un acto formal. Así

lo prescribe el artículo 17 de la Ley de la Garantía Mobiliaria en su tercer párrafo, cuando señala que: «[…] El acto jurídico constitutivo constará por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares […]». Sin embargo, y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, el párrafo segundo del mismo numeral señala que: «Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el registro correspondiente».

Por otra parte, claro está que el documento en que consta la garantía mobiliaria debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado.

5.44.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es fundamentalmente un contrato de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción que serán analizados a lo largo de este trabajo).

Por otra parte, al constituirse la garantía mobiliaria, ésta tiene vocación de permanencia en el tiempo. Decimos ello porque la vigencia de ésta se prolongará en tanto y en cuanto resulte impaga o incumplida la obligación que garantiza y sólo se extinguirá cuando dicha obligación se haya terminado de pagar.

5.44.8. En cuanto a su negociación

El contrato de compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. La garantía mobiliaria, también. Sólo habría que señalar que para que la garantía mobiliaria se pueda celebrar en formatos preimpresos, será necesario completar dichos formatos con los datos exactos del bien mueble objeto de la garantía, los mismos que deberán ser llenados en cada caso concreto.

5.44.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la garantía mobiliaria es —como su nombre lo indica— un contrato de garantía.

5.44.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir respecto a otra una garantía mobiliaria sobre un bien, son actos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria, mas nunca podrán tener carácter extintivo.

5.44.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

En principio, por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y la garantía mobiliaria, son contratos de carácter individual, pues sólo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

Sin embargo, si estuviésemos frente a un acto jurídico unilateral, en donde se constituya garantía mobiliaria sin el consentimiento del deudor, y de acuerdo al artículo 17 de la referida Ley, bastaría con la declaración de voluntad del constituyente, sin importar que en el acto constitutivo participen el deudor o el acreedor garantizado. Aquí el acto del tercero (quien es la persona que constituye la garantía a favor del deudor) afectaría a las partes de la obligación primigenia, que será eventualmente garantizada por aquél. Es decir, no necesariamente estaríamos frente a un contrato de carácter individual.

5.44.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir garantía mobiliaria, puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la misma), como con prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

5.44.13. En cuanto a la valoración

La compraventa siempre se celebrará a titulo oneroso. Empero, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir garantía mobiliaria puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

5.44.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, el contrato de compraventa es esencialmente conmutativo, salvo las excepciones que analizaremos a lo largo de este trabajo.

Asimismo, en principio, el contrato mediante el cual una persona constituye una garantía mobiliaria sobre un bien, reviste carácter conmutativo. Sin embargo, también podemos hablar de contratos de garantía mobiliaria aleatorios. Decimos esto debido a que la Ley que rige el tema prevé la posibilidad de que la garantía mobiliaria asegure obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad (artículo 1). Estas son las denominadas «garantías mobiliarias abiertas», consagradas también en el inciso 4 del artículo 3.

Es por todo ello que cabría la posibilidad de estar frente a un contrato de garantía mobiliaria de carácter aleatorio, cuando concurran los supuestos establecidos en la referida Ley. Podría darse el caso en el cual una obligación, que hoy tenemos la inten-

ción de pactar, en el futuro nunca llegue a pactarse y, sin embargo, constituyamos hoy garantía mobiliaria abierta sobre un bien, estableciendo un monto determinable.

5.44.15. En cuanto a sus efectos

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir garantía mobiliaria son, como todo contrato celebrado dentro de nuestro ordenamiento positivo, de carácter meramente obligatorio u obligacional.

Idoneidad del artículo 1529

> Artículo 1529.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero, o, de haberse pactado, en signo que lo represente».

Fundamento

Consideramos adecuado el concepto que otorga el Código Civil al contrato de compraventa, ya que se adhiere a la tendencia doctrinaria y legislativa imperante, por la cual se establece que a través de este contrato el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al vendedor a cambio de un precio.

En lo que respecta a aquello en que deberá consistir el precio, creemos necesario precisar que deberá consistir, fundamentalmente, en dinero; pero hacemos la salvedad que, de haberse pactado su pago en signo distinto que represente al dinero, dicho acto también constituiría una compraventa.

Si se hubiese celebrado el contrato estableciendo que el pago se hará en dinero, y más tarde el comprador aceptase, a iniciativa del vendedor, el pago en signo que represente al dinero (por ejemplo, con un cheque de gerencia), no se habrá producido un supuesto de dación en pago, ya que ambos elementos o medios de pago, son considerados por nosotros como equivalentes (siempre que el comprador acepte algo distinto al dinero y que represente a éste). Tampoco se habrá producido un supuesto de novación objetiva por cambio de objeto —todo ello, naturalmente, si las partes convienen en considerar que el momento del pago es el de la entrega del cheque—.

También sería el caso del precio pactado en monedas extranjeras que en el Perú no reúnen las características de tener curso legal y forzoso a la vez; pues ellas no son dinero, pero sí signos que lo representan.

GASTOS DE ENTREGA Y TRANSPORTE

> Artículo 1530.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto».

Fuentes nacionales del artículo 1530

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

En cambio, el tema sí es tratado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, artículo 1026:

> Artículo 1026.- «Los gastos de la entrega son de cuenta del vendedor, y los de la ocupación de cargo del comprador, si no hay estipulación contraria».

Así como por el Código Civil de 1852, artículo 1363:

> Artículo 1363.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, los de transporte á la casa del comprador, son de cargo de éste, si no se hubiese pactado ó costumbre en contrario».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba al respecto en su artículo 1719:

> Artículo 1719.- «Si no hay pacto ó costumbre en contrario, los gastos de entrega corresponden al vendedor, y los del transporte de la cosa á la casa del comprador, son de cargo de éste».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató sobre el particular en su artículo 1363:

> Artículo 1363.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor; los de transporte á la casa del comprador, son de cargo de éste, si no se hubiese pactado ó costumbre en contrario».

En tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el numeral 402:

> Artículo 402.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, los de transporte á la casa del comprador, son de cargo de éste, si no se hubiese pactado ó costumbre en contrario».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1388:

> Artículo 1388.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, los de transporte son de cargo del comprador, si no hubiese pacto en contrario».

Y el Código Civil de 1936, en su artículo 1399:

> Artículo 1399.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor; los de transporte son de cargo del comprador, si no hubiese pacto en contrario».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató sobre el particular en el artículo 4:

> Artículo 4.- «Salvo pacto en contrario, los gastos usuales de entrega son de cargo del vendedor y los gastos usuales de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento son de cargo del comprador».

Mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, lo hacía en el artículo 1560:

> Artículo 1560.- «Salvo pacto en contrario, los gastos usuales de entrega son de cargo del vendedor y los gastos usuales de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento son de cargo del comprador».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, trataba el tema en el numeral 1493.

> Artículo 1493.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto».

Análisis

1. Principio general de Derecho de Obligaciones referente a los gastos que ocasiona el pago y principio especial del contrato de compraventa

Como recordamos, en virtud a lo establecido por el artículo 1241 del Código Civil, norma propia de las disposiciones generales de pago de Derecho de Obligaciones, los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor.[1]

Por su parte, el artículo 1530 del Código Civil, norma correspondiente al contrato de compraventa, establece que los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto.

En este sentido, el artículo antes mencionado pareciera tomar como sinónimos a los gastos de entrega propiamente dichos y a los gastos de transporte, expresiones que emplea para dos situaciones distintas, asignándoles consecuencias disímiles.

Sin embargo, más allá de la evidente intención del legislador —y como veremos oportunamente—, ello no es así, ya que la entrega es un concepto diverso del transporte, a la par que la distinción en lo que respecta a las consecuencias que establece el numeral bajo análisis, carece de sentido.

2. Entrega. Concepto

Entendemos por entrega al acto o sucesión de actos que se obliga a ejecutar el deudor para poder cumplir con la obligación de dar que ha asumido.

Como recordamos, en materia de obligaciones de dar la entrega resulta indispensable para el cumplimiento de la obligación, en la medida en que en esta clase de obligaciones, el acto fundamental de cumplimiento consiste —precisamente— en dicha entrega. Cualquier prestación adicional de otra naturaleza que hubiese resultado necesaria para elaborar u obtener el bien, tendrá una relevancia de carácter secundario frente a la entrega propiamente dicha.

Sin embargo, debemos recordar que el propio Código Civil, en el Libro de Derechos Reales, regula dentro del Capítulo Segundo, relativo a la adquisición y conservación de la posesión, diversos supuestos al respecto.

---

[1] Sobre el particular y para mayor informacion, remitimos al lector a nuestro análisis que sobre el tema efectuamos en una investigación anterior (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.,* segunda parte, tomo V, pp. 249-256).

Así, será regla general la establecida por el artículo 900 del Código Civil en el sentido en que la posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley.

Por otra parte, en el artículo 901 se señala que la tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.

Las excepciones están contempladas en los numerales 902 y 903 del propio Código, que abordan el tema de la tradición ficta.

En la primera de las normas mencionadas, vale decir el artículo 902, se trata acerca de dos temas de antigua data: la traditio brevi manu y el constituto posesorio.

Este artículo señala que la tradición también se considera realizada cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo; o cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.

Por otra parte, en el artículo 903 del Código Civil se establece que tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos. Esta norma agrega que, sin embargo, el adquirente da buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario.

3. Gastos susceptibles de originarse por la entrega

Resulta evidente que la entrega podría generar gastos.

Hemos utilizado una expresión condicional, por cuanto existen determinados casos en los cuales la entrega en la compraventa no generará gasto alguno. Para ilustrar lo señalado, vamos a mencionar un ejemplo.

Supongamos que dos personas se encuentran en un mismo lugar y una de ellas ofrece a la otra en venta un libro (que tiene en su poder en ese instante). El destinatario de la oferta acepta y el vendedor ejecuta su obligación de manera inmediata. Está claro que en este caso la entrega no habrá implicado gasto alguno, razón por la cual dicho vendedor no se perjudicará en la menor medida.

Ahora bien, la entrega podría considerarse como generadora de gastos en la medida en que dicha actividad implique, al menos, un desembolso patrimonial para el vendedor, por más mínimo que sea, como podría ser el caso —siguiendo con nuestro ejemplo anterior— en que dicho vendedor no tuviera consigo el libro y se viera en la necesidad de recogerlo de algún lugar para entregarlo a manos de la parte compradora.

Sin embargo, el ejemplo anotado sería uno en el cual los gastos que ocasionase el pago tendrían importancia patrimonial absolutamente insignificante, pero podríamos imaginar otros supuestos en que tal situación sea sustancialmente distinta, lo que se presentaría cuando, por ejemplo, el vendedor tenga que trasladar el bien a un lugar muy lejano, para entregarlo allí al comprador, o cuando tenga que sufragar determinados gastos o costos adicionales relativos a dicha entrega, como sería el caso de contratar seguros, fletes, etc.

En relación a este tema debe mencionarse que el mismo adquiere relevancia mayúscula en lo que respecta a la compraventa internacional de mercaderías, punto que abordamos al analizar la denominada «compraventa sobre documentos», legislada en los artículos 1580 y 1581 del Código Civil Peruano de 1984.

4. Transporte. Concepto

El tema del transporte se encuentra íntimamente relacionado con el de la entrega, ya que, salvo en los casos de tradición ficta, o en el de inmuebles por naturaleza, resultará imposible efectuar una entrega sin el transporte de los bienes al lugar en que debe realizarse el pago.

Dentro de tal orden de ideas, en la mayoría de casos, la entrega será el efecto del transporte, y el transporte será la causa de la entrega. Se puede decir, de esta forma, que entre ambos conceptos existe una íntima relación de causa y efecto.

5. Gastos susceptibles de derivarse del transporte

En realidad resulta difícil pronunciarnos en términos unívocos y concluyentes en torno a los gastos susceptibles de derivarse del transporte, ya que —independientemente de la parte que los asuma— el monto de los mismos dependerá del medio que se emplee para efectuar dicho transporte, como podría ser la vía terrestre, aérea o marítima, supuestos en los cuales, como resulta evidente, los costos de dicho transporte variarán de manera notable.

Además debe tenerse en consideración que dentro de cada uno de los medios de transporte mencionados, los costos no serán los mismos, pues variarán de acuerdo al prestigio y calidad de la firma que se escoja para ejecutar dicho transporte, a la par que de la naturaleza del objeto u objetos que se vayan a transportar.

6. Transporte al lugar del cumplimiento (pago)

Como se recuerda, la regla general de Derecho de Obligaciones en lo referente al lugar de pago, está constituida por el artículo 1238, norma que establece que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Esta norma debe concordar con lo dispuesto específicamente para el contrato de compraventa (artículo 1553), cuando se señala que el bien debe ser entregado, a falta de estipulación, en el lugar en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato. En tanto que si el bien fuera incierto, la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación.

Independientemente de los comentarios que efectuamos más adelante con ocasión del análisis del artículo 1553 del Código Civil, es evidente que si el bien debe ser entregado en el lugar donde se encuentra o en el domicilio del deudor (vendedor), no habrá que efectuar transporte alguno al lugar del cumplimiento, pues al momento de celebrarse el contrato el bien ya se encontraba en esa ubicación. En estos casos, sólo habrá que efectuar un transporte del bien, cuando a pesar de las circunstancias antes mencionadas, el mismo no se encontrara en ese lugar al momento de la celebración del contrato.

Ahora bien, si se tratase de una entrega que debe realizarse en un lugar distinto a los antes mencionados, evidentemente habrá que transportar el bien a dicha ubicación.

7. Estudio de la posibilidad de un «transporte a un lugar diferente del de cumplimiento»

Debemos confesar que siempre nos ha llamado la atención el extremo del artículo 1530 del Código Civil Peruano de 1984 cuando se refiere «a un lugar diferente del de cumplimiento». Decimos esto, porque dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos resultaría imposible que se efectúe un pago en un lugar distinto o diferente del de cumplimiento.

Nos explicamos.

Si ello fuera así, esto equivaldría a decir que se puede cumplir con ejecutar una obligación en lugar distinto al convenido o al establecido por la ley. Ello obviamente no es así.[2]

[2] Para mayor información remitimos al lector a una investigación anterior, en la que abordamos a profundidad el estudio del artículo 1238 del Código Civil (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.,* segunda parte, tomo V, pp. 197-216).

Entendemos que la frase que estamos criticando constituye un error, ya que lo propio no era referirse «a un lugar diferente del de cumplimiento», sino a un nuevo lugar que las partes hayan convenido para el cumplimiento de la obligación de entrega, diferente del originalmente pactado; vale decir, entendemos que se alude al supuesto en el cual se ha variado —evidentemente por mutuo acuerdo— el lugar en que debía efectuarse la entrega.

Así, serían aplicables a este extremo del artículo 1530 del Código Civil Peruano, similares críticas que las esgrimidas contra el texto del artículo 1570 (norma referente a la teoría del riesgo en el contrato de compraventa), ya que si las partes han acordado el cambio del lugar de pago, todo lo relativo a los gastos de entrega y a los gastos de transporte se regirá en torno al nuevo lugar que contempla el contrato modificatorio. Una interpretación diferente en lo que respecta a este punto carecería de sentido.

8. Pertinencia de la posibilidad de pacto distinto

Una vez anotadas nuestras observaciones sobre el artículo 1530 del Código Civil, a la vez que en relación a las múltiples deficiencias que el mismo presenta, debemos pronunciarnos acerca de la salvedad hecha en el propio numeral, relativa al pacto distinto.

Estimamos que dicha salvedad resulta pertinente, dadas las múltiples variantes existentes en relación al tema, con lo que se subraya el carácter de norma meramente dispositiva que tiene el artículo 1530, bajo comentario. Esto equivale a decir que los principios en él contenidos regirán única y exclusivamente a falta de pacto de las partes en sentido diverso, vale decir, de modo supletorio.

9. Los gastos que origine la celebración del contrato de compraventa

Finalmente, debemos aclarar que el supuesto del artículo 1530, difiere del regulado por el Código Civil Peruano en el numeral 1364.

El principio general con respecto a los gastos que origine la celebración de un contrato cualquiera, está establecido por el artículo 1364, norma que prescribe lo siguiente:

> Artículo 1364.- «Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto».

En realidad, el artículo 1364 mantiene plena vigencia en lo que respecta al contrato de compraventa, ya que en el Título referido a este contrato, no se contempla ningún artículo que prescriba en contrario. Debemos subrayar que el numeral 1364

alude concretamente a los gastos que origine la celebración del contrato en sí; vale decir, que se está refiriendo a los gastos que origine, por ejemplo, la suscripción del documento que lo contenga, los gastos notariales, etc., además de los gastos tributarios que implique dicha celebración; mas no se está refiriendo a los gastos que origine su ejecución, como vendrían a ser los de entrega o transporte del bien. En este sentido, el artículo 1530 se está refiriendo a supuestos diferentes de aquéllos contemplados por el numeral 1364, cuando prescribe que:

> Artículo 1364.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente al del cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto».

Además, debemos establecer claramente que no consideramos que alguno de los gastos a que hemos hecho referencia, vale decir, aquéllos relativos a la formalización del contrato, ni los tributarios, ni mucho menos los de entrega y transporte, sean supuestos que puedan considerarse como constitutivos del precio del contrato de compraventa; sino, en todo caso, podrían considerarse como prestaciones secundarias a las que estarán obligados los contratantes, o uno u otro de ellos.

Debemos señalar que a pesar de estar el artículo 1530 del Código Civil Peruano ubicado dentro de las normas de las disposiciones generales del contrato de compraventa, tradicionalmente este tema se encuentra desarrollado en los diversos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, dentro de las normas referentes a las obligaciones del comprador y del vendedor.

En la legislación consultada para la realización de este trabajo hemos podido advertir que existen cuatro corrientes bastante definidas en lo que se refiere al tema de los gastos de formalización del contrato de compraventa: una primera, establece que aquéllos serán sufragados por el comprador; una segunda, que los sufragará el vendedor; una tercera, que lo harán ambas partes; y, por último, una cuarta, que lo harán según convengan los contratantes.

Veamos dichas corrientes de opinión:

9.1. Los gastos deben ser pagados por el comprador

Un numeroso grupo de Códigos Civiles establecen expresamente que los gastos de formalización del contrato de compraventa deberán ser sufragados por el comprador.[3]

[3] Los siguientes Códigos Civiles establecen expresamente que los gastos de formalización del contrato de compraventa deberán ser sufragados por el comprador:
Código Civil Francés (artículo 1593), Código Civil Belga (artículo 1593), Código Civil Boliviano de

En doctrina, quienes adoptan esta posición, son básicamente los autores franceses y aquellos que los siguieron.[4]

9.2. Los gastos deben ser pagados por el vendedor

En esta línea de pensamiento sólo encontramos al Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1610).

9.3. Los gastos deben ser pagados por ambas partes

Dentro de esta tendencia hallamos a un numeroso grupo de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica.[5]

En doctrina, respalda esta posición, entre otros autores, G. Boissonade.[6]

9.4. Los gastos deben ser pagados de acuerdo a la voluntad de las partes

En esta tendencia sólo encontramos al Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1058, primer párrafo).

1831 (artículo 1013), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1600), Código Civil Uruguayo (artículo 1673), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1390), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1129, los gastos de registro a cargo del comprador, salvo pacto en contrario), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 330), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1475), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 589), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 490, los gastos de escritura y registro estarán a cargo del comprador, salvo pacto en contrario), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987 (artículo 1538).

[4] Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, pp. 55 y 56; Marcadé, V. *Op. cit.,* tomo VI, p. 185; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 213; Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Cours Analytique de Code Civil*. París, 1887, tomo VII, p. 34; Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil Gal - Des Lois et des arréts, 1896, tomo II, p. 343; Foignet, René. *Op. cit.,* tomo II, p. 515; Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo V, p. 67; Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 56; y Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 34.

[5] Código Civil Colombiano (artículo 1862), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1067), Código Civil Español (este Código tiene un artículo bastante especial, ya que señala que los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta, serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 671), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2558, similar al Código Español), Código Civil Hondureño de 1906 (1615, similar al Código Español), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2117), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1344, similar al Código Español), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1380), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1391), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1364), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 624).

[6] Boissonade, G. *Op. cit*., tomo III, pp. 213 y 214.

Dicho autor sustenta su particular posición en los siguientes términos:[7]

El Código Español dice que si hay escritura, el otorgamiento de ésta será de cuenta del vendedor y la primera copia y los demás gastos posteriores, de la del comprador, salvo pacto en contrario. Para llegar, como es justo, a esta salvedad, vale más no establecer nada y dejar que las partes regulen en cada caso lo que quieran.

No sigo tampoco el criterio del Código boliviano, cuyo artículo 1013 dispone que «los gastos de las escrituras y otros accesorios de la venta» son de cargo del comprador. Como se ve, el criterio es arbitrario en los diferentes Códigos y vale más dejarlo al gusto de las partes en cada caso.

Nosotros, en principio, pensamos que el contrato de compraventa no requiere en el Perú de ningún gasto para su perfeccionamiento, ya que se trata de un contrato consensual y no formal, a diferencia de otros países. Sin embargo, las partes, por seguridad jurídica, pueden establecer (y de hecho lo hacen), de mutuo acuerdo, el cumplimiento de ciertas formalidades. Éstas podrían ser: celebrar el contrato por escrito, redactar una minuta con el asesoramiento de un letrado, elevarla a Escritura Pública y, lo que resultaría sumamente previsor, inscribir dicho acto en los Registros Públicos. En estos casos, consideramos que los gastos de perfeccionamiento del contrato deberían ser sufragados de acuerdo a la voluntad de las partes; y, a falta de estipulación al respecto, regirá —en el Derecho Peruano— el principio establecido por el artículo 1364 del Código Civil, en el sentido en que serán de cargo proporcional de ambas partes, pero esto sólo respecto a aquellas formalidades previstas en el contrato. Todo lo no previsto correrá por cuenta del contratante que los desease efectuar, ya que no serán, propiamente, gastos de la celebración del contrato.

No compartimos el criterio de que los gastos del contrato deban ser sufragados por el comprador, pues no creemos que dicho acto se esté realizando exclusivamente en su interés. Cuando se celebra una compraventa, se hace en interés de ambos contratantes, ya que cada uno buscará la obtención de la prestación a ejecutar por la otra parte. De lo contrario, si ambos no tuvieran interés en ello, simplemente no contratarían.

Todo lo expresado, naturalmente, con prescindencia de las obligaciones tributarias que genera este contrato y cuya regulación consignamos como nota al pie de página.[8]

---

[7] Ossorio y Gallardo, Ángel. *Op. cit.*, p. 458.

[8] Sobre el particular, se ocupa el Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Supremo n.º 156-2004-EF, específicamente en su Capítulo II «Del impuesto de alcabala», artículos 21 a 29. Por otra parte, debemos manifestar que desde la entrada en vigencia de la Ley de Tributación Municipal, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 776, se han aprobado diversos dispositivos legales

Idoneidad del artículo 1530

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Pensamos que el tema tiene solución por los principios generales de pago, en especial por los preceptos que establecen que los gastos que ocasione el pago son de cargo del deudor (en este caso, el vendedor del bien).

Por lo demás, los gastos de transporte también deben formar parte de aquellos gastos y no vemos razón alguna para que si las partes —de mutuo acuerdo— varían el lugar convenido inicialmente para la entrega del bien, por otro distinto, deba variar el contratante sobre el cual recaigan dichos gastos.

que han complementado y/o modificado su texto; así, es el TUO de la citada Ley el que encarga de establecer dichas modificaciones.

Precio Mixto

> Artículo 1531.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.
> Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor».

Fuentes nacionales del artículo 1531

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, sí abordó el particular el Código Civil de 1852, en su artículo 1324:

> Artículo 1324.- «El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que sea parte en dinero, parte en mercaderías ú otros bienes muebles ó inmuebles, el contrato será de permuta (1), si la porción ofrecida en dinero no llega á la mitad del precio».

El Proyecto de Código Civil de 1890, al respecto disponía en su artículo 1677 que:

> Artículo 1677.- «El precio de la venta debe ser convenido en el dinero; pero, si se estipula que parte sea en dinero, y parte en mercaderías ó en otros valores, y en general en bienes que no sean dinero, el contrato es permuta, si la parte del precio ofrecida en numerario no llega á la mitad del total estipulado».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, trató el tema en el artículo 1324:

> Artículo 1324.- «El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías ú otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta (1), si la porción ofrecida en dinero no llega á la mitad del precio».

Mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el numeral 382:

> Artículo 382.- «El precio de la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercadería ú otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio».

Ni el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, así como tampoco el Código Civil de 1936, registran antecedentes sobre el particular.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, reguló el tema en su artículo 5:

> Artículo 5.- «Si el precio de una transferencia consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes no bastando la simple denominación que se le dé.— Si no constara la intención de las partes, el contrato será de permuta si el valor de la cosa fuera igual o excediere al del dinero; y será de compraventa si fuere menor».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1561:

> Artículo 1561.- «Si el precio de una transferencia consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, no bastando la simple denominación que se le dé.— Si no constara la intención de las partes, el contrato será de permuta si el valor de la cosa fuera igual o excediere al del dinero; y será de compraventa si fuere menor».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1494:

> Artículo 1494.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.— Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa si es menor».

Análisis

1. Relación entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta

El artículo 1531 del Código Civil Peruano plantea un punto de relación sumamente concreto entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta, contrato, este último, definido por el Código Peruano en su artículo 1602 como aquél por el cual los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

Hemos podido constatar que la casi totalidad de Códigos Civiles consultados para la realización de este trabajo optan por definir al contrato de permuta.[1]

---

[1] Los siguientes Códigos Civiles consultados otorgan una definición al contrato de permuta:

Código Civil Francés (artículo 1702), Código Civil Belga (artículo 1702), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1045), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1123), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1523), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2075), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1708), Código Civil Chileno (artículo 1897), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1687), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1549), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1596), Código Civil Uruguayo (artículo 1769), Código Civil Argentino (artículo 1485), Código Civil Colombiano (artículo 1955), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1467), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1864), Código Civil Español (artículo 1538), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 1), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2748), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1677), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1290), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 206), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 516), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 410), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2181), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1428), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 352), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1558), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1552), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1036), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1852), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 651), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1602), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 799), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 696), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 367).

El texto de los numerales citados, es el siguiente:

- *Código Civil Francés*:
  Artículo 1702.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».
- *Código Civil Belga*:
  Artículo 1702.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

Los autores consultados coinciden en definir al contrato de permuta como aquél

---

- *Código Civil Austríaco de 1811*:
  Artículo 1045.- «La permuta es un contrato por el cual se cede una cosa por otra. La verdadera entrega no se da por la celebración, sino por el cumplimiento del contrato de permuta y también para la adquisición de la propiedad».
- *Código Civil Boliviano de 1831*:
  Artículo 1123.- «El cambio es un contrato por el que las partes se obligan mutuamente a dar una cosa señalada por otra».
- *Código Civil Peruano de 1852*:
  Artículo 1523.- «La permuta es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra».
- *Proyecto de Código Civil de Andrés Bello*:
  Artículo 2075.- «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».
- *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853*:
  Artículo 1708.- «La permuta es un contrato con el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».
- *Código Civil Chileno*:
  Artículo 1897.- «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».
- *Código Civil Salvadoreño de 1860*:
  Artículo 1687.- «La permutación o cambio, es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».
- *Código Civil Italiano de 1865*:
  Artículo 1549.- «La permuta es un contrato bajo el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa a cambio de otra».
- *Código Civil de la Provincia de Québec de 1866*:
  Artículo 1596.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra.
  Opera por el solo consentimiento, como la venta».
- *Código Civil Uruguayo*:
  Artículo 1769.- «La permuta o cambio es un contrato por el cual los contratantes se obligan a dar una cosa por otra».
- *Código Civil Argentino*:
  Artículo 1485.- «El contrato de trueque o permutación tendrá lugar cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa».
- *Código Civil Colombiano*:
  Artículo 1955.- «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».
- *Código Civil Venezolano de 1880*:
  Artículo 1467.- «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella».
- *Código Civil Ecuatoriano*:
  Artículo 1864.- «Permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar

por el cual las partes, denominadas permutantes, se obligan mutuamente a transfe-

---

una especie o cuerpo cierto por otro».

- *Código Civil Español*:
  Artículo 1538.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».
- *Proyecto Boissonade de 1890*:
  Artículo 754.- «La permuta es un contrato por el cual una parte transfiere o se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa o de cualquier otro derecho considerado como equivalente de una cosa o un derecho que ella adquiere o que le es prometido.
  Si uno de los derechos respectivamente cedidos es inferior al otro en valor, la inequivalencia es compensada por un complemento en dinero u otra cosa.
  El contrato es considerado como una venta, si el complemento en dinero excede el valor conjuntamente suministrado a cambio del valor recibido».
- *Código Civil Japonés*:
  Artículo 586.-
  «1.- Un contrato de permuta se hace efectivo cuando las partes involucradas acuerdan transferirse una a otra cualquier derecho de propiedad a excepción de la posesión de dinero.
  [...]».
- *Código Civil Nicaragüense de 1903*:
  Artículo 2748.- «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para recibir otra».
- *Código Civil Hondureño de 1906*:
  Artículo 1677.- «La permuta es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto en cambio de otro».
- *Código Civil Panameño de 1917*:
  Artículo 1290.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».
- *Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922*:
  Artículo 206.- «Por el contrato de permuta se lleva a cabo entre las partes el cambio de unos bienes por otros.
  Cada uno de los participantes en la venta [sic: debería decir: ‹permuta›] se considera vendedor de lo que da en cambio, y comprador de lo que recibe».
- *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926*:
  Artículo 516.- «La permuta es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra».
  (El doctor Manuel Augusto Olaechea, en su ejemplar de uso personal, modificó esta norma por la del siguiente texto:
  «La permuta es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra»).
- *Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927*:
  Artículo 410.- «La permuta es el contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para tener otra».
- *Código Civil Mexicano de 1927*:
  Artículo 2181.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra. Se observará en su caso lo dispuesto por el artículo 2101».

rirse la propiedad de bienes, sean éstos muebles o inmuebles.[2]

- *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930*:
  Artículo 1428.- «Permuta; def.- La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».
- *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935*:
  Artículo 352.- «Por el contrato de permuta, cada una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa o de otro derecho patrimonial a cambio de la obligación de transferir la propiedad de una cosa u otro derecho patrimonial».
- *Código Civil Venezolano de 1942*:
  Artículo 1558.- «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella».
- *Código Civil Italiano de 1942*:
  Artículo 1552.- «Noción.- La permuta es el contrato que tiene por objeto la transferencia recíproca de la propiedad de cosas, o de otros derechos, de un contratante a otro».
- *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943*:
  Artículo 1036.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa o derecho para recibir otra u otro.
  Sólo pueden ser objeto de permuta las cosas o derechos que pueden serlo de la compraventa».
- *Código Civil Guatemalteco de 1973*:
  Artículo 1852.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes transmite la propiedad de una cosa a cambio de la propiedad de otra. Cada permutante es vendedor de la cosa que da y comprador de la que recibe en cambio; y cada una de las cosas es precio de la otra. Este contrato se rige por los mismos principios del contrato de compraventa, en lo que fueren aplicables».
- *Código Civil Boliviano de 1976*:
  Artículo 651.- « (Noción). La permuta es un contrato por el cual las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas o intercambian derechos».
- *Código Civil Peruano de 1984*:
  Artículo 1602.- «Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes».
- *Código Civil Paraguayo de 1987*:
  Artículo 799.- «Por el contrato de permuta las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas u otro derecho patrimonial».
- *Proyecto de Código Civil Colombiano*:
  Artículo 696.- «La permuta es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a transferirse la propiedad u otro derecho por otra propiedad o derecho.
  Sólo pueden cambiarse las cosas que puedan venderse. No son hábiles para celebrar el contrato de permuta los que son inhábiles para la venta».
- *Código Civil Cubano de 1988*:
  Artículo 367.- «Por el contrato de permuta, las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro».

[2] En tal sentido, opinan, entre otros, Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 120; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 622; y Borda, Guillermo A. *Manual de Contratos*. *Op. cit.,* p. 290.

Se ha discutido mucho acerca de la autonomía conceptual del contrato de permuta, al extremo de que hay un sector de la doctrina que busca negársela, señalando que se trata de un acto con ninguna o muy poca importancia práctica. Sin embargo, debemos manifestar que no estamos de acuerdo con esta tendencia doctrinal, ya que si bien la pérdida de importancia del contrato de permuta es una realidad innegable en las sociedades modernas, eso no implica que el contrato al cual estamos haciendo referencia deba ser identificado con la compraventa en cuanto a su naturaleza jurídica.[3]

Si bien es cierto que el contrato de permuta ha cedido su importancia inicial al contrato de compraventa —sin lugar a dudas el más usual de los contratos—, no ha dejado de tener alguna significación, sobre todo en localidades en donde el comercio artesanal y a menor escala, resulta frecuente, como es el caso de muchos pueblos del interior del Perú y de otros países de América Latina.[4]

En cuanto a la posición que ha adoptado el Derecho Moderno frente al contrato de permuta, podríamos recordar que el Código Civil Francés, considerado como el primero de la llamada modernidad, legisla acerca de este contrato en seis normas: los artículos 1702 a 1707.[5]

Sin lugar a dudas éste es un tratamiento sumamente reducido si se le compara con el otorgado por el mismo cuerpo legislativo al contrato de compraventa (artículos 1582 a 1701). Sin embargo, si es confrontado con el que otorgan al contrato de permuta Códigos más modernos, vemos que el Código Napoléon fue bastante generoso.

---

[3] Respecto a este tema, compartimos las opiniones de Badenes Gasset (Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit*., tomo I, pp. 231 y 232) y Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 621).

[4] En este orden de ideas, se pueden apreciar las opiniones de Boissonade (Boissonade, G. *Op. cit.,* tomo III, pp. 459-461), Josserand (Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 120) y Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 621) y, especialmente la obra del Profesor César Ayllón Valdivia (Ayllón Valdivia, César. *La Permuta: una nueva visión*. Lima: Palestra Editores, 2007).

[5] Los artículos del Código Civil Francés acerca del contrato de permuta están comprendidos en el Título VII, entre los numerales 1702 y 1707, y tienen el texto siguiente:

Artículo 1702.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

Artículo 1703.- «La permuta se perfecciona por el simple consentimiento, de la misma manera que la compraventa».

Artículo 1704.- «Si uno de los permutantes ha recibido ya la cosa dada en cambio a él, y si prueba a continuación que el otro contratante no es propietario de esa cosa, no puede ser forzado a entregar aquélla que había prometido en trueque, sino solamente a devolver la recibida».

Artículo 1705.- «El permutante que sufra la evicción de la cosa que haya recibido en cambio, tiene la elección entre concluir por el abono de los daños y perjuicios o repetir la cosa suya».

Artículo 1706.- «La rescisión por causa de lesión no tiene lugar en el contrato de permuta».

Artículo 1707.- «Todas las demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican por otro lado, a la permuta».

La reducción cada vez mayor del número de normas con las que se otorga tratamiento al contrato de permuta se debe a que con el paso del tiempo han ido desapareciendo las diferencias entre este contrato y el de compraventa.[6]

Como ha sido señalado anteriormente, la legislación de nuestra tradición jurídica se inclina cada vez más por reducir el tratamiento normativo que otorga al contrato de permuta, observándose que los Códigos modernos optan por incluir, en su gran mayoría, sólo dos normas: una que define al contrato, y otra que remite el tratamiento del mismo al articulado del contrato de compraventa, en cuanto le fuera aplicable. Éste es el caso del Código Civil Peruano de 1984, el que, como vimos, define al contrato de permuta en su artículo 1602, y que en virtud del artículo 1603 remite el tratamiento del mismo a las normas de la compraventa.

Pero con independencia del número de artículos que los Códigos Civiles otorgan para el tratamiento del contrato de permuta, es prácticamente una constante el que todos los Códigos consultados incluyan una norma de remisión al contrato de compraventa, tal como hace el Código Civil Peruano en su artículo 1603.[7]

---

[6] Esta opinión es sostenida, entre otros, por Badenes Gasset, apoyándose en Castán Tobeñas (Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit*., tomo I, p. 233), Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 622) y Borda (Borda, Guillermo A. *Op. cit*., p. 290).

[7] Los siguientes Códigos Civiles consultados contienen una norma de remisión a las disposiciones del contrato de compraventa, para que por medio de ellas se regule el contrato de permuta, naturalmente, en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato:
Código Civil Francés (artículo 1707), Código Civil Belga (artículo 1707), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1128), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1539), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2078), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1713), Código Civil Chileno (artículo 1900), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1690), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1555), Código Civil Uruguayo (artículo 1775), Código Civil Argentino, (artículo 1492), Código Civil Colombiano (artículo 1958), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1472), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1867), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1100), Código Civil Español (artículo 576), Código Civil Alemán (artículo 515), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2755), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1680), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 237), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1164), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1293), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 519), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 415), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2185), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1431), Código Civil Chino de 1930 (artículo 398), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 353), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1450), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1465), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 947), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1563), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1555), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1042), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1852), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 654), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1603), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 533), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 802), Proyecto de Código Civil Colombiano

2. Características del contrato de permuta en el Derecho Peruano

Una vez expresadas las anteriores consideraciones, creemos pertinente señalar las

---

(artículo 699), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 370), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1599).

El texto de los numerales citados es el siguiente:

- *Código Civil Francés*:
  Artículo 1707.- «Todas la demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican, por otro lado, a la permuta».
- *Código Civil Belga*:
  Artículo 1707.- «Todas la demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican, por otro lado, a la permuta».
- *Código Civil Peruano de 1852*:
  Artículo 1539.- «Regirán igualmente en la permuta las disposiciones sobre compraventa, en todo lo que no esté arreglado especialmente por las de este Título».
- *Proyecto de Código Civil de Andrés Bello*:
  Artículo 2078.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato como el precio que paga por lo que recibe el pago».
- *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853*:
  Artículo 1713.- «Toda la otra regulación establecida para el contrato de venta se aplica a la permuta».
- *Código Civil Chileno*:
  Artículo 1900.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».
- *Código Civil Salvadoreño*:
  Artículo 1690.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».
- *Código Civil Italiano de 1865*:
  Artículo 1555.- «Las otras reglas establecidas en el contrato de venta se aplicarán también a la permuta».
- *Código Civil Uruguayo*:
  Artículo 1775.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se rige por las disposiciones concernientes a la venta».
- *Código Civil Argentino*:
  Artículo 1775.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permutación se rige por las disposiciones concernientes a la venta».
- *Código Civil Colombiano*:
  Artículo 1958.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como ven-

características del contrato de permuta de acuerdo a la legislación nacional vigente:

2.1. **Por su nombre**, es un contrato nominado.

2.2. **Por su regulación**, es un contrato típico, ya que está jurídicamente normado en nuestro Código Civil.

2.3. **Por su estructura**, es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica contractual.

2.4. **Por su contenido**, puede ser, tanto un contrato civil, como un contrato mercantil. En virtud del artículo 2112 del Código Civil, dicho contrato, al igual que los de compraventa, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rige por las disposiciones del mencionado cuerpo legislativo y del hecho que en virtud del propio artículo 2112 se derogaron los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.

2.5. **Por su autonomía**, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

2.6. **Por su función**, es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, parte de uno modificatorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

2.7. **Por los sujetos a quienes obliga**, se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

2.8. **Por la prestación**, es un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día, bajo el Código Civil vigente, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código). En el contrato de permuta ambas partes se obligan recíprocamente a transferirse la propiedad de bienes.

Debemos señalar que durante los debates para la aprobación del precepto relativo a la definición del contrato de permuta, Jack Bigio Chrem sugirió que

---

dedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».

- *Código Civil Venezolano de 1880*:
  Artículo 1472.- «Las otras reglas establecidas para el contrato de venta se aplican al de permuta».
- *Código Civil Ecuatoriano*:
  Artículo 1867.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato. Cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».
- *Código Civil Costarricense de 1888*:
  Artículo 1100.- «El contrato de cambio se rige por los mismos principios que el de venta: cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que se paga por lo que se recibe en cambio».

- *Código Civil Español*:
  Artículo 1541.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».
- *Código Civil Alemán*:
  Artículo 515.- «Se aplican oportunamente a la permuta las disposiciones de compraventa».
- *Código Civil Nicaragüense de 1903*:
  Artículo 2755.- «Las demás reglas establecidas para el contrato de venta se aplican también al de permuta».
- *Código Civil Hondureño de 1906*:
  Artículo 1680.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».
- *Código de las Obligaciones de Suiza*:
  Artículo 237.- «Las reglas de la venta se aplican al contrato de permuta, en el sentido que cada uno de los copermutantes es considerado como vendedor en cuanto a la cosa que él promete y como comprador en cuanto a la cosa que le es prometida».
- *Código Civil Brasileño de 1916:*
  Artículo 1164.- «Se aplican a la permuta las disposiciones referentes a la compraventa, con las siguientes modificaciones:
  I.- Salvo disposición en contrario, cada uno de los contratantes pagará por mitad los gastos que tengan lugar por efecto de la permuta.
  II.- Es nula la permuta de valores desiguales entre ascendientes y descendientes, sin consentimiento expreso de los otros descendientes».
- *Código Civil Panameño*:
  Artículo 1923.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».
- *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1926*:
  Artículo 519.- «Regirán igualmente en la permuta las disposiciones sobre compraventa, en todo lo que no esté arreglado especialmente por las de este Título».
  (Manuel Augusto Olaechea, en su ejemplar de uso personal, modificó esta norma por la del texto siguiente:
  «Regirán en la permuta las disposiciones sobre compraventa, en lo que no esté arreglado especialmente por las de este Título»).
- *Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927*:
  Artículo 415.- «Las otras reglas establecidas para la venta se aplican, en tanto que esto sea posible, a la permuta».
- *Código Civil Mexicano de 1927*:
  Artículo 2185.- «Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las leyes de compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores».
- *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930*:
  Artículo 1431.- «Disposiciones por las que se regirá la permuta.- En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».
- *Código Civil Chino de 1930*:
  Artículo 398.- «Si una de las partes a convenido en entregar a la otra una suma de dinero en adición

este contrato comprendiera también el intercambio de otros derechos reales

---

a la transferencia de derechos patrimoniales prevista en el artículo precedente, las disposiciones de la venta relativas al precio reciben aplicación correspondiente en aquello que concierne a esta suma de dinero».

- *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935*:
  Artículo 353.- «Las reglas establecidas para la venta se aplican, en tanto se pueda a la permuta».
- *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936*:
  Artículo 1450.- «Regirán en la permuta las disposiciones sobre compraventa en lo que le sean aplicables».
- *Código Civil Peruano de 1936*:
  Artículo 1465.- «Regirán en la permuta las disposiciones sobre compraventa en lo que le sean aplicables».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936*:
  Artículo 947.- «Las disposiciones del presente Título se aplicarán por analogía al cambio o trueque de bienes».
- *Código Civil Venezolano de 1942*:
  Artículo 1563.- «Las demás reglas establecidas para el contrato de venta se aplican al de permuta».
- *Código Civil Italiano de 1942*:
  Artículo 1555.- «Aplicabilidad de las normas sobre la venta.- Las normas establecidas para la venta se aplican a la permuta en cuanto sean compatibles con ésta».
- *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943*:
  Artículo 1042.- «En todo lo que no esté dispuesto en este Capítulo, la permuta se regulará por las disposiciones concernientes a la compraventa».
- *Código Civil Guatemalteco de 1973*:
  Artículo 1853.- «Si la cosa que se entrega se ha de pagar parte en dinero y parte en otros bienes, el contrato será de permuta siempre que la porción estipulada en dinero no llegue a la mitad del precio».
- *Código Civil Boliviano 1976*:
  Artículo 654.- « (Aplicación de las reglas sobre la venta). En cuanto sean compatibles, se aplican a la permuta las normas sobre la venta».
- *Código Civil Peruano de 1984*:
  Artículo 1603.- «La permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables».
- *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984*:
  Artículo 533.- «Se aplican a la permuta las disposiciones referentes a la compraventa, con las siguientes modificaciones:
  (I) Salvo disposición en contrario, cada uno de los contratantes pagará por mitad los gastos como el instrumento de trueque.
  (II) Es anulable el trueque de valores desiguales entre ascendientes y descendientes, sin consentimiento expreso de los otros descendientes».
- *Código Civil Paraguayo de 1987*:
  Artículo 802.- «En todo lo que no se haya determinado especialmente en este Capítulo, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la compraventa».
- *Proyecto de Código Civil Colombiano*:
  Artículo 699.- «Las disposiciones relativas a la venta se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la

distintos al derecho de propiedad, planteamiento que no prosperó.[8]

---

cosa o derecho que transfiere, y el precio comercial a la fecha del contrato se mirará con el precio que paga por lo que recibe en cambio».

- *Código Civil Cubano 1988*:
  Artículo 370.- «Las disposiciones que regulan el contrato de compraventa son aplicables, en lo pertinente, al contrato de permuta».
- *Código Civil de la Provincia de Québec*:
  Artículo 1599.- «Las reglas contenidas en el Título De la venta se aplican igualmente a la permuta, cuando ellas no son incompatibles con los artículos del presente Título».

  Debemos anotar que el Código Civil Chino de 1930 y el Código Civil Portugués de 1967 contienen a este respecto disposiciones bastante peculiares, ya que el primero de los nombrados, en su artículo 347, hace de aplicación las disposiciones referentes al contrato de permuta a todos los otros contratos celebrados a título oneroso distintos de la venta, pero sin embargo, contiene además, el artículo 398, que hace de aplicación al contrato de permuta las disposiciones relativas al contrato de compraventa.

  De otro lado, el Código Civil Portugués de 1967 no contiene un Título referente al contrato de permuta, sino uno relativo a «Otros contratos onerosos», cuyo único artículo, el 939, hace de aplicación las normas relativas al contrato de compraventa a todo otro contrato oneroso por el cual se afecten bienes o se establezcan cargas sobre ellos, en la medida que sean compatibles con su naturaleza y no estén en contradicción con las disposiciones legales respectivas.

[8] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.,* pp. 3 y 4:

«Durante los debates para la aprobación de este precepto, el doctor Jack Bigio Chrem, sugirió que la definición de permuta debía comprender también el intercambio de derechos reales, distintos del derecho de propiedad. De esa manera, sería permuta el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a constituir usufructo a favor de la otra a cambio de la obligación de ésta de transferirle la propiedad de un bien. Agregó el doctor Bigio que la orientación del Código debiera ser la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas relativas a contratos. De este modo, continuó, una serie de trueques de derechos serían permutas y no contratos innominados.

De otro lado, los doctores Javier Alva Orlandini y Guillermo Velaochaga Miranda sostuvieron que habiéndose acordado que por la compraventa sólo se origine la obligación de trasmitir el derecho real de propiedad, no consideraban apropiado extender el ámbito de la definición de la permuta a otros derechos reales, diferentes al derecho de propiedad.

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza y Velaochaga Miranda, acordó aprobar la definición que contiene el artículo 1602 del Proyecto de Código Civil de 1981 y limitar la permuta únicamente a la obligación de transferir el derecho de propiedad.

Con motivo de los debates para la aprobación de las reglas relativas al contrato de permuta, el doctor Rodolfo Zamalloa Loaiza, expresó que en vista que la Comisión Revisora había acordado con anterioridad aprobar el texto definitivo del artículo 312 del Código Civil, sugería eliminar el artículo 1634 del mismo proyecto, según el cual se permite la permuta entre cónyuges. Manifestó que similar propuesta había formulado el doctor Max Arias-Schreiber.

En vista de lo expuesto, el legislador acordó suprimir el artículo 1634 del citado proyecto con el voto unánime de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza, Velaochaga Miranda y Bigio Chrem».

2.9. Por su valoración, es, por esencia, un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

2.10. Por el riesgo, debemos decir, que es fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Pero sin embargo, tal como vimos en el caso de la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.

2.11. Por su formación, es un contrato consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes.

2.12. Por el tiempo, se trata, fundamentalmente, de un contrato de ejecución inmediata, pero nada impide que las partes acuerden diferirla, o, inclusive, hacerlo de ejecución continuada (naturalmente, nos estamos refiriendo al supuesto de ejecución continuada en la modalidad periódica).

Por el tiempo, también, es —en lo fundamental— un contrato a plazo fijo, ya que generalmente se establece en qué momento ambos permutantes deben transferirse la propiedad de los bienes sobre los que han tratado (si nada se estableciera al respecto, regirán, en la medida de lo posible, las disposiciones de los artículos 947 y 949 del Código Civil).

2.13. Por la negociación, Debemos señalar que durante los debates para la aprobación del precepto relativo a la definición del contrato de permuta, Jack Bigio Chrem sugirió que este contrato comprendiera también el intercambio de otros es, generalmente, un contrato de negociación previa, es decir, uno en que las partes tienen la libertad de modelar el contenido, pero podría tratarse de un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación, ya que nada lo impediría —mas estos dos últimos supuestos son infrecuentes—.

2.14. Por sus efectos, es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

2.15. Por el rol económico, es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; y de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio de cada permutante (que se verá compensada con la contraprestación que debe recibir del otro).

3. Normas del contrato de compraventa que resultan aplicables al contrato de permuta

Al analizar el artículo 1531 del Código Civil, sin duda nos hemos visto forzados a ingresar al terreno del contrato de permuta, ya que precisamente dicho numeral es el

artículo que marca la línea divisoria (a veces muy tenue, ciertamente), existente entre ambos contratos.

Dentro de tal orden de ideas es absolutamente imprescindible, al abordar el contrato de compraventa establecer cuáles de sus normas son aplicables al contrato de permuta, pues, como ha sido dicho, por lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Peruano, la permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables.

De esta forma, tenemos que hacer un recorrido por cada uno de los artículos del contrato de compraventa, estableciendo las razones por las cuales creemos deben o no resultar aplicables sus normas al contrato de permuta.

En adelante, este análisis pormenorizado.

El artículo 1529

Como sabemos, el Código Civil Peruano ha optado por regular a la permuta en dos normas: el artículo 1603, que establece que dicho contrato se rige por las disposiciones sobre compraventa en lo que le sean aplicables; y el artículo 1602, que brinda una definición del contrato de permuta. En tal sentido, la permuta tiene una definición legal propia, en el citado artículo 1602, al igual que la compraventa, contrato que tiene su propia definición legal en el artículo 1529.

Es en virtud de estas consideraciones que obviamente no resulta aplicable a la permuta el artículo 1529 del Código Civil.

El artículo 1530

Más allá de nuestras críticas efectuadas al artículo 1530, norma relativa a los gastos de entrega y de transporte, debemos decir que el citado numeral resulta aplicable al contrato de permuta, ya que tendrá que asumirse su tenor en relación a la obligación de entrega y gastos de transporte que debe sufragar cada uno de los permutantes.

Así, si hablamos del permutante A, los gastos de entrega del bien que debe entregar al permutante B, serán de cargo de A, y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento, serán de cargo de B, salvo pacto distinto.

A su vez, si hablamos del permutante B, los gastos de entrega del bien que debe entregar al permutante A, serán de cargo de B, y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento, serán de cargo de A, salvo pacto distinto.

Lo que estamos haciendo es explicar la norma bajo el tenor que le da el propio Código Civil, independientemente de las críticas que hemos formulado y formularemos sobre ella, las mismas que en el caso del artículo 1530, son abundantes.

El artículo 1531

La norma que nos encontramos analizando se aplica, por excelencia, al contrato de permuta, ya que es precisamente el artículo encargado de establecer en qué casos de precio mixto estaremos frente a una permuta o frente a una compraventa. Resulta evidente que si la conclusión fuera que se trata de una compraventa, se aplicarán las normas de este contrato, pero si la conclusión fuese distinta, vale decir, si se tratara de una permuta, necesariamente entraremos al problema que estamos analizando, el que consiste en dilucidar qué preceptos de la compraventa se aplican a la permuta.

Por lo demás, como se aprecia en este trabajo, existe un sector de la legislación de nuestra tradición jurídica, que ubica a la norma del precio mixto dentro del Capítulo o Título relativo al contrato de permuta. A pesar de ser minoritario el aludido sector, su existencia nos demuestra de por sí, que no resulta indispensable ubicar este numeral en compraventa, ya que también podría encontrar su natural lugar en permuta. Lo que ocurre, tal como expresamos en otro momento, es que la mayoría se inclina por regularlo en el contrato de compraventa, por ser éste el más común de los contratos.

El artículo 1532

Este numeral, que se encarga de establecer cuáles son las características de los bienes susceptibles de constituir objeto del contrato de compraventa, resulta de plena aplicación al contrato de permuta, ya que el bien materia de la venta constituye el elemento esencial especial característico de la obligación del vendedor; en tanto que en el contrato de permuta dicho bien será el elemento esencial especial, característico de la obligación asumida por ambos permutantes. De ahí que las características que debe reunir el bien materia de la venta son las mismas que deben reunir los bienes objeto de un contrato de permuta.

El artículo 1533

Como sabemos, el artículo 1533 del Código Civil contempla el supuesto por el cual se celebra un contrato de compraventa sobre un bien que ha perecido parcialmente al momento de la celebración del contrato. En este sentido, sería posible imaginar la existencia de un contrato de permuta que se celebre existiendo uno de los bienes que se permutan, pero habiendo dejado de existir parcialmente el otro bien, vale decir, aquél que está obligado a entregar y a transferir en propiedad la otra parte.

Pero, más allá de resultar factible imaginar un supuesto como éste, tenemos que establecer si resultan igualmente aplicables las consecuencias previstas en la norma.

En este sentido, tendríamos que imaginar el supuesto en el cual A y B celebran un contrato de permuta. El bien que se obliga a entregar A se encuentra incólume, en tanto el bien que se obliga a entregar B ha perecido parcialmente antes de la celebración del contrato.

Si así fuese, y aplicáramos el artículo 1533, el permutante A tendría derecho a retractarse del contrato o a optar por exigir una rebaja derivada del menoscabo, en proporción al bien que se había obligado e entregar el permutante B.

Independientemente de nuestras críticas acerca de esa eventual acción de retractación, que no encuentra correlato dentro del propio Código Civil, ella resultaría factible de interponerse en la vía judicial por parte del contratante (permutante) perjudicado, que en este caso es el permutante A. Sin embargo, al ser una permuta, lo que se ha obligado A a entregar a B no es dinero, sino otro bien. Entonces, no resultaría del todo pacífico el camino de exigir una rebaja en la prestación que A tenga que ejecutar, relacionada con aquella parte del bien que B tenía que entregarle.

Consideramos que la opción planteada por esta norma sería de aplicación siempre y cuando los bienes que se permuten sean divisibles, en especial, el caso de cantidades de bienes fungibles. No sería de aplicación si los bienes permutados no fuesen divisibles (en este caso, los bienes que el permutante B se habría obligado a entregar al permutante A). Sin embargo, aun en este caso el contratante perjudicado podría demandar la rescisión del contrato —aunque creemos que la acción que debió preverse es la de anulabilidad—.[9]

Antes de concluir nuestro análisis sobre la eventual aplicación del artículo 1533 al contrato de permuta, debemos decir que resultaría teóricamente factible imaginar que no sólo haya perecido parcialmente uno de los bienes a permutar, sino que lo propio haya ocurrido con el bien que debe entregar la contraparte.

Lo que estamos planteando es el caso en el cual ambos bienes hayan perecido parcialmente antes de la celebración del contrato de permuta. Resulta evidente que el artículo 1533 no ha sido pensado para asumir un supuesto como el descrito, pero tendríamos que hacer el esfuerzo de imaginar cómo se aplicarían las consecuencias de la norma a un caso como el descrito.

Pensamos que si se tratara de transitar por el camino de la cuestionada retractación, sería el caso que ambos contratantes perjudicados podrían interponer dicha acción, pues ella sería aplicable mutatis mutandis al contrato de permuta.

---

[9] Ver Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, pp. 187 y 188.

Si una de las partes hubiese incurrido en error y la otra hubiese viciado su voluntad por dolo de la contraparte, entendemos que sólo podría demandar la anulación del acto aquélla que vició su voluntad por dolo de la contraparte, no pudiéndolo hacer quien indujo a que su contraparte se equivocara dolosamente.

Siempre dentro del terreno de las hipótesis, podríamos imaginar la eventualidad en que ambas partes hubiesen viciado su voluntad por dolo de la parte contraria. En este caso, ninguna de ellas podría intentar demandar la anulación del acto celebrado, pues existiría dolo recíproco.

El artículo 1534

El artículo 1534 regula el supuesto de la venta de bien ajeno conmutativa, conocida desde antaño como la *emptio rei speratae*. En este caso, según el referido artículo 1534, los efectos del contrato están sometidos a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

Dentro de tal orden de ideas, sería factible imaginar que el permutante A celebre un contrato con el permutante B y que el bien de A exista, en tanto que el bien que B se ha obligado a entregar, aún no tenga existencia al momento de la celebración del contrato. Si éste fuese el caso, podría aplicarse, sin mayor problema, al contrato de permuta el supuesto planteado por el artículo 1534.

Ahora bien, lo interesante sería analizar el caso en el cual tanto el contratante A como el contratante B, celebren una permuta sobre bienes que respectivamente no han llegado a tener la existencia deseada. En otras palabras, si nos encontramos frente a una permuta de bienes futuros, en la que son futuros tanto el bien que tiene que entregar el permutante A como el bien que tiene que entregar el permutante B.

El supuesto del artículo 1534 nos plantea un contrato conmutativo. Es dentro de tal orden de ideas que en la eventualidad de que sólo llegara a tener existencia uno de los bienes, en tanto que el otro no la llegase a tener, resultará claro que el contratante cuyo bien llegó a tener existencia, no tendrá la obligación de entregarlo a su contraparte, en tanto que ésta —obviamente— nada podrá entregar a la primera. Todo lo dicho se basa en el carácter conmutativo del contrato al que estamos haciendo referencia.

Finalmente, y dentro de la misma lógica empleada, podemos pensar que el contrato de permuta verse sobre dos bienes que todavía no tienen existencia, y que ninguno de ellos llegue a tener la existencia esperada. Al tratarse de un contrato conmutativo, resulta obvio que más allá de la imposibilidad material de ejecutar la prestación por parte de cada uno de los contratantes respecto al otro, ambas obligaciones quedarán sin efecto, no debiéndose nada recíprocamente.

El artículo 1535

Como sabemos, el artículo 1535 establece el caso de la venta de bien futuro conmutativa en cuanto a la existencia del bien, pero aleatoria, en cuanto a su cuantía y/o calidad.

En lo que respecta a la existencia del bien, estamos ante un contrato conmutativo, razón por la cual resultarán aplicables al contrato de permuta todas nuestras apreciaciones vertidas con ocasión del análisis del artículo precedente, en relación a la permuta (el numeral 1534).

Lo que quedaría por analizar es si el elemento de eventual aleatoriedad en cuanto a la cuantía y/o calidad es de aplicación o no al caso de la permuta. Por nuestra parte, pensamos que no habría inconveniente teórico ni práctico alguno para pensar que ambas normas se puedan aplicar a un contrato de permuta. Lo único que habrá que tener en cuenta es que ellas estarán dirigidas a tomar en consideración el elemento de aleatoriedad respecto de uno de los bienes permutados, y el otro seguirá la misma suerte que el precio en el contrato de compraventa.

Sin embargo, cabría la posibilidad de imaginar que ambas partes asuman riesgos de cuantía y/o calidad, tratándose de una permuta en la que ambos bienes sean futuros. Si este fuese el caso, el contrato surtirá efectos independientemente de si el bien llega a tener o no la existencia en la cuantía y/o calidad convenidas, siempre y cuando la omisión esté referida al elemento que se asumió como aleatorio.

El artículo 1536

Como sabemos, el artículo 1536 del Código Civil contempla el supuesto de la compraventa de bien futuro en la modalidad aleatoria, conocida desde el Derecho Romano, con el nombre de *emptio spei*.

En síntesis, este contrato implica que se pague el precio, ya sea que el bien llegue a tener existencia o, incluso, en la eventualidad de que no la llegue a tener.

Aplicando esta norma al contrato de permuta, podríamos decir que el mismo plantearía un supuesto como el que se describe a continuación:

A contrata con B una permuta. El bien que debe entregar A es presente o existente, en tanto que el bien que debe entregar B es futuro. Las partes pactan que, llegue o no llegue a tener existencia el bien de B, A —de todas maneras— deberá cumplir con entregar en propiedad aquel bien que constituye objeto de su obligación contractual.

Pero, en igual medida que hemos planteado un supuesto de permuta de bien futuro aleatoria, concordante con lo prescrito por el artículo 1536, podríamos ima-

ginar un supuesto todavía más complicado. Sería el caso en el cual las dos partes se obliguen a entregar en propiedad bienes futuros, asumiendo ambas el riesgo de la llegada a existencia de dichos bienes. En este sentido, si el contrato se celebra en términos enteramente aleatorios, y en la eventualidad de que ninguno de los dos bienes llegue a tener existencia, resultará evidente que ambas obligaciones se extinguirán y que ni A ni B deberán cumplir con prestación alguna.

Ahora bien, podría darse el caso en el cual uno de los bienes futuros llegue a tener existencia y el otro no. En este supuesto, al ser enteramente aleatorio el contrato, la parte cuyo bien llegó a tener la existencia pactada, deberá cumplir con entregarlo en propiedad a la otra, claro está, a cambio de nada, ya que manejamos el supuesto de que el bien objeto de la prestación de la contraparte nunca llegó a tener existencia.

El artículo 1537

Una de nuestras posiciones más antiguas y firmes respecto del contrato de compraventa, es aquélla que sostiene que el artículo 1537 del Código Civil Peruano, no regula un supuesto de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la que el promitente promete al promisario que un tercero, propietario de un bien determinado, celebrará con el promisario un contrato de compraventa en el futuro, o, que dicho tercero le transferirá efectivamente la propiedad de ese bien.

Es así, consecuentes con la posición mencionada, que creemos que el artículo 1537 resulta perfectamente aplicable al contrato de permuta. Para tal efecto, podríamos hacer la siguiente lectura del mismo: «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera por permuta la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Como ha podido apreciar el lector, lo único que hemos hecho es introducir, por razones obvias, la referencia al contrato de permuta, ya que en virtud de una adecuada sistemática y no encontrándose el artículo 1537 ubicado dentro del Título del contrato de permuta, tenemos que hacer referencia al hecho de que la norma alude, en este caso, a la promesa de una permuta y no a la promesa de una compraventa.

Finalmente, debemos admitir que este supuesto resultaría plenamente aplicable al caso en el cual nos encontrásemos frente a un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero sui generis, en el cual ambos contratantes se formulen una promesa recíproca en relación a la futura celebración de un contrato de permuta entre un tercero y alguno de ellos, independientemente de que se trate de dos terceros distintos y de dos bienes diferentes. En buena cuenta, lo que estoy señalando es que ambas partes podrían tener las calidades de promitente y promisario, y que lo que

busquen a través del contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, sea la celebración de uno o incluso de dos contratos de permuta distintos, contratos que serían celebrados entre cualquiera de ellos y una tercera persona, y en los cuales ambos tendrían la calidad de permutantes.

El artículo 1538

Como analizamos oportunamente, estimamos que el artículo 1538 del Código Civil es un supuesto de novación legal, a través del cual la ley transforma las obligaciones propias de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por las de un contrato de compraventa, y en donde torna al promitente en vendedor y al promisario en comprador. Todo ello, dentro del plano legal, e independientemente de las serias objeciones que en su momento formulamos a dicha norma.

En tal sentido, consideramos que el artículo 1538 sí resultaría aplicable a una eventual promesa de la obligación o del hecho de un tercero en la que el promitente haya prometido al promisario que un tercero celebrará con el promisario un contrato de permuta o que efectivamente le transferirá la propiedad de un bien, luego de celebrado dicho contrato.

Aquí la novación legal consistiría en que de adquirir el promitente la propiedad del bien, quedaría obligado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1538, a transferirlo al ex-promisario, quien al igual que él tendría la calidad de permutante. El ex-promitente debería recibir a cambio el bien que se había convenido que el expromisario iba a transferir al tercero con quien eventualmente celebrara esa futura permuta prometida; ello, claro está, en caso que se hubiese establecido o identificado dicho bien.

Sin embargo, cabría la posibilidad de que no se hubiera señalado en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero qué bien era el que iba a entregar en propiedad el ex-promisario. En este caso, podríamos llegar a tener los mismos problemas teóricos y prácticos que advertimos más adelante, en el análisis del artículo 1538 del Código Civil.

El artículo 1539

Sí es de aplicación a la permuta el artículo 1539 del Código Civil, ya que como hemos señalado en un anterior trabajo,[10] es perfectamente válida la permuta sobre bienes ajenos.

[10] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: CONCYTEC, 1990, pp. 273-276.

Nuestra opinión es compartida por Manuel de la Puente y Lavalle.[11]

Este numeral nos plantea el caso de la venta de bien ajeno en estricto. Dentro de estas consideraciones, podríamos pensar en mirar al 1539 como aplicable a una permuta de bien ajeno en estricto, entendiendo como tal al contrato en el que una de las partes se obliga a transferir a otra la propiedad de un bien ajeno, en tanto que su contraparte asume la obligación de transferir a la primera la propiedad de un bien propio.

En un supuesto como el descrito, si ambos contratantes conocen el carácter ajeno del bien, se tratará de una permuta válida, no rescindible y a la que sólo podrá quitársele efectos a través de una eventual resolución del contrato, en caso el permutante que no era propietario del bien no cumpliera oportunamente con entregarlo en propiedad (supuesto de resolución por incumplimiento).

Si quien se obliga a transferir la propiedad de un bien propio desconoce el carácter ajeno del bien de su contraparte, de acuerdo a la norma bajo análisis, tendría derecho a demandar la rescisión del contrato, salvo que dicha contraparte adquiera la propiedad del bien antes de la citación con la demanda.

Pero, estimamos que quedarían a salvo los preceptos relativos a la anulabilidad de los actos jurídicos. En tal sentido, si el permutante que se obliga a entregar un bien propio desconoce que el bien que se obliga a entregar su contraparte es ajeno, entonces, lo más probable es que dicho desconocimiento se haya derivado de un vicio de la voluntad, que en el caso que nos ocupa, si bien podría ser error, fundamentalmente será dolo, ya sea cometido éste por acción o por omisión. Si tal fuera el caso, estaríamos ante un acto anulable. En otras palabras, la permuta de bien ajeno sería anulable.

Pero, también podríamos imaginar algo distinto a lo configurado por el artículo 1539, en relación al contrato de permuta. Nos referimos al caso en el cual ambos bienes objeto de la obligación de los permutantes, fueran ajenos.

Resulta obvio que el contrato será válido si ambas partes conocen recíprocamente el carácter ajeno de dichos bienes. Dentro de tal orden de ideas, si ambas partes cumplen con sus obligaciones, es obvio que no habrá problema alguno. Caso contrario, es decir, si una parte cumple o está dispuesta a cumplir y la otra no, la perjudicada por el incumplimiento de su contraparte, podría demandar de ella la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos y la consiguiente resolución del contrato.

Por otro lado, imaginémonos el supuesto en el cual siendo los dos bienes ajenos, una parte conoce el carácter ajeno del bien, en tanto que la otra desconoce tal situación, respecto del mismo bien.

---

[11] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, p. 436.

Si la parte que desconoce el carácter ajeno del bien, desea rescindir la permuta, podrá hacerlo, en virtud de la facultad que le concede el artículo 1539 del Código Civil, pero con las restricciones impuestas por la norma en cuestión.

Por otra parte, podríamos imaginar una situación distinta, enfocando el tema desde la perspectiva de la existencia de un vicio de la voluntad, se trate de dolo o de error. En este caso, la parte que ha viciado su voluntad podría anular el acto.

El problema se plantearía si ambas partes desconocen recíprocamente el carácter ajeno de los bienes objeto de la permuta.

Si tal desconocimiento obedeciera a error, cualquiera de ellas podría demandar la anulación del contrato o la rescisión del mismo, si hacemos aplicable lo dispuesto por el artículo 1539 del Código. Si uno de los contratantes vició su voluntad inducido a error por la contraparte (es decir, si se configuró un supuesto de dolo), necesariamente la conclusión será que quien vició su voluntad por error podría demandar la anulación del acto (o su rescisión). Pero, de ninguna manera podría pensarse que el culpable de la existencia de dicho vicio pueda demandar la anulación o rescisión del acto.

Finalmente, si hubo dolo recíproco en la permuta, ninguna de las partes podría anular el acto; ello, en virtud de la normatividad vigente al respecto.

El artículo 1540

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1540, y refiriéndose a la venta de bien ajeno, si el bien sólo fuese parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Ahora bien, si quisiéramos hacer de aplicación esta norma al contrato de permuta, podríamos imaginar el siguiente caso.

A se obliga a transferir a B la propiedad de un bien que no le pertenece totalmente, sino sólo en parte, en tanto que B se obliga a transferir a A la propiedad de un bien que sí le pertenece en su totalidad. Si B desconocía el carácter ajeno del bien que A se había obligado a transferirle, entonces podría darse el caso en el que rija a favor de B la opción concedida en el artículo 1540, a través de la cual o pueda solicitar la rescisión del contrato o la reducción de la prestación que él tiene que cumplir (la misma que haría las veces de precio, al estar refiriéndonos al contrato de permuta).

Sin embargo, la aplicación de este precepto no sería del todo fácil, en la medida en que en muchos de los contratos de permuta resultaría imposible reducir la prestación que tiene que ejecutar el permutante que es propietario, del bien o de los bienes que se ha obligado a transferir, a quien no es propietario de los que le corresponde entregar. En este caso, sólo será posible aplicar el supuesto del artículo 1540, en tanto estemos frente a un permutante que pueda cumplir con entregar un bien de su

propiedad, que tenga carácter divisible, ya que sólo así podrá reducir su contraprestación sin que se desnaturalice la obligación asumida. Caso contrario, es decir, si la prestación a que está obligado es indivisible, no resultará imaginable que se produzca una reducción en ella.

Ahora bien, podría pensarse, como en alguna ocasión hemos escuchado decir, que la solución del problema estaría dada con la posibilidad de que el permutante, del bien parcialmente ajeno, sea obligado a transferir la propiedad de la parte del bien que le pertenece y a entregar un suplemento en dinero, para así, de este modo, se vean compensados los valores en relación a aquello que las partes se habían obligado a permutar originalmente. Por nuestra parte, no creemos en la racionalidad de una solución como la descrita, ya que atentaría contra el principio de identidad en el pago, imponiendo a dicho permutante el cumplimiento de una obligación jamás asumida, ya que el mismo nunca se obligó a entregar dicha cantidad de dinero, conjuntamente con el bien parcialmente ajeno. Consideramos que no podría ser obligado a ello; y si el otro permutante lo intentase, tendría todo el derecho a oponerse, exigiendo se siga el camino de la rescisión del contrato, por ser el único legal y prácticamente viable.

El artículo 1541

Consideramos que el artículo 1541 del Código Civil resulta plenamente aplicable al contrato de permuta, debiendo asumirlo como que en los casos de rescisión de permuta de un bien totalmente ajeno o de un bien parcialmente ajeno, la parte que conocía el carácter ajeno del bien debe restituir a la parte que desconocía dicho carácter, el bien que hubiera recibido de esta última, así como pagarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Naturalmente, la devolución del bien y la indemnización a pagar, estarán a cargo del permutante que hubiera recibido el bien del otro permutante y que haya contratado sobre un bien que no le pertenecía (un bien ajeno).

Además, quien se obligó a transferir la propiedad de lo ajeno e incumplió con efectuar dicha transferencia, igualmente deberá reembolsar los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el otro permutante, así como todas las mejoras introducidas por éste.

El artículo 1542

No nos cabe la menor duda de que el artículo 1542 sólo fue concebido en función del contrato de compraventa. Es más, por sus orígenes (el Código de Comercio Espa-

ñol y el Código de Comercio Peruano) no cabe duda al respecto, así como tampoco sobre su contenido, el cual está configurado estrechamente en relación al contrato de compraventa de bienes muebles en tiendas o establecimientos abiertos al público.

Todos sabemos que los contratos que se celebran en este tipo de establecimientos son contratos de compraventa y que resultaría sumamente extraño observar la celebración de contratos de permuta en estos locales.

No obstante, tal situación no debe ser descartada ni en el plano teórico ni en el plano práctico, ya que podría ser factible imaginar la celebración de un contrato de permuta (por ejemplo respecto de dos artefactos electrodomésticos, uno nuevo y otro usado) en este tipo de establecimientos, redondeándose el supuesto con los requisitos establecidos por el propio artículo 1542 del Código Civil Peruano. Vale decir, que aparte de tratarse de una tienda o de un local abierto al público, la permuta de bien ajeno esté amparada con factura o póliza del permutante que lo entrega. En este caso, el bien ajeno entregado por la tienda o local abierto al público no sería susceptible de reivindicación por parte de su ex-propietario, quedando a salvo el derecho de este último para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra aquél que lo permutó indebidamente.

Es claro que en nuestras sociedades modernas, resultaría difícil encontrarnos frente a un contrato de estas características, pero ello no sería imposible.

No obstante, estimamos que la mayoría de casos en los cuales apreciaremos permutas de bienes ajenos, serán supuestos donde habrá ausencia de cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1542 (nos referimos a la entrega de factura o póliza), en tanto que el supuesto más común de este tipo de permutas se dará en ferias de los pueblos del interior del país, en las cuales no impera —precisamente— la formalidad.

El artículo 1543

Luego de terminar nuestro análisis sobre la aplicación de las normas del bien materia de la venta al contrato de permuta, nos toca responder a la interrogante de si al mismo son o no aplicables los preceptos relativos al precio.

Los autores consultados para la realización de este trabajo coinciden en negar la posibilidad de aplicación de las normas del precio al contrato de permuta.

Nos atrevemos a dudar de tan categórica afirmación.

Consideramos que en el contrato de permuta, si bien ambas partes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes, ocurre que cada uno de esos bienes también cumple la función de ser precio del otro. Por tales consideraciones es que creemos factible la asimilación, en la medida de lo posible (vale decir, salvando

la distinción entre el precio dinerario o mixto y el bien que sería objeto de las prestaciones en la permuta), de los artículos relativos al precio.

¿Por qué no considerar aplicable al contrato de permuta el artículo 1543, relativo a la nulidad del contrato cuando la determinación del precio se deja al exclusivo arbitrio de una de las partes?

No debe confundir el lector el supuesto del artículo 1543, en una eventual aplicación al contrato de permuta, con la determinación del bien dejada a la elección de una de las partes, hipótesis prevista en los artículos 1143 y 1144 del Código Civil.

Decimos esto, porque los referidos numerales se circunscriben a las obligaciones de dar bienes inciertos, en las cuales se ha señalado, al menos, la especie y la cantidad de dichos bienes. En tal sentido, obviamente si se tratara de un contrato de compraventa en el cual se hubiera dejado la elección de un bien incierto a una de las partes contratantes, no habría arbitrariedad alguna de por medio, en la medida en que se sigan las prescripciones establecidas en los artículos 1143 y 1144, y sobre todo si dicha elección se ciñe al mecanismo establecido en ambas normas.

Pero, lo que debe tenerse en claro es que no nos encontramos ante una absoluta indeterminación, lo que equivale a decir que dicha elección será factible de realizarse, en la medida en que existen mecanismos que la ley prevé para tal efecto.

No es lo mismo cuando hablamos del precio, pues la absoluta indeterminación del mismo y el que se deje en manos de una sola de las partes, no nos permite aplicar ninguna de las normas o criterios establecidos en los artículos 1143 y 1144. Y es que no se trata de un supuesto de precio determinable, sino de precio indeterminado e indeterminable.

Es dentro de este orden de ideas que debemos enfocar el análisis del artículo 1543, no referido al precio, sino al bien, ya que en la permuta no hay precio de por medio sino dos bienes que se intercambian los permutantes (y, si cabe la expresión, en la permuta cada bien representa el precio del otro). Así, el artículo 1543 equivale al supuesto en el cual la determinación de uno de los bienes objeto de la permuta se deje al más absoluto arbitrio de una de las partes, infringiendo la pauta mínima establecida por el artículo 1142 del Código Civil, que establece que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, en su especie y cantidad. Esto significaría encontrarnos ante una indeterminación del bien, equivalente a la que existiría si lo que fuese indeterminado sea el precio. Así, si su determinación se dejara en manos de una sola de las partes, ésta se encontraría en aptitud de cometer la mayor de las arbitrariedades, escogiendo el bien de más insignificante valor para entregarlo al otro permutante.

De ahí que la norma puede llegar a ser entendida como aplicable al contrato de permuta, y referida no al precio sino al propio bien.

Hacemos de aplicación estas consideraciones al supuesto en el cual no sólo se deje indeterminado uno de los bienes, sino los dos. Ello sería así, con mayor razón y fundamento jurídico.

El artículo 1544

Establece el artículo 1544 del Código Civil que es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408.

Resulta evidente que el citado artículo 1544 puede aplicarse al contrato de permuta, ya que no existiría inconveniente teórico ni práctico alguno para que las partes convengan en que un tercero escoja el bien. Todo ello, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1143, 1144, 1407 y 1408 del propio Código Civil.

Es claro que también podría acordarse la celebración de un contrato de permuta en el cual las partes convengan que será uno o varios terceros los que escojan el bien a entregar, no sólo por parte de uno de los permutantes, sino por ambos. Esto significaría que la figura o planteamiento descrito con anterioridad resultaría aplicable recíprocamente a ambas partes, si ellas así lo decidieran.

El artículo 1545

Pensamos que deberíamos asumir el supuesto del artículo 1545 del Código Civil como aplicable al bien materia de la permuta, comparando su valor con el que tenga el bien con el cual va a ser permutado en determinada Bolsa o mercado, en determinado lugar y día.

Si bien entendemos que un supuesto como éste resultaría altamente improbable que ocurriera en la práctica, en el plano teórico sería plenamente factible el que se presentara y, por tanto, no debemos descartar al artículo 1545 como norma susceptible de ser aplicada al contrato de permuta.

El artículo 1546

Si bien es cierto que el redundante artículo 1546 del Código Civil subraya la licitud de las partes para fijar el precio con sujeción a las cláusulas valoristas contempladas en el artículo 1235, ello no obsta a que pudiera aplicarse esa norma al contrato de permuta, entendiendo que dicha aplicación se haría en referencia a uno de los bienes objeto de este contrato y que la cláusula valorista o de reajuste escogida tenga como

correlato la obligación de entregar una cantidad mayor o menor de los bienes que se ha obligado a entregar el otro permutante. Lo que queremos expresar es que la aplicación del valorismo tendría en este caso, necesariamente, que hacerse respecto de los bienes que van a constituir contraprestación a aquella cosa que va a transferir uno de los permutantes y que ha sido tomada como referencia para que a ella le sean aplicables dichos conceptos de reajuste.

El artículo 1547

Esta norma, si la hiciésemos aplicable al contrato de permuta, tendríamos que leerla en el sentido en que en la permuta de bienes que el permutante permuta habitualmente, si las partes no han determinado la cantidad de bienes que el otro permutante deberá transferir, ni han convenido el modo de determinarla, regirá la cantidad normalmente establecida por el permutante del primer bien para el intercambio con dichos otros bienes.

Por otra parte, el segundo párrafo del citado artículo 1547, habría que entenderlo en el sentido en que si se trata de bienes que tienen un valor de intercambio con relación a los que van a constituir su contraprestación, en Bolsa o mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el monto de estos últimos bienes, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

Como vemos, el artículo 1547 también devendría en aplicable al contrato de permuta.

El artículo 1548

Esta norma establece que en la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto. Para hacerla de aplicación a la permuta, deberíamos comprender que ella está aludiendo a la permuta en la que el monto de los bienes que constituyen contraprestación se fija por peso. Entendemos que en este caso, la presunción de que el peso está referido al peso neto, debe comprenderse como alusiva a ambos bienes materia del contrato de permuta. Así, cualquier referencia al peso en ambos casos, se entenderá hecha al peso neto.

Del análisis de los artículos 1543 a 1548, puede deducirse que, no sin dificultades, es probable la aplicación de las normas del precio en el contrato de compraventa al contrato de permuta, contrariamente a lo que establece la mayoría de autores de nuestra tradición jurídica.

Sin embargo, debemos subrayar el hecho de que estamos haciendo este análisis en el entendido de tratar —en la medida de lo posible— de hacer aplicables casi

todas las normas de compraventa al contrato de permuta, sin que ello implique que desconozcamos que la compraventa tiene algunos elementos esenciales especiales de que carece el contrato de permuta, como es el caso del precio.

El artículo 1549

Con el artículo 1549 comienza el Código Civil Peruano, el tratamiento de las obligaciones del vendedor. En esta norma establece que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Resulta evidente que este artículo es de plena aplicación al contrato de permuta, ya que en él no será sólo una parte la que se encuentra obligada a perfeccionar la transferencia de propiedad del bien, sino ambas.

En tal sentido, podría decirse que el numeral bajo análisis resulta doblemente aplicable a la permuta. Cada permutante tendría esta obligación respecto al bien que se haya obligado a transferir.

El artículo 1550

Este precepto señala que el bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios.

Resulta claro que el citado numeral es de perfecta aplicación al contrato de permuta y que resulta pertinente respecto a cada uno de los bienes y a cada una de las partes.

El artículo 1551

Al ser de plena aplicación a la permuta el numeral 1551 del Código Civil, diremos que cada uno de los permutantes debe entregar al otro los documentos y títulos relativos a la propiedad o uso del bien permutado, salvo pacto distinto.

El artículo 1552

El artículo 1552 del Código Civil deviene de plena aplicación al contrato de permuta, con la salvedad de que se aplica a cada uno de los bienes permutados, debiendo, cada uno de ellos, ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto.

El artículo 1553

Esta norma es aplicable al contrato de permuta, entendiéndose que a falta de estipulación al respecto, cada uno de los bienes permutados debe entregarse en el lugar en que se encuentren en el momento de celebrado el contrato.

De otro lado, en lo que se refiere a la segunda parte de esta norma, podría darse el caso en que no sólo uno de los bienes, sino ambos fueran inciertos, supuesto en el cual la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación.

El artículo 1554

Pensamos que el artículo 1554 del Código Civil debe aplicarse a la permuta, entendiendo que cada uno de los permutantes responde frente al otro por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega. Si no hay culpa, cada uno de los permutantes responderá por los frutos sólo en caso de haberlos percibido.

El artículo 1555

Esta norma, también aplicable al contrato de permuta, puede ser entendida en el sentido en que si al tiempo de celebrarse el contrato, el permutante A conocía de un obstáculo que iba a demorar la entrega del bien que debía efectuarle el permutante B, no se aplica el artículo 1554, ni el permutante B es responsable de indemnización alguna por los daños y perjuicios que dicha demora eventualmente hubiese causado.

Ahora bien, podemos entender que esta norma sería aplicable incluso en el supuesto en que ambos contratantes tuvieran problemas para cumplir a tiempo, y ambos, igualmente, conocieran de la existencia de dichos problemas, al momento de la celebración del contrato.

Allí resultaría obvio que ninguno de los dos debería responder por los daños y perjuicios que, eventualmente, hubiese causado a la parte contraria.

El artículo 1556

Resulta claro que el artículo 1556 del Código Civil es aplicable al contrato de permuta, entendiéndolo de esta forma: cuando se resuelve la permuta por falta de entrega de uno de los bienes, el permutante culpable debe reembolsar al permutante no culpable los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado e indemnizarle los daños y perjuicios.

El artículo 1557

Para aplicar el artículo 1557 al contrato de permuta deberíamos entender la existencia de una figura en la cual uno de los permutantes tenga que entregar un bien de manera indivisible, en tanto que el otro deba entregar el suyo a plazos, vale decir, de manera divisible. Así, demorada la entrega del bien por el permutante que debe entregarlo de manera indivisible, dicha demora tendrá por efecto que los plazos del otro permutante se prorroguen por el tiempo que dure la demora.

El artículo 1558

Debemos tener cuidado al momento de aplicar al contrato de permuta, el artículo 1558 y los demás relativos a las obligaciones del comprador. Se trata del mismo cuidado que era necesario tomar en la aplicación de las normas del precio (artículos 1543 a 1548).

En relación al primer párrafo del artículo 1558, podríamos asumir que cada uno de los permutantes estaría obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

No nos olvidemos de que en lo relativo a las obligaciones del vendedor ya existe una norma (el artículo 1552), atinente al momento de la entrega, al igual que otra (el artículo 1553), relativa al lugar de la entrega del bien. En este caso, debemos compatibilizar, tratándose de un contrato de permuta, la existencia de una regulación en obligaciones del vendedor y en obligaciones del comprador sobre los mismos temas, ya que el artículo 1558 también se refiere a ellos.

Así, el segundo párrafo del artículo 1558 podríamos entenderlo —referido al contrato de permuta— en el sentido en que a falta de convenio y salvo usos diversos, el bien debe ser entregado en su integridad en el momento y lugar en que se entregue el otro bien. Esta norma resulta congruente con las disposiciones de obligaciones del vendedor y, además, es pertinente para efectos de la función y medios de defensa propios de un contrato con prestaciones recíprocas, como es el caso del contrato de compraventa, ya que podría llegar a resultar aplicable al caso lo relativo a la excepción de incumplimiento.

Finalmente, diríamos que la última parte del segundo párrafo del artículo 1558 puede entenderse en el sentido en que si uno de los permutantes no puede efectuar el pago en el lugar de la entrega del bien por parte del otro permutante, dicha entrega se hará en el domicilio del primero de los permutantes mencionados.

El artículo 1559

Este numeral también debería ser entendido como referente a una permuta en la cual uno de los bienes es indivisible (o por lo menos, debe ser entregado en una sola ocasión) y que el bien que se ha obligado a entregar el otro permutante, es de naturaleza divisible.

El artículo 1560

Este artículo deviene en aplicable al contrato de permuta, en la medida en que resulte siéndolo el numeral precedente.

El artículo 1561

El supuesto del artículo 1561 del Código Civil se basa en que estemos ante un contrato de compraventa en el que se haya pactado el pago del precio a plazos, y que éstos no sean menores de tres (tres armadas o cuotas). Dentro de tal orden de ideas, si quisiésemos aplicar este numeral al contrato de permuta, deberíamos pensar en un contrato en el cual una de las partes se obligue para con la otra a transferirle periódicamente la propiedad de partes de un bien o de bienes que —sumadas dichas entregas— constituyan el íntegro de la prestación a ejecutar.

Si así fuera, sería aplicable al contrato de permuta. No debería descartarse tampoco que la entrega o pago periódico de dichos bienes no sólo podría ser objeto de la obligación de uno de los contratantes sino de ambos. En este caso, las acciones corresponderían —claro está— a la parte que se estuviese perjudicando con el incumplimiento de la otra.

El artículo 1562

Este numeral podría resultar de plena aplicación al contrato de permuta, en la medida en que lo es el artículo 1561, que constituye su fundamento.

El artículo 1563

El primer párrafo del artículo 1563 puede ser perfectamente aplicado al contrato de permuta, debiendo entenderse como que la resolución del contrato por incumplimiento de uno de los permutantes da lugar a que el otro permutante devuelva lo

recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

La aplicación del segundo párrafo del artículo 1563, no deviene tan pacífica, en la medida en que contempla que para el caso del contrato de compraventa, alternativamente puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal.

Pensamos que este párrafo devendría en aplicable siempre y cuando la parte o permutante que ha venido cumpliendo con sus obligaciones, se encuentre frente a un permutante que deba entregar o cumplir con sus prestaciones fraccionadamente, lo que equivale a decir, que debe hacer diversas entregas de bienes a su contraparte.

También podríamos imaginar el supuesto en el cual sean ambos contratantes los que deban ejecutar, fraccionadamente, sus respectivas prestaciones.

Siempre partiendo de que exista un pacto previo al respecto, llegaríamos a la conclusión de que la parte que ha cumplido o viene cumpliendo podrá hacer suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas de bienes que haya recibido en propiedad, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal.

En lo que respecta a la cláusula penal, no habría impedimento teórico para que ésta consista en bienes de distinta naturaleza o carácter que el dinero, en la medida en que la penalidad puede consistir en una prestación de cualquier naturaleza, más allá de que en la generalidad de casos se pacte en dinero.

El artículo 1564

El numeral 1564 del Código Civil Peruano podría aplicarse perfectamente al contrato de permuta, naturalmente con la salvedad de que su lectura debería ser que en la permuta de bienes muebles no entregados al permutante que debe recibirlos, si éste no entrega el que le corresponde, en todo o en parte, ni otorga la garantía a que se hubiere obligado, el otro permutante puede disponer del bien mueble a que se está haciendo referencia. En este caso el contrato queda resuelto de pleno derecho.

El artículo 1565

El artículo 1565, aplicado al contrato de permuta, debería entenderse en el sentido en que cada uno de los permutantes se encuentra obligado a recibir el bien que le tiene que entregar el otro, en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos.

Dentro de tal orden de ideas, en lo que respecta al segundo párrafo de la norma, ella también se haría extensiva a las dos partes que celebran el contrato de permuta. En tal sentido, a falta de plazo convenido o de usos diversos, cada permutante debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

El artículo 1566

Como se ve en su momento, el artículo 1566 del Código Civil, cuando establece que los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles inscritos en el registro correspondiente se rigen por la ley de la materia, está haciendo alusión directa al tema del Registro Fiscal de Ventas a Plazos, cuya normatividad ha sido derogada por completo en virtud de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley n.° 28677, publicada en el diario oficial «El Peruano», con fecha miércoles 1 de marzo de 2006 y vigente desde el martes 30 de marzo de ese mismo año.

La norma en su antiguo y hoy derogado contenido, era de plena aplicación al contrato de permuta, a pesar de que inscribir una permuta en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, resultaba inusual.

El artículo 1567

Como puede apreciar el lector, uno de los capítulos más criticados en lo que respecta al contrato de compraventa, es el relativo a la transferencia del riesgo. En su tratamiento, formulamos considerables críticas que, a nuestro entender, no dejan en pie ninguna de las normas del Código Civil en esta materia.

Sin embargo, en este punto de nuestro trabajo no nos corresponde criticar los numerales 1567 a 1570, sino única y exclusivamente apreciar si los mismos devienen en aplicables o no al contrato de permuta. En tal sentido, del primero de ellos podemos decir que cuando nos encontremos en presencia de una permuta en la cual al menos uno de los permutantes se obligue a entregar un bien cierto, de acuerdo a la lógica de esta norma (la misma que no es compartida por nosotros), el riesgo de pérdida de ese bien cierto, no imputable a ninguno de los permutantes, pasará al permutante que debe recibir dicho bien, en el momento de su entrega.

Resulta evidente que el tema será aplicable cuando nos encontremos en presencia de dos permutantes que se obligan a entregar bienes ciertos, aplicándose la norma, por igual y según corresponda, a cada uno de dichos bienes.

El artículo 1568

De acuerdo al orden de ideas que venimos manejando, el numeral 1568 también devendría en aplicable al contrato de permuta, en el entendido de que si nos estuviésemos refiriendo a la obligación de uno de los permutantes, respecto a un bien cierto, el permutante que debe recibirlo o recogerlo no los recibiese o recogiera en el momento señalado en el contrato para la entrega, si es que dicho bien ya se encontraba a su disposición.

En este caso, el precepto también resulta aplicable al supuesto en el cual ambos contratantes se obliguen a entregar bienes ciertos y uno de ellos no los reciba en el momento señalado en el contrato para la entrega, encontrándose dicho bien a disposición de aquél que no lo recibió.

El artículo 1569

Ya sea que uno o ambos permutantes se obliguen a entregar bienes por peso, número o medida, nos encontraremos dentro del supuesto del artículo 1569 del Código Civil, debiéndose aplicar el artículo 1568 del mismo si, encontrándose los bienes a su disposición, el permutante al que le corresponda, no concurre en el momento señalado en el contrato, o determinado por su contraparte para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición. Todo ello, naturalmente, más allá de nuestras serias discrepancias conceptuales con este precepto.

El artículo 1570

Siempre haciendo la salvedad de que esta norma resulta susceptible de aplicación recíproca, diremos que podría ocurrir que a pedido de uno de los permutantes, el otro expida el bien a lugar distinto de aquél en que debía ser entregado. En este caso el riesgo de pérdida pasa al permutante que debía recibir el bien, a partir del momento en que el otro permutante lo expida a destino (a pesar de que ello carecería de sentido).

El artículo 1571

Más allá de las apreciaciones efectuadas en relación a la pertinencia o no de regular la venta a satisfacción del comprador, la venta a prueba y la venta sobre muestra, diremos que en el primero de los casos resulta perfectamente admisible la existencia de la que llamaríamos permuta a satisfacción del permutante, y siguiendo la estructura

del artículo 1571 del Código Civil, se podría decir que la referida permuta de bienes a satisfacción del permutante, se perfecciona (celebra) sólo en el momento en que la contraparte (vale decir, el otro permutante) declara su conformidad.

En tal sentido, se desprende del segundo párrafo de la norma bajo comentario, que dicho otro permutante debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por su contraparte.

El artículo 1572

Como sabemos, el artículo 1572 está referido a la compraventa a prueba. No habría inconveniente para imaginar una permuta a prueba. Dentro de tal orden de ideas, la permuta a prueba se consideraría celebrada bajo la condición suspensiva de que el bien tomado como referencia para dicha prueba tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

La prueba deberá realizarse en el plazo y según las condiciones establecidas en el contrato o por los usos.

Si no se realiza la prueba o el resultado de ésta no es comunicado al otro permutante dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

Debemos señalar, además, que nada impediría que se celebrase una compraventa a prueba en la cual la referida prueba estuviera pactada, tomando como referencia no sólo el bien que debe entregar uno de los permutantes, sino también el que debe entregar su contraparte. En este caso, el contrato surtirá efectos desde el momento en el cual se cumpla positivamente la última de las pruebas a realizar y el resultado de ésta se comunique a la parte que debe conocerlo, dentro del plazo indicado.

Igualmente, en caso no se realizara alguna de las pruebas (o incluso ambas) o el resultado de ella no fuera comunicado a la contraparte dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

El artículo 1573

Sabemos que el artículo 1573 está referido a la compraventa sobre muestra. En tal sentido, nos corresponde opuesta a la interrogante de si cabe una permuta sobre muestra.

Pensamos que sí. No habría inconveniente teórico o práctico alguno. Si se tomara como referencia uno de los bienes a ser permutados, la parte que va a adquirir su propiedad tendría derecho a la resolución del contrato, si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio.

Obviamente, si ambas partes hubieran celebrado la permuta sobre muestra, es decir, teniendo en consideración ambos bienes, cualquiera de los permutantes tendría derecho a resolver el contrato si la calidad de alguno de esos bienes no fuese conforme a la muestra respectiva o a la calidad conocida en el comercio.

El artículo 1574

Ahora nos corresponde analizar la posibilidad de existencia de una permuta sobre medida.

En tal sentido, si siguiésemos el tenor del artículo 1574 del Código Civil, el esquema que se plantearía sería el de la permuta de un bien con indicación de su extensión o cabida, a cambio de uno o más bienes que deberán serle entregados por cada unidad de extensión o cabida. En este caso, el permutante del primer bien a que hemos hecho referencia, está obligado a entregar al otro la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, el permutante que ha recibido dicho bien, se encontrará obligado a pagar lo que se halle de más (siempre en el bien o bienes de que se trate), y, en su caso, el otro permutante se encontrará en la obligación de devolver a su contraparte la cantidad del bien (o bienes) correspondiente a lo que se halle de menos. Sin embargo, resulta evidente que una solución como la planteada, sólo sería susceptible de producirse en especie, en la medida en que el bien de cuya falta o exceso estemos hablando, sea uno de carácter divisible o un conjunto de bienes, divisibles por naturaleza. De lo contrario, la solución no resultaría factible en lo que respecta al contrato de permuta.

Podría pensarse, sin embargo, que dicha solución sería practicable en la medida en que la restitución de los excesos o defectos se haga con dinero, pero ello trasgrediría el principio de identidad en el pago.

Es por esta razón que nos inclinamos a pensar que la solución del tema estaría en que el problema de los excesos o defectos se zanje a través de la entrega, en devolución o por adición, de aquellos bienes que la otra parte se obligó a transferir en propiedad a aquel permutante, cuyo bien se tomó como referencia a efectos de este contrato.

En la medida en que no se trate de una especie limitada y que sea factible realizar esa entrega o devolución en esos mismos bienes, el problema se solucionará fácilmente. Para estos efectos, estamos tomando este tipo de bienes como si fuesen dinero, precisamente la cantidad que en la compraventa sobre medida el comprador se hubiera obligado a pagar por cada unidad de extensión o cabida. El esquema sería exactamente el mismo para la permuta sobre medida.

El artículo 1575

Esta norma nos plantea el supuesto en el cual el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido sea mayor que un décimo de la indicada en el contrato, caso en el cual el comprador puede optar por su rescisión.

Independientemente de las críticas que merece este numeral en el presente trabajo, podríamos pensar que el mismo resulta de aplicación al caso de la permuta sobre medida, dentro de similares consideraciones a las esbozadas al analizar el artículo 1574, respecto a su eventual aplicación al contrato de permuta.

El artículo 1576

Esta norma (siguiendo lo planteado en el numeral 1574) es aplicable cuando en la permuta sobre medida el permutante no pueda pagar al otro, inmediatamente, la cantidad de bienes por efecto del exceso que resultó. En este caso el otro permutante (es decir, quien debe recibir dicha entrega), se encuentra obligado a conceder a su contraparte un plazo no menor de treinta días para el pago. Si no lo hace, el plazo será determinado por el juez, en el trámite del proceso no contencioso, con arreglo a las circunstancias.

Igual regla se aplica, en su caso, para que el otro permutante devuelva la diferencia que hubiere resultado.

El artículo 1577

Como sabemos, el artículo 1577 regula el supuesto de la compraventa en bloque. Pensamos que resultaría factible admitir la existencia de una permuta en bloque, en la medida en que dentro de un contrato de esta naturaleza, imaginemos que se contrate sobre un bien, fijando como contraprestación otro bien u otros bienes, pero en consideración a la integridad o totalidad del primero de ellos, y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato.

En este caso, el permutante a quien se debe entregar dicho bien, deberá, a su vez, entregar a su contraparte la totalidad del bien o bienes que se obligó a transferir en propiedad, a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, la contraprestación sufrirá —en la medida en que ello sea posible— la reducción o el aumento proporcional.

El artículo 1578

El artículo 1578 del Código Civil es una norma que reviste gran utilidad, en la medida en que trata acerca de la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo precio, pudiéndose presentar los supuestos de compraventa sobre medida o compraventa en bloque. Pensamos que esta norma devendría aplicable a aquellos supuestos, en tanto se presenten las condiciones esbozadas en nuestro análisis de los numerales 1574, 1575 y 1576 (aplicables a la permuta sobre medida) y 1577 (referente a la permuta en bloque).

Por lo demás, si fuese el caso en que resultaran aplicables estas consideraciones, la utilidad del artículo 1578 resultaría similar, tanto para la compraventa como para la permuta.

El artículo 1579

El artículo 1579 del Código Civil establece lo referido al derecho del vendedor al aumento del precio y el del comprador a su disminución, así como el derecho de este último de pedir la rescisión del contrato, supuestos que caducan a los seis meses de la recepción del bien por el comprador.

La norma resulta plenamente aplicable al contrato de permuta, en tanto resulten factibles los supuestos de permuta sobre medida y permuta en bloque, ya analizados, casos para los cuales las acciones caducarán —igualmente— a los seis meses de la recepción del bien por el permutante que corresponda.

El artículo 1580

Los artículos 1580 y 1581 tratan acerca de la compraventa sobre documentos. Más allá de las críticas que formulamos a ambos numerales en este trabajo, debemos puntualizar que la primera de las normas citadas devendría en plenamente aplicable al caso de la permuta. Con esto queremos decir que cabría perfectamente una permuta sobre documentos, acto en el cual la entrega del bien o de los bienes quedaría sustituida por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato o, en su defecto, por los usos.

El artículo 1581

Resulta evidente que cuando hablamos de una permuta sobre documentos no podremos hacer referencia al precio. En tal sentido, el numeral bajo análisis debería ser

interpretado como que el pago de la contraprestación debe efectuarla el otro permutante en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto o uso distintos.

El artículo 1582

Debemos recordar que el artículo 1582 del Código Civil regula dos pactos nulos en lo que respecta al contrato de compraventa. El primero, es el pacto de mejor comprador (inciso 1), en tanto que el otro es el pacto de preferencia (inciso 2).

Analizando por separado cada uno de estos convenios o cláusulas, podemos decir que —en relación al contrato de permuta— sería factible imaginar la existencia de un pacto de mejor permutante, en virtud del cual pueda rescindirse la permuta por convenirse que si hubiera quien dé u ofrezca un bien más valioso a cambio del bien a que estamos haciendo referencia, este último bien deberá ser devuelto por el permutante a su contraparte (es decir, al permutante que le transfirió su propiedad).

De otro lado, el pacto de preferencia podría ser entendido en relación al contrato de permuta, como aquél en virtud del cual se impone a uno de los permutantes la obligación de ofrecer el bien que adquirió, al permutante que se lo ha transferido, por lo que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo, si es que dicha enajenación consistiese en una permuta.

Sin embargo, pensamos que el pacto de preferencia sólo será aplicable al contrato de permuta en tanto aquello que ofrezca quien desea adquirir en el futuro dicho bien por permuta, sea un bien de carácter fungible, ya que si nos pusiéramos en el caso extremo de que fuera un bien cierto, resultaría evidente que quien gozase de dicha preferencia, se vería imposibilitado de ejercitarla, precisamente por no poder ofrecer un bien similar.

El artículo 1583

Como se recuerda, el artículo 1583 versa acerca de la compraventa con reserva de propiedad, estableciéndose que en la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega. En el caso del contrato de permuta, hablaríamos de una permuta con reserva de propiedad, en la cual uno de los permutantes se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado el íntegro del bien o de los bienes que se había obligado a transferir el otro permutante,

o una parte determinada de los mismos, asumiendo este último contratante el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, desde el momento de la entrega.

En lo referente al último párrafo del artículo 1583, podemos decir que resultará de aplicación cuando el permutante, que se ha obligado a pagar fraccionadamente el bien, termine de transferir la propiedad de la cantidad o porcentaje de bienes convenidos, supuesto que en la mayoría de casos, será equivalente a la totalidad de los mismos.

El artículo 1584

Esta norma, referente a la oponibilidad frente a terceros de la reserva de propiedad, también podríamos hacerla aplicable a la permuta. En tal sentido, siguiendo al artículo 1584, diríamos que la reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del permutante sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo.

Si se trata de bienes inscritos, la reserva de propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

El artículo 1585

Como se recuerda, este numeral hace de aplicación las normas de la compraventa con reserva de propiedad (artículos 1583 y 1584) a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

Para hacer de aplicación el artículo 1585 al contrato de permuta, tendríamos que imaginar un contrato de arrendamiento en el cual la merced conductiva o renta pactada no consista en el pago de una determinada cantidad de dinero, sino en la entrega de cierta cantidad de bienes. Dentro de tal orden de ideas, es que podríamos imaginar la existencia de un contrato al que se podría llamar arrendamiento-permuta o, siguiendo la tradición, alquiler-permuta. No está demás decir que esta figura no se presenta en la práctica, y que más allá de la posibilidad de su asunción en el plano teórico, no tiene relevancia alguna en la vida cotidiana.

El artículo 1586

En el presente estudio manifestamos nuestra opinión contraria a la validez del pacto de retroventa. Sin embargo, más allá de nuestro parecer al respecto, en esta parte del trabajo corresponde manifestar nuestra opinión respecto a la aplicación práctica de las normas propias del pacto de retroventa al contrato de permuta. Dentro de este

orden de ideas es que tendríamos que imaginar la eventual existencia de un pacto llamado de «retropermuta».[12]

Así, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1586 del Código Civil, entenderíamos que por la «retropermuta», uno de los permutantes (o incluso ambos) adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial.

El artículo 1587

En el supuesto en que el pacto de «retropermuta» solamente tenga como referencia a uno de los contratantes, llegaríamos a la conclusión de que sería nula la estipulación que impone al permutante que tiene derecho a la resolución del contrato, como contrapartida de la resolución de dicho contrato, la obligación de pagar al otro permutante una cantidad de dinero u otra ventaja para éste.

En el imaginario pacto de «retropermuta» también sería nulo, en cuanto al exceso, la estipulación que obligue al permutante que tenga derecho a la resolución del contrato, a devolver, en caso de resolución del mismo, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el valor adquisitivo de la prestación (bien o bienes) que recibió.

El artículo 1588

Tratando de hacer aplicable el artículo 1588 al contrato de permuta, diríamos que el plazo para ejercitar el derecho de resolución es de dos años tratándose de inmuebles, y de un año en el caso de muebles, salvo que las partes estipulen un plazo menor.

El plazo se cuenta a partir de la celebración del contrato de permuta.

En la eventualidad de que las partes convinieran un plazo mayor que los indicados anteriormente, o prorrogasen el plazo para que sea mayor de dos años o de un año, según el caso, el plazo o la prórroga se consideran reducidos al plazo legal.

Finalmente, la parte que se ve expuesta a la resolución del contrato por el otro contratante, tendrá derecho a retener el bien hasta que este último le reembolse las mejoras necesarias y útiles.

El artículo 1589

Siempre enmarcado dentro de un contrato de permuta, podríamos aplicar el contenido del artículo 1589 entendiendo que si un grupo de personas han celebrado en calidad de copermutantes un contrato de permuta, obligándose a transferir a su

[12] Este criterio es compartido por Arias-Schreiber (Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 158).

contraparte (otro permutante) la propiedad de un bien indiviso, habiendo pactado una cláusula de «retropermuta», o se tratara de los herederos del permutante que ha asumido su obligación de transferir la propiedad de un bien con el mismo pacto; en ambos casos, dichos contratantes no podrían usar su derecho de manera separada, sino conjuntamente.

El artículo 1590

Esta norma podría ser entendida en la eventualidad en que los copropietarios de un bien indiviso hayan permutado separadamente sus cuotas en la copropiedad, con pacto de «retropermuta». En este caso cada uno de ellos podría ejercitar, con la misma separación, el derecho de resolver el contrato por su respectiva participación.

El artículo 1591

El artículo 1591, aplicado a la permuta, podría ser interpretado en el sentido en que el pacto de «retropermuta» es oponible a terceros, cuando aparezca inscrito en el correspondiente registro.

El artículo 1592

El tema de la eventual aplicación de las normas del derecho de retracto al contrato de permuta es un punto muy discutido en doctrina. Parece criterio casi unánime[13] que no son de aplicación al contrato de permuta las normas relativas a los derechos de preferencia, entre los cuales está el derecho de retracto, debido a una razón fundamental: el retrayente no puede ofrecer al enajenante la misma prestación que el otro permutante.[14]

Sin embargo, consideramos, al igual que Arias- Schreiber,[15] que el derecho de retracto operará sin inconvenientes si el objeto de la prestación, que debe cumplir el retrayente, consiste en bienes fungibles; vale decir, en bienes que el potencial o eventual retrayente esté en capacidad de consignar judicialmente al momento de iniciar un proceso de esta naturaleza.

Así, admitiendo esta posibilidad, podríamos decir que el derecho de retracto también es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar de uno de los permutantes y en todas las estipulaciones del contrato de permuta.

---

[13] Tal como señala Badenes Gasset (Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, p. 234).

[14] En opinión de De la Rosa Díaz, Pelayo. Citado por Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 159.

[15] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 159.

En este orden de ideas, el retrayente debe reembolsar al adquirente el bien transferido o entregado, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Debemos señalar, sin embargo, que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1592 del Código Civil, que establece la improcedencia del retracto en las ventas hechas por remate público, resultaría prácticamente inaplicable por la naturaleza misma del contrato de permuta, ya que se celebran remates públicos en la modalidad de compraventa, mas no en la modalidad de permuta.

El artículo 1593

A través de este numeral se establece que el derecho de retracto también procede en la dación en pago. Más allá de cualquier otra consideración respecto de los alcances de esta norma, lo que corresponde concluir del análisis de la misma y del conjunto de preceptos relativos al retracto, es que este derecho procede en la compraventa, en la dación en pago (artículo 1593) y en la permuta, con las salvedades del caso (por lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil).

El artículo 1594

Este numeral sería aplicable íntegramente al contrato de permuta, ya que para el caso correspondería reiterar que el derecho de retracto procede respecto de bienes muebles inscritos y de inmuebles.

El artículo 1595

En virtud de lo prescrito por el artículo 1595, podríamos decir que incluso para el caso del contrato de permuta, sería irrenunciable e intransmisible por acto entre vivos el derecho de retracto.

El artículo 1596

El artículo 1596 resulta plenamente aplicable al contrato de permuta. Dentro de tal orden de ideas, el mismo debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho.

Cuando el domicilio de esta persona no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces, con intervalo de

cinco días entre cada aviso, caso, este último, en el cual el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación.

El artículo 1597

Similares consideraciones podríamos formular en torno al artículo 1597 del Código Civil. Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 sólo es oponible después de un año de inscrita la transferencia.

El artículo 1598

Este artículo plantea el supuesto en el cual estemos frente a una compraventa con precio pactado a plazos. Sin embargo, no resultaría una norma ajena al retracto en la permuta, ya que, como hemos visto, cabría la posibilidad de celebrar un contrato de permuta en el cual una de las partes se obligue a transferir a la otra periódicamente bienes o partes de un bien. En tal sentido, siguiendo el artículo 1598, cuando en un contrato de permuta una de las partes se hubiera obligado a pagar el bien o bienes a plazos, sería obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del bien o bienes que todavía tenga pendientes de cumplimiento, aunque en el contrato de permuta que da lugar al retracto ello no se hubiera convenido.

El artículo 1599

Entendiendo este numeral referido a la permuta, podríamos decir que tienen derecho de retracto: el copropietario, en la permuta a tercero de las porciones indivisas; el litigante, en caso de permuta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente; el propietario, en la permuta del usufructo y a la inversa; el propietario del suelo y el superficiario, en la permuta de sus respectivos derechos; los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor, en caso de permuta a terceros de sus respectivos predios; y, por último, el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la permuta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta reunidas no excedan de dicha unidad.

El artículo 1600

Esta norma devendría en aplicable a la permuta, entendiéndose que si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599.

Debemos anotar, sin embargo, que la diversidad de los títulos de las personas a que se hace referencia, no tendría por qué ser de la misma naturaleza. Así, podríamos tener, entremezcladas, personas que tengan derecho a retracto por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 1599, ya sea porque el bien sobre el cual tienen dicho derecho, ha sido vendido, permutado o ha sido objeto de una dación en pago.

El artículo 1601

Esta norma resultaría aplicable al contrato de permuta, entendiendo que cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones (se trate de compraventas, permutas o daciones en pago) antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el precio (en caso sea una compraventa, o valor del bien permutado, si se tratara de una permuta), tributos, gastos e intereses de la misma; quedando sin efecto las otras enajenaciones.

4. El problema del precio mixto

4.1. Concepto

El tema del precio mixto, sin duda es uno muy discutido.

Como se señala en este trabajo, el precio, de acuerdo a un criterio mayoritario en doctrina, debe consistir —fundamentalmente— en dinero o en signos que representen al dinero, siendo el caso más común el de las monedas extranjeras. Esto significa que en tanto en una compraventa se convenga un precio en metálico (ya sea moneda nacional o extranjera) o en una mezcla de estos dos elementos, vale decir moneda nacional y moneda extranjera a la vez, no habría problema alguno para saber que nos encontramos frente a un contrato de compraventa.

El problema nace cuando el precio en moneda nacional y/o extranjera, se presenta con el agregado de un bien de distinta naturaleza de los mencionados, vale decir, por un bien que no sea ni dinero ni signo que lo represente (moneda extranjera).

En este caso, la interrogante que ha preocupado a la doctrina es si estamos ante un contrato innominado (o atípico), ante un contrato de permuta o ante un contrato de compraventa.

No ha existido ni existe criterio unánime al respecto.[16]

Pero tanta variedad de criterios como los encontrados en doctrina, hallamos en los diversos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica.

Debemos señalar que resulta mayoritaria la tendencia de Códigos Civiles que se pronuncian sobre el tema del precio mixto.[17]

---

[16] En tal sentido, pueden consultarse las opiniones de Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, p. 20; Aubry, C. y C. Rau, *Op. cit*., tomo IV, p. 336; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 604 y 605; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 29; Josserand, Louis. *Op. cit*., vol. II, tomo II, p. 122; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit*., parte III, vol. III, p. 138; Fernández Elías, Clemente. *Novísimo Tratado Histórico - Filosófico del Derecho Civil Español*. Madrid: Librería de Leocadio López-Editor, 1880, tomo II, p. 257; Falcón, Modesto. *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral*. Barcelona: Imprenta Cervantes, 1893, tomo IV, pp. 233 y 234; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit*., tomo I, p. 234; Albaladejo, Manuel. *Op. cit*., vol. II, tomo II, p. 20; Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, p. 71; Rezzónico, Luis María. *Op. cit*., tomo I, pp. 154 y 155; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., pp. 254 y 255; Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, vol. IV, pp. 119 y 120; y Borda, Guillermo A. *Manual de Contratos*, p. 163.

[17] Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el tema del precio mixto:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Código Civil Español (artículo 1446), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, segundo párrafo), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 2), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335), Código Civil Chino de 1930 (artículo 399), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 926), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1531), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 621).

Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

- *Código Civil Peruano de 1852*:

  Artículo 1324.- «El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías u otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio».

- *Proyecto Inédito de Código Civil de Andrés Bello*:

  Artículo 1964.- «Cuando se da una cosa como parte del precio, se tendrá por permuta si fuere mayor el valor de la cosa que la parte que debe pagarse en dinero, y por venta en el caso contrario».

- *Código Civil Chileno*:

  Artículo 1794.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte de otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario».

4.2. Ubicación legislativa del tema

Sin embargo, no todos los Códigos que tratan acerca del particular lo hacen dentro

---

- *Código Civil Salvadoreño de 1860*:
  Artículo 1598.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta cuando el dinero sea igual o mayor que el valor de la cosa».
- *Código Civil Uruguayo*:
  Artículo 1662.- «Si el precio, esto es, lo que el comprador da por la cosa vendida, consiste en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contrayentes; y no constando ésta, se tendrá por permuta si es mayor el valor de la cosa, y por venta en el caso contrario».
- *Código Civil Argentino*:
  Artículo 1356.- «Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato será de permuta o cambio si es mayor el valor de la cosa, y de venta en el caso contrario».
- *Código Civil Colombiano*:
  Artículo 1850.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta en el caso contrario».
- *Código Civil Ecuatoriano*:
  Artículo 1760.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario».
- *Código Civil Español*:
  Artículo 1446.- «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario».
- *Proyecto Boissonade de 1890*:
  Artículo 754.- «[...] Si uno de los derechos respectivamente cedidos es inferior al otro en valor, la inequivalencia es compensada por un complemento en dinero u otra cosa».
- *Código Civil Japonés*:
  Artículo 586.-
  «[...] 2.- Si una de las partes ha convenido transferir la posesión de dinero junto con otro derecho, los dispositivos relacionados al precio de compra se aplicarán *mutatis mutandis*».
- *Código Civil Nicaragüense de 1903*:
  Artículo 2536.- «Si el precio de la venta consistiere parte en dinero o valores y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio, excede al del dinero o su equivalente; y por venta, en el caso contrario».
- *Código Civil Hondureño de 1906*:
  Artículo 1606.- «Si el precio de la venta consistiere parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio, excede al del dinero o su equivalente; y por venta, en el caso contrario».
- *Código Civil Panameño de 1917*:
  Artículo 1216.- «Si el precio de la venta consistiera, parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por

de las normas referentes al contrato de compraventa, a pesar de que esta tendencia

---

permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario».

- *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926*:
  Artículo 382.- «El precio de la venta debe ser convenido en dinero; pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías u otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio».
- *Código Civil Mexicano de 1927*:
  Artículo 2104.- «Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, el contrato será de venta cuando la parte en numerario sea igual o mayor que la parte que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta».
- *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930*:
  Artículo 1335.- «Naturaleza del contrato cuando el precio sea parte en dinero.- Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario».
- *Código Civil Chino de 1930*:
  Artículo 399.- «Si una de las partes ha convenido en entregar a la otra una suma de dinero en adición a la transferencia de derechos patrimoniales prevista en el artículo precedente, las disposiciones de la venta relativas al precio reciben aplicación correspondiente en aquello que concierne a esta suma de dinero».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936*:
  Artículo 926.- «Cuando el precio consistiere, parte en dinero y parte en otro bien, el contrato será de permuta, si es igual o mayor el valor en especie».
- *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943*:
  Artículo 1043.- «[...] Cuando el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se tendrá el contrato como permuta si el valor de la cosa es superior al del dinero y como venta en el caso contrario [...]».
- *Código Civil Guatemalteco de 1973*:
  Artículo 1853.- «Si la cosa que se entrega se ha de pagar parte en dinero y parte en otros bienes, el contrato será de permuta siempre que la porción estipulada en dinero no llegue a la mitad del precio».
- *Código Civil Peruano de 1984*:
  Artículo 1531.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.
  Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor».
- *Código Civil Paraguayo de 1987*:
  Artículo 756.- «Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otro bien, el contrato será de permuta, si es igual o mayor el valor en especie, y de venta en el caso contrario».
- *Proyecto de Código Civil Colombiano*:
  Artículo 621.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta si el dinero es igual o superior al valor de la cosa».

resulta inmensamente mayoritaria.[18]

No obstante, existe un reducido grupo de Códigos Civiles que se manifiesta sobre el particular dentro de las normas referentes al contrato de permuta.[19]

4.3. Soluciones legislativas y doctrinarias adoptadas sobre el precio mixto

Dentro de la legislación consultada hemos podido identificar, respecto de la solución al tema del precio mixto, hasta cuatro grandes tendencias, siendo dos de ellas de carácter objetivo y dos de carácter fundamentalmente subjetivo.

4.3.1. Posiciones de carácter objetivo

Las posiciones de carácter objetivo son aquellas que se inspiran en el Código Civil Peruano de 1852 y en el Proyecto Bello, y que se atienen, fundamentalmente, a los valores que representen dentro del total del precio a pagar, la cantidad de dinero (o signo que lo represente) y el bien (distinto al dinero o al signo que lo represente). Ambas posiciones difieren en la solución que otorgan al problema.

Así, un grupo de Códigos Civiles[20] dan como solución que si la parte de igual o mayor valor es en dinero, el contrato es una compraventa; de lo contrario, será una permuta.

---

[18] Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el tema del precio mixto en el contrato de compraventa:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Código Civil Español (artículo 1446), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 926), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1531), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 621).

[19] Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el tema del precio mixto en el contrato de permuta:

Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, segundo párrafo), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 2), Código Civil Chino de 1930 (artículo 399), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853).

[20] Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil de El Salvador de 1860 (artículo 1598), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Anteproyecto de Código Civil

Un grupo menor de Códigos Civiles[21] concluye en que si la parte de mayor valor es en dinero, estamos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

4.3.2. Posiciones de carácter fundamentalmente subjetivo

Son aquellas que se inspiran, básicamente, en el Código Civil Español, y que resuelven el problema de acuerdo a un orden de prioridades en el cual: primero existe un criterio de carácter subjetivo, que consiste en la intención manifiesta de los contratantes; y, en segundo lugar, un criterio objetivo, pero que rige sólo supletoriamente, vale decir, en defecto del primero, ante la imposibilidad de aplicar éste.

También cuenta con dos tendencias legislativas.

En la primera de ellas se agrupan los Códigos Civiles[22] que consideran como solución la de que en primer lugar se debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si ésta se desconoce, si la parte de igual o mayor valor es en dinero, estaremos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

La segunda posición de carácter fundamentalmente subjetivo sólo cuenta con el Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1531), el mismo que da como solución la de que en primer lugar se debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si ésta se desconoce, si la parte de mayor valor es en dinero, estaremos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

A lo largo de su historia, el Derecho Peruano no ha adoptado una solución uniforme sobre el particular. El Código Civil de 1852, al igual que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto elaborado en 1926 por Manuel Augusto Olaechea, se adherían al criterio objetivo. Es de notar que ni el Proyecto de Código Civil de 1936 ni el Código que entró en vigencia dicho año, adoptaron norma alguna sobre el particular. No obstante, José León Barandiarán, principal comentarista de dicho Código, se adhería al criterio objetivo.[23]

---

para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620).

[21] Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 926), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, tercer párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853).

[22] Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Español (artículo 1446), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335).

[23] Véase León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, p. 16.

Como hemos expresado, si bien por el matiz anotado, la posición del Código Civil Peruano de 1984 es un tanto solitaria, no lo es en cuanto a su concepción, la que se basa en los principios adoptados por el Derecho Español en su Código Civil.

La Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984, en su Exposición de Motivos,[24] efectúa un análisis de la solución adoptada por el artículo 1531 del Código Civil, la misma que podríamos resumir de la siguiente manera:

a) Cuando la intención de las partes consta en forma manifiesta, esta circunstancia es la que determina la figura contractual querida, al margen de la denominación que se haya dado al negocio.
b) Cuando no conste la intención de las partes, la calificación del contrato queda sujeta a la valoración comparativa entre las prestaciones, pudiendo presentarse los siguientes casos:
   b.1) Que el valor del bien resulte equivalente al monto de la prestación dineraria; en este caso, el contrato es de permuta.
   b.2) Que el valor del bien sea mayor al de la prestación en dinero, en cuyo caso el contrato es también de permuta.
   b.3) Que el valor del bien resulte menor al de la prestación en dinero, supuesto en el cual el contrato es de compraventa.

La citada Comisión Revisora concluye sus consideraciones, apoyándose en la opinión del tratadista español José Merino Hernández,[25] pero —paradójicamente y sin motivo aparente alguno— la Comisión Revisora, en el caso extremo de que el dinero sea del mismo monto que el bien, opta por considerar al contrato como de permuta y no una compraventa, como lo hace el Código Civil Español y cuya solución apoya el propio Merino Hernández.

4.4. Nuestra posición

Por nuestra parte, luego de haber expuesto las diversas posiciones existentes en doctrina sobre el particular, en primer término, debemos manifestar que, a nuestro entender, el tema es más sencillo de como se lo plantea la generalidad de la doctrina. Creemos que la solución al mismo debe ser fácil y clara, evitando mayores complicaciones. La función de la doctrina y la legislación es la de esclarecer los problemas jurídicos, no de complicarlos.

---

[24] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. «Contrato de Permuta». En Diario oficial *El Peruano*. Separata Especial, Lima, lunes 27 de noviembre de 1989, pp. 4 y 5.

[25] Merino Hernández, José. *El contrato de permuta*. Madrid: Editorial Tecnos, 1978, p. 40.

En segundo lugar, como hemos advertido en páginas anteriores, existen dos y sólo dos tendencias marcadas en la legislación y doctrina. Una objetiva, con dos soluciones que difieren en lo accesorio, mas no en lo fundamental, y una básicamente subjetiva, con una tendencia mayoritaria.

Sin lugar a dudas, los planteamientos esbozados por los seguidores de ambas corrientes de pensamiento revisten la mayor solidez, a la vez que despiertan el mayor interés en el lector, ya que en su concepción son diametralmente opuestas.

Veamos por qué:

El primero, el criterio objetivo, se basa en el valor de cada uno de los elementos del precio mixto para decidir si estamos frente a un contrato de permuta o frente a un contrato de compraventa. El esquema y razonamiento de este criterio es muy sencillo, y podríamos graficarlo de la siguiente manera:

a) Si el dinero convenido vale más que el bien, el contrato será de compraventa.
b) Si el dinero pactado vale menos que el bien, el contrato será de permuta.
c) Si el dinero que se ha acordado entregar vale igual que el bien, para unos el contrato deberá considerarse compraventa y para otros, deberá considerarse permuta.

Así de conciso es este planteamiento.

El segundo criterio, el fundamentalmente subjetivo, en cambio, no parte de elementos fácilmente advertibles, sino que remite la naturaleza del contrato a la intención que las partes contratantes (comprador y vendedor) manifiesten en el acto mismo que hayan celebrado. Este será el primer criterio de calificación para la corriente subjetiva.

Recién, de no haber manifestado las partes claramente su intención de calificar al contrato celebrado como de compraventa o de permuta, empezarán a regir criterios objetivos, que en la mayoría de casos analizados encierran los mismos conceptos que los esgrimidos por la corriente objetiva. Es decir que el criterio fundamentalmente subjetivo es subsidiariamente objetivo.

El Código Civil Peruano hace una distinción entre la «intención manifiesta de los contratantes» y «la denominación que se le dé al contrato».

En esta parte debemos advertir un primer punto de discusión: el de si la intención manifiesta de las partes debe o no equipararse a la denominación que ellas otorguen al contrato.

La voluntad de las partes no hay que entenderla como absoluta, en el sentido de ser capaz de hacer que un intercambio de propiedad de bien por bien sea una compraventa.[26]

[26] Así opina Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 20).

Pero debemos preguntarnos si resultan equiparables las expresiones «intención manifiesta» y «denominación que se le dé».

Consideramos que no necesariamente, pero creemos que la denominación que las partes otorguen al contrato será fundamental para saber su intención al respecto, a la vez que representará un elemento definitivo para dicho efecto, de no encontrarse otros que distingan esa presunción. En este sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina española.[27]

No estamos convencidos de que la distinción que hace el Código Civil Peruano en su artículo 1531, sea realmente valedera y útil, ya que «la intención manifiesta de los contratantes» se verificará, por lo general, en una denominación que las mismas den al contrato celebrado. De no encontrarse manifestada en una denominación respecto del contrato, será muy difícil saber cuál ha sido la «intención manifiesta de los contratantes», ya que es justamente el carácter dudoso del punto el que nos hará revisar el contrato en su integridad.

Sin lugar a dudas, nos inclinamos por el primero de los criterios anotados, vale decir, por el objetivo, ya que el mismo reviste una serie de ventajas sobre el de carácter fundamentalmente subjetivo.[28]

Consideramos a dichas ventajas las siguientes:

a) Facilidad para la determinación de la naturaleza del contrato, ya que bastará simplemente con verificar de manera objetiva los valores del dinero y del bien dado como suplemento de éste (o viceversa).
b) La corriente objetiva está de acuerdo a la naturaleza de los actos jurídicos y de las cosas.

---

[27] Así tenemos las opiniones representativas de Badenes Gasset (Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, pp. 234 y 235) y Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 20).

[28] Sin embargo, no dejamos de reconocer la importancia que tienen las apreciaciones de quienes sostienen el criterio opuesto. En tal sentido, por ejemplo, Manuel de la Puente y Lavalle nos manifestó en una conversación personal ser opuesto a los criterios fundamentalmente objetivos, al estimar que no siempre la parte del precio conformada por aquello que tenga un mayor valor habrá sido el factor determinante para la celebración del contrato.

En aquella ocasión De la Puente citó el ejemplo de un anticuario que transfiera a un particular, en virtud de un contrato, la propiedad de un objeto que valga mil nuevos soles y que el particular pague el precio entregándole cien nuevos soles, conjuntamente con otro bien cuyo valor asciende a novecientos nuevos soles, el mismo que —precisamente— interesa muchísimo adquirir al anticuario.

Expresa De la Puente que casos como el descrito son concordantes con lo dispuesto por el artículo 1531 del Código Civil cuando hace referencia a «la intención manifiesta» de los contratantes.

Finalmente, De la Puente piensa que el numeral 1531 podría estar ubicado —sin mayor problema— dentro de las normas referidas al precio en el contrato de compraventa (Capítulo Tercero del respectivo Título).

Decimos reiteradas veces a lo largo del tratamiento que dimos al requisito del precio consistente en que sea pagado en dinero o signo que lo represente, que es precisamente este elemento el que marca la distinción esencial entre el contrato de compraventa (en el que el precio debe pagarse en dinero, fundamentalmente) y el contrato de permuta, en el que ambas partes se obligan a transferir la propiedad de bienes.

De manera concisa, podríamos decir, que esta división nos trae el siguiente esquema:

a) Cuando se obliguen las partes a transferir dinero por la propiedad de un bien, estaremos frente a un contrato de compraventa.
b) Cuando se obliguen las partes a transferir la propiedad de un bien por la propiedad de otro bien, estaremos ante un contrato de permuta.

Es claro que de estar frente a supuestos en los que no exista precio mixto, no habrá ninguna duda en la calificación del contrato. En el primer caso estaremos ante una compraventa y en el segundo frente a una permuta.

En este punto, quisiéramos hacernos una pregunta:

¿Qué ocurriría si las partes, habiendo celebrado un contrato por el cual una de ellas se obliga a entregar una determinada cantidad de dinero y la otra se ha obligado a transferir la propiedad de un determinado bien (vale decir, habiendo celebrado un contrato de compraventa), denominan expresamente a dicho contrato como uno de permuta?

¿Es que acaso dicho contrato será una permuta por la intención y/o denominación que las partes contratantes han tenido o le han dado al momento de la celebración del acto?

¿O acaso el contrato será de compraventa, porque así lo determina la naturaleza del acto celebrado?

Estimamos que una respuesta lógica y unánime se inclinaría por considerar que en el ejemplo antes mencionado, no cabría la menor duda en concluir que se trata a todas luces de un contrato de compraventa, a pesar de que las partes hayan querido celebrar una permuta, y la hayan denominado de manera distinta. Las respuestas señalarían que no podría estarse en este caso a la intención de las partes contratantes, ya que no existe precio mixto, supuesto fundamental para entrar al análisis de la intención de las partes contratantes, y que, como no se trata de un precio mixto, se estará simplemente a la naturaleza del acto, independientemente de la voluntad manifiesta de las partes.

Estamos de acuerdo con la respuesta anotada. Ella sería también dada por nosotros, pero con la salvedad de que la haríamos extensiva al tema del precio mixto.

Si bien es claro, que cuando no hay precio mixto en el contrato celebrado, éste, o es compraventa, o es permuta, consideramos que también debiera serlo en el tema del precio mixto.

Deberían establecerse casi siempre criterios objetivos y no subjetivos para la determinación de la naturaleza del acto celebrado, ya que, evidentemente, si el dinero vale más que el bien entregado como suplemento, el contrato se parecerá más a una compraventa que a una permuta, y en caso contrario, si el bien entregado valiese más que el dinero, el contrato se parecerá más a una permuta que a una compraventa.

En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión que al respecto brinda Troplong.[29]

Consideramos que estos planteamientos son los correctos, y que por las razones anotadas, el criterio preponderantemente subjetivo es errado.

Sin embargo, reconocemos que el criterio subjetivo podría revestir validez, exclusivamente en el caso en que el valor del dinero y del bien sean equivalentes; ya que en este supuesto el contrato no se asemejará más a uno de compraventa ni tampoco a uno de permuta, a ambos se asemejará por igual; razón por la cual, podría admitirse en este supuesto, que las partes decidan libremente qué contrato es el que han querido celebrar, pues se está ante la carencia de elementos objetivos necesarios para decidir. Aquí, y sólo cuando el valor del dinero sea equivalente al del bien dado en suplemento (y viceversa), se estará a la intención de los contratantes, la que, independientemente de otros elementos de juicio, se verificará, por lo general, en la denominación que éstos den al contrato celebrado.

Evidentemente, si las partes hubiesen guardado silencio sobre el particular o, no habiéndolo guardado, existiese disconformidad entre ellas, consideramos que debería entenderse que han celebrado un contrato de compraventa, en base a las razones sostenidas por Troplong.

Idoneidad del artículo 1531

> Artículo 1531.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato como de compraventa si el valor del dinero es mayor que el del bien y como permuta si es menor.

Si el valor del dinero fuese igual al del bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes.

Si no constara la intención de las partes se calificará el contrato como de compraventa».

---

[29] Troplong. *Op. cit.*, *De la permuta y del arrendamiento*, tomo I, pp. 14 y 15, cuya cita textual figura traducida en nuestra obra *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, pp. 94 y 95.

Fundamento

Modificamos la redacción del actual artículo 1531, relativo al supuesto del precio mixto, ya que, a diferencia del Código Civil Peruano y su fuente de inspiración para este efecto, el Código Civil Español, no compartimos el criterio fundamentalmente subjetivo para dar solución a este tema, sino, por el contrario, el criterio objetivo.

En este orden de ideas, creemos que cuando existiera un supuesto de precio mixto en el cual la parte fijada en dinero valga más que la parte fijada en bien o bienes, el contrato deberá considerarse como una compraventa. Y si ocurriese el supuesto inverso, vale decir, que la parte señalada en bien o bienes valiese más que aquélla fijada en dinero, debería considerarse al contrato como uno de permuta.

Sólo aplicamos el criterio subjetivo en un punto (por demás, de muy difícil ocurrencia): aquél en el cual la cantidad fijada en dinero y la cantidad fijada en bienes sean exactamente iguales. En este caso, debería calificarse el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes.

Ahora bien, si no constara dicha intención, se debería calificar el contrato como de compraventa, por ser el más usual de los contratos.

Por lo demás, creemos que el supuesto del precio mixto y la calificación del contrato no revisten trascendencia, pues el tratamiento que el Código Civil Peruano otorga al contrato de compraventa es casi de entera aplicación al de permuta.

Capítulo Segundo

El Bien Materia de la Venta

Requisitos del bien materia del contrato de compraventa

> Artículo 1532.- «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Fuentes nacionales del artículo 1532

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, abordó el tema en sus artículos 12, 13 y 14, 15, 16, 17 y 22:

> Artículo 12.- «Toda cosa puede ser vendida si el que la vende tiene facultad para venderla. En algunos se ecsijen solemnidades particulares».
>
> Artículo 13.- «No se puede vender el derecho de herencia ni en jeneral ni en particular».
>
> Artículo 14.- «En la venta la cosa ha de ser cierta así como el precio».
>
> Artículo 15.- «Cosas que sólo puedan tener por objeto los crímines, no pueden ser vendidas».
>
> Artículo 16.- «Ningún hombre puede ser vendido después del año 1870».
>
> Artículo 17.- «Todos los edificios y lugares públicos pueden ser vendidos en utilidad del público, previas las solemnidades que decreta el Código Político».
>
> Artículo 22.- «Es nula la venta de la cosa ya vendida, sea entregada o no sea entregada, y al comprador primero corresponde la reivindicación en caso de una segunda venta».

Por su parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, abordaba el tema en los artículos 1016, 1017, 1018, 1019:

> Artículo 1016.- «Pueden venderse todo lo que está en el comercio de los hombres, siempre que las leyes particulares no prohíban su enajenación».

> Artículo 1017.- «Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a los daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que era ajena».
>
> Artículo 1018.- «No se puede vender la herencia de una persona viviente ni con su consentimiento».
>
> Artículo 1019.- «Si en el momento de venderse la cosa perece toda ella, la venta será nula: pero si no perece más que una parte, el comprador tiene la lección de apartarse del contrato, o de pedir la parte que existe haciéndola tasar».

En tal sentido, el Código Civil de 1852 abordaba el tema en sus artículos 1313, 1340 y 1341:

> Artículo 1313.- «En la venta, la cosa debe ser cierta y conocida del comprador.— Para este conocimiento bastan los informes que haya tomado privadamente, cuando no haya podido o querido reconocerla por sí mismo».
>
> Artículo 1340.- «Se puede vender todo lo que está en el comercio de los hombres, y cuya venta no sea prohibida por la ley».
>
> Artículo 1341.- «Se puede vender no sólo las cosas corporales é inmuebles, sino también las incorporales, como créditos, herencias, servidumbres y demás derechos».

El Proyecto de Código Civil de 1890 señalaba en su artículo 1706:

> Artículo 1706.- «Pueden ser vendidos: 1° Los bienes corporales, muebles ó inmuebles; 2° Los incorporales, como créditos pecuniarios, herencias, servidumbres y demás derechos; 3° Los bienes futuros, como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer y demás semejantes; 4° Un bien posible ó esperanza incierta, como si un pescador vende una redada antes de cogerla; 5° Los bienes litigiosos, siempre que se instruya al comprador de la naturaleza y estado del pleito sobre ellos, y sin que se menoscabe jamás la jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea el fuero especial del comprador».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, trató sobre el particular en sus numerales 1313, 1340 y 1341:

> Artículo 1313.- «En la venta, la cosa debe ser cierta y conocida del comprador. Para este conocimiento bastan los informes que haya tomado privadamente, cuando no haya podido o querido reconocerla por sí mismo».
>
> Artículo 1340.- «Se puede vender todo lo que está en el comercio de los hombres, y cuya venta no sea prohibida por la ley».

> Artículo 1341.- «Se puede vender no sólo las cosas corporales é inmuebles, sino también los incorporales, como créditos, herencias, servidumbres y demás derechos».

En tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, hizo lo propio en sus artículos 372 y 390:

> Artículo 372.- «En la venta, la cosa debe ser cierta y conocida del comprador. Para este conocimiento bastan los informes que haya tomado privadamente, cuando haya podido o querido reconocerla por sí mismo»
>
> Artículo 390.- «Se puede vender todo lo que está en el comercio de los hombres, y cuya venta no sea prohibida por la ley».

El tema no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, a diferencia del Código Civil de 1936, que trató sobre el particular en su artículo 1395:

> Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta. Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Ya dentro del proceso de Reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, trató el punto en su artículo 6:

> Artículo 6.- «Pueden venderse todas las cosas o derechos que existan o puedan existir, sean de lícito comercio y sean determinados o susceptibles de determinación, cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1562:

> Artículo 1562.- «Pueden venderse todas las cosas o derechos que existan o puedan existir, sean de lícito comercio y sean determinados o susceptibles de determinación, cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1495:

> Artículo 1495.- «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Análisis

1. El bien como uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa

1.1. Concepto y clasificación de los bienes en el Derecho Romano

Para desarrollar este punto, consideramos indispensable recurrir a los conceptos que acerca de las cosas y su clasificación contienen los Títulos 1 y 2 del Libro 2 de las Institutas (Instituciones) de Justiniano.

Respecto de una definición concreta acerca de las cosas, estimamos que la más apropiada se obtiene conforme analicemos la clasificación que, sobre los bienes, contiene el cuerpo normativo antes mencionado.

Debemos señalar al respecto, que las Institutas no adoptan una clasificación explícita y ordenada de las cosas, sino que quien quiera referirse al particular, deberá recurrir a la utilización de determinados criterios que sí se hacen o se encuentran explícitos en dichas normas.

Los criterios que hemos utilizado para dividir a los bienes en el Derecho Romano, son los relativos a su materialidad, su comerciabilidad, su pertenencia y su movilidad. No obstante, consideramos que ellos no son exclusivos ni excluyentes, sino que constituyen los que encontramos de un modo más claro, sin tener que recurrir a esquemas o criterios modernos y así, de manera forzada, clasificar a los bienes en el Derecho Romano.

Es de este modo conforme procederemos.

Por su materialidad, teníamos a las cosas corporales, las mismas que se encontraban definidas en Institutas 2.2.1., de la siguiente manera:

> Son corpóreas las que por su naturaleza afectan nuestros sentidos, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas.

Y a las incorporales, que comprenden a los derechos inmateriales susceptibles de estimación, que integran el patrimonio de una persona, exceptuando el Derecho de Familia. Están contenidas en Institutas 2.2.2.:

> Son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido. Nada importa que la herencia contenga cosas corpóreas; pues también son corpóreos los usufructos que el usufructuario percibe del fundo; y del mismo modo lo que se nos debe en virtud de una obligación es las más veces un objeto corpóreo, como un fundo, un esclavo o dinero; y sin embargo, el

> derecho de herencia, y el derecho mismo de usufructo y de obligación, son incorpóreos.

Por su comerciabilidad, se ubicaban los bienes *in commercium*, que son las cosas que podían constituir objeto de contratos o de transacciones comerciales entre los particulares. Eran denominadas como *singulorum pecuniae* o *res privatae*, y aquellos *extra commercium*, vale decir los bienes que estaban sustraídos al comercio de los hombres, los mismos que eran de varias categorías.

Dentro de esas categorías teníamos a los *divini iuris*, bienes denominados también *res nullius*, por no ser susceptibles de apropiación por los hombres. Estaban consagrados a las deidades. Fueron regulados en Institutas 2.1.7., de la siguiente manera:

Son cosas *nullius* las cosas sagradas, religiosas y santas; porque lo que es de derechos divino no entra en los bienes de nadie.

Pero a la vez podemos subdividir a los bienes *divini iuris* en tres clases: *res sacrae*, *res religiosae* y *res sanctae*.

Los *res sacre* estaban definidos en las Institutas 2.1.8., de la siguiente manera:

> Las cosas sagradas son aquellas que han sido consagradas solemnemente a Dios por los pontífices, como los edificios consagrados y las donaciones dedicadas al culto de Dios, objetos que por nuestra constitución hemos prohibido enajenar o empeñar, a no ser por la redención de los cautivos. Mas si alguno por autoridad propia constituye una cosa como sagrada, no es cosa sagrada, sino profana. El lugar en que un edificio sagrado se halla constituido, el terreno, aun después de destruido aquél, permanece sagrado, como ha escrito Papiniano.

La *res religiosae*, a diferencia de la *res sacrae*, eran las consagradas a los dioses manes. Estaban contenidas en las Institutas 2.1.9.:

> Cada cual por su voluntad hace religioso un lugar dando en él sepultura a un muerto. En un terreno común y puro no se puede enterrar contra la voluntad del copropietario. Mas en un sepulcro común se puede hacer, aun contra la voluntad de los demás. También si ha sido enajenado el usufructo, no podrá el propietario hacer religioso el suelo, a no ser con consentimiento del usufructuario. Se puede enterrar en terreno de otro con permiso del dueño; aun cuando no diese éste su ratificación hasta después de enterrado el muerto, el lugar se hace religioso.

Los *res sanctae*, contenidos en las Institutas 1.1.10., precepto que a la letra dice lo siguiente:

> Las cosas santas, como los muros o las puertas, son en cierto modo de derecho divino, y por tanto no se encuentran en los bienes de nadie. Se llaman santas las murallas, porque los atentados dirigidos contra ellas son castigados de muerte. Por

> lo mismo aquellas partes de las leyes en que se establecen penas contra los que las infrinjan, se llaman sanciones.

Cabe señalar que estas cosas (*las res santae*), a pesar de no estar destinadas al culto de los dioses, se asimilan a las *divini iuris* en razón del interés público.

Aparte de la *divini iuris* tenemos a las *humani iuris* que son aquellas cosas que no están comprendidas dentro de la *divini iuris*. Podemos clasificarlas en tres órdenes: *res comunes*, *res publicae* y *res universitatis*.

Los *res comunes*, son aquellos bienes no susceptibles de apropiación humana, dada su naturaleza. Están contenidos en las Institutas 2.1.1., de la siguiente manera:

> Y según el Derecho Natural comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas. A ninguno, pues, le está prohibido acercarse a las costas del mar, pero con tal que se abstenga de ofender a las aldeas, monumentos y edificios, porque no son, como el mar, del derecho de gentes.

Los *res publicae* son los bienes de uso común y propiedad exclusiva del pueblo romano. Encontramos contenidas a estas cosas en varios parágrafos de las Institutas. Es el caso de Institutas 2.1.2., que a la letra dice:

> Todos los ríos y puertos son públicos; por tanto, el derecho de pescar en ellos es común a todos.

También las encontramos en las Institutas 2.1.4.:

> El uso público de las costas es de derecho de gentes, como el del mismo río. Y así cualquiera es lícito abordar con naves, amarrar cables a los árboles que en ellas se encuentren, y colocar en las mismas sus fardos, lo mismo que navegar por un río. Mas la propiedad de estas cosas corresponde a los dueños de los predios o terrenos adyacentes, quienes, por consiguiente, tienen la propiedad de los árboles en las mismas nacidos.

Y en las Institutas 2.1.5.:

> Del propio modo el uso de las costas es público y de derecho de gentes, lo mismo que el del mar; y por consiguiente, a cualquier es lícito construir una cabaña para habitarla, como igualmente secar sus redes y sacarlas del mar. Mas la propiedad de dichas costas puede decirse que no es de nadie, sino del mismo de quien es el mar, y la tierra o la arena que está debajo.

Luego teníamos a las *res universitatis*, que son las contenidas en las Institutas 2.1.6.:

> Son de una corporación y no de particulares los objetos que se hallan en las ciudades, como teatros, estadios y otras cosas que son comunes en las ciudades.

Las *res universitatis*, en razón de su destino no son susceptibles de propiedad privada.

Por el criterio de pertenencia, los bienes en el Derecho Romano se dividían en: *res nullius*, que eran aquellas cosas sagradas, religiosas y santas y que por derecho divino no entran en los bienes de nadie (Institutas 1.1.7.).

También se comprenden bajo esta denominación a las cosas sin dueño, a las cuales se hace referencia en las Institutas 2.1., párrafo preliminar.

Y en *res derelictae*, que consistían en aquellas cosas abandonadas intencionalmente por su propietario, a las que se hace referencia en las Institutas 2.1.47.:

> Según esto, es muy exacto decir que el que se apodera de una cosa abandonada por su dueño se hace al momento propietario de ella. Se considera como abandonado lo que el dueño desecha, porque no quiere tenerlo más entre sus bienes; de lo que sigue que cesa desde aquel instante de ser propietario de ella.

De acuerdo al criterio de movilidad, en Roma teníamos a las cosas muebles, que eran aquéllas capaces de moverse por sí mismas, denominadas semovientes. Se mencionan en las Institutas 2.1.12., 2.1.13., 2.1.14., 2.1.15., 2.1.19., etc.; y aquellas cosas susceptibles de ser movidas por una fuerza exterior, es decir los bienes muebles propiamente dichos, como es el caso de las perlas y piedras preciosas, mencionadas en las Institutas 2.1.18.

Y a las inmuebles, por oposición a las cosas muebles, podríamos definirlas como aquéllas no susceptibles de ser trasladadas de un lugar a otro. Bienes inmuebles podrían serlo por naturaleza, tales como los teatros, los estadios, terrenos, murallas, etc.; y también los objetos muebles convertidos en inmuebles por accesión.

1.2. Los bienes y los contratos en el Derecho Romano

Pudiendo ser las prestaciones de dar, hacer o no hacer, de la naturaleza de cada una de ellas, puede afirmarse que en el caso de las de dar, éstas recaen sobre bienes. El problema que trataremos de despejar en las próximas líneas lo encontramos en cuanto a las prestaciones de hacer y no hacer.

Las prestaciones de hacer y no hacer implican, respectivamente, una acción y una abstención.

En ambos casos, es claro que dicho accionar o abstención implica un servicio, positiva o negativamente considerado, motivo por el cual debemos determinar si los servicios eran o no bienes en el Derecho Romano.

De acuerdo a la definición justinianea, las cosas que están bajo el dominio del hombre son corpóreas o incorpóreas, comprendiendo dentro de las corpóreas a las cosas materiales, y dentro de las incorpóreas a los derechos.

Como podemos apreciar, los servicios no se encuadran —en la citada definición justinianea— dentro de las cosas en relación a los contratos que implican prestación

de servicios, salvo el depósito que contiene por lo menos una obligación que comprende una prestación de dar bienes.

Sin embargo, en los contratos de locación de servicios, de obra y de mandato, ellos implican como obligación fundamental el hacer o no hacer algo; es decir, un servicio. Sólo uno de estos tres últimos, el contrato de obra, si bien implica como obligación fundamental hacer algo, también conlleva la de entregar su resultado al comitente, pero lo que se entregará será el resultado de los servicios efectuados por el prestador.

Consideramos que los servicios no son susceptibles —en estricto— de ser equiparados jurídicamente al concepto de bienes; ni mucho menos que se pueda hablar de un derecho de propiedad que recaiga sobre los mismos, ya que, esto último resultaría imposible sin desvirtuar el concepto fundamental del derecho de propiedad, y los atributos inherentes a él.

1.3. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Romano

El contrato de compraventa está regulado en las Institutas 3.23 y en el Digesto 19.1.

René Foignet[1] establece las dos características fundamentales del contrato de compraventa en el Derecho Romano:

1. En Derecho Romano el vendedor no se obligaba a transferir la propiedad al comprador, sino a transferirle todos los derechos que podía tener sobre la cosa vendida […].
2. En Derecho Romano, cuando el vendedor era propietario de la cosa vendida, la venta no operaba, por ella misma, transferencia de propiedad al comprador. La propiedad no era adquirida por el comprador sino por el empleo de uno de los modos de transferencia de propiedad: mancipatio, cessio in iure o tradición. Vender y enajenar eran por tanto, dos términos diferentes.

En principio, los bienes que pueden ser vendidos en el Derecho Romano son aquéllos que se encuentran dentro del comercio de los hombres, mas no así los bienes que están fuera de él. Es dentro de este marco que analizaremos todas las posibilidades en las cuales se venda un bien, ya sea éste in commercium o extra commercium.

Empezaremos por contemplar el supuesto en el cual se venda un bien del primero de los grupos señalados, citando, al igual que en los otros casos, los textos pertinentes del Digesto.

---

[1] Foignet, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 42.

Posteriormente continuaremos tratando acerca de los bienes materia del contrato de compraventa en el caso de las cosas in commercium, abordando supuestos particulares que han servido de valiosa fuente de estudio doctrinario; tales como la compraventa de bienes que han dejado de existir al momento de la celebración del contrato, la compraventa de bienes futuros, la compra de bienes propios, la venta de vienes ajenos y la compraventa de la herencia o su acción.

En lo que respecta a la compraventa de bienes extra commercium, puede decirse que en varios párrafos del Digesto se hace referencia a diversos supuestos de compraventa de bienes de tales características. Así tenemos los siguientes casos:

Pomponio, en sus comentarios a Sabino (D.18.1.4) señala que «Se entiende que hay compra, así de un hombre libre, como de un lugar sagrado, y como de uno religioso, que no se puede tener, si es comprado por el que lo ignora».

Cabe puntualizar que como los lugares sagrados y religiosos, al no ser susceptibles de apropiación por los particulares, teóricamente son bienes extra commercium, razón por la cual los particulares no los pueden vender.

A pesar de ello, los comentarios de Pomponio parecen indicar que sí hay compra en estos casos, si es que el comprador ignora el carácter extra commercium de los mismos.

A esto, Paulo da como explicación el hecho de que difícilmente se puede distinguir un hombre libre de un esclavo (D. 18.1.5.).

Pomponio, en sus comentarios a Sabino, puntualiza que a sabiendas no se pueden comprar aquellos bienes extra commercium. En tal sentido, señala:

Pero dice Celso, el hijo, que a sabiendas no puedes tú comprar un hombre libre, y que no hay enajenación, si lo supieras, de una cosa cualquiera, como lugares sagrados y religiosos y de las que no haya comercio, como las públicas, que no se tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público, como es el Campo de Marte.

Si hay algo sagrado o religioso, no se venda nada de ellos, no es superfluo pero se refiere a pequeños lugares. Pero si se hubiere vendido todo un lugar religioso o sagrado o público, es nula la compra (D. 18.1.22.); y lo que por tal concepto hubiere pagado el comprador, puede reclamarlo (D.18.1.23.).

Respecto de las cosas pequeñas hay la acción de compra, porque no se vendió especialmente un lugar sagrado o religioso, sino que acrece a la compra de la parte mayor.

Por otra parte, en relación a la compraventa de bienes in commercium, tenemos el caso de la compraventa de bienes que han dejado de existir al momento de la celebración del contrato.

Los bienes sobre los cuales se contrate deben tener existencia o, en todo caso, ser susceptibles de existir. En tal sentido, el Derecho Romano sancionaba con nuli-

dad el contrato de compraventa en el cual el objeto hubiere dejado de existir antes de la celebración del acto. Así lo establece Paulo en sus comentarios a Sabino (D. 18.1.15.), cuando señala que aunque se hubiese consentido sobre el objeto, pero éste hubiese dejado de existir antes de la venta, la compra es nula.

Además, en el numeral 1 de este número, se señala que aprovecha al comprador la ignorancia que no recae en el ignorante supino.

En Derecho Romano también observamos el caso en el cual sólo hubiese dejado de existir una parte del bien, antes de la celebración del contrato.

Paulo en sus comentarios a Plaucio (D.19.1.57.) señala que si se hubiese quemado la casa, pero si subsistiese parte de ella, como dice Neracio, importa mucho saber qué parte de la casa consumida por el incendio subsiste, para que si verdaderamente se quemó la mayor parte de la casa, no sea compelido el comprador a perfeccionar la compra, sino que repetirá lo que acaso se pagó por él.

Además señala, que si, por el contrario, se hubiere quemado la mitad o menos de la mitad, entonces ha de ser compelido el comprador a consumar la venta, hecha la estimación a arbitrio de buen varón, para que sea eximido del pago de lo que se hubiere hallado que por causa del incendio baja el precio.

Adicionalmente, en este mismo numeral, se establecen tres reglas respecto de en qué casos subsiste la venta y en qué casos no.

Si el vendedor conocía que el bien se había destruido y el comprador lo ignoraba, no subsiste venta alguna. Pero si quedara alguna parte del edificio, subsiste la venta, y el vendedor restituye al comprador lo que le importa.

En el caso contrario, es decir cuando el comprador lo sabía verdaderamente pero lo ignoraba el vendedor, conviene que subsista la venta y que se pague por el vendedor al comprador todo el precio.

Y si ambos sabían que el bien se había destruido en todo o en parte, la venta es nula, compensándose el dolo entre una y otra parte.

Por otro lado, se advertía en Roma el tema de la compraventa de bienes futuros.

La regla general respecto de los bienes que pueden ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Romano es que éstos tengan existencia.

En ese sentido Pomponio, en sus comentarios a Sabino (D.18.1.8.), señala que no se puede entender ni compra ni venta sin cosa que se venda. Pero sin embargo, más adelante señala que se comprarán perfectamente los frutos y los partos futuros, de suerte que cuando el parto hubiese sido dado a luz, ya entonces, habiéndose contratado el negocio, se entiende hecha la venta. Éste es el caso de la compraventa de bien futuro. Como vemos, la referida figura era perfectamente válida en el Derecho Romano, entendiéndose celebrado el contrato bajo la condición suspensiva de que

el bien llegase a tener existencia. Sin embargo, se señala que si el vendedor hubiere hecho que no nazca o se hagan los bienes, podrá ejercitarse acción de compra.

En el Digesto 18.1.8.1., Pomponio señala que a veces aun sin cosas se entiende que hay venta, como cuando se compra así como el azar; lo que sucede cuando se compra la cogida de peces o de aves, o de las cosas que se tiran cuando se realiza la compra, aunque nada se haya recogido, porque la compra es de una esperanza.

En este párrafo podemos encontrar dos supuestos: aquél por el cual hay certidumbre respecto de que la cosa existirá, pero que resulta incierto no sólo en el momento en que el bien llegue a tener existencia, sino también en la cuantía y calidad que tenga el bien cuando exista. Este caso en Roma era conocido como *emptio rei speratae*.

Pero también puede comprender el caso en el cual, en estricto, no se trate de la venta de una cosa futura, sino de lo que la tradición jurídica conoce como una esperanza presente o incierta, lo que era conocido en Roma como *emptio spe*i.

En Roma, la compra de cosa propia del comprador, era tratada en el Digesto 18.1.16., en donde se señala que no es válida la compra de una cosa propia, ya si la compré sabiendo, pudiendo repetir lo que hubiere pagado porque no hubo obligación alguna.

Esta norma, que sanciona con nulidad la compraventa de bien propio, fue acogida por gran cantidad de legislaciones contemporáneas, ya que consideran a un contrato de estas características como absurdo y de objeto imposible.

Es claro que cabe la posibilidad de que el bien que se compra sea parcialmente propio del comprador, es decir que no sea de su entera propiedad.

En estos casos, Pomponio en sus comentarios a Sabino (D.18.1.18.) señala que si la cosa fuese común al comprador con otro, debe decirse, que dividido el precio con arreglo a cada porción, la compra es válida en parte y en parte no vale.

Respecto a la compra de la cosa propia, Marcelo (D.18.1.61.) opina que puede una persona comprar bajo condición lo que es suyo, porque acaso se espera que deje de ser suyo.

En relación al tema de la venta de bien ajeno, observamos en D.18.1.27., que Paulo en sus comentarios a Sabino, señala que el que compra de cualquiera una cosa que cree que es de aquel mismo, compra de buena fe.

Ésta es la regla general.

En D.18.1.28. Ulpiano en sus comentarios a Sabino cuando señala que no hay duda alguna de que cualquiera puede vender una cosa ajena, porque hay compra y venta, pero puede quitarse la cosa al comprador.

Como vemos, en este párrafo se recoge el principio de la validez del contrato de venta de cosa ajena, haciéndose la salvedad de que puede quitarse la cosa al comprador.

En el Derecho Romano regía el principio por el cual ninguno puede transferir más derechos de los que tiene.

Respecto a la venta de bienes ajenos, nadie podía transferir la propiedad de un bien ajeno, mas sí obligarse a ello.

Ulpiano, en sus comentarios a Sabino, Libro 29 (D.41.1.20.), señala que la entrega no debe, ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Señala como ejemplo que si uno tuvo el dominio de un fundo, lo transfiere al entregarlo y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe.

En el Derecho Romano se admitía la validez de la venta de bienes ajenos, ya que se consideraba que el vendedor contrataba, no obligándose a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, sino para entregarle su pacífica posesión.[2] Esto es ratificado por Foignet,[3] cuando señala que en Roma la venta no era considerada como una «enajenación», agregando que el vendedor podía contratar válidamente una cosa de la cual él no era actualmente propietario, ya que para ejecutarla, él no tendría sino que procurarse el objeto y transferirlo en seguida al comprador.

Como señala Guillouard,[4] en el Derecho Romano, «el vendedor no estaba obligado por ningún motivo a transferir la propiedad del objeto vendido: él debía solamente entregar al adquirente la pacífica posesión, Vacuam Possesionem, Trajere».

Baudry-Lacantinerie,[5] al citar un ejemplo de venta de una cosa ajena, anota que «ningún obstáculo se opondría a que la convención sea válida, pues la ejecución de una obligación semejante es posible a la continuación de los acuerdos tomados con el propietario (por el vendedor, naturalmente)».

La validez de la venta de cosa ajena estaba recogida en el principio Romano *Rem alienam distaere quem posse nula dubitatio est*, lo que es ratificado por Pothier cuando afirma que se podía vender válidamente la cosa propia, e incluso la ajena, sin el consentimiento de aquel que es propietario de la misma.[6]

Todo esto naturalmente estaba regido bajo el principio de que nadie puede dar más derechos de los que tiene. Por lo que, el vendedor, para poder proporcionar al adquirente la pacífica posesión del bien ajeno, debía, previamente, convertirse en propietario del mismo, para, por medio del empleo de uno de los medios de la transferencia de propiedad del Derecho Romano, poder transferir la misma al comprador, como ya vimos cuando citamos a Foignet. De no contar con el asentimiento

---

2 Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.*, tomo IV, p. 354.

3 Foignet, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 419.

4 Guillouard, L. *Traité de la Vente et de l'Échange*. París: A. Pedone, Editeur, 1902, tomo I, p. 198.

5 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, pp. 318 y 319.

6 Guillouard, L. *Op. cit.*, tomo I, p. 198.

del verdadero propietario, todo se resolvería en el pago de daños y perjuicios. Esto es ratificado por Laurent.[7]

Giullouard[8] agrega una razón fundamental para explicar por qué en el Derecho Romano era válida la venta de la cosa ajena:

> Nosotros podemos vender todo aquello que está dentro del comercio, sea que nosotros lo poseamos ya, sea que, no estando todavía el objeto dentro de nuestro patrimonio, nosotros podríamos adquirirlo en el futuro: ésta es la decisión formal de una ley romana, la ley 34.1, *De contrahenda emptione*: *Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit.*
>
> ¿Cuál es desde este punto de vista, el verdadero carácter jurídico de la cosa ajena? Éste es un objeto que está en el comercio, que el vendedor no tiene aún en su patrimonio, pero que él puede comprar, *rem quam quis habere potest*: este objeto puede por tanto, ser vendido como cualquier otro.

La línea de pensamiento antes citada es compartida por Troplong,[9] Mourlon,[10] Duranton,[11] Demante,[12] y Rogron.[13]

Cabe señalar que en abono de ratificar la tesis en el sentido en que el Derecho Romano permitía la venta de la cosa ajena, es que señalaremos en adelante diversos casos, contenidos en el Digesto, en los que se hace referencia al tema.

En el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, Título II, relativo a la adquisición o pérdida de la posesión, encontramos las siguientes notas:

Marcelo señala que si uno, de buena fe compró un fundo ajeno, lo tomó a su dueño por arrendamiento, es evidente que habrá dejado de poseerlo (D.41.2.19.).

Marciano (D.41.2.43.) señala que si alguno hubiera comprado un fundo, del cual sabía que una pequeña parte era ajena, si sabía que era ajena estando dividida, puede adquirir con la larga posesión las otras partes; y si estaba indivisa, aunque ignore cuál sea la parte propia y cuál la parte ajena, podía él adquirir igualmente, porque sin perjuicio de nadie pasa al comprador mediante la larga posesión, la parte que se considera es del vendedor.

---

7 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo III, p. 105.

8 Guillouard, L. *Op. cit.*, tomo I, p. 199.

9 Troplong, C. *Op. cit.*, tomo I, p. 305.

10 Mourlon, Frédéric. *Repetitions Écrites sur le Code Civil*. Paris, 1878, tomo III, p. 236.

11 Duranton, *Op. cit.*, tomo I, p. 69.

12 Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.*, tomo VII, p. 52.

13 Rogron, J.A. *Code Civil Expliqué*. París: s/f, tomo II, p. 2080.

En el Digesto (D.41.2.43.1.) se señala que si se supiera o juzgase que el derecho de usufructo era ajeno, se puede adquirir éste con buena fe por la posesión de largo tiempo.

En el Título III, relativo a las usurpaciones y usucapiones, del ya mencionado Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, encontramos que Paulo señala (D.41.3.4.18.) que si antes que pariese, el comprador hubiese sabido que era ajena (parece referirse a un animal o a una esclava), hemos dicho que él no puede usucapir. Pero que si lo hubiera sabido, podría. De otro lado, si cuando ya hubiese usucapido hubiere sabido que era ajena, debemos mirar al comienzo de la usucapión como se determinó respecto a las cosas compradas.

Por otra parte, según Ulpiano, en sus comentarios al Edicto, Libro XVI (D.41.3.10.), si una cosa ajena hubiera sido comprada de buena fe, para que corra la usucapión se exige que tenga buena fe, según las opiniones de Sabino y de Cassio (y no al momento del comienzo de la compra).

Respecto de los casos de venta de bien ajeno por el heredero aparente, Gayo (D.41.3.36.) señala que puede acaecer de muchos modos que alguien engañado por algún error, venda acaso o done como suya una cosa ajena, y que por esto pueda ser usucapida la cosa de buena fe, como por ejemplo, si el heredero hubiere enajenado, creyendo que era de la herencia, una cosa dada en comodato o en arrendamiento al difunto.

Señala asimismo (D.3.36.1.) que si alguien engañado por alguna apreciación hubiese creído que le pertenecía una herencia, que no le perteneciera, y hubiere enajenado una cosa de la misma, o si aquél a quien le pertenece el usufructo de una esclava hubiere enajenado el parte de ésta, creyendo que era suyo, porque también la cría de los ganados le pertenece al usufructuario.

Entorno a la usucapión del heredero de quien compró de buena fe una cosa ajena, Papiniano (D.41.3.43.) señala que el heredero que de buena fe compró una cosa no la usucapirá sabiendo que era ajena, si a él mismo se le hubiera entregado la posesión, pero la continuación no será impedida por el heredero.

Respecto a la ratificación del propietario en la venta de un bien ajeno, Papiniano enseña (D.41.3.44.1.) que es sabido que si se vendiese una cosa sabiendo el comprador que era ajena, pero el vendedor se la entregara al tiempo en que su dueño lo ratifica, se ha de atender al tiempo de la entrega, y la cosa se hace del comprador.

Respecto a la compra de cosa ajena por parte de una hijo de familia, que ignoraba haber sido hecho padre de familia, Papiniano (D.41.3.44.4.) establece que si un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le había entregado, usucapirá habiendo

habido buena fe al principio de la posesión, aunque éste por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio.

Papiniano señala, además, que lo mismo ha de decir también si por no leve presunción creyera que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre.

En el Derecho Romano no encontramos otras disposiciones sobre usucapión en la venta de cosas ajenas.

Así, Paulo (D.41.3.48.) señala que si creyendo una persona que debiendo una cosa a otra, se la entregara, se seguirá la usucapión solamente si también esa otra persona creyera que se la debía. Otra cosa será si creyera la primera persona que estaba obligada por causa de venta, y por esto hiciera la entrega; porque en este caso si no precediera la venta, no tiene lugar usucapión a título de comprador.

Señala que la causa de la diversidad consiste en que tratándose de las demás causas se atiende al tiempo del pago. No importa que cuando una persona estipula, sepa o no, que la cosa es ajena, porque basta que esa persona crea que es suya cuando se le paga. Pero en la compra se atiende así al tiempo del contrato, como a aquél en que se paga y el que no compra no puede usucapir como comprador ni a título de pago, como en los demás contratos.

Paulo (D.41.4.2.) señala que posee como comprador el que verdaderamente compró; y no basta solamente que él esté en tal creencia, que juzgue que posee como comprador, sino que debe subsistir la causa de la compra. Pero si creyendo una persona que le debía una cosa a la otra, se la entregara y esta última lo ignoraba, la usucapirá.

Paulo sostiene seguidamente que si una persona creyese que se la vendió a otra y se la entregara, esta última persona la usucapirá, porque en los demás contratos basta que se atienda al tiempo de la entrega. Así pues, si a sabiendas estipulara una persona sobre la cosa de otro (se entiende que como comprador), la usucapirá, si cuando se la entrega creyese esa persona que era de un tercero. Pero en la compra se atiende también al tiempo en que se contrata. Así, debe haber comprado de buena fe y haber alcanzado de buena fe la posesión.

Paulo (D.41.4.2.1.) señala que la causa de la posesión es distinta que la de usucapión. Porque se dice con verdad que uno compró, pero con mala fe a la manera que posee como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena aunque no la usucapía.

Si el esclavo de una persona compró a nombre del peculio una cosa que sabe que es ajena, aunque esa persona ignore que es ajena, no lo usucapirá (D.41.4.2.10.).

Si una persona comprase a sabiendas una cosa ajena que otro usucapía, no la usucapirá (Paulo, D.41.2.17.).

Paulo establece además que si el difunto hubiere comprado de buena fe una cosa, ésta será usucapida, aunque el heredero sepa que era ajena (D.41.42.19.). Por último, Paulo señala que si uno hubiera comprado una cosa ajena, y si al usucapirla esta persona, su dueño le pidiere la misma cosa, no se interrumpe la usucapión de la primera con la contestación de la demanda (D.41.4.2.21.).

Según Javoleno (D.41.4.4.), el comprador de un fundo que no había ignorado que era parcialmente ajeno, no usucapirá nada del fundo con la posesión larga, si ignoraba cuál era la parte ajena; pero si sabía cuál era ésta, con la posesión larga podrá usucapir las demás partes.

El jurista antes mencionado, continúa señalando que si el que compraba todo un fundo sabe que una parte indivisa era ajena, tendrá el mismo derecho, pues solamente ésta no la usucapirá; y no se impedirá la usucapión de las otras partes por la posesión larga.

Según Juliano, el que de buena fe compró un fundo ajeno y perdió su posesión, y después la hubiese recuperado a tiempo de que sabe que la cosa era ajena, no la usucapirá por el largo tiempo, porque no carecerá de vicio al comienzo de la segunda posesión.

Señala que no es semejante a quien al tiempo de la compra cree que el fundo es del vendedor, pero cuando se le entrega sabe que es ajeno, caso en el cual no tiene lugar la usucapión, aunque antes que lo vendiese, pues hubiere estado en situación de usucapirlo. Establece que el mismo derecho hay respecto al que echado de un fundo hubiere recuperado por interdicto la posesión, sabiendo ya que era ajeno (D.41.4.7.4.).

Por último, agrega que cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, no se interrumpe la larga posesión (D.41.4.7.6.).

Scévola (D.41.4.13.) señala que cuando uno compró de buena fe un solar ajeno, y comenzó a edificar antes de haber completado la posesión de largo tiempo, habiéndole hecho la denuncia el dueño del solar, continuó dentro del término de la posesión de largo tiempo, no se habrá interrumpido la posesión comenzada.

De otro lado, respecto a la compraventa de la herencia o de su acción, podemos recordar que según Pomponio, en sus comentarios a Sabino (D.18.4.), si se hubiere vendido la herencia del que vive o de quien no existiera, no se hizo nada porque no existiría lo que hubiera vendido.

Como podemos apreciar, esta es una prohibición explícita de los pactos sucesorios.

A nuestro entender, dicha norma contiene dos supuestos claramente diferenciados, en los cuales la venta de herencia es nula, a saber: la venta de la herencia de una persona viva y la venta de la herencia de una persona que no existe.

En el último de los casos señalados es claro que no se está vendiendo nada, ya que no existe nada, ni siquiera un derecho expectaticio.

El primero de los casos señalados es uno en el cual, si bien no se encuentran los bienes en el patrimonio del vendedor, existe un derecho expectaticio suyo respecto a una herencia futura. Pero de ninguna manera podríamos decir que los bienes no existirían, pues en la mayoría de los casos estarían dentro del patrimonio del futuro causante.

No nos corresponde analizar doctrinariamente esta situación, pero sí debemos señalar que las razones que han impulsado a los codificadores modernos para prohibir los pactos sucesorios, difieren de las contempladas en el Derecho Romano, ya que aquéllas, antes de pensar en la inexistencia del bien, la fundan en razones morales y éticas.

Finalmente, cabe puntualizar que no se señalan de manera explícita los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de permuta en el Derecho Romano, motivo por el cual creemos que podrían comprenderse —en principio—, todos aquéllos susceptibles de ser vendidos.

Sin embargo, observamos en el D.19.4.1.3. una excepción, ya que según Pedro, el que da una cosa ajena no verifica permuta alguna. Esta afirmación se funda en el D.19.4.2., que establece que como la compraventa se verifica por la nuda voluntad de los que en ella consienten, en cambio la permuta da principio a la obligación con la cosa entregada, y de otra suerte, se dirá, si la cosa aún no hubiera sido entregada, que la obligación se constituye por el solo consentimiento, lo que únicamente está admitido en los contratos que tienen nombre propio.

2. Los bienes materia del contrato de compraventa en el Derecho Español

En las siguientes páginas intentamos hacer una recopilación y comentarios acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español, fuente del Derecho Peruano.

Por la amplitud de opciones que puede presentar el tema mencionado, nos hemos circunscrito a tratarlo desde el punto de vista de las fuentes, específicamente de la Ley de las Siete Partidas, el Fuero Juzgo y el Código Civil de 1889, ya que esto concuerda con la mayor fidelidad a que aspiramos.

Además, haremos breves comentarios y glosas acerca de las influencias de la compilación justinianea sobre los puntos materia de estudio.

2.1. Los bienes y su clasificación en España

En la Tercera Partida, Título XXVIII, relativo a cómo gana el hombre el señorío de las cosas, en la Ley II, encontramos una síntesis de la clasificación de las cosas, según su pertenencia. Así tenemos los siguientes grupos:

(a) Las cosas que pertenecen a todas las criaturas del mundo;
(b) Las cosas que pertenecen solamente a los hombres;
(c) Las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad, villa, castillo y otro lugar donde moren los hombres;
(d) Las cosas que no pertenecen al señorío de ningún hombre, ni se cuentan dentro de sus bienes; y
(e) Las cosas que pertenecen a cada hombre en forma particular, y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío.

En adelante el desarrollo de esta clasificación.

En la Ley III se señala que las cosas que en común pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo, son el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera. Además, se señala que cualquier criatura que viva puede hacer uso de cada una de estas cosas según sus necesidades. Posteriormente se establecen algunas regulaciones y restricciones en lo que respecta a la ribera del mar.

Se señala en Ley VI que los ríos, los puertos y los caminos públicos pertenecen a todos los hombres en común, de modo tal que de ellos pueden hacer uso tanto los hombres que son de esas tierras, como los que no lo son.

Cabe señalar que en la Ley XI se establece que los almojarifazgos (antiguo impuesto de alcabala) y las rentas de los puertos, salinas y minas pertenecen a los reyes, «para que se mantengan honradamente en sus dominios, para que pudiesen proteger sus tierras y sus reinos y combatir a los enemigos de la fe; y en general, para no perjudicar a sus pueblos».

Por otra parte, las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad o villa están contempladas en la Ley IX. En ella se señala que son del común de cada ciudad o villa, las fuentes y las plazas donde se hacen las ferias y los mercados, y otros lugares semejantes.

Establece además que todo hombre puede hacer uso de estas cosas, siempre y cuando fuera morador de la ciudad, villa o castillo, siendo comunes tanto a los pobres como a los ricos. Pero los que no fuesen moradores de esos lugares no podrán hacer uso de estas cosas contra la voluntad o sin el asentimiento de sus moradores.

Cabe puntualizar que a nuestro criterio, estos bienes podrían considerarse como comunes, ya que su uso es de todos los hombres, no habiendo restricciones al respecto. Sin embargo, y también pertenecientes a las ciudades, villas o comunidades,

encontramos otro tipo de bienes, que son aquellos que podríamos calificar como patrimoniales de estos lugares. Los hallamos en la Ley X, donde se señala que pueden haber en las ciudades, campos, viñas, huertas, olivares y demás heredades, ganados, siervos y otras cosas semejantes que dan fruto o renta, y a pesar de que son comunes a todos los habitantes de esas ciudades o villas, no pueden éstos, por su cuenta, usar de estas cosas. Sus frutos y rentas deben destinarse a la comunidad de toda la ciudad o villa de donde fueren las cosas que los rinden y se destinarán al mantenimiento y contribución de todo aquello que sirva en común a la ciudad o villa.

Las cosas que no pertenecen al señorío de ningún hombre, comprendían a las cosas sagradas, religiosas y santas. Éstas se hallan contenidas en las Leyes XII, XIII, XIV y XV.

En la Ley XII no se les define, pero se establecen restricciones sobre las mismas. En principio, se señala que el señorío de cosa sagrada, religiosa o santa, que se encuentra destinada al servicio de Dios, no está en poder de ningún hombre, ni puede ser considerada dentro de sus bienes, y los clérigos que las tengan en su poder, no tienen el señorío de ellas, sino que las tienen en calidad de guardadores y servidores. Sus rentas deben ser destinadas a la iglesias, de un modo mesurado, así como también en obra de bien común y de piedad.

Sagradas son las cosas que consagran los arzobispos y los obispos, así como las iglesias y los altares de ellas y todas las cosas establecidas para el servicio de la Iglesia. Estas cosas son inenajenables (Ley XIII).

Religioso es el lugar donde se entierra algún hombre, sea éste libre o siervo, siempre y cuando sea enterrado con carácter de permanencia (Ley XIV), ya sea si en ese lugar yace todo el cuerpo o cuando menos la cabeza.

Sin embargo, este lugar no será religioso en algunos casos de excepción: si el hombre hubiese sido ajusticiado por algún maleficio, si lo hubieren desterrado a aquel lugar y enterrado sin consentimiento del rey o, si se hubiese probado que la persona enterrada traicionó a su señor o a la tierra de donde fuese natural.

Las cosas santas (Ley XV) son aquéllas tales como los muros y las puertas de las ciudades y de las villas.

Se señala que por ello, en la antigüedad establecieron emperadores y filósofos que ningún hombre los quebrantase rompiéndolos, haciéndoles forados, ni entrando sobre ellos por medio de escaleras o modos afines que no sea sino por las puertas.

Infringir estas disposiciones estaba penado con la decapitación, ya que se consideraba que quien así entrase en alguna ciudad o villa, «no entra como que ama y honra el lugar, sino como enemigo y como malhechor».

En realidad, el antiguo Derecho Español tiene tales lazos con el Derecho Romano, que antes de la promulgación del Código Civil, en 1889, era muy difícil actuar

sin tener un exacto conocimiento de las recopilaciones justinianeas. En opinión de muchos, las Siete Partidas no eran otra cosa que una recopilación y traducción al español de las leyes romanas, de ahí que en la España previa al Código Civil, las leyes romanas y su jurisprudencia siguieran teniendo importancia.

Lo antes afirmado puede constatarse fácilmente, al analizar lo relativo a los bienes y su clasificación en el Derecho Español. Si bien la división de las cosas en el Derecho Español no coincide exactamente con aquella contenida en el Libro II de las Instituta de Justiniano, podemos apreciar gran similitud entre esta recopilación y el Título XXVIII de la Tercera Partida.

En el Derecho Romano, de acuerdo a las Institutas, se puede observar una múltiple clasificación de las cosas, en base a determinados criterios. En tal sentido, por su materialidad, las cosas se dividían en corporales e incorporales; por su comerciabilidad, en aquéllas que están dentro del comercio y fuera del mismo. Dentro de estas últimas se ubicaban a las divini iuris (que comprendían a las res comunes, a las res publicae y a las res universitasis). Además teníamos una clasificación derivada de su pertenencia, en virtud de la cual se les dividía en res nullius y res derelictae.

De otro lado, en relación a las cosas que pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío no estaban definidas explícitamente, y respecto de ellas no se hace mayor referencia. Pensamos que podríamos definirlas por exclusión, respecto de todas las otras cosas a las que hemos aludido. Éstas son las cosas sobre las cuales los hombres pueden contratar, ya que, como señala la Ley II del comentario Título XXVIII, sobre ellas, el hombre puede ganar o perder su señorío.

En las Partidas, si bien no encontramos una clasificación explícita derivada de la materialidad de las cosas, sí encontramos, de una u otra forma, las otras clasificaciones del Derecho Romano. En las Partidas, como hemos señalado, básicamente se efectúa una clasificación de acuerdo a la pertenencia de las cosas. Es así como éstas son divididas en: los bienes comunes a todas las criaturas, entendiendo dentro de estas últimas a los seres humanos y a los animales; las cosas comunes a todos los hombres; las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad o villa; las cosas que no pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío.

Si hablamos de un exclusivo criterio de pertenencia, saldrá a relucir la antigua clasificación derivada del Derecho Romano que las dividía en aquéllas que estaban fuera o dentro del comercio. En tal sentido, es obvio que estarán fuera del comercio las cosas comunes a todos los hombres, las cosas que pertenecen al común de alguna ciudad o villa, y esencialmente aquéllas que no pertenecen al señorío de algún hombre. Dentro de estas últimas encontramos a las cosas sagradas, las religiosas y las santas.

En este punto notamos una gran similitud con los bienes divini iuris del Derecho Romano, que eran aquéllos denominados res nullius, por no ser susceptibles de apropiación por los hombres, siendo los consagrados a las deidades. Es interesante cómo se mantienen los mismos conceptos en las Partidas, variando solamente algunos detalles; sino, bastará comparar los textos de las Institutas 2.1.7. a 2.1.10., con la Tercera Partida, Leyes XII a XV.

Algo que es importante señalar, y en donde vemos una vez más la influencia de las recopilaciones justinianeas en esta parte del Derecho Español, es que ninguno de los dos Derechos mencionados contiene una definición o concepto expreso acerca de cuáles son los bienes que están o se encuentran dentro del comercio de los particulares. En ambos casos debemos definirlos por exclusión. En el supuesto romano, las cosas in commercium son aquellas que podían constituir objeto de contratos o de transacciones comerciales con particulares, tal como lo señala Mario N. Oderigo.[14] Mientras que para las Partidas, las cosas que se encontraban dentro del comercio eran denominadas como aquéllas que «pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales éstos podían perder su señorío» (Tercera Partida, Título XXVIII, Ley II). Sin embargo, no se efectuaba una definición explícita de las mismas, y respecto de ellas no se hacía mayor mención, por lo que nos vemos en el mismo deber que cuando analizamos las Instituciones de Justiniano, de definirlas por exclusión, respecto de todas las otras cosas de las que se ha tratado.

Como es sabido, la influencia de las Partidas o Leyes de Partidas, fue muy grande. Bajo el nombre del Libro de las Leyes y expedidas por el rey Alfonso X, el Sabio, las Partidas tuvieron como fuentes a las costumbres y los Fueros de Castilla y de León, el Derecho Canónico, los jurisconsultos romanos y diversos comentaristas europeos, especialmente italianos. Las Partidas recién tuvieron obligatoriedad como leyes comunes, en 1348, cuando fueron promulgadas por los reyes Alfonso XI y Juan II, es decir, muchos años después de su proceso de elaboración, que duró entre los años 1256 y 1265.

Esa influencia es notoria, sobre todo hasta fines del siglo XIX, cuando se promulgó el Código Civil de ese país. No obstante, como fuente de doctrina y de jurisprudencia, mantienen, por su origen e importancia, un nivel de consulta y, en cierta forma, una autoridad como fuente rectora y matriz del Derecho Español, que no ha decaído.

El Código Civil de 1889, en su Libro III, relativo a los Bienes, la propiedad y sus modificaciones, contiene lo referente a la clasificación de los mismos, en su Título I. En lo relativo a los bienes, es innegable que en contenido y sistemática, el Código

[14] Oderigo, Mario N. *Sinopsis de Derecho Romano*, pp. 169 y 170.

Español ha sufrido la influencia del proceso codificador iniciado con el Código Civil Francés, en 1804, de modo tal que no conserva mucho de la originalidad de las Partidas, en lo que respecta a este particular. En tal sentido, su clasificación fundamental es aquélla que se basa en la movilidad (muebles e inmuebles). Una segunda clasificación de los mismos, según las personas a quienes pertenecen, los divide en aquellos de dominio público y aquellos de propiedad privada. Sin embargo, también se especifica una regulación acerca de los bienes del Patrimonio Real.

Respecto de la influencia del Derecho Español antiguo sobre el particular, no creemos conveniente añadir mayores conceptos. Sin embargo, sí lo haremos cuando veamos el tema de los bienes susceptibles de ser objeto de los contratos.

2.2. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español

2.2.1. El Fuero Juzgo

En el Fuero Juzgo hallamos algunas menciones acerca de las cosas que pueden constituir objeto del contrato de compraventa. Así, encontramos alusiones concretas a los contratos de venta de bienes ajenos, de cosas litigiosas, de hombres libres y de hijos por parte de sus padres.

En el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los convenios y las compras, en el numeral VIII, se establece que si algún hombre libre toma o compra una cosa ajena, sabiendo que tiene tal carácter, si el señor de la cosa lo pudiese demostrar ante aquél que la hubiese tomado, éste deberá pagar al señor de la cosa tres duplos. Si quien la tomó o compró fuese un hombre franqueado (liberado), deberá pagar el duplo. Y si fuese siervo, y la tomara sin la voluntad del señor, deberá pagar la cosa y recibir azotes.

Más adelante, en el numeral IX se establece que si alguno vende o da cosas ajenas, el comprador no debe sufrir ningún perjuicio. Pero aquél que la vende o da, deberá pagar el duplo de lo que recibió por parte del comprador, al señor o dueño de la cosa, además de devolver el precio recibido al comprador. Esta disposición también era aplicable para el caso en que se vendieran siervos.

También existe una alusión al contrato de compraventa de bienes ajenos, en el numeral XIV, relativo a las ventas de los siervos, cuando se señala que las cosas que son ajenas no las puede vender ninguno sin la voluntad de su señor; y, por lo tanto, la ley antigua que mandaba deshacer las ventas de los siervos ajenos no era sin daño de sus señores, consideran mejor modificar esta ley «que seguir incurriendo en el error de quienes la redactaron».

En tal sentido, se establece que si algún hombre, sabiendo que un siervo o una sierva son ajenos, recibiera de ellos casa, vino, servicios, etc., tal hecho no vale, ni aquél que se obligó a pagar, estará en la obligación de hacerlo. Se considera que es conforme a derecho, pierda aquello que dio quien pagó, porque quiso ganar lo ajeno por codicia.

Se señala, además, que si el siervo o la sierva vendiere algún animal, algunos ornamentos, u otras cosas que hubiesen sido dadas por su señor o por cualquier otro hombre para vender, esta venta debe valer, aunque el señor del siervo o de la sierva quisiera deshacer la venta, y decir que la cosa es suya y no del siervo. No se debe deshacer la venta, a menos que el señor pruebe, o por buenos testimonios o por su juramento, que aquello no era del siervo y que éste lo vendió sin voluntad de aquél.

Es interesante resaltar el último párrafo de este numeral, en el sentido en que lo anteriormente dicho deberá entenderse respecto de las cosas viles y pequeñas, ya que las cosas grandes no se pueden vender sin la voluntad del señor.

Por otra parte, debe mencionarse que en el Fuero Juzgo estaba prohibida la venta de las cosas sujetas a litigio, cuando en el numeral X se señalaba que la cosa que es objeto de contienda, cuando alguno la comienza a demandar, o si la pudiere demandar con razón, no la debe dar ninguno, ni vender, ni mudar de un lugar a otro.

De otro lado, en el numeral XI se contemplaba el caso en el cual un hombre libre hiciese que otro lo vendiera, como si no lo fuera, para partir el precio de dicha venta con su vendedor.

Esta norma considera que si aquel hombre desease luego ser libre, no deberá serlo, pues debe pasar por siervo; ya que no es conforme a derecho que sea libre quien quiso ser siervo. Pero si aquél que se vendió o se dejó vender, pudiese pagar el precio para redimirse, o sus padres lo pagaren por él a aquél que lo compró, el comprador deberá recibir el precio, y aquel otro podrá volver a ser un hombre libre.

Respecto del hombre libre que vendiere o diere otro hombre libre, aquél deberá pagar 100 sueldos de oro y aquél que fue vendido deberá volver a su estado. Si no pudiere pagar los 100 sueldos, recibirá azotes y será entregado como siervo a aquél a quien fue vendido.

En el caso que el siervo vendiere a un hombre o a una mujer libre, recibirá doscientos azotes, será señalado en la frente y será siervo de aquél a quien fue vendido.

Se ordenaba, asimismo, que esta norma rigiese respecto de las mujeres libres.

Además, en el numeral XIII se señalaba la prohibición de que los padres vendan, donen o empeñen a sus hijos. Se establecía además que quien en virtud de estos pactos los recibiere, no tendrá ningún poder sobre ellos.

Quien compró a un hijo de su padre, perderá el precio pagado; y si hubiesen sido empeñados, perderá lo que dio sobre ellos.

2.2.2. La Ley de las Siete Partidas

Este cuerpo normativo regulaba, en primer término al contrato de compraventa en razón de quienes lo pueden celebrar.

En la Quinta Partida, Título V, relativa a las ventas y a las compras, Ley II, se señala que pueden comprar y vender quienes se pueden obligar recíprocamente, el uno al otro. Ésta es la regla general.

Pero en la misma Ley se establece como excepción, la venta que hiciese el padre al hijo que tiene en su poder o viceversa, pues no cabía se obligaran entre sí, ya que se consideraba que si bien, por naturaleza, eran dos personas, según el Derecho se consideraban una sola. Esta norma tenía una excepción, de la que no es el caso ocuparnos.

En la Ley XXII, se establecía la prohibición de vender armas de fuste (madera) o fierro a los enemigos de la fe. También estaba prohibido el prestarlas a estas personas.

Asimismo, se prohibía el hecho de que se les suministrase alimentos. Se hacía la salvedad de aquellos extranjeros que llegaban a la Corte en calidad de mensajeros para celebrar convenios.

Quien infringiese estas prohibiciones debía perder todo lo que tuviera, y su cuerpo estará a merced del rey, ya que se consideraba que ayudar de cualquiera de estos modos al enemigo era una forma de traición.

Pero también se trataba acerca del contrato de compraventa en razón de los bienes que se pueden vender.

En este punto vamos analizar, a la luz de la Quinta Partida, cuáles son los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa.

Trataremos acerca de la compraventa de bienes existentes, de bienes futuros, indeterminados, herencia futura, partes integrantes y accesorias, venenos, la compra de cosa propia y la venta de cosa ajena.

Respecto a la compraventa de bienes existentes y futuros, puede decirse que en la Ley XI, relativa a las cosas sobre las que puede ser hecho la venta, se señala, en primer lugar, que se pueden comprar y vender las cosas que son y que se pueden mostrar, y aquéllas que no son ni parecen. Con esto, no consideramos que se esté haciendo referencia a los bienes materiales y a los bienes inmateriales, respectivamente, sino que, más bien, se está haciendo alusión a los bienes que ya tienen la forma, estructura y composición deseadas en relación al contrato, al momento de la celebración de éste, y a aquellos que no la tienen, tal como el fruto de alguna sierva que estuviese preñada, o de alguna bestia, o de alguna viña o tierra. Según esta norma, se consideraba válido a este contrato, en razón de que se conocía y hacía mención de la cosa de donde debe salir el fruto que constituye el objeto de la venta.

Pero si aquella cosa sobre la que es hecha la compra no diese fruto alguno, entonces el comprador no estaría obligado a dar el precio, salvo que la hubiese comprado asumiendo el riesgo.

Otro caso ahí especificado es el de la compraventa de una «cosa que aún no fuese cierta». Se coloca como ejemplo el que alguien venda a otro, por algún precio todos los animales que cace o pesque primeramente. También se señala el caso en el cual el comprador dijese que quiere atender a su suerte, si sacase alguna cosa el pescador en un primer intento o primera vez, o si cogiese o matase alguna cosa hasta una hora cierta del día o durante todo el día, casos en los cuales, aun si el cazador o pescador no cace o pesque nada, el comprador estará igualmente obligado a pagar el precio prometido.

Los dos últimos supuestos mencionados, son, respectivamente, aquél por el cual hay certidumbre de que la cosa existirá, pero resulta incierto no sólo el momento en el cual el bien llegue a tener existencia, sino también la cuantía y calidad que tenga dicho bien cuando exista (en Roma conocido como la *emptio rei speratae*); y el segundo caso, aquél en el cual, en estricto, no se trata de la compraventa de una cosa futura, sino de una esperanza presente (lo que era conocido en Derecho Romano como la *emptio spei*).

Si en el caso de una compraventa de bien futuro hubiese dolo por parte del vendedor, cuando se vendiera el fruto de alguna sierva, yegua o cualquier otra cosa semejante, señalando al comprador como que estaba preñada, sabiendo que no lo estaba, el vendedor estará obligado respecto del comprador con la estimación que podría valer el fruto de la sierva o de la yegua, y de repararle todos los daños producidos por esta razón. Lo mismo ocurrirá si el bien objeto del contrato es una viña, árboles o algún otro de similar carácter (Ley XII).

Respecto a la compraventa de herencia futura, puede recordarse que en la Ley XIII se señala que los hombres tienen la esperanza de heredar los bienes de otros de dos maneras: por ser un heredero legal, o por serlo de modo testamentario. Para quienes quisieran vender esa «esperanza», en principio no podrían hacerlo, salvo el caso en que lo hagan con el consentimiento de la persona de quien tiene la esperanza de heredar, ya que este caso sería como si se hiciese con el consentimiento de ella misma.

El tema de la compraventa de partes integrantes y accesorias de una casa, era tratado en la Ley XVI, mediante la cual se prohíbe y se considera como no válida la venta de mármol u otra piedra, madera, perlas o cualquier otra cosa que sea parte integrante o accesoria de una casa.

Si se hiciese, el comprador deberá pagar a la Corte del Rey el precio por el que la había comprado, más un tanto adicional.

De otro lado, la Ley XVII establece la prohibición de comprar y vender pociones, yerbas, veneno o cualquier otra «cosa mal», de aquéllas que pudiesen matar a un hombre si las comiese o bebiese.

Sin embargo, se permite la venta de algunas de estas cosas que pudieran servir como medicinas, ya que se consideraba que «aquella maldad que tienen en sí misma pueden perderla si es que son mezcladas con otras cosas».

En torno al tema de la compra de cosa propia, puede recordarse que en la Ley XVIII se distinguen dos supuestos. El primero, el de la compra de cosa totalmente propia. Como regla general se establece que el hombre no puede comprar su propia cosa, y que si por ventura la comprase desconociendo tal carácter de la misma, debe cobrar lo que dio por ella.

Pero también se aborda el punto de la compra de cosa parcialmente propia.

Así, si se compra un bien del cual una parte es propia y otra ajena al comprador, valdrá la venta en cuanto a la parte que es ajena, más no la propia.

En la Ley XVIII, bajo comentario, podemos apreciar dos casos adicionales de sumo interés: el primero de ellos consiste en que si una persona tuviese en su poder y posesión alguna cosa que fuese de otro, este último, propietario de la cosa, bien podrá comprar la posesión que el otro tenía en ella y valdría tal venta; el segundo de los casos consiste en que si un hombre, que fuese poseedor de una cosa, comprara de otro algún derecho o servidumbre que hubiese en aquella de la que él era poseedor, esta venta también sería válida.

Con respecto al tema de la venta de cosa ajena, puede decirse que en la Ley de las Siete Partidas ésta era válida. En la Ley XIX se establece que si un hombre vende a otro una cosa ajena, esta venta es válida. Ésta constituye la regla general.

Se considera, en esta línea de pensamiento, que quien compra, o sabe que aquella cosa no es de aquél que se la vende, es decir, cree que es suya. Pero si sabe el comprador que la cosa es ajena, y le causase después perjuicio a quien es el propietario de la misma, el comprador no estará obligado, en este caso, a retornar el precio al comprador.

Distinto sería el caso, si cuando el vendedor se la vendió, se obligó a devolverle el precio pactado, si el verdadero propietario de la cosa la demandase posteriormente y la recobrara.

Si el comprador no supiese que la cosa era ajena cuando la compró, en este caso el vendedor no estaría obligado tan sólo a devolver al comprador el precio, sino que además estará obligado a pagarle todos los daños y perjuicios que hubiese sufrido en razón de la venta que él hizo.

En la Ley XXXIII se contempla el caso en el cual el propietario de una cosa que ha sido vendida por otro, puede demandar al comprador que la tuviese. Pero si el

comprador llamase a aquél que se la vendió para que venga a defenderlo en juicio, de aquella cosa que él vendió, y a responder sobre ella al demandante, si el vendedor quiere entrar con el demandado en juicio para ampararla, obligándose a hacer derecho sobre ella, tal como si él la tuviese, entonces el demandante no tendrá razón de demandar al comprador, sino, más bien, deberá demandarla a aquél que se la vendió, y no perturbar al que la compró.

Pero si el vendedor no quisiere entrar en juicio con el demandante, sobre la cosa, entonces podrá demandarla al comprador, quedando a salvo el derecho del comprador para demandar al vendedor para que le restituya el valor de la cosa que él vendió (los términos utilizados en la Ley XXXIII son faga sana, cuyo significado más apropiado consideramos es el antes mencionado).

Si el Rey vende o da a otro una cosa ajena como si fuera propia, pasa el señorío de la misma al comprador; pero de quien la hubiese tomado, puede pedir durante el plazo de cuatro años que él le dé el valor estimado de aquella cosa, y el Rey deberá pagársela si hasta cuatro años no pidiese la estimación, ya que en adelante no podría hacerlo.

De otro lado, si el Rey tuviese una cosa en común con otros, la puede vender toda en razón de aquella parte que tiene en ella, y pasa el señorío de aquella cosa, pero a pesar de todo esto, debe dar el valor estimado a cada uno de los otros copropietarios en razón de las partes que tenían en la referida cosa.

En la Ley LIV se establece que si un hombre vendiese a otro una cosa ajena en nombre de aquél que tuviese el señorío de la misma, si el propietario ratifica la venta después de hecha, ésta vale y pasa el señorío de la cosa a aquél que la compró, a pesar de que al comienzo éste no hiciese la venta con otorgamiento del consentimiento, ni conocimiento de aquél de quien era la cosa.

Caso distinto es aquél en el cual el vendedor no la vendiese en nombre del señor de la cosa, sino en el suyo mismo. En este supuesto, si aquél que la compró sabía que no era la cosa de aquél que se la vende, entonces no pasará a él el señorío de la cosa, ni la podrá ganar por tiempo (prescripción), e inclusive el señor de la cosa la puede demandar.

Pero si el comprador tuvo buena fe en el momento en que compró la cosa, es decir, que no sabía que era ajena y creía que era de aquél que se la vendió, entonces podrá ganar su señorío por tiempo, y el vendedor de todos modos estará obligado a devolver el precio a quien era propietario de la cosa.

Un supuesto distinto es si un hombre vende alguna cosa ajena como si fuera propia, si después de hecha la venta se pierde la cosa o se muere (a nuestro entender, es obvio que se está refiriendo a los seres vivos), puede, si así lo quisiere el señor de la

cosa, considerar la venta como firme y demandar el precio de la misma al vendedor, sea que haya sido hecha la venta en nombre del señor o no.

El contrato de compraventa, sin duda alguna el más importante y estudiado de los contratos civiles, tuvo regulación legislativa desde muy antiguo. Como señala Modesto Falcón,[15] las Leyes Romanas lo llamaron «compraventa»; las del Fuero Juzgo, «bendición»; y en las Partidas, se le titulaba «vendida». Con uno o con otro nombre, siempre es un contrato bilateral que tiene por objeto la transmisión del dominio o de un derecho real por un precio.

Como hemos visto, en el Derecho Romano, en principio, los bienes que podían ser vendidos, eran aquéllos que se encontraban dentro del comercio de los hombres, mas no así los bienes que estaban fuera de él. En tal sentido, observamos en el Título XVIII del Digesto, diversos casos relativos a la compraventa de bienes que se encuentran dentro de aquella condición. Son los supuestos de la compraventa de bienes que han dejado de existir, total o parcialmente, al momento de la celebración del contrato; los bienes futuros; la compra de cosa total o parcialmente propia del comprador; la venta de bienes ajenos; y la compraventa de la herencia y de su acción. Estos temas fueron desarrollados de manera bastante coherente, clara y extensa, de modo tal que han servido de valiosa fuente de inspiración legislativa posterior, y de estudio doctrinario y jurisprudencial.

Sin duda alguna, estas normas recogidas en el Digesto, tuvieron una decidida influencia en el Derecho Español, lo que se manifiesta tanto en el Fuero Juzgo, como en la Ley de Partidas.

Como sabemos, el Fuero Juzgo es una compilación española de la Edad Media, que recopiló leyes visigodas y romanas. Tuvo vigencia a partir del Siglo VII, y prácticamente durante toda la Edad Media, pudiéndose decir de ella, que fue la más conocida e importante de las recopilaciones de leyes de carácter municipal que tuvo España en dicho período de su historia.

Como hemos visto, en el Fuero Juzgo, Libro V, numerales VIII y IX, se contempla lo relativo a la venta de cosas ajenas. No se sanciona expresamente su validez o prohibición, sino más bien se alude a las consecuencias que puede tener un pacto de tal naturaleza y al resarcimiento que deberán pagar y penas que deberán sufrir quienes efectúen, de manera consciente, pactos de esta naturaleza. Sin embargo, parece estar claro que el Fuero Juzgo no favorecía este tipo de convenios.

El Fuero Juzgo también menciona las distintas consecuencias que tendrán lugar en caso que quien compre o venda el bien ajeno sea un hombre libre, uno franqueado o un siervo.

---

[15] Falcón, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, p. 195.

Cabe precisar que el Fuero Juzgo no varió el criterio romano, por el cual se consideraba válida la venta de la cosa ajena. También es importante señalar que en la regulación del particular se incluyen ya algunos supuestos muy propios de la Edad Media, lo que se manifiesta en una regulación distinta para determinados casos, en razón de quiénes contraten.

Respecto de la venta de cosas ajenas, el Digesto era mucho más rico que el Fuero Juzgo, ya que aquél contemplaba supuestos más específicos que éste.

Como hemos visto, el Fuero Juzgo también regula los casos de la compraventa de bienes sujetos a litigio; la compraventa de un hombre libre (que para el Derecho Español podía asumir, en cierta forma, similares consecuencias que en el Derecho Romano), y la compraventa de hijos por parte de los padres.

Es en la Ley de las Siete Partidas que encontramos una regulación más clara y consistente acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español.

Como hemos señalado, en la Ley de las Siete Partidas se trata al contrato de compraventa en razón de quiénes lo pueden celebrar y de los objetos que pueden ser susceptibles de estar comprendidos en este contrato.

Ya hemos visto que la regla general es que pueden comprar y vender quienes se pueden obligar recíprocamente, el uno al otro. Sin embargo, en la Ley XXII del Título V de la Quinta Partida, se contemplaba la excepción de contratar con los «enemigos de la fe», pero no respecto a cualquier bien, sino sólo respecto de aquéllos que, como las armas y otros, pudiesen representar una ventaja para éstos y un perjuicio para los pueblos de España. Sin duda alguna, el tratamiento de las Siete Partidas en relación a los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa, trascendió con holgura a la vigencia de las mismas, tal como veremos más adelante.

La Ley V del Título V de la Quinta Partida, al tratar acerca de la compraventa de bienes futuros y las modalidades que puede conllevar este contrato, contempla los mismos casos que el Digesto romano contenía en su numeral 18.1.8.1. Como hemos visto, se regula la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*, supuestos que se han conservado vigentes y presentes en el proceso codificador contemporáneo.

El Código Civil Español, sin embargo, no contempló expresamente estos supuestos, ni ningún otro relativo a los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa, ya que no trata sobre el particular en el Título relativo a este contrato, sino cuando regula a los contratos en general, y se refiere al objeto de los mismos, en sus artículos 1271, 1272 y 1273. Es justamente en el primero de los artículos citados, que se señala que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Es decir, que cabe celebrar un contrato de compraventa sobre bienes futuros.

Resulta necesario precisar que de la contratación sobre bienes futuros se excluye expresamente a la herencia futura, salvo aquellos pactos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal. En tal sentido, el Código permanece en la línea trazada por la Ley de las Siete Partidas, ya que ésta, en la Ley XIII, señala como regla general, respecto de la herencia futura, que no puede ser objeto del contrato de compraventa, salvo en el caso que se haga con el consentimiento de la persona «de quien se tiene la esperanza de heredar».

El Código Civil de 1889 señala además que pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (artículo 1271), pero que no pueden serlo las cosas o servicios imposibles (artículo 1272).

Según Modesto Falcón,[16] a fines del siglo XIX, la doctrina seguía entendiendo que dentro de los bienes no susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa se encontraban las sustancias venenosas y nocivas, o —como decía la Ley XVII del Título V de la Quinta Partida— «ponzoñas, yerbas o venenos con que un hombre pudiese matar a otro». Sin embargo, estas consideraciones fueron superadas con el Código de 1889.

A pesar de no estar comprendidos en el mencionado Código, no han dejado de tener importancia doctrinaria los supuestos de compra de cosa propia del comprador y de venta de cosa ajena del vendedor.

Como sabemos, estos casos fueron materia de tratamiento legislativo y jurisprudencial desde el antiguo Derecho Romano. En la recopilación justinianea, precisamente en el Digesto 18.1.16., se trata acerca de la compra de cosa propia, señalándose su invalidez; y en el Digesto 18.1.27. y 18.1.28., se regula lo relativo a la venta de cosa ajena, estableciéndose, en principio, su validez, derivada, a entender de la mayoría de comentaristas, del carácter meramente obligacional que tenía en Roma el contrato de compraventa.

En la Quinta Partida, Título V, Ley XVIII, también se sanciona con prohibición la compra de cosa propia, tal como vimos cuando hicimos la mención respectiva. En lo que concierne al contrato de venta de bien ajeno, la Ley XIX del mencionado Título V establece su validez como regla general, pero, lo regula de modo minucioso y bastante casuístico, tal como observamos con la lectura de las Leyes XXXIII y LIV, anteriormente comentadas. Pero lo que debemos resaltar es que aquí prevaleció la tradición romana.

La carencia de mención alguna respecto a la venta de bienes ajenos en el Código Civil de 1889, trajo consigo una seria polémica entre aquéllos que consideraban que el referido contrato era válido y quienes creían lo contrario. Esto, sin duda, fue

[16] Falcón, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, p. 200.

agudizado por la tendencia que se originó en Francia con la elaboración y redacción del artículo 1599 del Code que, contraviniendo los principios del Derecho Romano y Francés antiguo, la consideró nula.

Pocos años antes de la promulgación del Código Civil Español, algunos consideraban, como es el caso de Modesto Falcón,[17] que para celebrar el contrato de compraventa, no bastaba tener la aptitud general para obligarse, sino además, tener el dominio de los bienes que han de ser objeto de la compraventa; porque este contrato es un título legal de adquisición de dominio para el comprador. Según dicha regla, no puede vender el que no tiene dominio. Es por ello que el mencionado tratadista considera que la venta de cosa ajena es nula, «porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece».

Otros, como Clemente Fernández Elías,[18] optan porque podrán comprar y vender todos aquéllos que tengan la capacidad legal para hacerlo, y no presenten un impedimento expreso; vale decir, que no se requeriría ser propietario del bien vendido, al momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, y a pesar de la regla general de la Ley XIX del Título V de la Quinta Partida, en el sentido en que es válida la venta de la cosa ajena, encontramos alguna jurisprudencia que intenta delimitar lo más posible a esta figura, como es el caso de la Sentencia de fecha 21 de mayo de 1865,[19] la misma que restringía esta figura a los efectos señalados en la citada Ley de las Partidas. Como vemos, el criterio adverso a esta modalidad del contrato de compraventa, generado en Francia, se fue extendiendo, llegando a variar por algún tiempo al criterio romano.

Creemos conveniente puntualizar que a pesar de la constante que tuvo en España el criterio por el cual la venta de bien ajeno era válida, hubo una oportunidad, con el Fuero Real, en la que se estableció el criterio contrario, cuando señalaba que «Ningún ome venda cosa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandato o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala». (Ley VI, Título X, Libro III).

Sin embargo, hoy en día no existe polémica al respecto, ya que ha vuelto a primar el criterio romano, que imperó en la mayor parte de la historia del Derecho Español. En tal sentido, Manuel Albaladejo[20] señala que: «La validez de la venta de cosa ajena, a pesar de las contundentes razones que la abonan, no ha sido, sin embargo, enjuiciada siempre con claridad por la jurisprudencia y la doctrina, que, a veces, por

[17] Falcón, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, p. 197.

[18] Fernández Elías, Clemente. *Op. cit.*, tomo IV, p. 254.

[19] Citada por Sánchez Román, Felipe. Op. cit., p. 621.

[20] Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 17.

confusión de conceptos, la han rechazado. No obstante, actualmente prevalece la opinión que la admite [...]».[21]

---

[21] A continuación reproducimos los textos de aquellas normas legales del antiguo Derecho Español, a que hemos hecho referencia en las páginas precedentes:

Fuero Juzgo

Libro V

De las avenencias de las compras

VIII. *Ley antigua. Si algún omne libre toma cosa que diz que es ayena*

Si algún *omne* libre toma cosa ayena, ó la compra, ol es dada, é la toma, sabiendolo que es aiena; si el sennor de la cosa lo pudiere mostrar á aquel que la tomara, péchela en tres duplos al sennor. Y si fuere *omne* franqueado, péchela en duplo; é si fuere siervo, é la tomare sin voluntad del sennor, peche la cosa, é recibe C azotes.

IX. *De los que venden ó dan las cosas aienas*

Si alguno vende ó da las cosas aienas el comprador non deve aver nenguna perdida mas aquel que la viende ó la da, piguela en duplo al sennor de la cosa, e demas pague el precio á aquel que la compre, é tod el provecho que a fiziera ás el juez, é faga que lo entregue á aquel que la diera, ó aquel que la vendiera. Otrosi dezimos si vendiere siervos, o otras cosas.

X. *Ley nuevamientre emiendada. Que ninguno non venda nin déla cosa que es demandada*

La cosa que es metida en contienda, quando alguno la comienza á demandar, ó si la pudiere demandar con razon, non la deve dar nenguno, nin vender, nin mudar dan lugar á otro.

XI. *Ley antigua. Si el omne libre sufre quel vendan*

Si el omne libre sufre que lo vendan, et partir el precio con aquel quel vende, si quisiere despues seer libre, non deve seer; mas deve fincar por siervo; ca non es derecho que aquel sea libre, que quiso seer siervo. Mas si aquel que se vendió, ó se dexó vender, pudier pagar el precio por redemirse, ó sus padres lo pagaren por él á aquel que lo compró, el comprador deve recibir el precio, é aquel otro deve seer libre.

XII. *De los que vienden los omnes é las mujeres libres*

Si el omne libre viendiere ó diere otro omne libre, el juez le deve prender man á mano, é fagal pechar C sueldos doro, é aquel que fué vendido sea tornado en su estado, si non oviere onde pague los C sueldos, reciba C azotes, é seal dado por siervo á aquel que fue vendido. E si el siervo vendiere omne libre ó mujer libre, reciba CC. azotes é sea sennalado en la fruente, é sea siervo daquel que fué vendido. Hy esto mandamos de las mujeres libres.

XIII. *El Rey Don Rescindo*

Que los padres non puedan vender los fijos, ni meter en poder dotri

Los padres non puedan vender los fiios, ni dar, ni empennar; ni aquel que los recibiere non deve aver nengun poder sobrellos. Mas el que compra los fiios del padre pierda el precio: é si fueren empennados, pierda lo que dió sobrellos.

XIV. *Ley antigua. De las vendiciones de los siervos*

Las cosas que son aienas non las puede nenguno vender sin voluntad de su sennor; é por ende la ley antigua que mandava desfazer las vendiciones de los siervos aienos non era sin danno de sus sennores. E por ende aquella ley antigua queremos tornar á derecho, ea meior es demandarla que de errar con aquellos que la fizioron. E por ende establescemos que si algun omne sabiéndolo del siervo ó de la sierva aiena recibiere dellos casa, ó vinna, ó siervo ó possession, ó alguna vendición, ó en pennos, ó en alguna manera, tal fecho non vala, ni aquel que tomó el precio non sea tenudo de lo dar, é aquel que lo vendió sea dado por siervo é el precio; ea derecho es que pierda aquello que dió; ea derecho es que pierda aquello que dió, porque cuidó ganar lo ageno por cubdicia. Si el siervo ó la sierva vendiere alguna animalia, ó algunos ornamientos, ó otras cosas que eran de peguiar, ó ie las diera su sennor, ó otro omne pora vender, esta

vendición deve valer, assique si el sennor del siervo ó de la sierva quisiere desfazer la vendición, é disier que la cosa es suya propia, é non era de peguiar del siervo, non se deve desfazer la vendición á menos de provar el sennor, ó por buenos testimonios, ó por su iuramiento que aquelo no era peguiar del siervo, é que lo vendió sin voluntad del sennor. Hy esto devemos entender de las cosas viles é pequennas, ca las grandes cosas non se pueden vender sin voluntad del sennor.

Ley de las Siete Partidas

Tercera Partida

Título XXVIII

De como gana home el señorio en las cosas, etc.

Ley II

En quáles cosas puede home ganar el señorio et en quáles non

Departimiento ha muy grande entre las cosas deste mundo; ca atales hi ha dellas que pertenescen á las aves, et á las bestias et á todas las otras criaturas que viven para poder usar dellas tambien como á los homes: et otras que pertenescen tan solamente a los homes: et otras son que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdat, ó villa, ó castiello ó de otro lograr qualquier do homes moren: et otras hi ha que pertenescen aun señaladamente á cada uno home para poder ganar ó perder el señorio dellas: et otras son que non pertenescen á señorio de ningunt home, nin son contadas en sus bienes, asi mostraremos adelante.

Ley III

Quáles cosas son que comunalmente pertenescen á todas las criaturas del mundo

Las cosas que comunalmente pertenescen á todas las criaturas (1) que viven en este mundo son estas: el ayre, et las aguas de la lluvia, et el mar et su ribera; ca qualquier criatura que viva puede usar de cada una destas cosas segunt quel fuere meester: et por ende todo home se puede aprovechar del mar (2), et de su ribera pescando, et navigando et faciendo hi todas las cosas que entendiere que á su pro serán. Empero si en la ribera de la mar fallare casa ó otro edificio qualquier que sea de alguno (3), nol debe derribar ni usar dél en ninguna manera sin otorgamiento del que lo fizo ó cuyo fuere, como quier (4) que si lo derribase la mar, ú otri, ó se cayese él, que podrie quien quier facer de nuevo otro edificio en aquel mesmo logar.

Ley VI

Cómo de los rios, et de los puertos, et de los caminos et de las riberas pueden usar todos los homes comunalmente

Los rios (1), et los puertos (2) et los caminos (3) públicos pertenecen (4) á todos los homes comunalmente, en tal manera que tambien pueden usar dellos los que son de otra tierra extraña como los que moran et viven en aquella tierra do son. Et como quier que las riberas de los rios sean quanto al señorio de aquellos cuyas son las herededades á que estas ayuntadas, con todo esto todo home puede usar dellas ligando á los árboles que hi estan sus navios, et adobando sus velas en ellos, et poniendo hi sus mercaduras; et pueden los pescadores poner hi sus pescados et venderlos, et enxugar hi sus redes, et usar en las riberas de todas las otras semejantes destas que pertenescen al arte ó al meester por que viven.

Ley IX

De quáles cosas pertenesce el señorio et el uso dellas comunalmente á todos los homes de alguna cibdat ó villa

Apartadamente son del comun (1) de cada una cibdat (2) ó villa las fuentes et las plazas do facen las ferias et los mercados, et los logares do se ayuntan á consejo, et los arenales que son en las riberas de los rios (3), et los otros exidos (4), et las correderas do corren los caballos, et los montes et las dehesas et todos los otros logares semejantes (5) destos que son establecidos (6) et otorgados para pro comunal (7) de cada una cibdat, ó villa, ó castiello ó otro logar: ca todo home, que fuere hi morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, et son comunales a todos también á los pobres (8) como á los ricos (9).

3. El concepto de bienes en la legislación civil peruana

No es fácil precisar cuál es el concepto de «bien» y mucho menos delimitarlo en el análisis de las diferentes legislaciones.

Mas los que fuesen moradores en otro logar (10) non podrien usar dellas contra voluntat et defendimiento de los que morasen hi.

Ley X

Quáles cosas pertenescen pa alguna cibdat, ó villa ó comun, et non puede cada uno dellos apartadamente usar de ninguna dellas

Campos, et viñas, et huertas, et olivares, et otras heredades, ganados, et siervos et otras cosas semejantes que dan fruto de si ó renda, pueden haber las cibdades (1) et las villas, et como quier que sean comunales á todos los moradores de la cibdat ó de la villa cuyas fueren, con todo eso non puede cada uno (2) por sí apartadamente usar de tales cosas como estas. Mas los frutos et las rendas que salieren dellas deben seer metidas en pro comunal (3) de toda la cibdat ó villa cuyas fueren las cosas onde salen, asi como en labor de los muros, et de las puentes, et de las calzadas, ó en tenencia de los castiellos, ó en pagar los aportellados, ó en las otras cosas semejantes destas que pertenescen al pro comunal de toda la cibdat ó villa.

Ley XI

Cómo los almojarifadgos, et las rendas de los puertos, et las salinas et las mineras pertenescen á los reyes

Las rendas de los puertos (1) et los portadgos (2) que dan los mercadores por razon de las cosas que sacan ó meten en la tierra, et las rendas de las salinas (3), et de las pesqueras (4), et de las ferrerias et de los otros metales (5), et los pechos et tributos (6) que dan los homes son de los emperadores et de los reyes. Et fuéronles otorgadas todas estas cosas porque hobiesen de que mantenerse (7) honradamente en sus despensas, et con que podiesen amparar sus tierras et sus regnos et guerrear contra los enemigos de la fe, et porque podiesen excusar sus pueblos de echarles muchos pechos et facerles otros agraviamientos.

Ley XII

Cómo de las cosas sagradas, et religiosas et santas non puede ningunt home ganar señorio

Teda cosa (1) sagrada, ó religiosa ó santa que es establescida á servicio de Dios non es en poder de ningunt home el señorio della, nin puede seer contada entre sus bienes: et maguer los clérigos las tengan en su poder (2), non han el señorio dellas, mas tiénenlas asi como guardadores et servidores. Et porque ellos han á guardar estas cosas et servir á Dios en ellas et con ellas, por ende les fue otorgado que de las rentas (3) de la eglesia et de sus heredades hobiesen de que vevir mesuradamente (4), et lo demas porque es de Dios (5) que lo despendiesen en obras de piedat, asi como en dar á comer et á vestir á los pobres (6), et en facer criar los huérfanos, et en casar las vírgenes pobres (7) para desviarlas que con la pobreza non hayan á seer malas mugeres, et para sacar cativos et reparar las eglesias comprando cálices, et vestimentas, et libros et las otras cosas de que fueren menguadas, et en otras obras de piedat semejantes destas.

Ley XIII

Quáles cosas son sagradas

Sagradas (1) cosas decimos que son aquellas que consagran los arzobispos et los obispos (2), asi como las eglesias (3), et los altares (4) dellas, et las cruces, et los calices, et los encensarios, et las vestimentas, et los libros et todas las otras cosas que son establescidas para servicio de la eglesia: et destas cosas atales non se puede enagenar el señorio sinon en cosas señaladas, asi como mostramos en la primera Partida deste libro en las leyes que fablan en esta razon. Otrosi decimos que maguer alguna eglesia sagrada se derribase (5), aquel logar do fue fundada siempre finca sagrado: pero si alguna eglesia sagrada cayese en poder de los enemigos de la fe, luego que se apoderasen della non serie sagrada (7) en quanto la toviesen cativada; mas despues que la cobrasen los cristianos serie sagrada et tornarie en el primero estado en que

La peruana no escapa a la regla. En ella, ninguno de los tres principales Códigos Civiles que han tenido vigencia, ha definido tal concepto. Lo que sí encontramos es una constante clasificación de los mismos.

---

era enante que se apoderasen los enemigos della, et habrie todos sus derechos libres et quitos, bien asi como los habie enante.

Ley XIV

Quál logar es dicho religioso

Religioso (1) logar decimos que es aquel do es soterrado algunt home, quier sea libre quier sea siervo, si es soterrado por nunca mudarlo (2) ende, et si yace hi todo el cuerpo ó á lo menos la cabeza (3): fueras ende si aquel que soterrasen hi fuese home á quien hobiesen justiciado (4) por algunt malfecho, ó si fuese desterrado á aquel logar do yoguiese et lo hobiesen hi soterrado sin mandamiento del rey, ó si fuese probado que hobiese fecho traycion (5) contra su señor ó contra la tierra onde fuese natural.

Ley XV

Quáles cosas son llamadas santas, et qué pena meresce quien las quebranta

Santas cosas son llamadas los muros (1) et las puertas de las cibdades (2) et de las villas: et por ende establescieron antiguamente los emperadores et los filósofos que ningunt home non los quebrantase rompiéndolos, ni forandándolos ni entrando sobre ellos por escaleras nin en otra manera ninguna que sea sinon por las puertas (3) tan solamente: et establescieron por pena á los que contra esto ficiesen que perdiesen las cabezas, porque quien asi entrase en alguna cibdat ó villa non entrarie como home que ama pro et honra del logar, mas como enemigo et como malfechor: et este establecimiento fizo Romulus que fue señor de Roma.

Quinta Partida

Título Quinto

De las vendidas et de las compras

Ley II

Quién puede facer véndida et á quién

Aquellos homes decimos que pueden comprar et vender que son atales que se pueden obligar (1) cada uno dellos el uno al otro, et por ende lo que vendiese el padre al fijo que tiene en su poder, ó el fijo al padre, non valdrie porque non puede facer obligación entre si; ca como a quier que sean dos personas segunt natura, segunt derecho son contados como por uno (2). Mas si el fijo hobiese ganado alguna cosa de aquellas ganancias que son llamadas castrense vel quasi castrense, segunt dixiemos en el titulo que fabla del poder que han los padres sobre sus fijos, de tales cosas como estas bien podrie facer vendida á su padre.

Ley XI

De qué cosas puede seer fecha la véndida

Comprar et vender pueden los homes también de las cosas que non son (1) nin parescen, como de las cosas que son et que se pueden, mostrar: et esto serie como si un home vendiese á otro el fruto de alguna sierva que estodiese preñada, ó de alguna bestia, ó de alguna viña ó tierra, ó de otra cosa semejante destas; ca como quier que la cosa non parece aun quando la venden, con todo eso vale la véndida, pues que señalan aquella cosa onde debe salir el fruto (2) sobre que se face la véndida; pero si aquella cosa sobre que es fecha la compra non diese (3) fruto ninguno (4) de si, entonce non serie tenudo el comprador de dar el prescío, fueras ende si la hobiese comprada á su ventura (5). Otrosi decimos que podrie home comprar la cosa que non fuese aun cierta; et esto serie como si á algunt home que pescase ó cazase dixiese otro alguno, darte he tanto prescio por la primera cosa que pescare (6) ó cazares; ca si el otro gelo otorga, como quier que non sabe que es aquello que vende, valdrá la véndida. Otrosi decimos que si el comprador dixiese que querie atender á su ventura, si sacare alguna cosa el pescador de la primera vez, ó

El Código Civil de 1852 contemplaba la distinción de las cosas en su Libro Segundo, De las cosas, Del modo de adquirirlas, y De los derechos que las personas tienen sobre ellas, Sección Primera, De las cosas, Título Primero. Concretamente, lo hace en sus artículos 454 y siguientes.

---

si prisiese ó matase el cazador alguna cosa fasta hora cierta del día ó en todo el dia, entonce maguer non prenda ninguna cosa, tenudo es el comprador de darle el prescio quel prometió.

Ley XII

Cómo vale ó non la véndida que es fecha de fruto de sierva, ó de yegua ó de otra semejante

Engañosamiente queriendo vender un home ó otro el fruto de alguna sierva, ó de yegua ó de otra cosa semejante, deciendo que era preñada, sabiendo él que era mañera, vale la véndida, como quier que es fecha con engaño. Pero el vendedor tenudo es de dar al comprador la estimacion que podrie valer el fruto de la sierva ó de la yegua, et de refacerle todos los daños quel vinieren por esta razón. Eso mesmo decimos que serie sil vendiese fruto de alguna viña, ó de algunos árboles ó de otra cosa semejante, sabiendo que non llevaba fruto, ó faciendo maliciosamente algunt engaño porque non lo llevase, ca tenudo es de darle la estimacion de los frutos con los daños quel venieron ende porque non los hobo.

Ley XIII

Cómo puede home vender el derecho que espera heredar en los bienes de otri

Esperanza (1) han los homes á las vegadas de heredar los unos los bienes de los otros; et esta esperanza puede seer en dos maneras: la una es quando alguno ha fiuza de heredar los biens de algunt su pariente, seyendo tan propinco que haya derecho de heredarle si acaesciere que muera sin testamento: la otra es quando ha fiuza quel establescerá alguno por su heredero. Et porque hi ha algunos homes que quieren vender tal esperanza como esta sobredicha ó derecho que atienden haber, decimos que lo non pueden facer si non nombraren (2) las personas de aquellos que han fiuza de heredar, fueras ende si fecieren la véndida con otorgamiento et con placer dellos mesmos (3), et que duren todavia en comun de algunt concejo, non se pueden vender nin enagenar. Et como quier que dixiemos desuso que la cosa sagrada, ó religiosa ó santa que non se puede vender, razon hi ha en que se podria facer véndida dellas: et esto serie como si alguna aldea (4) ó otro logar vendiesen con todas sus pertenencias (5), ca maguer que la eglesia que fuese en aquella aldea, nin las cosas della non se podrien vender por si apartadamiente, con todo esto pasan con las otras cosas et vale la véndida, asi como dixiemos en la primera Partida deste libro en el titulo (6) que fabla de las cosas de la eglesia quáles se pueden enagenar et quáles non.

Ley XVI

De cómo marmol, ó pila, ó piedra, ó perla ó otra cosa qualquier que sea asentada en la casa non se debe arrancar para venderla

Marmol, ó otra piedra, ó madera ó otra cosa qualquier que estodiese fincada (1) en alguna casa por pro ó por apostura della, non la deben ende tirar para vender, et si alguno la vendiese non debe valer la vendida. Pero si alguno feciese contra esto vendiendo tal cosa, si aquella que asi vendiese pasare á poder (2) del comprador, debe fincar con él, mas tenudo es este que la compró de dar el prescio por que la habie comprada, á la corte del rey, con otro tanto de lo suyo; et si el prescio hobiese dado al vendedor debegelo tornar (3), et el que la vendió debel otrosi pechar otro tanto (4) de lo suyo quanto era el prescio por que vendió la cosa, otrosi decimos que ningunt home non puede vender su siervo que se le fuyese en quanto andodierefoido (5).

Ley XVII

Cómo ningunt home non debe vender pozon nin yerbas con que podiesen á otro matar

Pozon (1), ó yerbas, ó venino ó otra cosa mala de aquellas con que podiesen home matar comiéndola ó bebiéndola, non las debe ninguno vender nin comprar. Pero especias hi ha algunas que han en si partes de venino que las puede vender et comprar, asi como la escamonia ó otras semejantes della, que maguer

sean de tal natura, usan los homes dellas en las melecinas, porque aquella maldat que han en si puédengela facer perder mezclándolas (2) con otras cosas.

Ley XVIII

Cómo non vale la compra que home face de lo suyo mesmo

La su cosa (1) mesma ningunt home non la puede comprar, et si por aventura la comprase non lo sabiendo, debe cobrar lo que dió por ella: esto se entiende quando la cosa es toda suya, mas si otro alguno hobiese parte en ella, valdrie la vendida en tanta parte quanto es aquello que es ageno et non en lo suyo; pero si un home toviese en su poder et en su tenencia alguna cosa que fuese dotro, aquel que la propiedat et cuya es la cosa, bien podrie comprar la tenencia que el otro habie en ella, et valdrie tal véndida. Eso mesmo decimos que serie si un home que fuese tenedor de alguna cosa comprase de otro algunt derecho ó servidumbre que hobiese en aquella cosa mesma de quqél era tenedor, que valdrie otrosi tal vendida.

Ley XIX

Cómo se puede vender la cosa agena

Agena cosa vendiendo un home á otro valdrie la véndida (1); pero aquel que tal compra face (2), ó sabe que aquella cosa que asi compra que non es de aquel que gela vende, ó cree que es suya; et si sabe que es agena maguer gela torne despues perjuicio á aquel cuya es, non es tenudo el vendedor de tornarle el prescio (3), fueras ende si quando gela vendió se obligó (4) que la tornase, si aquel cuya era aquella cosa la demandase et la cobrase: mas si non sopiese el comprador que la cosa era agena quando la compró, entonces (5) non serie el vendedor tenudo tan solamente de pecharle el prescio, mas todos los daños et los menoscabos quel veniesen por razón de aquella véndida quel fizo.

Ley XXII

Cómo non deben vender armas de fuste nin de fierro á los enemigos de la fe

Arma (1) ninguna de fuste nin de fierro non deben vender ni emprestar los cristianos á los moros nin á los otros enemigos de la fe. Otrosi defendemos que ninguno de nuestro señorio non les lieve (2) á la su tierra mientre guerrearen con nusco trigo (3), nin centeno, nin cebada, nin vino, nin olio nin ningunas de las otras viandas con que se podiesen amparar, nin gelo vendan nin gelo den en nuestro señorio para llevarlo á su tierra. Pero tenemos por bien que á los que venieren á nuestra corte en mensageria ó á pleyto, que les vendan la vianda(4) que hobieren meester para comer ó para beber mientre que hi moraren. Et si alguno contra esto feciere, mandamos que pierda por ende todo lo que hobiere, et que esté su cuerpo á mercet del rey; ca dar armas á los enemigos de la fe, ó facerles otra ayuda con que se puedan amparar, es como manera de traycion (5).

Ley XXXIII

Si la cosa agena fuere vendida, quel dueño della la puede demandar á aquel en cuyo poder la falla

Cosa agena vendiendo un home á otro, aquel cuya fue puédela de mandar al comprador á quien la falla; pero si el comprador dixese á aquel que gela vendió que venga á defenderle (1) en juicio aquella cosa quel vendió, et á responder sobre ella al que la demanda, si el vendedor quiere (2) entrar con el demandador en juicio para ampararla, obligándose á facer derecho sobrella, bien asi como si la él toviese, entonce el demandador non ha razon de la demandar al comprador, ante decimos que la debe demandar á aquel que gela vendió, et dexar estar en paz al que la compró (3). Et si el vendedor non quisiere entrar en juicio con el demandador sobre la cosa, entonce puéde la demandar al comprador: pero en salvo finca su derecho al comprador (4) de afincar por juicio al vendedor que le faga sana (5) la cosa quel vendió.

Ley LIII

De la vendida que face el rey de las cosas

Vendiendo ó dando (1) el rey (2) cosa agena (3) como suya (4), pasa el señoro (5) da (6); pero aquel á quien la tomase puédele pedir quel dé la estimación de aquella cosa fasta quatro años, et el rey debegela

El artículo 454, las distingue en corporales, que son las que percibimos con los sentidos, e incorporales.

Estas últimas son definidas por exclusión de las corporales, señalando que «las demás son incorporales, como los derechos y acciones».

Posteriormente, en su artículo 455 hace una segunda clasificación; pero esta vez se refiere sólo a las cosas corporales. A éstas las subdivide en dos categorías: muebles, siendo éstas las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro; e inmuebles, las mismas que son definidas por exclusión, cuando se señala que «las demás son inmuebles».

Pero a la vez hace, entre los artículos 455 y 456, una enumeración de aquellas cosas, que además de las comprendidas en la mencionada clasificación, pertenecen a una u otra categoría, o precisa algunas de las ya comprendidas en dicha clasificación. Es así como en el artículo 455 señala que «las semovientes (ganado) se comprenden en los muebles» y el artículo 456 hace una enumeración de aquéllas que considera como inmuebles.

El Código Civil de 1852 tiene, en su artículo 457, una norma de singular importancia, ya que podría entenderse que estaría efectuando una tercera clasificación un tanto *sui generis*.

Veamos el texto:

> Artículo 457.- «Bajo la denominación simple de muebles, sin oposición a inmuebles, se comprende el menaje de una casa, pero no el dinero, alhajas, créditos, libros, ropa y demás objetos que no están destinados al adorno y comodidad de ella».

---

pagar et si fasta quatro años non pidiese la estimación, dende en adelante non podrie. Otrosi decimos que si el rey hobiese alguna cosa comunalmiente con otros, que la puede vender (7) toda ó dar (8) por razon de aquella parte que ha en ella, et pasa el señorio de aquella cosa al que la vende ó al que la da; mas con todo eso debe dar (9) la estimación á cada uno de los otros segunt las partes que habien en aquella cosa.

Ley LIV

De la véndida que es fecha de cosa agena en nombre del señor della, como debe valer

Si un home vendiese á otro cosa agena en nombre de aquel que hobiese el señorio della, si aquel cuya es la cosa ha por firme (1) la véndida despues que es fecha, vale et pasa el señorio de la cosa á aquel que la compró, maguer de comienzo non ficiese este atal la véndida con otorgamiento nin con sabidoria de aquel cuya era la cosa. Mas si non la vendiese en nombre del señor della, mas en el suyo mesmo, si aquel que la compró sabe que non es la cosa de aquel que gela vende, entonce non pasarie á él el señorio della, nin la puede ganar por tiempo (2), ante decimos que aquel cuya es, que la puede demandar et la debe cobrar en todas guisas. Pero si este comprador atal hobo buena fe quando compró la cosa non sabiendo que era agena, mas cuidando que era de aquel que gela vendió, entonce puede ganar por tiempo el señorio della, et es tenudo el vendedor en todas guisas (3) de tornar el prescio á aquel cuya era la cosa. Otrosi decimos que vendiendo un hombre alguna cosa agena como suya, si despues que la véndida es fecha se pierde la cosa ó se muere (4), puede si quisiere el señor de la cosa haber la véndida por firme, et demandar (5) el prescio (6) della al vendedor, quier fuese fecha la véndida en nombre del señor ó non.

Pareciera que con esta redacción se quisiese establecer que los bienes comprendidos en el menaje de una casa son muebles, «pero esto no quiere decir que por ello no sean inmuebles». Al decir «bajo la denominación simple de muebles», pareciera que se les está denominando así por hacerlo de algún modo, pero que no por llamárseles muebles, sean de la misma categoría que ellos los bienes muebles de que tratan los artículos 455 y 456 del propio Código.

También se incluye dentro de esta «nueva» categoría de «muebles» a aquellos objetos que están destinados al adorno y comodidad de una casa. Y respecto del dinero, alhajas, créditos, libros, y demás objetos que no están destinados al adorno y comodidad de la casa, podemos deducir que no forman parte de esta nueva clasificación de «bienes muebles, sin oposición a los inmuebles». Pero además, por integración con la regla general del artículo 455 que establece que «son cosas muebles las que pueden ser llevadas de un lugar a otro», podríamos encuadrar a las seis categorías nombradas al inicio de este punto (dinero, alhajas, etc.) dentro de la categoría de «bienes muebles con oposición a los inmuebles».

Sin embargo, tan alambicada redacción, en criterio de la mayoría de sus intérpretes debía entenderse simplemente como que el dinero, las alhajas, los créditos, los libros, la ropa y demás objetos que no están destinados al adorno y comodidad de la casa, no están comprendidos dentro de lo que se denomina «menaje» de la misma. Pero aun así subsistiría el problema de interpretar si con la expresión «sin oposición a los inmuebles» se creó una nueva clasificación de éstos o era —simplemente— una frase de infeliz redacción.

Este problema se solucionó favorablemente en el Código Civil de 1936 con la redacción de su artículo 820.

Pero, además, el Código Civil de 1852 hacía —en su artículo 458— una cuarta división de los bienes entre fungibles y no fungibles.

Establece que «son fungibles las cosas que no se consumen con el uso». Respecto de este punto, M.A. Fuentes y M.A. de la Lama[22] anotan que «parece más exacta la definición que dan casi todos los tratadistas: las cosas que se consumen con el primer uso».

Sin duda, el criterio del Código de 1852 era errado, ya que confundía el concepto de bienes consumibles con el de fungibles; estos últimos entendidos como aquéllos en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse los unos por los otros de la misma calidad y en igual cantidad.

[22] Fuentes, M.A. y M.A. de la Lama. *Código Civil Peruano de 1852*. Lima: Imprenta del Estado, 1870, p. 99.

No fungibles —para el cuerpo legal bajo comentario— son «las (cosas) que no se consumen, aunque se deterioren con el uso».

Por último, este Código Civil establecía una quinta división para las cosas en: públicas, es decir, las que «pertenecen a una nación, y cuyo uso es de todos»; comunes, «las que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida»; las de particulares, «que pertenecen a una o más personas consideradas individualmente»; las destinadas al culto, es decir, «las que sirven para el ejercicio de la religión del Estado (la católica, apostólica y romana, de acuerdo al artículo 4 de la entonces vigente Constitución del año 1839)»; y las de ninguno, que son «las que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes» (éstas podían hacerse de propiedad de los particulares, por el procedimiento establecido en los artículos 1387 y siguientes del entonces vigente Código de Enjuiciamientos Civiles del año 1852).

Por su parte, el Código Civil de 1936 hace, a su vez, una detallada clasificación de los bienes en su libro cuarto, De los derechos reales, Sección Primera, De los bienes, Títulos I y II, De las varias clases de bienes y De los bienes del estado y de los particulares.

Una primera clasificación es la de inmuebles y muebles.

Los inmuebles están enumerados, mas no definidos, en el artículo 812.

Los bienes muebles se encuentran enumerados en el artículo 819, y podría considerarse que una definición genérica de los mismos es la contenida en el inciso 1 de dicho artículo. Como hicimos referencia al estudiar los bienes en el Código Civil de 1852, el numeral 820 soluciona el problema que plantea este cuerpo normativo en su artículo 457, al tocar lo referente a los bienes integrantes del menaje de una casa.

El artículo 820 tiene una clara redacción, pero no integran dicho menaje, sino aquellos bienes que están excluidos del mismo.

Una segunda clasificación es la que hace entre principales y accesorios.

Los accesorios se definen en el artículo 815, como todo lo que está aplicado permanentemente al fin económico del predio y se halla en una relación que responda a ese fin.

Además comprende en el artículo 816 como accesorios a «los árboles plantados, las semillas sembradas y los frutos mientras no están percibidos».

Por último, señala en su artículo 817, que los bienes accesorios, al igual que las partes integrantes de un bien, «siguen la condición de éste, salvo los casos en que la ley o el contrato permiten su diferenciación».

El Código no define expresamente a los bienes principales pero sin embargo, creemos que podríamos definirlos por exclusión, del artículo 815, es decir como aquellos bienes que no están aplicados permanentemente a los fines económicos de un predio y que no se hallen en una relación que responda a ese fin.

Una tercera clasificación es la que se hace entre los bienes de propiedad privada y los del Estado. Los bienes de propiedad privada son definidos en el artículo 821 como aquéllos «de los particulares que tienen título reconocido por la ley»; en tanto que los bienes del Estado son los que se enumeran en el artículo 822.

Antes de analizar el tratamiento legislativo que se ha dado a los bienes en el Código Civil de 1984, creemos necesario hacer una rápida síntesis del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, de Jorge Avendaño Valdez, de 1980; de la Ponencia ante la Comisión Reformadora, de Lucrecia Maisch von Humbolt de Portocarrero, del 16 de enero de 1981; y del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984.[23]

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, de Jorge Avendaño Valdez, de 1980 planteaba en el artículo 2 una doble clasificación: una forzosa, entre registrados y no registrados y otra adicional, entre muebles e inmuebles, que pareciera no tener el carácter de forzosa, dada la redacción del artículo bajo comentario, que transcribimos a continuación:

> Artículo 2.- «Los bienes se clasifican en registrados y no registrados; también pueden ser muebles e inmuebles».

Veamos detenidamente esta clasificación:

En primer término, y de acuerdo al Registro, se encontraban los bienes registrados, definidos como «aquéllos que están incorporados a alguno de los Registros existentes en el país. Se rigen por lo dispuesto en el Código y en su propia legislación» (artículo 3); y los bienes no registrados, los mismos que no estaban definidos expresamente, pero podríamos hacerlo por exclusión del artículo 3, señalando que son «los no incorporados a alguno de los Registros existentes en el país».

En esta primera clasificación de Avendaño, encontramos un serio problema interpretativo. Ha dividido los bienes en registrados y no registrados, y establece, adicionalmente, que son registrados los incorporados a alguno de los Registros existentes en el país, «vale decir, los que están inscritos»; de lo que se deducía que los no registrados son los que no están inscritos. Si esto fuese así, sería algo incongruente, ya que se estaría atribuyendo a un bien el cambiar de calidad o de características, haciéndolo variar de una clasificación a otra por el solo hecho de inscribirse en el Registro correspondiente. En todo caso, si se quiso optar por la clasificación respecto del registro debió dividírseles en «registrables y no registrables», entendidos como

[23] Maisch von Humboldt de Portocarrero, Lucrecia. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo I, pp. 856 y ss.

aquéllos que son susceptibles de ser registrados en uno de los Registros «legalmente existentes» y aquéllos que no son susceptibles de inscripción, respectivamente.[24]

La segunda clasificación de Avendaño, dividía a los bienes en muebles e inmuebles.

A los muebles, Avendaño los clasifica como «los trasladables de un lugar a otro» (artículo 4).

Los inmuebles son «los predios y todo lo que se adhiere permanente o económicamente a ellos en una relación que responda a su fin» (artículo 4).

Por su parte, la Ponencia ante la Comisión Reformadora de Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, del 16 de enero de 1981, hace una primera clasificación de los bienes en inmuebles y muebles.

Los inmuebles estaban contenidos en el artículo 33 y eran definidos del siguiente modo: «son inmuebles por afectación legal los bienes que por disposición de este Código o por cualquier ley específica adquieran tal carácter». Además, posteriormente realizaba una enumeración taxativa de los mismos.

Los bienes muebles estaban contenidos en el artículo 36 y eran definidos del siguiente modo: «son bienes muebles por afectación legal los que por disposición de este Código o por cualquier otra ley específica adquieran tal carácter».

A continuación, al igual que en el caso del artículo relativo a los bienes inmuebles, se establece una enumeración de ellos.

El problema que observamos en estos dos artículos de la Ponencia de Maisch, estriba en que no define qué son bienes muebles y qué son bienes inmuebles; simplemente señala —en otras palabras— que son los que el Código u otra ley específica les den el carácter de tales, haciendo con posterioridad enumeraciones de los mismos. Este método nos parece por demás inconveniente, ya que en un mundo con tantos y tan rápidos avances científicos y tecnológicos, en que los descubrimientos e inventos están a la orden del día, no se puede cerrar la enumeración de la clasificación de los bienes, ni mucho menos esperar a la promulgación de una norma legal para que el bien recién descubierto o inventado se incorpore a cualquiera de estas dos categorías.

De otro lado, cabe recordar que el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, clasifica a los bienes en dos categorías. Una primera los divide en muebles e inmuebles.

Inmuebles son los enumerados en el artículo 886; en tanto que muebles son los especificados en el artículo 887.

---

[24] Sobre este particular remitimos al lector a dos trabajos nuestros: «Doce razones para pensarlo bien (a propósito de la antigua y muy reiterada aspiración de que la propiedad mueble se transfiera con el registro)». En Castillo Freyre. Mario. *Cuatro temas de hoy*. Lima: Derecho y Sociedad. Asociación Civil, 2005, pp. 65-89; y con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *La transferencia de la propiedad inmueble y la seguridad jurídica*. Lima: Palestra Editores, Estudio Mario Castillo Freyre y Colegio de Notarios de Lima, 2007.

La segunda los distingue en principales y accesorios, encontrándose contemplados en el artículo 889.

Para esta segunda clasificación son aplicables los argumentos que veremos más adelante al comentar el artículo 888 del Código Civil de 1984, ya que los textos del artículo 889 del Proyecto y del mencionado artículo 888 del Código son idénticos.

El Código Civil de 1984 contiene dos clasificaciones respecto de los bienes.

Una primera los divide en muebles e inmuebles.

Los inmuebles no son definidos, pero se enumeran en el artículo 885.

Aquí debemos anotar como un inconveniente, la ya aludida falta de definición y además el que la enumeración sea taxativa y que no deje abierta la posibilidad de incluir a nuevos bienes allí no mencionados, sujetándose así tal inclusión a posterior normatividad legal específica.

Los bienes muebles tampoco son definidos. Se enumeran en el artículo 886.

Al artículo 886 no podríamos hacerle similar crítica que la efectuada al 885, ya que con la redacción de sus incisos 9 y 10 se deja abierta la posibilidad de incluir a los bienes no contenidos en la enumeración. Tiene con ello la ventaja de no requerir la existencia de una ley específica que les reconozca tal carácter.

Pero debemos anotar que la redacción del último inciso del artículo 886, podría traer serios inconvenientes respecto de bienes que por su naturaleza sean inmuebles, pero a los cuales ninguna norma legal les haya reconocido tal carácter, por lo que, al no estar comprendidos en ninguno de los supuestos del artículo 885, vendrían a estarlo dentro del inciso 10 del artículo 886 y serían calificados como muebles, contrariando su propia naturaleza.

Compartimos la crítica formulada por Maisch von Humboldt al Código Civil de 1984, cuando se refiere a la no inclusión en éste de los artículos 821, 822 y 823 del Código Civil de 1936 que legislaban sobre los bienes del Estado y de los particulares, tema tratado por gran cantidad de Códigos Civiles en el mundo.[25]

La segunda clasificación que hace el Código Civil de 1984 respecto de los bienes es aquélla que los divide en principales y accesorios:

Los accesorios son definidos en el artículo 888 como aquellos «bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto de otro […]».

En tanto que los bienes principales no son definidos en el Código, pero lo podríamos hacer por exclusión de los accesorios.[26]

---

[25] Maisch von Humboldt de Portocarrero, Lucrecia. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo V, p. 156.

[26] Consideramos de interés ilustrar al lector acerca de las normas en las que el Código Civil Peruano de 1984 trata acerca de la expresión «bien» o «bienes». Los artículos respectivos son los siguientes: artículo

47, artículo 49, artículo 50, artículo 51, artículo 52, artículo 54, artículo 56, artículo 57, artículo 69, artículo 82, artículo 99, artículo 101, artículo 104, artículo 109, artículo 125, artículo 128, artículo 129, artículo 139, artículo 156, artículo 167, artículo 181, artículo 188, artículo 195, artículo 199, artículo 215, artículo 243, artículo 299, artículo 301, artículo 302, artículo 303, artículo 305, artículo 306, artículo 307, artículo 308, artículo 309, artículo 310, artículo 311, artículo 312, artículo 313, artículo 314, artículo 315, artículo 316, artículo 317, artículo 319, artículo 320, artículo 321, artículo 322, artículo 323, artículo 325, artículo 326, artículo 327, artículo 328, artículo 350, artículo 352, artículo 384, artículo 418, artículo 421, artículo 423, artículo 425, artículo 426, artículo 431, artículo 433, artículo 435, artículo 436, artículo 441, artículo 442, artículo 444, artículo 445, artículo 446, artículo 447, artículo 448, artículo 449, artículo 457, artículo 468, artículo 490, artículo 491, artículo 492, artículo 493, artículo 499, artículo 502, artículo 514, artículo 520, artículo 526, artículo 529, artículo 531, artículo 538, artículo 539, artículo 556, artículo 565, artículo 577, artículo 584, artículo 585, artículo 592, artículo 596, artículo 597, artículo 598, artículo 599, artículo 601, artículo 602, artículo 603, artículo 606, artículo 607, artículo 608, artículo 615, artículo 616, artículo 617, artículo 624, artículo 629, artículo 647, artículo 660, artículo 661, artículo 662, artículo 664, artículo 665, artículo 666, artículo 670, artículo 671, artículo 674, artículo 680, artículo 686, artículo 725, artículo 726, artículo 727, artículo 730, artículo 731, artículo 732, artículo 735, artículo 738, artículo 739, artículo 755, artículo 756, artículo 757, artículo 758, artículo 759, artículo 760, artículo 761, artículo 764, artículo 769, artículo 771, artículo 772, artículo 774, artículo 775, artículo 787, artículo 790, artículo 791, artículo 815, artículo 830, artículo 833, artículo 834, artículo 836, artículo 840, artículo 844, artículo 850, artículo 853, artículo 855, artículo 857, artículo 858, artículo 859, artículo 860, artículo 861, artículo 864, artículo 866, artículo 879, artículo 885, artículo 886, artículo 887, artículo 888, artículo 889, artículo 890, artículo 891, artículo0 894, artículo 898, artículo 899, artículo 901, artículo 902, artículo 909, artículo 913, artículo 914, artículo 916, artículo 919, artículo 920, artículo 922, artículo 923, artículo 926, artículo 927, artículo 928, artículo 936, artículo 938, artículo 948, artículo 951, artículo 952, artículo 954, artículo 968, artículo 969, artículo 971, artículo 972, artículo 973, artículo 976, artículo 978, artículo 979, artículo 981, artículo 983, artículo 985, artículo 987, artículo 988, artículo 992, artículo 999, artículo 1001, artículo 1003, artículo 1006, artículo 1008, artículo 1009, artículo 1010, artículo 1014, artículo 1021, artículo 1023, artículo 1024, artículo 1026, artículo 1055, artículo 1056, artículo 1057, artículo 1058, artículo 1059, artículo 1060, artículo 1062, artículo 1065, artículo 1066, artículo 1069, artículo 1070, artículo 1071, artículo 1072, artículo 1074, artículo 1076, artículo 1077, artículo 1078, artículo 1079, artículo 1080, artículo 1090 inciso 4, artículo 1099 inciso 1, artículo 1101, artículo 1102, artículo 1103, artículo 1106, artículo 1109, artículo 1110, artículo 1113, artículo 1117, artículo 1123, artículo 1124, artículo 1125, artículo 1127, artículo 1129, artículo 1130, artículo 1132, artículo 1133, artículo 1134, artículo 1135, artículo 1136, artículo 1137, artículo 1138, artículo 1139, artículo 1140, artículo 1142, artículo 1143, artículo 1146, artículo 1147, artículo 1174, artículo 1211, artículo 1223, artículo 1242, artículo 1247, artículo 1253, artículo 1264, artículo 1266, artículo 1267, artículo 1269, artículo 1270, artículo 1271, artículo 1273, artículo 1290, artículo 1333, artículo 1366, artículo 1394, artículo 1396, artículo 1403, artículo 1404, artículo 1405, artículo 1406, artículo 1409, artículo 1410, artículo 1456, artículo 1484, artículo 1485, artículo 1491, artículo 1492, artículo 1495, artículo 1500, artículo 1501, artículo 1502, artículo 1505, artículo 1506, artículo 1507, artículo 1508, artículo 1509, artículo 1510, artículo 1512, artículo 1513, artículo 1514, artículo 1516, artículo 1517, artículo 1518, artículo 1519, artículo 1520, artículo 1523, artículo 1524, artículo 1527, artículo 1529, artículo 1531, artículo 1532, artículo 1533, artículo 1534, artículo 1535, artículo 1536, artículo 1537, artículo 1538, artículo 1539, artículo 1540, artículo 1542, artículo 1545, artículo 1547, artículo 1549, artículo 1550, artículo 1551, artículo 1552, artículo 1553, artículo 1554, artículo 1557, artículo 1558, artículo 1563, artículo 1564, artículo 1565, artículo 1566, artículo 1567, artículo 1568, artículo 1569, artículo 1570, artículo 1571, artículo 1572, artículo 1573, artículo 1574,

4. Tratamiento de los bienes en la codificación civil contemporánea

4.1. Concepto o definición de bienes

Pocos son los Códigos Civiles que optan por dar una definición acerca de los bienes. En tal sentido, tenemos al siguiente grupo:

Código Civil Chileno (artículo 565), Código Civil Uruguayo (artículo 460), Código Civil Argentino (artículo 2311), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 253), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 596), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 599), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 810), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 202, literal A), Código Civil Colombiano (artículo 653), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1872), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 442), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 285), Código Civil Ecuatoriano (artículo 602), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 324), Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 (artículo 106).

La mayoría de los Códigos consultados opta por omitir una definición al respecto. En tal sentido tenemos a los siguientes Códigos:

---

artículo 1575, artículo 1577, artículo 1578, artículo 1579, artículo 1580, artículo 1582, artículo 1583, artículo 1584, artículo 1585, artículo 1588, artículo 1589, artículo 1590, artículo 1594, artículo 1596, artículo 1598, artículo 1599, artículo 1602, artículo 1604, artículo 1609, artículo 1618, artículo 1621, artículo 1623, artículo 1624, artículo 1625, artículo 1626, artículo 1627, artículo 1629, artículo 1632, artículo 1633, artículo 1635, artículo 1636, artículo 1643, artículo 1648, artículo 1651, artículo 1652, artículo 1654, artículo 1655, artículo 1660, artículo 1661, artículo 1662, artículo 1666, artículo 1667, artículo 1668, artículo 1669, artículo 1670, artículo 1671, artículo 1672, artículo 1673, artículo 1674, artículo 1675, artículo 1678, artículo 1679, artículo 1680, artículo 1681, artículo 1683, artículo 1684, artículo 1685, artículo 1688, artículo 1692, artículo 1697, artículo 1700, artículo 1701, artículo 1704, artículo 1705, artículo 1706, artículo 1708, artículo 1709, artículo 1710, artículo 1711, artículo 1717, artículo 1718, artículo 1721, artículo 1722, artículo 1723, artículo 1724, artículo 1728, artículo 1729, artículo 1731, artículo 1732, artículo 1733, artículo 1734, artículo 1735, artículo 1736, artículo 1737, artículo 1738, artículo 1739, artículo 1740, artículo 1741, artículo 1742, artículo 1743, artículo 1744, artículo 1745, artículo 1746, artículo 1747, artículo 1748, artículo 1749, artículo 1750, artículo 1751, artículo 1752, artículo 1753. artículo 1754, artículo 1794, artículo 1798, artículo 1799, artículo 1810, artículo 1813, artículo 1814, artículo 1819, artículo 1820, artículo 1821, artículo 1823, artículo 1824, artículo 1825, artículo 1826, artículo 1829, artículo 1830, artículo 1831, artículo 1832, artículo 1833, artículo 1834, artículo 1835, artículo 1836, artículo 1837, artículo 1838, artículo 1840, artículo 1841, artículo 1842, artículo 1843, artículo 1844, artículo 1846, artículo 1847, artículo 1850, artículo 1851, artículo 1852, artículo 1857, artículo 1859, artículo 1861, artículo 1863, artículo 1864, artículo 1866, artículo 1876, artículo 1879, artículo 1880, artículo 1882, artículo 1884, artículo 1900, artículo 1923, artículo 1935, artículo 1937, artículo 1938, artículo 1939, artículo 1950, artículo 1952, artículo 1970, artículo 1971, artículo 1994 inciso 6, artículo 2008 inciso 7, artículo 2042, artículo 2043, artículo 2044, artículo 2058, artículo 2059, artículo 2061, artículo 2069, artículo 2071, artículo 2078, artículo 2080, artículo 2082, artículo 2088, artículo 2089, artículo 2090, artículo 2091, artículo 2100, artículo 2101, artículo 2105.

Código Civil Francés, Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Español, Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Suizo, Código Civil Brasileño de 1916, Segundo Anteproyecto de Código Civil Peruano de 1926, Código Civil Chino de 1930, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Mexicano de 1927, Proyecto de Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Peruano de 1984, Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil Belga, Código Civil Cubano de 1988.

El Código Civil Chileno, en su artículo 565 establece que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, siendo corporales las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, e incorporales las que consisten en meros derechos.

El Código Civil Uruguayo, para definir qué son los bienes, establece que dentro de este concepto se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad. Además señala que éstos pueden ser corporales o incorporales. Equipara el concepto de bienes al de cosas.

El Código Civil Argentino prescribe, en su artículo 2311, que se llaman cosas a los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En el artículo 2312 señala que bajo el concepto de bienes se comprenden a las cosas y a los objetos inmateriales susceptibles de valor.

El Código Civil Colombiano, seguidor del chileno y de su antecesor, el Proyecto del ilustre venezolano Don Andrés Bello, recoge en su artículo 653, textualmente los conceptos del artículo 565 de aquél.

El Código Civil Venezolano de 1880, si bien no contiene una definición expresa de lo que se entiende por bienes, deja entrever, dada la redacción de su artículo 437 que se consideran bienes a las cosas susceptibles de ser objeto de propiedad pública o privada.

El Código Civil Ecuatoriano, en la misma línea de los Códigos Chileno y Colombiano, contempla en su artículo 602 la definición de bienes ya comentada y contenida en estos dos últimos cuerpos legales.

El Código Civil Costarricense de 1888, considera que los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles e inmuebles, corporales e incorporales.

El Código Civil Español establece que se considera como bienes todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (artículo 333).

El Código Civil Nicaragüense de 1903 entiende por bienes a las cosas en cuanto procuran o sirven para procurar beneficios a las personas que tienen derechos que ejercitar sobre las mismas (artículo 596).

El Código Civil Hondureño de 1906, en su artículo 599, opta por idéntica definición que la otorgada por los Códigos Chileno, Colombiano y Ecuatoriano.

El Código Civil Panameño de 1917 establece que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes (artículo 324).

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, en su artículo 106, establece que se entiende por bienes a los objetos materiales o inmateriales susceptibles de valor. También establece que a los primeros se les llama cosas.

El Código Civil Venezolano de 1942 prescribe que las cosas que puedan ser objeto de propiedad pública o privada son bienes (artículo 525).

El Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 810, establece que son bienes las cosas que pueden constituir objetos de derechos.

El Código Civil Portugués de 1967 llama cosa a todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas (artículo 202, inciso 1).

El Código Civil Guatemalteco de 1973 entiende por bienes a las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (artículo 442).

El Código Civil Boliviano de 1976, comprende por bienes a las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objetos de derechos (artículo 74, inciso 1).

El Código Civil Paraguayo de 1987, en su artículo 1872, considera que las cosas son los objetos corporales susceptibles de tener un valor.

En lo que se refiere a una primera distinción de los bienes, que pueda considerarse fundamental, los Códigos Civiles consultados optan por asumir los siguientes criterios:

El Código Civil Francés y el Código Civil Belga, en su artículo 516, establecen que todos los bienes son muebles o inmuebles.

El Código Civil Austríaco de 1811 establece en su artículo 291 que las cosas se dividen, de acuerdo a su naturaleza, en corporales e incorporales, muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles y apreciables e inapreciables.

El Código Civil Boliviano de 1831 establece, en su artículo 266, que todos los bienes son muebles e inmuebles.

El Código Civil Peruano de 1852 señala, en su artículo 454, que las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorporales.

El Código Civil Chileno establece, en su artículo 565, que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales.

El Código Civil Italiano de 1865, en su artículo 406, establece que todas las cosas son bienes muebles e inmuebles.

El Código Civil Uruguayo establece, en su artículo 460, segundo párrafo, que los bienes son corporales e incorporales.

El Código Civil Colombiano establece la misma clasificación que el Código Civil Chileno (artículo 653).

El Código Civil Venezolano de 1880 prescribe, en su artículo 437, que las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles.

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 602, establece la misma clasificación que los Códigos Chileno y Colombiano.

El Código Civil Costarricense de 1888 establece que los bienes jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales (artículo 253).

El Código Civil Español, en su artículo 333, los clasifica en muebles e inmuebles.

El Código Civil Nicaragüense de 1903, en su artículo 597, establece que los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles.

El Código Civil Hondureño de 1906, señala que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales.

El Código Civil Panameño de 1917 divide a los bienes en muebles e inmuebles (artículo 324).

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 establece como primera clasificación de los bienes, la de materiales e inmateriales (artículo 106).

El Código Civil Venezolano de 1942 establece, en su artículo 525, una primera división de los bienes en muebles e inmuebles.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, prescribe que las cosas se dividen por su naturaleza en inmuebles, muebles y semovientes (artículo 342).

El Código Civil Portugués de 1967 clasifica a las cosas en inmuebles o muebles, simples o compuestas, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles, divisibles o no divisibles, principales o accesorias, presentes o futuras (artículo 203).

El Código Civil Guatemalteco de 1973 considera como primera clasificación de los bienes la de muebles e inmuebles.

El Código Civil Boliviano de 1976 establece, en su artículo 74, inciso 2, que todos los bienes son inmuebles o muebles.

El Proyecto de Código Civil Colombiano contempla como una primera división de las cosas la de materiales e inmateriales (artículo 156).

Cabe señalar, sobre lo antes expuesto, que los Códigos Civiles consultados presentan dos tendencias, al efectuar una primera distinción de los bienes. Así, tenemos a los Códigos de Austria, Perú (1852), Chile, Uruguay, Ecuador, Costa Rica, Honduras y los Proyectos Argentino de 1936 y Colombiano, que los distinguen en corporales e incorporales. De otro lado, distinguiéndolos en muebles e inmuebles, tenemos a

los Códigos Civiles de Francia, Bélgica, Austria, Bolivia (1831), Italia (1865), Venezuela (1880), Costa Rica, España, Nicaragua, Panamá, Venezuela (1942), Portugal, Guatemala y Bolivia (1976). El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, si bien se enmarca dentro de esta última corriente, los divide en inmuebles, muebles y semovientes.

Podemos señalar que tales distinciones preliminares tienen por objeto, en la mayoría de los Códigos que las contienen, efectuar un primer alcance hacia lo que representa el contenido de los bienes, en muchos casos, a falta de una definición de los mismos.

4.2. Distinción de los bienes según su corporeidad

4.2.1. Bienes corporales

El Código Civil Austríaco de 1811, simplemente se limita a distinguir las cosas corporales, dentro de una división de las mismas desde el punto de vista de su naturaleza (artículo 251).

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 455, establece que las cosas corporales, que son lo que percibimos con los sentidos, son muebles o inmuebles.

El Código Civil Chileno da un tratamiento orgánico a las cosas corporales. Luego de efectuar la división de los bienes en corporales e incorporales, en virtud del artículo 565, y señalar que son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, establece en un apartado especial, el tratamiento de las cosas corporales, en los artículos 566 a 575. Además cabe señalar que el Código bajo comentario establece dentro del tratamiento de las cosas corporales, la división de las mismas en muebles e inmuebles. Aunque no se señala expresamente, a nuestro entender lo que busca es distinguir esta clasificación, por naturaleza, como privativa de las cosas corporales, sin perjuicio de una aplicación supletoria de la misma a las incorporales, tal como prescribe el artículo 580, norma que comentaremos en su oportunidad.

El Código Civil Uruguayo sigue, para estos efectos, al Código Civil Chileno, en el sentido en que luego de dividir a los bienes en corporales e incorporales (artículo 460), establece un tratamiento especial para los bienes corporales en la Sección Primera del Capítulo Primero, correspondiente al Título Primero del Libro II, relativo a los bienes y al dominio o propiedad. En los artículos 461 y siguientes trata acerca de los bienes corporales, haciendo —en principio— una división de los mismos en muebles e inmuebles, existiendo también una norma de aplicación supletoria al tratamiento de los bienes incorporales, en lo relativo a los muebles e inmuebles (el artículo 474).

El Código Civil Argentino opta por considerar a los bienes corporales bajo la exclusiva denominación de cosas, estableciendo una división de las mismas en muebles e inmuebles (artículo 2313).

Los Códigos Civiles Colombiano y Ecuatoriano adoptan similar criterio legislativo que su fuente de inspiración, el Código Civil Chileno.

El Código Civil Boliviano de 1976 establece, en su artículo 74, inciso 1, la distinción de las cosas en materiales e inmateriales, correspondiendo la división en inmuebles y muebles para ambas categorías.

El Código Civil Paraguayo de 1987 establece en su artículo 1872, siguiendo al Código Civil Argentino, que se consideran cosas sólo los objetos susceptibles de tener un valor.

El Código Civil Cubano de 1988 establece en su artículo 45.2, que por su objeto, las relaciones jurídicas pueden ser sobre bienes materiales, entre otros. Adicionalmente especifica, en el artículo 46.1, que estas relaciones recaen directamente sobre cosas.

4.2.2. Bienes incorporales

El Código Civil Austríaco de 1811 trata acerca de los bienes incorporales, dentro de una clasificación de los mismos (artículo 251).

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 454, da a entender, por exclusión de las cosas corporales, que las incorporales son aquéllas que no percibimos con los sentidos, como los derechos y acciones.

El Código Civil Chileno otorga un tratamiento orgánico a las cosas incorporales, en sus artículos 576 a 581. Las cosas incorporales son definidas en la primera de las normas citadas como los derechos reales o personales.

El Código Civil Uruguayo establece un tratamiento respecto de las cosas incorporales, siguiendo similar esquema que el Código Civil Chileno, tratando acerca de aquéllas en sus artículos 471 (donde son definidas) a 475.

Adicionalmente, podemos señalar que el Código Civil Argentino, considera a los objetos inmateriales susceptibles de valor, conjuntamente con los objetos materiales susceptibles de valor (cosas), dentro de la denominación de bienes (artículo 2312). No establece alguna otra norma al respecto.

Los Códigos Civiles Colombiano y Ecuatoriano contienen una regulación muy similar a la del Código Civil Chileno respecto de las cosas incorporales, estableciendo en sus artículos 664 y 613, respectivamente, idéntica relación de las mismas.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, establece en el artículo 352, un tratamiento relativo a los derechos, dividiendo a los mismos en reales y personales. Debe entenderse que ésta constituye una clasificación adicional de los bienes dentro de dicho Anteproyecto,

ya que está incluida en el Libro III, Título Primero, Capítulo I, relativo a los bienes y su clasificación.

El Código Civil Boliviano de 1976, en su artículo 74, inciso I, considera a los bienes inmateriales que pueden ser objeto de derechos, como una parte de los bienes.

El Código Civil Paraguayo de 1873, establece que los objetos inmateriales susceptibles de tener valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes, copiando la primera parte del artículo 2312 del Código Civil Argentino.

El Proyecto de Código Civil Colombiano establece en su artículo 156, el reconocimiento de las cosas inmateriales, tales como las producciones de la inteligencia (obras del ingenio, inventos industriales).

De lo relativo a la división de los bienes en corporales e incorporales, parece una constante, tal como fue señalado en páginas anteriores de este trabajo, que se realiza una identificación de las cosas corporales con aquéllas que poseen materialidad. Tal vez los Códigos Civiles más claros en tal sentido, son el Peruano de 1852, el Chileno, el Uruguayo, el Argentino, el Colombiano, el Ecuatoriano, el Boliviano de 1976 y el Paraguayo de 1987, al señalar expresamente que las cosas corporales son aquéllas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos.

Si bien, por una serie de consideraciones ésta no es privativa de las cosas corporales, los Códigos Civiles Austríaco, Peruano de 1852, Chileno, Uruguayo, Argentino, Colombiano y Ecuatoriano, tratan acerca de las cosas muebles e inmuebles, dentro de una clasificación de las cosas corporales. Pero como veremos más adelante, dicho criterio clasificatorio también puede extenderse a los bienes incorporales.

Si bien la mayoría de Códigos consultados, no contiene una definición acerca de los bienes incorporales, sí existe un grupo de Códigos que comprenden expresamente dentro de éstos, a los derechos reales y personales. Se trata de los Códigos Civiles de Chile, Uruguay, Colombia, Ecuador y el Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943.

4.3. Distinción de los bienes según su movilidad

4.3.1. Bienes inmuebles

El Código Civil Francés y el Código Civil Belga regulan en sus artículos 517 a 526 el tratamiento relativo a los bienes inmuebles, estableciendo, en la primera de las normas citadas, una división de los mismos de acuerdo a su naturaleza, su destino o por el objeto al cual se aplican. Es así como en los artículos 518 a 523 se trata acerca de los bienes inmuebles por naturaleza; en los artículos 524 y 525, de los inmuebles

por el objeto al cual se refieren; y en el artículo 526, de los inmuebles por el objeto al cual se aplican.

El Código Civil Austríaco de 1811 trata acerca de los inmuebles en el artículo 293, en el cual se establece por negación de los muebles, que serán aquéllos que no pueden ser trasladados de un lugar a otro.

El Código Civil Boliviano de 1831 establece, en su artículo 267, que los bienes son inmuebles o por su naturaleza, o por su uso, o por el objeto a que se aplican. Su regulación continúa en los artículos 268 a 275.

El Código Civil Peruano de 1852 regula a las cosas inmuebles en los artículos 455 y 456. En el artículo 455 las define por oposición a las muebles, como aquéllas que sin alteración no pueden ser llevadas de un lugar a otro. En el artículo 456 hace una enumeración de las mismas.

El Código Civil Chileno establece que los bienes inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que se adhieren permanentemente a ellas como los edificios, los árboles.

Además señala que las casas y heredades se llaman predios o fundos. En el artículo 570 trata acerca de los inmuebles por destino.

Este Código, además, establece en el artículo 580, que los derechos y acciones se reputan inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble es inmueble y la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, también lo es.

El Código Civil Italiano de 1865 trata acerca de los bienes inmuebles en el Capítulo I, del Título I, del Libro II. Estos bienes no son definidos, pero sin embargo en el artículo 407 se establece una distinción de los mismos de acuerdo a su naturaleza, su destino o por el objeto al cual se refieren. Los bienes inmuebles por naturaleza son detallados en los artículos 408 a 412, los inmuebles por destino, en los artículos 413 y 414 y los inmuebles por su objeto, para este Código, comprenden a los derechos especificados en el artículo 415.

El Código Civil Uruguayo considera en su artículo 463, siguiendo al Código Civil Chileno, que los inmuebles o fincas o bienes raíces, son las cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro, como las tierras, las minas y los edificios. En el artículo 465 trata acerca de los bienes inmuebles por destino.

El artículo 474 establece que los derechos y acciones se reputan inmuebles, si la naturaleza de la cosa que es su objeto, también lo es, en similares términos que el artículo 580 del Código Civil Chileno.

El Código Civil Argentino trata acerca de las cosas inmuebles en los artículos 2313 a 2317. En el artículo 2313 establece que las cosas son inmuebles por su naturaleza, por accesión, o por su carácter representativo. El artículo 2314 trata acerca de

los inmuebles por naturaleza, señalando que están dentro de esta categoría las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas. El artículo 2315 señala que son muebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad. El artículo 2317 considera inmuebles por su carácter representativo a los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis.

Los Códigos Civiles Colombiano y Ecuatoriano establecen similar regulación al respecto que el Código Civil Chileno, ya citado.

El Código Civil Venezolano de 1880 trata acerca de los bienes inmuebles en sus artículos 438, 439 y 440, no incluyendo una definición de los mismos.

El Código Civil Español establece una enumeración taxativa de los bienes inmuebles en su artículo 334, sin embargo, no los define.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 plantea una distinción de los bienes inmuebles, de acuerdo a su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo (artículo 598). Este Código considera a los bienes inmuebles por su naturaleza, como las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas. Las cosas inmuebles por accesión están definidas en el artículo 600, que señala que son aquéllas que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión al suelo, con tal que esta adhesión tenga carácter de perpetuidad.

El Código Civil Suizo considera, en su artículo 656, que la propiedad territorial tiene por objeto los muebles, enumerando qué bienes se consideran de tal condición dentro de dicho cuerpo legal.

El Código Civil Brasileño de 1916 regula en sus artículos 43 a 46 el tratamiento relativo a los bienes inmuebles, pudiendo observar nosotros una distinción entre los inmuebles que trata el artículo 43 y aquéllos que trata el artículo 44. Los primeros son inmuebles por naturaleza, accesión o destino; los segundos, sólo lo son para efectos legales.

Este Código no define a los bienes inmuebles.

El Código Civil Panameño de 1917 tampoco los define, limitándose, en su artículo 325, a hacer una enumeración de aquellos bienes que se reputan como tales.

En lo que respecta al Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, el mismo no contiene ninguna norma al respecto, ya que con la abolición de la propiedad privada del suelo desapareció —por ser inútil— la distinción de las cosas en mobiliarias e inmobiliarias.

El Segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, regula en su artículo 1 a los bienes inmuebles; mas no los define, sino que se limita a hacer una enumeración de ellos.

El Código Civil Mexicano de 1927, establece una regulación acerca de los bienes inmuebles, en sus artículos 727 y 728. Éstos no son definidos. En el artículo 727 se realiza una enumeración de los mismos, estableciéndose, además de una serie de cosas materiales que tienen este carácter, que los derechos reales sobre inmuebles también lo son (inciso XII).

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 establece, en sus artículos 107 a 110, una regulación acerca de los bienes inmuebles. Trata sobre los bienes inmuebles por naturaleza en el artículo 107, señalando que son aquéllos que se encuentran por sí mismos inmovilizados. Los inmuebles por accesión están regulados en el artículo 108; los inmuebles por destino, en el artículo 109; y los inmuebles por su carácter representativo, en el artículo 110.

Cabe precisar que para efectos de este Código, son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos en los que constare la adquisición de derechos reales sobre tales cosas, salvo los de hipoteca y anticresis.

El Código Civil Peruano de 1936 establece, en su artículo 812, una enumeración de los que se consideran bienes inmuebles. Éstos no son definidos, pero sin embargo se incluyen en el inciso 8 del mencionado artículo —como inmuebles— a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro de la propiedad.

El Código Civil Venezolano de 1942 regula en sus artículos 526 a 530 a los bienes inmuebles, distinguiéndolos por su naturaleza, por su destinación (destino) y por el objeto al que se refieren. Los inmuebles por su naturaleza son tratados en el artículo 527; los inmuebles por destino, en los artículos 528 y 529 y los inmuebles por el objeto al cual se refieren en el artículo 530.

Cabe precisar que dentro de este último rubro se comprenden a los derechos del propietario y los del enfiteuta sobre los predios sujetos a enfiteusis; las servidumbres prediales y la hipoteca; las acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o a reclamar derechos que se refieran a los mismos.

El Código Civil Italiano de 1942 señala en su artículo 812 que son bienes inmuebles el suelo, los manantiales y las corrientes de agua, los árboles, los edificios y las demás construcciones, aun cuando estén unidas al suelo de modo transitorio, y en general todo lo que natural o artificialmente, está incorporado al suelo.

El artículo 813, señala que salvo que de la ley resulte otra cosa, las disposiciones concernientes a los bienes inmuebles se aplican a los derechos reales que tienen por objeto bienes inmuebles y a las respectivas acciones.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, no define a los bienes inmuebles, sino que efectúa en su artículo 343 una enumeración de aquéllos que se reputan de tal condición, por su naturaleza, por su acción o por su uso.

El Código Civil Portugués de 1967 establece en su artículo 204 cuáles son las cosas inmuebles, mas no las define.

El Código Civil Boliviano de 1976 no define qué son bienes inmuebles, pero sin embargo establece como regla general, en su artículo 75, inciso I, que son bienes inmuebles la tierra y todo lo que está adherido a ella natural o artificialmente.

El Código Civil Peruano de 1984 opta por no definir qué se entiende por inmuebles, pero hace una enumeración de los mismos en su artículo 885. Cabe destacar de dicha norma el hecho de que se incluya dentro de esta enumeración a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro. En realidad se trata de una enumeración taxativa, lo que es ratificado por el inciso 11, cuando señala que son inmuebles los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad; de lo que se deduciría que para que un bien pueda ser considerado como inmueble, tiene, necesariamente, que estar comprendido en la enumeración del artículo 885, o tenerla en virtud de una ley distinta.

El Código Civil Paraguayo de 1987 hace una distinción entre: los inmuebles por naturaleza, los inmuebles por accesión, los inmuebles por destino y los inmuebles por su carácter representativo; los que son detallados en los artículos 1874, 1875, 1876 y 1877, respectivamente.

Cabe señalar que se consideran inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de la hipoteca.

El Proyecto de Código Civil Colombiano, en su artículo 159, establece que son inmuebles las cosas que no pueden transportarse de un sitio a otro, como las tierras, las corrientes de agua, los lagos, las minas.

El Código Civil Cubano de 1988 señala, en su artículo 46.2, que son inmuebles la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización.

4.3.2. Bienes muebles

Los Códigos Civiles Francés y Belga, en el artículo 527, señalan que los bienes muebles lo son por su naturaleza o por la determinación de la ley.

Son bienes muebles, por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro (artículo 528).

El artículo 529 establece que son muebles por determinación de la ley las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles o efectos mobiliarios, las acciones e intereses de las compañías financieras, de comercio o de industria, aunque los inmuebles dependientes de esas empresas pertenezcan a las compañías.

El Código Civil Austríaco de 1811 considera, en su artículo 293, que las cosas que sin daño a las mismas en su sustancia puedan ser trasladadas de un lado a otro son muebles.

Según el Código Civil Boliviano de 1831, los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley (artículo 276). Son bienes muebles por naturaleza los que pueden mudarse de un lugar a otro (artículo 277) y muebles por disposición de la ley, las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles o efectos mobiliarios las acciones o intereses en las compañías agrícolas, comerciales o industriales, aunque a las compañías pertenezcan bienes raíces o inmuebles relativos a las empresas.

El Código Civil Peruano de 1852 considera que son cosas muebles las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro (artículo 455).

El Código Civil Chileno considera que son muebles las cosas que pueden ser llevadas de un lugar a otro (artículo 567); con excepción de las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, de acuerdo al artículo 570.

Según el Código Civil Italiano de 1865, los bienes son muebles por naturaleza o por determinación de la ley (artículo 416).

Son muebles por su naturaleza los cuerpos que puedan transportarse de un lugar a otro (artículo 417); son muebles por determinación de la ley, los derechos, las obligaciones y las acciones —también hipotecarias—que tienen por objeto principal el dinero o los efectos muebles, las acciones o cuotas de participación en las sociedades de comercio o de industria, aunque a las mismas pertenezcan bienes inmuebles. En este último caso, tales acciones o cuotas de participación son reputadas muebles en resguardo de cada uno de los socios, y por el tiempo que dure la sociedad.

El Código Civil Uruguayo, respecto de los bienes muebles, recoge la misma definición que el Código Civil Chileno, en su artículo 567.

El Código Civil Argentino señala en el artículo 2313 que las cosas son muebles por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo. El artículo 2318 define a las cosas muebles como aquéllas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se mueven por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorios a los inmuebles.

El Código Civil Colombiano y el Código Civil Ecuatoriano asumen una definición de los bienes muebles similar a la del artículo 567 del Código Civil Chileno, en sus artículos 655 y 604, respectivamente.

El Código Civil Venezolano de 1880 considera a los bienes muebles por exclusión de los inmuebles, que son detallados en los artículos anteriores (artículo 441). En esta norma, se especifican, además, a los intereses o acciones en las sociedades de comercio o industria, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles.

El Código Civil Español, en su artículo 355, establece que se reputan muebles los bienes susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo que trata acerca de los bienes inmuebles; además de las rentas y pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectadas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble; los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios (artículo 336).

El Código Civil Español prescribe que son muebles las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorios a los inmuebles (artículo 604).

El Código Civil Suizo considera que la propiedad mobiliaria tiene por objeto las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, así como las fuerzas naturales que son susceptibles de apropiación y no están comprendidas en los inmuebles.

El Código Civil Brasileño de 1916 trata acerca de los bienes muebles, en sus artículos 47 a 49, señalando, en el artículo 47, que son aquéllos susceptibles de movimiento propio, o de remoción por fuerza ajena.

El artículo 48 establece que se consideran muebles —para los efectos legales— ciertos derechos ahí especificados.

El Código Civil Panameño de 1917 prescribe que se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo relativo a los bienes inmuebles, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos (artículo 326).

En el artículo 327 se establece que se reputan muebles los derechos y obligaciones; y las acciones que tienen por objeto sumas de dinero o efectos muebles; las acciones y cuotas de participación en compañías mercantiles o civiles, aun cuando las mismas posean inmuebles, y las rentas y pensiones.

El Segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, señala en su artículo 10, que son bienes muebles los que pueden llevarse de un lugar a otro, y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, salvo los comprendidos en los artículos 1, 3 y 5.

Adicionalmente, el artículo 11 establece una enumeración de aquellos bienes que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se consideran muebles.

De acuerdo al Código Civil Mexicano de 1927, los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley (artículo 729). Los bienes muebles por naturaleza son los especificados en el artículo 730, y por determinación de la ley, los señalados en los artículos 731 y 732, relativos a las obligaciones o derechos que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal; y

las acciones que cada socio tiene en las asociaciones y sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 no contiene una definición de bienes muebles, mas trata acerca de los mismos en sus artículos 111 a 113.

El Código Civil Peruano de 1936, enumera en su artículo 819 a los bienes muebles. Cabe precisar que dentro de esta enumeración, en el inciso 6, se incluyen a los derechos referentes a muebles, dinero, servicios e inmuebles, si no son los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812; y las rentas de obligaciones emitidas conforme a ley, salvo lo que se establezca en las leyes de crédito público.

Según el Código Civil Venezolano de 1942, los bienes son muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley.

Son muebles por su naturaleza los que pueden cambiar de lugar, por sí mismos o movidos por una fuerza exterior (artículo 432).

Son muebles por el objeto al que se refieren o por determinación de la Ley, los derechos y obligaciones establecidos en el artículo 533, que tienen por objeto cosas muebles; y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles.

El Código Civil Italiano de 1942 define a los bienes muebles por descarte respecto de los inmuebles, en el artículo 812. Además, en el artículo 813 establece que salvo que de la ley resulte otra cosa, las disposiciones concernientes a los bienes muebles se aplican a todos los otros derechos que no tengan por objeto bienes inmuebles y sus respectivas acciones.

El cuerpo legal bajo comentario establece que para el caso de los bienes muebles inscritos en los Registros Públicos rigen las disposiciones que se refieren a ellos y, en su defecto, las relativas a los bienes muebles.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, en su artículo 346, establece que son bienes muebles los susceptibles de ser trasladados de un punto a otro, sin más excepciones que las marcadas en la enumeración de los bienes inmuebles.

El Código Civil Portugués de 1967 señala en su artículo 205 que son muebles todas las cosas no comprendidas en el artículo que enumera a los bienes inmuebles. Además prescribe que a las cosas muebles, sujetas a registro público, es aplicable el régimen de las cosas inmuebles en todo lo que no esté especialmente regulado.

El Código Civil Boliviano de 1976 regula en su artículo 76 el concepto de bienes muebles, definiéndolos como aquéllos que no están enumerados en el artículo relativo a los bienes inmuebles; incluyendo en esta definición las energías naturales controladas por el hombre.

Este Código Civil, además contiene una norma relativa a los bienes muebles sujetos a registro —el artículo 77—, la misma que establece que esta categoría de bienes se rigen por las disposiciones que les conciernen y, en su defecto, por las de los bienes muebles.

El Código Civil Peruano de 1984 no contiene una definición relativa a los bienes muebles, pero sí una enumeración de los mismos, en su artículo 885. Lo interesante de esta enumeración es que incluye a los demás bienes a los que la ley confiere tal calidad (inciso 11); y a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.

El Proyecto de Código Civil de Brasil de 1984 regula los bienes muebles en sus artículos 82 y siguientes, señalando en el artículo mencionado que son muebles los bienes susceptibles de movimiento propio, o de remoción por fuerza ajena, sin alteración de las sustancias o del destino económico social. Pero a la vez, el artículo 83 señala ciertos bienes que se consideran muebles para efectos legales, tales como las energías que tengan valor económico; los derechos reales sobre objetos muebles y las acciones correspondientes; y los derechos personales de carácter patrimonial y las respectivas acciones.

Los bienes muebles están regulados en el Código Civil Paraguayo de 1987 por los artículos 1878 y siguientes. Son definidos en la primera de las normas citadas como las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.

El Código Civil Cubano de 1988 define por exclusión a los bienes inmuebles, en su artículo 46.2, como aquéllos distintos a la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización.

Como vemos, al tratar acerca de los bienes inmuebles, la mayoría de legislaciones opta por señalar que éstos son tales, en virtud de su naturaleza, destino, por el objeto al cual se aplican, uso, accesión o carácter representativo. Si hay un común denominador, éste estriba en que la mayoría de Códigos consultados, tales como el Francés, Belga, Boliviano de 1831, Italiano de 1865, Argentino, Nicaragüense, Brasileño de 1916, el Proyecto Argentino de Reformas de 1936, Venezolano de 1942 y el Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, ponen énfasis en el elemento de la naturaleza de los propios bienes. Sólo el Código Civil Paraguayo de 1987 omite hacer referencia a este elemento, tratando únicamente acerca de la accesión, destino y carácter representativo de los mismos.

En cuanto a la definición propia de los inmuebles, un buen número de Códigos consultados coinciden en señalar que estos bienes son aquéllos que no pueden trasladarse de un lugar a otro, o que por sí mismos están inmovilizados (Austríaco,

Chileno, Uruguayo, Colombiano, Ecuatoriano, Nicaragüense, Proyecto Argentino de Reforma de 1936, Proyecto Colombiano y Cubano de 1988).

De otro lado, al referirse a los bienes muebles, y señalar en virtud de qué obtienen esta característica, los Códigos Civiles de Francia, Bélgica, Bolivia (1831), Italia (1865) y México, consideran que lo son en virtud de su naturaleza o por disposición de la ley.

Respecto de una definición acerca de los bienes muebles, pareciera ser generalizada la que los considera como aquéllos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro por movimiento propio o fuerza ajena. En tal sentido, tenemos a los Códigos de Francia, Bélgica, Austria, Bolivia (1831), Perú (1852), Chile, Colombia, Ecuador, Italia (1865), Uruguay, Argentina, España, Brasil (1916), Panamá, Segundo Anteproyecto Peruano de 1926, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943 y el Proyecto Brasileño de 1984.

4.4. Distinción de los bienes según su fungibilidad. Los bienes fungibles y los bienes no fungibles

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 458, considera fungibles a los bienes que se consumen con el uso; y no fungibles los que no se consumen, aunque se deterioren con el uso.

El Código Civil Chileno considera, en su artículo 575, que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Señala que a las primeras pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Puntualiza además que las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles.

El Código Civil Uruguayo señala en su artículo 470, que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A los primeros pertenecen aquellas cosas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza, sin que se consuman. Agrega que las especies monetarias son fungibles en cuanto perecen para el que las emplea como tales.

El Código Civil Argentino establece, en su artículo 2324, que son cosas fungibles aquéllas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad.

El Código Civil Ecuatoriano contiene una definición similar a la de los Códigos Civiles Chileno y Colombiano. El Código bajo comentario señala que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son fungibles.

El Código Civil Español señala en su artículo 337 que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Fungibles son aquellos de que puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; no fungibles, los demás.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 señala que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Fungibles son aquéllas en que todo individuo de la misma especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad.

El Código Civil Brasileño de 1916 señala en su artículo 50 que son fungibles los muebles que pueden, y no fungibles los que no pueden sustituirse por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

El Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, establece en su artículo 14, que son fungibles las cosas que pueden sustituirse por otras de la misma especie, calidad y cantidad.

Para el Código Civil Mexicano de 1927, los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Fungibles, los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad. No fungibles, los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad (artículo 739).

El Anteproyecto de Código Civil para Bolivia, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, en su artículo 349, señala que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Fungibles, aquéllos que pueden consumirse con el uso y ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad. No fungibles, los que no tienen esa condición.

El Código Civil Portugués de 1967 (artículo 207), señala que son fungibles las cosas que se determinen por su género, calidad y cantidad, cuando constituyan objeto de relaciones jurídicas.

El Código Civil Boliviano de 1976 establece, en su artículo 78, que son fungibles las cosas del mismo género que ordinariamente se determinan por peso número o medida y pueden sustituirse unas por otras. Señala además que las cosas fungibles tienen entre sí el mismo valor liberatorio en el pago, salvo voluntad diversa.

El Código Civil Paraguayo de 1987 señala, en su artículo 1484, que son cosas fungibles aquéllas en que una cosa equivale a otra de la misma especie, y en que pueden sustituirse unas por otras de la misma calidad e igual cantidad.

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 señala que son fungibles los muebles que pueden sustituirse por otros de la misma especie, calidad y cantidad (artículo 85).

Éste es uno de los puntos en los cuales no ha existido criterio unánime. Como hemos podido apreciar de la glosa de Códigos Civiles respecto de los bienes fungibles y no fungibles, si bien la mayoría de ellos (Chile, Ecuador, Colombia, Uruguay, España, Nicaragua, Brasil (1916), México, Anteproyecto de Código Civil Boliviano,

elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943 y el Proyecto Brasileño de 1984) coinciden y señalan expresamente que la clasificación antes mencionada es privativa de los bienes muebles, no existe unanimidad de criterio respecto a una definición de los mismos. De un lado, los Códigos Civiles del Perú (1852), Chile, Ecuador, Colombia, Uruguay, España y el Anteproyecto Boliviano de 1943, señalan que son fungibles las cosas que se consumen con el uso (tal vez lo que se quiera dar a entender, sea «con el primer uso»); de otro lado tenemos a los Códigos Civiles de Argentina, Nicaragua, Brasil (1916), Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto de Código Civil Peruano de 1926, México, Bolivia (1976), Paraguay (1987) y el Proyecto Brasileño de 1984, que consideran que los bienes fungibles son aquéllos en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse los unos por los otros de la misma cantidad y calidad.

Nosotros consideramos, dentro de lo que representa una actual opinión generalizada, que el segundo de los criterios es el correcto, y que más bien el primero de ellos confunde el concepto de bienes fungibles con el de consumibles.

4.5. Distinción de los bienes según su consumo. Los bienes consumibles y no consumibles

El Código Civil Argentino señala que son cosas consumibles aquéllas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo (artículo 2325).

Para el Código Civil Nicaragüense de 1903, son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo.

El Código Civil Brasileño de 1916 señala, en su artículo 51, que son consumibles los bienes muebles, cuyo uso importa la destrucción inmediata de la propia sustancia, siendo también considerados como tales los destinados a enajenación.

El Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, en su artículo 15, señala que son consumibles aquellas cosas cuyo uso importa la destrucción inmediata de la propia sustancia, y aquéllas que por distinguirse en su individualidad perecen para quien se desprende de ellas.

Para el Código Civil Portugués de 1967, son consumibles las cosas cuyo uso regular importa su destrucción o su alimentación (artículo 208).

El Código Civil Boliviano de 1976 considera como consumibles a las cosas que se destruyen o desaparecen con el primer uso que se hace de ellas (artículo 79).

El Código Civil Paraguayo de 1987 establece, en su artículo 1885, que son cosas consumibles aquéllas cuya existencia termina con el primer uso, y las que terminan para quien deja de poseerlas, por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo.

Para el Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984, son consumibles los bienes muebles, cuyo uso importa destrucción inmediata de la propia sustancia, siendo también considerados tales los destinados a enajenación.

Así, podemos apreciar que la definición mayoritariamente aceptada de los bienes consumibles, es la que contemplan los Códigos Civiles de Argentina, Nicaragua, Brasil (1916), el Anteproyecto de Libro Cuarto de Código Civil Peruano de 1926, Portugal, Bolivia (1976), Paraguay y el Proyecto Brasileño de 1984, en el sentido en que son aquellas cosas cuyo uso importa la destrucción inmediata de la propia sustancia.

4.6. Distinción recíproca de los bienes. Los bienes principales y los bienes accesorios

El Código Civil Argentino establece que son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas (artículo 2327); y cosas accesorias aquéllas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas (artículo 2328).

El Código Civil Brasileño de 1916, al tratar acerca de los bienes recíprocamente considerados, señala que principal es una cosa que existe sobre sí, abstracta o concretamente; y accesorias, aquéllas cuya existencia supone o depende de la principal.

Además otorga tratamiento al respecto en los cuatro artículos siguientes.

El Segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, considera que son accesorios de un predio los muebles que, sin formar parte de él, están aplicados permanentemente al fin económico de la cosa y se hallan en una relación exterior que responda a este destino (artículo 7). Adicionalmente, en el artículo 12 se dice que tienen también el carácter de accesorios los frutos civiles, entendiéndose por tales las rentas que da una cosa o un derecho por virtud de una relación jurídica.

El Código Civil Peruano de 1936 señala, en su artículo 815, que es accesorio del predio todo lo que está aplicado permanentemente a su fin económico y se halla en una relación que responda a ese fin. También se trata acerca de los bienes de este carácter en los artículos 816 y 817.

El Código Civil Italiano de 1942 regula en sus artículos 817 y 818 a las pertenencias, señalando, en la primera de las normas citadas, que son pertenencias las destinadas de un modo duradero al servicio o a la ornamentación de otra cosa. El destino se puede efectuar por el propietario de la cosa principal o por quien tiene un derecho real sobre la misma. Además se establece en el artículo 818 que los actos y las relaciones jurídicas que tienen por objeto la cosa principal comprenden también las pertenencias, si no se ha dispuesto otra cosa. Se señala que las pertenencias pueden constituir objeto de actos o relaciones jurídicas separados; y que la cesación de la calidad de pertenencias no es oponible a los terceros que hayan obtenido posteriormente derechos sobre la cosa principal.

El Código Civil Peruano de 1984 señala, en su artículo 888, que son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto de otro bien. Además, señala que la afectación sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

El Código Civil Paraguayo de 1987 establece que son cosas principales las que pueden existir por sí mismas (artículo 1887); y que son cosas accesorias aquéllas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otras cosas de las cuales dependen o a las cuales están adheridas (artículo 1888).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 señala que bien principal es el que existe sobre sí, abstracta o concretamente. Accesorio es aquél cuya existencia supone la del principal (artículo 92).

El artículo 93 señala que son pertenencias los bienes que no constituyendo partes integrantes, se destinen, de modo duradero al uso, al servicio o al embellecimiento de otro.

De lo anotado puede concluirse que los Códigos Civiles de Argentina, Brasil y Paraguay definen qué se entiende por principal. Pareciera ser que la definición del Código Civil Argentino, seguida por el Código Civil Paraguayo, es la más adecuada, ya que son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas, y cosas accesorias aquéllas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. En buena cuenta, su naturaleza y existencia suponen la de la principal.

4.7. Distinción de los bienes según su divisibilidad. Los bienes divisibles e indivisibles

Para el Código Civil Brasileño de 1916, cosas divisibles son las que se pueden partir en porciones reales y distintas, formando cada cual un todo perfecto (artículo 52). Este Código en el artículo siguiente señala que son indivisibles los bienes que no se pueden partir sin alteración de su sustancia y aquéllos que aun siendo naturalmente divisibles se consideran indivisibles por ley o por voluntad de las partes.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, establece en su artículo 653, que los bienes de todas clases pueden ser divisibles. Son divisibles los que pueden separarse materialmente en dos o más partes; formando cada una de ellas una cosa distinta pero de la misma calidad que el todo y llenando su mismo objeto, particularmente, las cosas que se cuentan por cantidad, peso o medida.

Son indivisibles las cosas que fraccionándose se destruyen, las que materialmente no pueden dividirse sin perder su valor o su utilidad, las que separadas se hacen inadaptables para el objeto a que se destinan y las que fraccionándose, aunque conserven sus condiciones anteriores, pierden su importancia o su valor.

Repútanse también indivisibles las cosas cuyo fraccionamiento está prohibido, por la ley, de manera absoluta o relativa.

Para el Código Civil Portugués de 1967, son divisibles las cosas que pueden ser fraccionadas sin alteración de su sustancia, disminución de valor o perjuicio para el uso en que se destinan (artículo 209).

El Código Civil Boliviano de 1976 señala en su artículo 80, que son indivisibles las cosas que no pueden fraccionarse sin alterar su sustancia con relación al todo. Considera también indivisibles a las cosas que no pueden fraccionarse por disposición de la ley o la voluntad humana, aunque de hecho sea posible su división.

El Código Civil Paraguayo de 1987 considera que son cosas divisibles aquéllas que, sin ser destruidas enteramente, pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma (artículo 1886).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 señala que bienes divisibles son los que se pueden fraccionar sin alteración de sustancia, disminución considerable de su valor o perjuicio del uso a que se destinen (artículo 87). En el artículo siguiente se señala que los bienes naturalmente divisibles pueden tornarse indivisibles por determinación de la ley o por la voluntad de las partes.

4.8. Distinción de los bienes según su singularidad. Los bienes singulares y colectivos

El Código Civil Brasileño de 1916 dedica cuatro artículos a las cosas singulares y colectivas. El artículo 54 establece que las cosas simples o compuestas, materiales o inmateriales, son singulares o colectivas. Se consideran singulares cuando aun estando reunidas se consideran de por sí, independientemente de las demás. Son colectivas o universales, cuando se consideran añadidas en todo.

Se señala, además, que en las colectivas, desapareciendo todos los individuos menos uno, se tiene por extinguida la colectividad (artículo 55).

También se plantea que en la colectividad queda subrogado el individuo al respectivo valor y viceversa (artículo 56).

Se especifica que el patrimonio y la herencia constituyen cosas universales o universalidad y, como tales, consisten aunque no consten de objetos materiales (artículo 57).

El Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 816, trata acerca de la universalidad de muebles, señalando que considera como tal la pluralidad de cosas que pertenecen a la misma persona y tienen un destino unitario. Puntualiza además que las cosas singulares que componen la universalidad pueden constituir objetos de actos y relaciones jurídicas separados.

El Código Civil Portugués de 1967, al tratar de las cosas compuestas, en su artículo 206, señala que se considera como cosa compuesta o universalidad de hecho, una pluralidad de cosas que, perteneciendo a la misma persona, tienen un destino unitario. Señala además que las cosas singulares, que constituyen una universalidad, pueden ser objeto de relaciones jurídicas propias (artículo 206).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, al tratar acerca de los bienes singulares y colectivos, señala que son singulares los bienes que aun reunidos, se consideran de por sí independientes de los demás (artículo 89).

Sostiene además que constituyen universalidad de hecho la pluralidad de bienes singulares que, pertenecientes a la misma persona, tengan destino unitario; y que los bienes que forman esa universalidad pueden ser objeto de relaciones jurídicas propias (artículo 90).

Para este Código constituye universalidad de derecho el complejo de relaciones jurídicas de una persona, dotadas de valor económico (artículo 91).

4.9. Distinción de los bienes de acuerdo a su comerciabilidad. Los bienes que están dentro y los bienes que están fuera del comercio de los hombres

El Código Civil Argentino señala que están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública (artículo 2336).

Señala además que las cosas están fuera de comercio o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa. Considera que son absolutamente inenajenables las cosas cuya venta o enajenación fueren expresamente prohibidas por la ley y aquéllas cuya enajenación se hubiere prohibido por acto entre vivos y disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones (artículo 2337).

Para el Código Argentino son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para enajenación (artículo 2338).

El Código Civil Brasileño de 1916 considera que son cosas fuera de comercio las no susceptibles de aprobación y las legalmente inalienables (artículo 69).

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio (artículo 724). Además señala que esta exclusión puede deberse a la naturaleza de las cosas o porque así lo disponga la ley (artículo 725). Están fuera del comercio —por su naturaleza— las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y, por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular (artículo 726).

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 señala que están fuera del comercio las cosas cuya enajenación fuere expresamente prohibida por la ley, o por actos jurídicos, en cuanto el presente Código autorice tales restricciones (artículo 116).

El Código Civil Portugués de 1967 establece, en su artículo 202, inciso primero, que se denomina cosa a todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas. En el inciso segundo del mencionado artículo se establece que se consideran fuera del comercio todas las cosas que no pueden ser objeto de derechos privados, tales como las que se encuentran en el dominio público y las que, por su naturaleza, no son susceptibles de apropiación individual.

El Código Civil Paraguayo de 1987 considera que están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuera expresamente prohibida, o no dependiese de una autorización pública (artículo 1896). Las cosas se consideran fuera del comercio por inenajenabilidad absoluta o relativa, siendo absolutamente inenajenables las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley y las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por acto entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones.

Según el artículo, bajo comentario, son relativamente inenajenables las cosas que necesitan una autorización previa para su enajenación (artículo 1897).

4.10. Distinción de los bienes de acuerdo a su pertenencia

Los Códigos Civiles Francés y Belga distinguen a los bienes en sus relaciones con quienes los poseen, en aquellos de particulares, los de dominio público y los comunales.

El Código Civil Austríaco de 1811 los clasifica en bienes privados; de nadie, públicos y del Estado; comunes y de la Monarquía.

El Código Civil Boliviano de 1831 distingue a los bienes en de particulares, del dominio público, vacantes y comunales.

El Código Civil Peruano de 1852 los clasifica en públicos, comunales, de particulares, destinados al culto y de ninguno.

El Código Civil Italiano de 1865 los distingue en bienes del Estado, de provincias, de las comunidades o de las instituciones públicas y otros cuerpos morales o de los privados (particulares).

El Código Civil Uruguayo señala que los bienes son de propiedad nacional o particular.

El Código Civil Argentino establece que las cosas son bienes públicos del Estado General que forma la Nación, o de los Estados Particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional o son bienes privados de los mismos (artículo 2339). También trata acerca de los bienes de los particulares (artículo 2347).

El Código Civil Venezolano de 1880 señala, en su artículo 442 que los bienes pertenecen a la Nación, a los estados y a sus secciones, a los establecimientos públicos y otras personas jurídicas y a los particulares.

El Código Civil Español expresa que los bienes son de dominio público y privado (artículo 338).

El Código Civil Nicaragüense de 1903 establece que las cosas o bienes con relación a las personas a quienes su propiedad pertenezca o que de ellas puedan aprovecharse libremente, se llaman: públicas, comunes o particulares (artículo 610).

El Código Civil Brasileño de 1916, en su artículo 65, anota que los bienes son públicos y particulares.

Para el Código Civil Panameño de 1917, los bienes son de uso público o de propiedad privada (artículo 328).

El Código Civil Mexicano de 1927 establece en su artículo 740 que los bienes son del dominio del poder público o de los particulares.

El Código Civil Peruano de 1936 establece que los bienes son de propiedad privada (artículo 821) y del Estado (artículo 822).

Según el Código Civil Venezolano de 1942, los bienes pertenecen a la Nación, a los estados, a las municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas, y a los particulares (artículo 538).

Para el Código Civil Italiano de 1942, los bienes son del patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios (artículo 830), de las entidades eclesiásticas (artículo 831), del dominio público (artículo 322) y de los particulares.

Ángel Ossorio y Gallardo, en su Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, señala que los bienes se clasifican en aquéllos de la sociedad (artículo 355), del dominio público (artículo 382), del dominio comunal (artículo 389), del dominio privado (artículo 392) y de nadie (artículo 395).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trata acerca de los bienes públicos, en sus artículos 98 y 99.

El Código Civil Paraguayo de 1987 divide a los bienes en aquéllos de dominio público del Estado (artículo 1900), municipales, de la Iglesia Católica (artículo 1905) y de particulares (artículo 1906).

4.10.1. Bienes de propiedad de los particulares

Los Códigos Civiles Francés y Belga establecen en el artículo 537 que los particulares tienen libre disposición de los bienes que les pertenecen, con las modificaciones establecidas por las leyes.

El Código Civil Austríaco de 1811 señala que los bienes privados pertenecen a personas individuales o a personas morales, sociedades o comunidades totales (artículo 286).

El Código Civil Boliviano de 1831 establece que los particulares tienen la libre administración de sus bienes, bajo las modificaciones que las leyes establecen.

El Código Civil Cubano de 1988 señala, en su artículo 459, que son particulares las cosas que pertenecen a una persona, consideradas individualmente.

El Código Civil Italiano de 1865 señala que todos los bienes que no sean del Estado, de las provincias, de las comunidades o de las instituciones públicas y otros cuerpos morales, es decir los no indicados en los artículos 425 a 434, pertenecen a los particulares (artículo 435).

El Código Civil Uruguayo, en su artículo 485, señala que los bienes que no fueren de propiedad nacional serán de propiedad de particulares, sin hacerse distinciones de las personas que tengan la propiedad de ellos, aunque sean personas jurídicas.

El Código Civil Argentino, en su artículo 2347, establece que las cosas que no fuesen del Estado, de los estados, de las municipalidades o de las iglesias son bienes

particulares, sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas.

El Código Civil Español establece, en su artículo 345, que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de las provincias y del municipio, los pertenecientes a particulares, individuales o colectivos.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 establece que son particulares las cosas cuya propiedad pertenece a personas naturales o jurídicas y que nadie puede beneficiarse sino aquellas personas u otras por las mismas autorizadas (artículo 613).

El Código Civil Brasileño de 1916 establece que son bienes particulares todos aquéllos que no sean del dominio nacional, sea cual fuere la persona a quien pertenecen (artículo 65).

El Código Civil Panameño de 1917, en su artículo 334, señala que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado y municipios, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente.

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenecen legalmente, y de los que no pueda aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley (artículo 748).

El Código Civil Peruano de 1936, en su artículo 821, señala que son bienes de propiedad privada los de particulares que tienen título reconocido por la ley (artículo 748).

El Código Civil Venezolano de 1942 señala que las disposiciones del mismo se aplicarán también a bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas (artículo 544).

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, establece que son bienes de dominio privado todos los que pertenecen a las personas, individuales y colectivas, y a las entidades de derecho público, pero no están incluidos entre los de dominio público (artículo 392).

El Código Civil Paraguayo de 1987, señala que los bienes que no pertenezcan al Estado ni a las municipalidades, son bienes particulares, sin distinción de las personas físicas o jurídicas de Derecho Privado que tengan dominio sobre ellos (artículo 1906).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, señala que son bienes de particulares todos aquéllos que no forman parte del dominio nacional ni pertenecen a personas jurídicas de derecho público interno.

4.10.2. Bienes estatales

Los Códigos Civiles Francés y Belga regulan en sus artículos 538 a 541 lo relativo a los bienes estatales. Estos se denominan bienes del dominio público. En general, comprenden a todos aquellos bienes o porciones de territorio francés o belga que son

susceptibles de propiedad privada. Dentro de esta categoría de bienes se comprenden a los mostrencos y vacantes (artículo 539).

El Código Civil Austríaco de 1811, en su artículo 287, trata acerca de las cosas de nadie, de los bienes públicos y de los bienes del Estado.

El Código Civil Boliviano de 1831 trata acerca de los bienes del dominio público en sus artículos 284 a 286. Comprende dentro de esta definición a todas las partes del territorio nacional que no son susceptibles de una propiedad particular (artículo 284). Dentro de esta categoría de bienes se comprenden a los bienes mostrencos y vacantes, de igual forma que el Código Civil Francés (artículo 285).

El Código Civil Peruano de 1852 establece, en su artículo 459, que son públicas las cosas que pertenecen a la Nación y cuyo uso es de todos.

El Código Civil Italiano de 1865 distingue a los bienes del Estado en aquéllos de dominio público y los bienes patrimoniales (artículo 426). Considera dentro del dominio público a las vías nacionales, las orillas de los mares y otros (artículo 427). Este Código establece expresamente que cualquier otra especie de bienes, perteneciente al Estado, forma parte de su patrimonio (artículo 428).

Los bienes del dominio público son por su naturaleza inalienables. Aquéllos que son patrimonio del Estado no pueden ser enajenados sino en conformidad de las leyes que los regulan (artículo 430).

Similar tratamiento se da hacia los bienes de las provincias y las comunidades, respecto de la distinción en bienes de uso público y patrimoniales (artículo 432).

El Código Civil Uruguayo, al hablar de los bienes de propiedad nacional los subdivide en aquéllos de uso público y aquéllos privados del Estado.

Los bienes de propiedad nacional, cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes del Estado. Los bienes de propiedad nacional cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes privados del Estado o bienes fiscales (artículo 477).

Los bienes nacionales de uso público son tratados en los artículos 481 a 483. Son preponderantemente bienes fiscales todas las tierras que estando situadas dentro del límite del Estado, carecen de otro dueño (artículo 481). Se incluyen dentro de esta última categoría a los bienes vacantes (artículo 482).

De acuerdo al Código Civil Argentino, en su artículo 2339, las cosas son bienes públicos del Estado General que forma la Nación o de los Estados Particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado General o de los Estados Particulares.

Los bienes públicos están comprendidos en el artículo 2340; los bienes privados del Estado General o de los Estados Particulares, en el artículo 2342.

El Código Civil Venezolano de 1880 clasifica, en su artículo 443, a los bienes de la Nación y de los estados y sus secciones, como del dominio público o patrimoniales. Considera como bienes del dominio público a los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, los fosos, los puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes.

Señala además que todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño, pertenecen al domino privado de la Nación (artículo 446).

Este Código puntualiza que los bienes de dominio público son inalienables y que los bienes patrimoniales no pueden ser enajenados sino de conformidad con las leyes que les conciernen (artículo 447).

El Código Civil Español divide a los bienes del Estado en aquéllos que son de dominio público y aquéllos de propiedad privada. Dentro de los bienes del dominio público se comprende a los destinados al uso público y a los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (artículo 339). Todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurran las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada (artículo 340).

Similar tratamiento se sigue respecto de los bienes de las provincias y de los pueblos, los cuales también se dividen en aquéllos de uso público y los de uso patrimonial (artículo 343).

Para el Código Civil Nicaragüense de 1903 son públicas las cosas naturales o artificiales, apropiadas o producidas por el Estado o corporaciones públicas, y mantenidas bajo su administración, de las cuales es lícito a todos, individual o colectivamente, utilizar con las restricciones impuestas por la ley o por los reglamentos administrativos (artículo 611).

Son bienes del Estado, todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño (artículo 614).

El Código Civil Brasileño de 1916 trata acerca de los bienes públicos en sus artículos 65 a 68.

Son bienes del dominio nacional los pertenecientes a la Unión, a los estados y municipios (artículo 65).

Los bienes públicos son de tres clases: los de uso común del pueblo como los mares y ríos; los de uso especial, como los edificios destinados al servicio federal; y los *dominicais* o bienes patrimoniales (artículo 66).

El uso común de los bienes públicos puede ser gratuito, o retribuido, conforme a las leyes de la Unión, de los estados o de los municipios, a cuya administración pertenecieren (artículo 68).

El Código Civil Panameño de 1917 considera que los bienes pertenecientes al Estado se dividen en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes del dominio público son los destinados al uso público: los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional y el aire (artículo 329). Todos los demás bienes pertenecientes al Estado en que no concurran las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada (artículo 330).

Los bienes de los municipios siguen similar clasificación, estando divididos en bienes de uso público y bienes patrimoniales (artículo 331).

El Código Civil Mexicano de 1927 considera que son bienes del poder público los que pertenecen a la Federación, a los estados o a municipios (artículo 741) y se dividen (artículo 743) en: bienes de uso común, los cuales son inalienables e imprescriptibles (artículo 744); aquéllos bienes destinados a un servicio público, que también son inalienables e imprescriptibles; y los bienes propios (artículo 740).

Para el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles (artículo 117); siendo éstos detallados en el artículo siguiente.

Este Código además trata acerca de los bienes privados de la Nación o de las provincias (artículo 119); y de los bienes municipales, entendiéndose por tales los que la Nación o las provincias hubieren puesto bajo el dominio de las comunas, pudiendo éstos enajenarse en el modo y forma que determinen las leyes respectivas (artículo 121).

El Código Civil Peruano de 1936 trata acerca de los bienes del Estado en su artículo 822, comprendiendo dentro de aquéllos a los bienes de uso público, al mar territorial y sus playas y la zona anexa que señala la ley de la materia; los bienes que le corresponden por título legal, no comprendidos entre los otros mencionados, las tierras públicas, las fuentes nacionales de riqueza, etc.; los monumentos históricos y los objetos arqueológicos; y las rentas nacionales.

El Código Civil Venezolano de 1942 considera que los bienes de la Nación, de los estados y de las municipalidades son del dominio privado; entendiéndose del dominio público a los caminos, ríos y demás bienes semejantes (artículo 3539), siendo de uso público o de uso privado de la Nación, de los estados y de las municipalidades (artículo 540). Se consideran de dominio privado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (artículo 542).

El artículo 543 establece que los bienes de dominio público son inalienables; y que los del dominio privado pueden enajenarse, de conformidad con las leyes que le conciernen.

El Código Civil Italiano de 1942 divide a los bienes pertenecientes al Estado en aquéllos de dominio público, como la costa, la playa, los puertos, etc. (artículo 822);

y aquéllos de patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios, los que constituyen patrimonio indisponible de los mismos (artículo 826).

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, trata acerca de los bienes de la sociedad, comprendiendo en ellos a los bienes naturales en cuya creación no haya intervenido la mano del hombre, como la tierra (artículos 356 a 363), las minas (artículos 370), las aguas públicas (artículo 374) y el aire (380). Estos bienes pertenecen a la sociedad representada por el Estado y no podrán ser objeto de propiedad privada.

Además trata de los bienes de dominio público, considerando dentro de este rubro a los bienes del Estado, de los departamentos, de los municipios y de las entidades estatales autónomas destinados al uso público, como los caminos, calles, etc.; los que pertenezcan privativamente a las mismas sin ser de uso común y estén destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza general; todas las obras públicas de servicio general; y la riqueza artística, científica y literaria, conservada en laboratorios, museos, archivos y bibliotecas.

El Código Civil Paraguayo de 1987 divide a los bienes del Estado en aquéllos de dominio público, enumerados en el artículo 1898; y aquéllos de dominio privado del mismo, detallados en el artículo 1900.

Similar clasificación utiliza respecto de los bienes municipales, los cuales son clasificados en públicos y privados, en el artículo 1903.

El Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trata acerca de los bienes públicos en sus artículos 98 y 99, señalando que son públicos los bienes del dominio nacional pertenecientes a personas jurídicas de Derecho Público Interno (artículo 98). Seguidamente divide a los bienes públicos en aquéllos de uso común del pueblo; de uso especial; y dominicais o patrimoniales (artículo 99).

4.10.3. Bienes mostrencos y vacantes

El Código Civil Peruano de 1852 señala, en su artículo 459, que son de ninguno las cosas que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes.

El Código Civil Uruguayo prescribe que los bienes vacantes y los de las personas que mueren sin dejar heredero, pertenecen al Fisco (artículo 482).

El Código Civil Argentino considera a los bienes vacantes o mostrencos, y a los de las personas que mueren sin dejar herederos, como bienes privados del Estado General o de los Estados Particulares, de acuerdo al artículo 2342, inciso 3.

El Código Civil Nicaragüense de 1903, en su artículo 614, considera dentro de los bienes del Estado a todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otros dueños.

El Código Civil Mexicano de 1927, en sus artículos 750 a 764, regula lo relativo a los bienes mostrencos y vacantes. En la primera de las normas citadas define a los bienes mostrencos como aquellos muebles abandonados y los bienes perdidos cuyos dueños se ignore.

En el artículo 760 señala que son bienes vacantes los inmuebles que no tienen dueño cierto y conocido.

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936, considera en su artículo 119, inciso 2, dentro de los bienes privados de la Nación o de las provincias, a los bienes vacantes o mostrencos y los de los que fallecieron sin dejar herederos.

El Código Civil Peruano de 1936, en su artículo 822, relativo a los bienes pertenecientes al Estado señala en su inciso 4, que pertenecen a esta categoría las tierras públicas que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron.

El Código Civil Paraguayo de 1987, trata dentro de los bienes del dominio privado del Estado, a los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren intestadas o sin herederos, según las disposiciones de dicho Código.

4.10.4. Bienes destinados al culto

El Código Civil Peruano de 1852 señala en su artículo 459 que son destinadas al culto las cosas que sirven para el ejercicio de la religión del Estado (la católica, apostólica y romana, según el artículo 4 de la Constitución entonces vigente).

El Código Civil Italiano de 1865 regula, en sus artículos 433 y 434, a los bienes destinados al culto. En el artículo 433 señala que los bienes de los institutos eclesiásticos pertenecen a ellos mismos, en cuanto las leyes del Reino les reconozcan la capacidad de adquirir y poseer. En el artículo 434 se señala que los bienes de los institutos eclesiásticos se hayan sujetos a las leyes civiles y no pueden ser enajenados sin autorización del Gobierno.

El Código Civil Argentino establece que en los templos, las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los artículos 33 y 41 de dicho Código. Se señala además que estos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos y las leyes que rigen el patronato nacional. En virtud del artículo siguiente se establece que los templos y las cosas religiosas de las iglesias disidentes, corresponden a las respectivas corporaciones, y pueden ser enajenados en conformidad a sus estatutos.

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 señala, en su artículo 122, que los templos y las cosas sagradas y religiosas del culto católico, podrán ser

enajenadas conforme a los cánones de la Iglesia y a las leyes que rigen en el patronato nacional los de comuniones, con arreglo a su estatuto.

El Código Civil Italiano de 1942 prescribe en su artículo 831, relativo a los bienes de entidades eclesiásticas de culto, que los bienes de las referidas entidades están sujetos a las normas del presente Código en cuanto no está dispuesta otra cosa por las leyes especiales que se refieren a ellas. Se señala, además, que los edificios destinados al ejercicio público del culto católico aun cuando pertenezcan a particulares no pueden ser sustraídos a su destino ni siquiera por efecto de su enajenación, hasta tanto que dicho destino no haya cesado de conformidad a las leyes relativas al mismo.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, señala en su artículo 388, que las iglesias, capillas, monasterios y conventos, se regirán por los cánones de la Iglesia, pero en lo relativo al orden público y las ordenanzas municipales estarán atenidos a las leyes ordinarias. Se establece, además, que por ningún motivo se podrá prohibir el acceso a tales edificios de las autoridades civiles.

El Código Civil Paraguayo de 1987 señala en su artículo 1905, que pertenecen a la Iglesia Católica y a sus respectivas parroquias, los templos, lugares píos o religiosos, cosas sagradas y bienes temporales muebles e inmuebles afectados al servicio del culto. Se establece, además, que su enajenación está sujeta a las leyes especiales sobre la materia.

Los templos y bienes de las comunidades religiosas no católicas corresponden a las respectivas corporaciones y pueden ser enajenados en conformidad a sus estatutos.

4.10.5. Bienes de los institutos civiles

El Código Civil Italiano de 1865 señala, en su artículo 433, que los bienes de los institutos civiles o eclesiásticos y de otros cuerpos morales pertenecen a ellos mismos, en cuanto las leyes del Reino les reconozcan la capacidad de adquirir y de poseer.

4.10.6. Bienes de la monarquía o reino

Algunos Códigos Civiles otorgan un tratamiento especial a los bienes que pertenecen a la monarquía o al reino que impere en dichos países.

En tal sentido, el Código Civil Austríaco de 1811, en su artículo 289, trataba acerca de los bienes de la monarquía. Este artículo en la actualidad, por razones obvias, está derogado.

El Código Civil Español señala —en su artículo 342— que los bienes del Patrimonio Real se rigen por su ley especial; y en lo que en ella no se halle previsto, por las disposiciones generales que sobre la propiedad particular se establecen en dicho Código.

4.10.7. Bienes comunales

Los Códigos Civiles Francés y Belga, en el artículo 542, definen a los bienes comunales como aquéllos sobre cuya propiedad o productos tienen derecho adquirido los habitantes de uno o varios municipios.

El Código Civil Boliviano de 1831 señala, en su artículo 287, que los bienes comunales son aquéllos en cuya propiedad o producto tienen un derecho adquirido los habitantes de uno o más pueblos.

El Código Civil Español establece que son bienes de uso público en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias (artículo 344).

El Código Civil Brasileño de 1916 señala, en su artículo 66, que los bienes de uso común del pueblo son los mares, ríos, estradas, calles, plazas, etc.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, al hablar acerca de los bienes de dominio comunal, señala en su artículo 389, que son bienes comunes aquéllos en cuya propiedad o producto tienen un derecho adquirido los habitantes de uno o más pueblos, o de cualesquiera circunscripciones territoriales y los tenidos del mismo modo por las corporaciones.

Señala además que pertenecen también a esta clase los tenidos por agrupaciones indígenas en comunidad, ya de la propiedad de la tierra, ya de su explotación, ya de los pastos.

El Código Civil Austríaco de 1811 trata acerca de los bienes comunes en su artículo 288.

El Código Civil Peruano de 1852 establece en su artículo 459 que son comunes las cosas que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 establece que son comunes las cosas naturales o artificiales, no apropiadas individualmente, de las cuales es únicamente permitido aprovecharse conforme documentos administrativos, a los individuos comprendidos en ciertas circunscripciones administrativas o que forman parte de determinada corporación pública (artículo 612).

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que los bienes de uso común forman parte de aquellos bienes de dominio del poder público (artículo 743). Prescribe además que son inalienables e imprescriptibles, pudiendo aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley. Pero, para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que prevengan las leyes respectivas (artículo 744).

En lo que respecta a la clasificación de los bienes de acuerdo a su pertenencia, podemos señalar algunas conclusiones.

En principio, da la impresión de que son o tienen la categoría de bienes sólo aquellos, corpóreos o incorpóreos, a los que la ley les otorga ese carácter. En tal sentido, no necesariamente, todos los objetos materiales o ficciones inmateriales podrán ser considerados como tales.

De aquellos bienes a los que la ley ha reconocido tal carácter, conforme a las legislaciones que hemos tenido a la vista, todos tienen una asignación, si hiciéramos un cuadro clasificatorio en razón de su pertenencia. En tal sentido, pensamos que podríamos efectuar una primera gran distinción, en aquéllos: de propiedad de particulares; de propiedad del Estado, de los estados regionales y de los municipios; de propiedad de la Iglesia, por estar destinados al culto; de propiedad de la monarquía o reino; y de propiedad comunal.

Pero, esta clasificación no estaría completa, si dejásemos de hacer una salvedad, en el sentido en que determinados bienes, ya no de acuerdo a su pertenencia, sino de acuerdo al uso que tienen, pueden ser dominio público, o de dominio particular, clasificación que no es incompatible, sino más bien complementaria a la anterior.

Cabe resaltar, que con el paso de los años, las clasificaciones de los bienes de acuerdo a su pertenencia, se ha ido limitando cada vez más, llegando a circunscribirse, básicamente, en aquéllos de propiedad de particulares y aquéllos de propiedad estatal, distinguiendo dentro de estos últimos a aquéllos de dominio público, y los que pertenecen al patrimonio del Estado.

5. Nuestro concepto de bienes

Sin duda, nos enfrentamos a uno de los puntos más controvertidos del Derecho Civil. No existe unanimidad de criterio respecto del alcance de la palabra «bien» en la acepción jurídica, que es la que nos interesa para efectos de esta parte de nuestro trabajo.[27]

---

[27] Seguramente por esta confusión de ideas es que la mayoría de los Códigos Civiles consultados optan por no definir propiamente a los bienes.

Es el caso de los siguientes Códigos:

Código Civil Francés, Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Español, Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Suizo, Código Civil Brasileño de 1916, Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, Código Civil Chino de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Mexicano de 1927, Proyecto de Código Civil Colombiano,

No pretendemos hacer un estudio detenido y detallado acerca de los bienes. Lo que buscamos es efectuar algunas precisiones de carácter teórico, para posteriormente realizar un seguimiento de los bienes en la legislación nacional.

Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Peruano de 1984, Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil Belga, Código Civil Cubano de 1988.

De los Códigos Civiles consultados, los siguientes optan por dar una definición de bienes:

Código Civil Chileno (artículo 565), Código Civil Uruguayo (artículo 460), Código Civil Argentino (artículo 2311), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 253), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 596), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 599), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 810), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 202, literal A), Código Civil Colombiano (artículo 653), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1872), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 442), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 285), Código Civil Ecuatoriano (artículo 602), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 324), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 106).

Los textos de los referidos artículos son los que consignamos a continuación:

- *Código Civil Chileno*:

  Artículo 565.- «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

  Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

  Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».

- *Código Civil Uruguayo*:

  Artículo 460.- «Bajo la denominación de bienes o de cosas se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad.

  Los bienes son corporales o incorporales».

- *Código Civil Argentino*:

  Artículo 2311.- «Se llama cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

  Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación».

- *Código Civil Costarricense de 1888*:

  Artículo 253.- «Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales».

- *Código Civil Nicaragüense de 1903*:

  Artículo 596.- «Las cosas en cuanto procuran o sirven para procurar beneficios a las personas que tienen derechos que ejercitar sobre la misma, se llaman bienes».

- *Código Civil Hondureño de 1906*:

  Artículo 599.- «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

  Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».

- *Código Civil Italiano de 1942*:

  Artículo 810.- «(Noción) Son bienes las cosas que pueden constituir objetos de derecho».

La Real Academia de la Lengua[28] define el «bien» como «aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal».

En realidad este concepto no nos otorga mayores elementos para efectos de nuestros objetivos. En tal sentido, recurriremos a la definición que Guillermo Cabanellas otorga al respecto:[29] «Cosa que puede ser objeto de apropiación o base de un derecho. En este aspecto, el de mayor importancia en esta obra, aunque cabe hablar de un bien

---

- *Código Civil Portugués de 1967*:
  Artículo 202, literal A):
  «1.- Se llama cosa todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas.
  2.- Se considera, no obstante, fuera del comercio todas las cosas que no pueden ser objeto de derechos privados, tales como las que se encuentran en el dominio público y las que son por su naturaleza, no susceptibles de apropiación individual».
- *Código Civil Colombiano*:
  Artículo 653.- «Los bienes consisten en cosas corporales e incorporales.
  Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.
  Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».
- *Código Civil Paraguayo de 1987*:
  Artículo 1872.- «Se llama cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor».
- *Código Civil Guatemalteco de 1973*:
  Artículo 442.- «Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles».
- *Código Civil Austríaco de 1811*:
  Artículo 285.- «Todo aquello que pueda ser distinguido por la persona y que pueda servir a la costumbre del hombre, se denominará, en sentido jurídico, como cosa».
- *Código Civil Ecuatoriano*:
  Artículo 602.- «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.
  Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.
  Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas».
- *Código Civil Panameño de 1917*:
  Artículo 324.- «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes, muebles o inmuebles».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936*:
  Artículo 106.- «El conjunto de bienes y obligaciones de una persona, constituye su patrimonio. Entiéndese por bienes, los objetos materiales o inmateriales susceptibles de valor. A los primeros, se les llama cosas en este Código».

[28] Real Academia de la Lengua. *Op. cit.*, tomo I, p. 191.

[29] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1982, tomo II, p. 477.

mueble, inmueble o incorporal, el tecnicismo prefiere emplear el plural (bienes) para referirse a cuanto puede constituir objeto de un patrimonio; [...]».

Con la definición de Cabanellas encontramos un primer criterio, el cual es compartido por algunas legislaciones, en el sentido de identificar los bienes con los objetos corporales susceptibles de apropiación por el hombre, es decir, equiparar el concepto de «bien» al de «cosa».

Por ello, consideramos pertinente abordar como primer punto de estudio, y para ir deslindando posiciones, el significado de la palabra «cosa», para luego retomar el del término «bienes».

Para la Real Academia de la Lengua,[30] «cosa» dentro de un significado general, es «todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta»; también se le considera «ser inanimado, en contraposición a los seres animados».

Además, se le otorgan tres significados jurídicos. El primero de ellos considera a la «cosa» «en contraposición a persona o sujeto, el objeto de las relaciones jurídicas». El segundo, considera a la «cosa» como «el objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales». Un tercer y último significado que la Real Academia otorga a la palabra «cosa», es el de «bien».

Como podemos apreciar, una de las acepciones otorgadas por la Real Academia a la palabra «cosa», es aquélla por la cual se distingue los objetos materiales en oposición a los derechos creados sobre ellos y a las prestaciones personales. De acuerdo a esta definición, obtendríamos un primer elemento de distinción entre la «cosa» y el «bien», ya que dentro del significado del primero de los términos citados, no estarían comprendidos los derechos. Pero este posible camino se cierra con la tercera acepción de la palabra «cosa», por la cual se la identifica con los bienes.

Hemos querido empezar el tratamiento de las cosas efectuando este breve análisis de lo que la Real Academia entiende por tales, para de este modo tener la prueba más palpable de que no estamos —precisamente— ante un tema de meridiana claridad.

Para abordar el problema de la distinción de los términos dentro del Derecho, consideramos apropiado recoger la opinión de Enneccerus, Kipp y Wolff[31] sobre el particular. Los mencionados profesores alemanes consideran que sólo son cosas en sentido legal los objetos corporales, definiendo a estos últimos como parte de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre, que tienen sustantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico, siendo en consecuencia reconocidas como objetos de derecho independientes. En otras palabras, Enneccerus,

[30] Real Academia de la Lengua. *Op. cit.*, tomo I, p. 389.

[31] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo I, pp. 532-536.

Kipp y Wolff sólo consideran como cosas a los objetos materiales. Además, establecen las características que en su criterio deben reunir las cosas para ser consideradas como tales:

a) Para considerar a un objeto corporal o no, esta determinación se efectuará de conformidad con las concepciones del tráfico y no según las doctrinas físicas.
b) El concepto de cosa requiere que se lleve en su corporalidad una existencia separada, individualizada.
c) La identidad de una cosa sólo desaparece en virtud de una transformación, si de conformidad con las concepciones del tráfico aparece como una cosa completamente distinta y nueva.
d) Sólo son cosas, en sentido jurídico, las susceptibles de dominación por el hombre.

Consideramos que la definición y características otorgadas por Enneccerus, Kipp y Wolff a la palabra «cosa», son acertadas. Si queremos ir más allá en el estudio de la relación entre cosa y bien, debemos en primer lugar establecer, tal como lo han hecho los mencionados profesores, y en los términos de Cabanellas,[32] que «cosa» es un objeto material valorable.

Sin embargo, a lo anteriormente señalado debemos precisar, a nuestro entender, que para que una cosa sea considerada como tal, debe —necesariamente—, serle reconocida esta característica por el Derecho. Esto nos podrá llevar a la conclusión de que no todos los objetos materiales apropiables por el hombre, pueden considerarse como cosas. Lo que a la vez nos llevaría a considerar, que el referido carácter de apropiación debe tener una acepción más amplia que aquella de simple índole material, es decir, que debería contener el elemento del reconocimiento jurídico.

Si bien para el Derecho no es muy clara la definición del concepto de «cosa», a nuestro entender sí se llega a considerar válida aquella precisión por la cual las cosas están comprendidas dentro de los bienes. Pero en este punto nos enfrentamos a la vez con una diversidad de opiniones respecto al alcance de esta inclusión y de las razones que pueden llevarnos a considerarlas válidas. Sin embargo, la más difundida de las opiniones al respecto, es la que recoge Josserand.[33] Este autor comprende dentro del concepto de bienes a las cosas y a los derechos, entendiéndose por estos últimos a los bienes incorporales. Él considera que los bienes, en el sentido jurídico de la palabra, son todos los elementos activos del patrimonio. Considera que los «bienes verdaderos» en la acepción jurídica de esta expresión, es decir, los valores económicos, son, o

[32] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 393.

[33] Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. III, tomo I, 1952, pp. 3 y 4.

los objetos materiales que caen generalmente bajo los sentidos, o los derechos ordinariamente establecidos sobre dichos objetos.

Compartimos el criterio señalado, en virtud del cual, en términos generales, bajo la denominación de «bienes» debiéramos comprender a aquellos objetos o cosas corporales y a los derechos. Cabe señalar que dentro del sistema adoptado por el Código Civil Francés, cuyo texto comenta Josserand, se parte de la división aceptada por la doctrina, de bienes corporales e incorporales, términos y conceptos que no recogen necesariamente otros cuerpos legales, pero que constituyen una importante corriente legislativa. Así lo sostienen Planiol y Ripert,[34] y otros tratadistas. Para nosotros esta concepción adquiere gran relevancia, si consideramos que la tendencia legislativa en la historia de la codificación civil peruana, se adscribe a la misma, tal como veremos más adelante.

Sin embargo, y a pesar de ser la mayoritaria, algunos tratadistas, como es el caso de Francesco Messineo,[35] consideran que la distinción entre bienes y cosas puede no ser tan clara. El citado autor señala que si para algunos la relación conceptual entre cosa y bien se concibe como de especie a género, algunos otros conciben esta relación en sentido inverso, lo que pone en evidencia, según él, que en la materia reina una notable falta de certeza de ideas.

Sin embargo, Messineo sostiene que para la diferenciación entre cosa y bien se debe poner como criterio el que la cosa es por sí entidad extrajurídica; es, en cierta manera, un bien en estado potencial, y se convierte en tal cosa para dar cumplimiento a una determinada función económica y social, objetivamente considerada. Por tanto, bien en sentido jurídico sería una cosa idónea para dicha función.

Tal vez, para aclarar los conceptos vertidos por Messineo, sería conveniente señalar que dentro de la línea de pensamiento citada por el mencionado autor, «cosa» es todo objeto valioso que no ha sido incorporado por apropiación a un patrimonio, mientras que «bien» sería toda cosa que es poseída por apropiación, tal como señala el comentarista argentino Armando V. Silva.[36] Dicho en otras palabras, en los términos de Cabanellas,[37] dentro de los objetos materiales se distingue entre lo que no ha sido materia de posesión o apropiación por el hombre y lo que figura ya en su patrimonio o en su mera tenencia: aquello constituye cosa; esto bien, pues en uno y otro sentido lo es para el hombre, por útil, grato o necesario. Dentro de esta posición, lo primero integra lo poseíble, mientras que lo segundo, lo poseído.

---

[34] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo III, p. 54.

[35] Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo II, pp. 258 y 259.

[36] Silva, Armando V. En *Enciclopedia jurídica OMEBA*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, tomo II, p. 393.

[37] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 393.

Vemos que, dentro de este criterio, el concepto de «cosa» constituiría el género, mientras que el de «bien» constituiría la especie.

Como señalamos en páginas anteriores, nosotros asumimos como válida la distinción efectuada por Josserand, la misma que citáramos oportunamente y que consistía en comprender dentro del concepto de bienes, tanto a los objetos materiales, como a los incorporales (derechos).

Manuel de la Puente y Lavalle, expresa su preocupación respecto a si el bien que es objeto de la prestación, puede ser corporal o incorporal.[38]

En nuestra opinión, el contrato de compraventa puede recaer sobre cosas y otros derechos incorporales, que también sean considerados bienes. Sin embargo, es claro que el contrato materia de estudio sólo puede recaer sobre la transferencia de propiedad de bienes y no sobre otros derechos distintos al de propiedad.

---

[38] De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, pp. 36 y 37), expresa los siguientes conceptos:

«Sin embargo, los bienes se clasifican en corporales e incorporales, siendo los primeros las cosas y los segundos los derechos. Tal como dicen Colin y Capitant, los derechos, tanto los reales como los personales, son bienes incorporales. Por ello, según Arias-Schreiber, el Código Civil vigente no emplea la clásica denominación de cosas y utiliza la de bienes, que incluyen los derechos y, en general, tanto los elementos incorporales como los objetos corporales.

Esta clasificación ha pasado frecuentemente inadvertida y, por ello, gran número de autores no se cuestionan si el bien materia de la venta es la cosa o el derecho sobre la misma. Constituye una excepción Albaladejo quien dice: ‹Casi se podría decir que la compraventa lo es siempre de derechos, ya que cuando se vende una cosa, se trata —al menos tendencialmente— de transmitir la propiedad de la misma, es decir, un derecho sobre ella; razón por la que la compraventa tendería en todo caso —como ya ha puesto de relieve incluso algún Código moderno (el italiano, artículo 1.470)— al cambio de un derecho (de propiedad o de otra clase) por un precio›.

Esta atingencia es particularmente pertinente al Código Civil Peruano, cuyo artículo 1529 establece, como se ha visto, que por la compraventa el vendedor se obliga a *transferir la propiedad de un bien*. En el contrato de compraventa de un bien corporal —por ejemplo, un cuadro— en realidad el bien materia de la venta no es el cuadro sino el derecho de propiedad sobre el cuadro.

Ello resulta aún más claro en el artículo 1470 del Código Civil Italiano, según el cual la venta es el contrato que tiene por objeto *la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho*. Se pone de esta manera de manifiesto que lo que se transfiere es el derecho de propiedad, tan es así que se habla a continuación de la transferencia de *otro* derecho, que es distinto del de propiedad.

La Comisión Revisora tuvo muy presente que el concepto de bien comprende tanto el derecho como la cosa. Al observar que en el artículo 1556 del Proyecto de la Comisión Reformadora se consignaba que, ‹por la compraventa el vendedor se obliga a *transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho*›, con lo cual se sustituía la palabra ‹cosa› mencionada en el artículo 1470 del Código Civil Italiano por la palabra ‹bien› utilizada en el artículo 1556 del Proyecto, consideró que se estaba comprendiendo la transferencia de la propiedad de una cosa o de un derecho, con lo cual resultaba superflua la expresión ‹o la transferencia de otro derecho› consignada en el Código Italiano».

En este sentido coincidimos con lo expresado por De la Puente.[39]

No obstante, debemos expresar nuestra preocupación, en el sentido en que dada la regulación que tiene el tema de la cesión de derechos en el Código Civil Peruano de 1984, existen algunos casos en los cuales no se presenta clara la línea divisoria entre la compraventa y la cesión de derechos. Un caso típico es aquél en el cual el objeto del contrato está constituido por la alícuota (derecho de copropiedad) que el vendedor tiene sobre un bien. Estimamos que en estos casos el ordenamiento legal peruano admitiría denominar el contrato como compraventa o cesión de derechos.[40]

6. Bienes materia de los contratos en general en el Código Civil Peruano

Como se recuerda, al efectuar un análisis de la clasificación de los bienes en el Derecho Romano, encontramos una serie de criterios por los cuales éstos podrían ser

---

[39] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

[40] La preocupación anotada respecto a las diferencias entre la cesión de derechos y el contrato de compraventa por De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, pp. 38 y 39), puede ser apreciada en las siguientes expresiones:

«También en puridad de principio y aplicando la teoría del título y el modo que informa el Código Civil Peruano, tratándose de la compraventa de una cosa, el contrato de compraventa es el título de adquisición y la entrega (cosas muebles) o la concurrencia del artículo 949 del Código Civil (cosas inmuebles) es el modo de adquirir, y tratándose de la compraventa de un derecho, el contrato de compraventa es el título de adquisición y la cesión de derechos contemplada en el artículo 1206 del Código Civil es el modo de adquirir.

Ello es posible por cuanto el artículo 1529 del Código Civil, al definir la compraventa, se refiere a la transmisión de la propiedad de un bien, concepto que, como se ha visto, comprende tanto la cosa como el derecho, cuidando el artículo 1206 del mismo Código de precisar que la ‹cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto›.

En Derecho Peruano no es aplicable, pues, la opinión de Spota quien sostiene que si se trata de un crédito y el acreedor se obliga a transmitir a una persona, quien a su vez se obliga a pagarle un precio en dinero, dicho crédito que tiene contra su deudor, esa transmisión es cesión de derecho pero no compraventa, aun cuando se apliquen a esta convención las normas de la compraventa. Esta opinión se basa en que según la tesis del Código Civil Argentino sólo existe compraventa cuando alguien se obliga a conferir, por un precio cierto en dinero, la propiedad sobre una cosa.

Empero, dice el autor español García Cantero que, en su opinión, no debe olvidarse que ‹la más clara comprensión de las reglas sobre compraventa se adquiere cuando su objeto consiste en una cosa corporal, y que los propios autores extranjeros que usan la terminología de la transferencia del derecho de propiedad, vienen a reconocer que en la indicación de la cosa está implícita la referencia a la propiedad de la misma, por lo cual en el lenguaje técnico esta terminología puede ser utilizada sin excesivas preocupaciones. Ello no obsta que en la eventual reforma del Código Civil Español se adopte la terminología legal más moderna y se diga que la compraventa tiene por objeto la transferencia del derecho de propiedad›».

agrupados. Para efectos del punto bajo tratamiento, nos interesa aquella división de los bienes de acuerdo a su comerciabilidad.

Es así como encontramos dos grandes grupos. El primero de ellos, conformado por los bienes extra commercium, que eran, como su nombre lo indica, los que estaban sustraídos al comercio de los hombres. Aquéllos tenían —a su vez— una subdivisión que los clasificaba en divini iuris (y que comprendían a los bienes sagrados, religiosos y santos); y humani iuris (que comprendían a los comunes, públicos y de corporaciones, o res universitatis).

El segundo gran grupo de bienes en el Derecho Romano, es aquél conformado por los bienes in commercium, que eran las cosas que podían constituir objeto de contratos o de transacciones comerciales entre los particulares. Éstos eran denominados como singulorum, pecuniae o res privatae.

Sin duda alguna, esta clasificación contenida en el Libro II, Título I de las Instituciones de Justiniano, constituía un elemento muy importante para determinar sobre qué bienes estaba permitido a los particulares celebrar contratos.

Las bondades de esta clasificación repercutieron en el proceso codificador de los siglos XIX y XX. Concretamente, para el caso del Derecho Peruano, éste recibió dicha influencia a través del Derecho Español. Nos referimos a la Ley de las Siete Partidas. En la Tercera Partida, Título XXVIII, relativo a cómo gana el hombre el señorío de las cosas, en la Ley II, encontramos una síntesis de la clasificación de las cosas, según su pertenencia, pudiendo distinguir: aquellas cosas comunes a todas las criaturas (Ley III); las cosas comunes a todos los hombres (Ley VI); las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad o villa (Ley IX); las cosas que no pertenecen al señorío de ningún hombre, dentro de las que encontramos a las sagradas, religiosas y santas (Leyes XII, XIII, XIV y XV); y las cosas que pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío. Estas cosas no están definidas explícitamente, y respecto de ellas no se hace mayor mención. Pensamos que podríamos definirlas por exclusión, respecto de todas las otras cosas sobre las cuales los hombres pueden contratar, ya que, como se señala en la Ley II del comentado Título XXVIII, sobre ellas, el hombre puede ganar o perder su señorío.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el Capítulo III del Título I, Libro II, referido a los bienes con relación a los que poseen, efectúa una clasificación de los mismos en sus artículos 295 y siguientes. En los artículos 296 a 298 trata acerca de los bienes pertenecientes al dominio público; en el artículo 299 se ocupa de los bienes comunes o comunales; y en el artículo 295, de los bienes de los particulares, señalándose que estos últimos tienen la libre administración de sus bienes bajo las modificaciones que las leyes establecen.

El Código Civil de 1852, en su artículo 459, establece una división de las cosas en públicas, comunes, destinadas al culto y las de particulares.

El Código Civil de 1936 efectúa una división de los bienes en aquéllos de propiedad privada, los cuales son definidos en el artículo 821 como «de los particulares que tienen título reconocido por la ley»; y los del Estado, que se encuentran enumerados en el artículo 822.

Consideramos necesario señalar que las clasificaciones efectuadas por los Códigos Civiles Peruanos hasta el de 1936, se enmarcan dentro de la tradición justinianea antes citada. Sin embargo, debemos precisar que clasificaciones de esta naturaleza tienen el inconveniente de poder acarrear algunos equívocos. Toda clasificación de los bienes de acuerdo a su pertenencia estaría incompleta para efectos de nuestro trabajo si es que dejásemos de hacer una salvedad, en el sentido en que determinados bienes, ya no de acuerdo a su pertenencia, sino de acuerdo al uso que tienen, pueden ser de dominio público, o de dominio particular, clasificación que no es incompatible, sino más bien complementaria a la anterior.

Cabe puntualizar que con el paso de los años, las clasificaciones de los bienes de acuerdo a su pertenencia se van limitando cada vez más, llegando a circunscribirse, en algunas legislaciones (dentro de las que encontramos al Código Civil Peruano de 1936), básicamente, en aquéllos de propiedad de particulares y aquéllos de propiedad estatal, pero se hace necesario distinguir —dentro de estos últimos— los de uso público o común y los que pertenecen al patrimonio del Estado.

La ventaja de incluir dentro de un Código Civil una clasificación de los bienes de acuerdo a su pertenencia, estriba en brindar mayores elementos para delimitar el marco de los bienes sobre los cuales los particulares pueden contratar. En tal sentido, compartimos la crítica formulada por Lucrecia Maisch von Humboldt al Código Civil de 1984,[41] cuando se refiere a la no inclusión del mencionado criterio clasificatorio en dicho Código.

El Código Civil vigente no incluye además, norma alguna en el sentido de especificar cuáles son aquellos bienes sobre los que se puede contratar. Así, podríamos considerar que los particulares pueden contratar sobre cualquier bien, siempre y cuando su naturaleza material o jurídica y su pertenencia lo permitan; y que la ley no lo prohíba.

El marco que establece el Código Civil Peruano al respecto, no es del todo completo. Tal vez hubiera sido preferible que al igual que una serie de Códigos Civiles de

[41] Maisch von Humboldt de Portocarrero, Lucrecia. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo V, p. 156.

otros países[42] se señalara como regla general, respecto de los bienes que pueden ser materia de los contratos, el que éstos estén dentro del comercio de los hombres.

El Código Civil Peruano de 1984 no se manifiesta en tal sentido, pero consideramos que este principio general también resulta aplicable a nuestra legislación. Esto era respaldado por el artículo 128 de la Constitución Política del Perú de 1979, cuando señalaba que los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados.

La Carta Política de 1993 también incluye un precepto sobre el tema. Nos referimos al numeral 73, de texto siguiente:

> Artículo 73.- «Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico».

Como complemento, podríamos anotar que, sobre casos específicos, el Código Civil de 1984 señala, en su artículo 1403, que los bienes objeto de la prestación en que consiste la obligación, deben ser posibles. Establece además, en el artículo 1409, que estos bienes pueden ser futuros, salvo las prohibiciones establecidas por la ley; ajenos; afectados en garantía; o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

7. Características que debe reunir el bien materia de los contratos en general y del contrato de compraventa, en particular

En primer lugar, debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1984 no es el que precisa de una manera más adecuada, en lo que respecta al objeto del contrato, las condiciones que debe tener el mismo cuando estemos frente a obligaciones con prestaciones de dar. Esta situación, que depende exclusivamente del criterio legislativo adoptado, difiere (sin que esto implique una valoración) de manera considerable, del seguido por legislaciones extranjeras.[43]

De este conjunto de Códigos, un buen número hace mención específica a que el bien, materia de las prestaciones derivadas de obligaciones contractuales, tiene que ser de aquéllos que se encuentran dentro del comercio.[44] Otro grupo (que no

---

[42] Así tenemos a los siguientes Códigos Civiles:
Uruguayo (artículo 1282), Venezolano de 1880 (artículo 1067), Español (artículo 1261), Nicaragüense de 1903 (artículo 2473), Hondureño de 1906 (artículo 1562), Panameño de 1917 (artículo 1122), Belga (artículo 1128), Francés (artículo 1128), Italiano de 1865 (artículo 1116).

[43] Para estos efectos, remitimos al lector a la nota número 12 del capítulo único de la primera parte, pp. 49-61, de nuestra obra «El bien materia del contrato de compraventa».

[44] Los Códigos que hacen expresa referencia a que el bien materia de las prestaciones derivadas de obligaciones contractuales tiene que ser de aquéllos que se encuentran dentro del comercio, son los

excluye necesariamente al anterior) hace alusión al elemento de la determinabilidad del bien.[45] Y, por último, un grupo considera importante el elemento de la posibi-

---

siguientes:

Código Civil Francés (artículo 1128), Código Civil Belga (artículo 1128), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 719), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1249), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1216), Código Civil Chileno (artículo 1461), Código Civil Uruguayo (artículo 1228), Código Civil Colombiano (artículo 1518; y además en el artículo 1521, inciso 1, considera que hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1067), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 629), Código Civil Español (artículo 1271), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2473), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1562), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1122), Código Civil Mexicano de 1927, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1223), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1059).

El Código Civil Salvadoreño de 1860 no considera expresamente que sólo los bienes que están dentro del comercio de los hombres pueden ser materia de los contratos, pero señala, sin embargo, que «pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

[45] Dentro de los Códigos Civiles que señalan que el bien objeto de la prestación materia de una obligación derivada de un contrato debe ser determinado, por lo menos en cuanto a su género o especie, están los siguientes:

Código Civil Francés (artículo 1129), Código Civil Belga (artículo 1129), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 720), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1251), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1219), Código Civil Chileno (artículo 1461), Código Civil Uruguayo (artículo 1283), Código Civil Argentino (artículo 1170), Código Civil Colombiano (artículo 1518), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1068), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Español (artículo 1273), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2475), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1563), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1124), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 25), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1225), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 807), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 692), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1059).

Los siguientes son los Códigos Civiles que consideran expresamente que el bien materia de la prestación derivada de una obligación contractual debe tener una cantidad que al menos sea determinable:

Código Civil Francés (artículo 1128), Código Civil Belga (artículo 1128), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1219), Código Civil Chileno (artículo 1461), Código Civil Uruguayo (artículo 1283), Código Civil Argentino (artículo 1170), Código Civil Colombiano (artículo 1518), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1067), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Español (artículo 1273), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2475), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1563), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1124), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 25), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1225), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 807), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 778), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 692), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1060).

Los siguientes son los Códigos Civiles que consideran simplemente que el objeto de la prestación materia de la obligación contractual debe ser determinado o determinable:

lidad, al señalar que no pueden ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales, las cosas imposibles.[46]

Esto, en lo que respecta a la legislación extranjera.

Ahora nos corresponde realizar un estudio exegético y doctrinario del problema, que en buena cuenta se centrará en el análisis de los tres elementos que hemos considerado como importantes hasta este momento: la posibilidad de existencia, la determinabilidad y la comerciabilidad.

7.1. Que el bien exista o sea susceptible de existir

Cuando nos referimos a la posibilidad, lo hacemos en virtud de la anteriormente citada disposición de los artículos 140, inciso 2 y 1403, segundo párrafo del Código Civil Peruano, que establecen este requisito para los bienes que son objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales.

Pero lo que nos corresponde, en este punto, es determinar cuáles son los alcances de «la posibilidad» como característica indispensable para que un bien sea objeto de una prestación.

Adicionalmente a lo expresado, en páginas anteriores, cuando empezamos a analizar cada una de las características que debe reunir un bien, para tales efectos, podríamos esbozar algunas ideas.

Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1155), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1346), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 485).

El Proyecto Boissonade de 1890 establece sólo que el objeto debe ser cierto o determinado y del cual las partes tengan la disposición.

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que las cosas objeto de contrato deben ser determinadas o determinables en cuanto a su especie; mientras que el Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, establece que la cosa incierta será indicada al menos por su género y su cantidad.

El Código de las Obligaciones de Suiza en su artículo 19 señala que el objeto de un contrato puede ser libremente determinado, dentro de los límites de la ley; nada más, al igual que el Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937.

[46] Los siguientes son los Códigos Civiles que señalan expresamente que las cosas imposibles no pueden ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales:

Código Civil Español (artículo 1272), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2474), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1123), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 1657), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículos 28 y 29), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1224), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículos 810 y 811), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1155), Código Civil Italiano de 1942 (artículos 1346 y 1347), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 485), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1403), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1062).

En primer lugar, debemos establecer si el requisito materia de análisis es o no sinónimo de alguno de los otros, es decir: la determinabilidad y la comerciabilidad.

La «posibilidad», si es que nos estamos refiriendo a la prestación y no al objeto de la misma, estaría íntimamente ligada con las otras dos características que acabamos de estudiar. Si el bien no estuviese determinado ni fuera determinable, o si sobre él no se pudiera comerciar en los términos deseados en el contrato que se pretendiese celebrar, entonces, estaríamos frente a un contrato que contendría una prestación de carácter imposible, es decir, frente a un contrato nulo. En este supuesto, la prestación imposible comprendería a aquellos objetos no comerciables, no determinables y, hasta, como veremos más adelante, aquéllos no posibles. Cuando hablamos de prestación imposible, lo estamos haciendo, naturalmente, respecto de una imposibilidad absoluta de su cumplimiento por parte del deudor. Una opinión muy interesante al respecto es la de Enneccerus.[47]

Pero si a lo que estamos haciendo referencia no es a la prestación en sí como «posible», sino respecto del bien que constituye objeto de la misma, tendríamos, forzosamente, que desligar el concepto de «posible» de aquéllos de «determinable» y «comerciable», ya que no estaríamos en planos distintos (como ocurriría en el primer supuesto), en los que uno podría comprender al otro, sino al mismo nivel. Consideramos aquél el plano en que nos debemos situar.

Para ello, entonces, deberíamos partir efectuando una precisión necesaria: la de establecer que para hablar del requisito de la posibilidad, el bien que es objeto de la prestación, tendrá que ser «determinable» o «no determinable» y «comerciable» o «no comerciable»; ya que, como lo venimos diciendo, no buscamos ni pretendemos mezclar o interferir las tres características materia de estudio.

Así, resulta pertinente formularnos una pregunta: ¿Si la «posibilidad» no está relacionada con la «comerciabilidad» ni con la «determinabilidad», entonces, estamos frente a un sinónimo de la existencia o posibilidad de existencia del bien?

Consideramos que una vez que hemos hecho la distinción entre el plano de la prestación y el del objeto, y cuando nos hemos situado en este último, podemos llegar a la provisoria conclusión de que la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ya que es la única opción (si descartamos la comerciabilidad y la determinabilidad), que quedaría en pie y que sería susceptible de tomarse en cuenta como integrante de las características necesarias de todo bien objeto de una prestación derivada de una obligación contractual.

A lo que estamos haciendo referencia, concretamente, es a la situación de que el bien debe existir al momento de la celebración del contrato o tener la posibilidad

[47] Enneccerus, Ludwig; Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 154, 155 y 156.

de existencia, es decir, ser susceptible de existir. En este punto no nos detendremos a cuestionar todos los problemas que puede plantear el tema, ya que, por razón de prioridades, hemos preferido hacerlo, cuando analicemos el contrato de compraventa de bienes futuros.

No obstante, estimamos pertinente citar en este punto la opinión del tratadista italiano Domenico Barbero,[48] quien al respecto sostiene lo siguiente:

> En orden a una determinada relación jurídica el objeto puede ser presente o futuro. En general, estas calificaciones del objeto se ponen a base de una distinción de las cosas: y precisamente se habla de cosas presentes o cosas futuras. Pero esto es totalmente inexacto, no sólo ni tanto porque las cosas no agotan el ámbito de los objetos jurídicos, sino que constituyen solamente una especie de ellos (como lo veremos inmediatamente), cuanto y porque el ser presente o futuro no es más que un aspecto ontológico del «bien» en sí (el bien futuro no es un bien actual), sino que es un aspecto funcional del «objeto» en orden a la dinámica de la relación jurídica.

Ahora bien, precisamente el objeto de la relación jurídica puede ser actual y puede considerárselo como de existencia futura: por ejemplo, se negocia hoy sobre los frutos de la estación venidera o sobre el producto de una pesca que está por emprenderse o habrá de emprenderse.

Coincidimos plenamente con lo expresado en la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984,[49] cuando al respecto señala los siguientes conceptos:

> [...] el artículo 1532 establece que debe tratarse de «bienes existentes o que puedan existir» con lo cual necesariamente se deja de lado aquellos bienes que han perdido existencia, que existieron en el pasado, pero ya no en el momento de la celebración del contrato, por cuanto en ese caso se estaría ante un contrato nulo por falta de objeto, tal como señala el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil. Siendo que la propiedad, como derecho real, se extingue con la destrucción o pérdida total o consumo del bien, de acuerdo a lo señalado por el inciso 2 del artículo 968 del mismo Código, carece de sentido la obligación de transferirla.

No es este el caso de la pérdida, destrucción o consumo parcial del bien, anterior a la compraventa, pues a ello se refiere el artículo siguiente. Tampoco se refiere el artículo al perecimiento del bien, después de la celebración del contrato y antes de

---

[48] Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, tomo I, p. 283.

[49] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil,* p. 5.

la transferencia de la propiedad, pues este tema es desarrollado a propósito del problema del riesgo del contrato.

Si el íntegro del bien ha dejado de tener existencia al momento de la celebración del contrato, el mismo es nulo por cuanto el objeto de la prestación materia de la obligación surgida del contrato es físicamente imposible.

Cuando el artículo señala a los bienes que puedan existir, se está refiriendo a los bienes futuros, respecto de los cuales las partes están de acuerdo que aún no tienen existencia, en el momento de la celebración del contrato, pero en el entendido de que están destinados a tenerla. Por lo tanto, el acuerdo de las partes, está orientado a lograr que dichos bienes efectivamente adquieran existencia, aún cuando ello sea exclusiva responsabilidad de uno solo de los contratantes, conforme se apreciará más adelante cuando se trate de los artículos 1534, 1535 y 1536. Debe, en suma, tratarse de bienes que tienen posibilidad de existencia.

Cuando hacemos referencia al requisito de que el bien exista o sea susceptible de tener existencia, estamos tratando acerca de un requisito, casi diríamos, obvio o evidente del bien materia de la prestación.

Cuando dos partes contratantes celebran una compraventa, resulta evidente que una de ellas, el comprador, tiene intención de recibir la propiedad y el bien (físicamente) de cuya propiedad se trata; y que la otra, el vendedor, busca recibir el dinero que le entregará el comprador como contraprestación.

Para los autores causalistas franceses y quienes los siguieron en el siglo XIX, la obligación de cada uno de ellos sería la causa de la otra. En términos de los causalistas, la obligación del comprador de pagar el dinero al vendedor, carecería de causa.

Ello como ejemplo, ya que esta teoría, como sabemos, ha resultado superada hace muchos años.

Pero cuando estamos frente al contrato de compraventa, éste tiene dos elementos fundamentales: el bien y el precio, sin los cuales no puede formarse.

Sin bien que se venda, la obligación del vendedor carecerá de objeto, por lo que el contrato será nulo. Esto, naturalmente, en el supuesto en que el contrato de compraventa verse sobre un bien que no es susceptible de tener existencia, vale decir, de un bien que nunca ha existido, que ya no existe, o que nunca podrá ser susceptible de tener existencia.

Pero en la medida en que el bien exista o sea susceptible de existir, la obligación del vendedor no carecerá de objeto.

Tal como hicimos mención cuando analizamos lo relativo a la existencia del bien materia de los contratos en general, hay muchos aspectos por analizar en lo referente al término «existencia» y a la problemática que engendra, pero, por una razón de

sistemática, los hemos reservado para tratar cuando analicemos lo relativo al contrato de compraventa de bienes futuros.

Los términos y conceptos que hemos expresado respecto a la necesidad de existencia o posibilidad de existencia del bien, cuentan con el respaldo de la mayoría de la doctrina consultada.[50]

Antes de concluir con el análisis de este rubro, debemos subrayar la importancia que tiene el tema de la posibilidad de existencia futura de un bien, frente a los avances tecnológicos que plantea el mundo moderno.

Planiol citaba como ejemplo de un pacto nulo al contrato por el cual alguien se obligaba a llevar a otro a la Luna. Resulta evidente que al momento en el cual el citado profesor expresaba estas palabras, resultaba inimaginable la llegada del hombre a la Luna, hecho que recién se produjo en el año 1969. Sin duda, si el ejemplo fuese propuesto hoy en día, no estaríamos frente a un acto físicamente imposible.

En lo que respecta a la posibilidad de existencia futura de los bienes, cada vez con mayor frecuencia tenemos algunos que van saliendo del rubro de aquéllos de existencia físicamente imposible, para ingresar dentro del conjunto de bienes cuya posibilidad de existencia física es factible.

Sólo por citar un ejemplo actual, diríamos que si en 1990 se hubiera celebrado una compraventa cuyo objeto consistiese en la transferencia de propiedad de un mamífero clonado de otro, ese acto, en cualquier parte del mundo hubiese calificado como de objeto físicamente imposible. Resulta evidente que si hoy se celebrara ese contrato, su objeto sería físicamente posible, debido a que los experimentos cuyo objeto era la clonación de mamíferos, han tenido éxito, desde la clonación de la ya famosa oveja Dolly, en Edimburgo, Escocia.

7.2. Que el bien sea determinado o determinable

Para el caso de la determinabilidad, debemos comenzar señalando que no estamos refiriéndonos de ninguna manera a la obligación, ya que ésta es un vínculo jurídico abstracto nacido del contrato, y que nada cabe determinar en ella que no lo esté en el contenido del contrato. Tampoco estamos hablando de la prestación, ya que si tenemos un contrato con varias prestaciones y no se ha determinado cuál de ellas va a ser ejecutada por el deudor frente al acreedor, sólo podremos estar frente a los supuestos de obligaciones con prestaciones alternativas o facultativas, lo que por su

[50] En tal sentido, pueden apreciarse las opiniones de Alessandri y Somarriva (Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga, *Op. cit.,* tomo IV, p. 370), Laurent (Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XVI, pp. 104 y 105), De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 206) y Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 187).

naturaleza, escapa al tema de nuestro tratamiento, ya que en estos casos, estamos frente a la indeterminación de la prestación misma, y no necesariamente de su contenido. Como es de suponer, a lo que nos estamos refiriendo cuando aludimos a la determinabilidad, es al objeto de la prestación, a aquellas prestaciones que el Código Peruano contempla en el artículo 1142, como de bienes inciertos, señalando que éstos deben indicarse, cuanto menos, por su especie y cantidad.

Este requisito exigido por la legislación, es indispensable para un bien objeto de una prestación materia de una obligación contractual. Lo que se busca cuando las partes contratan sobre cualquier materia, es, fundamentalmente, que ese acto revista toda la seriedad que corresponde a un acto jurídico. Y, evidentemente, el primer elemento necesario para que un acto sea serio consiste en que el bien que es materia de la prestación de una de las obligaciones derivadas del contrato, sea perfectamente identificable, es decir, determinado o determinable. Lo ideal es que dicho bien esté determinado, sin embargo, basta con que sea susceptible de determinación, es decir, con que en el contrato se establezcan las reglas necesarias y suficientes para que con posterioridad al momento de la celebración del contrato, las partes o un tercero puedan determinar e identificar el bien que una de ellas se ha obligado a entregar.

Esto significa que el principio es que todo bien, que sea objeto de una prestación, esté determinado en cuanto a su especie y que esté determinado o sea determinable en cuanto a su cantidad.

En tal sentido, podemos citar a Demante y Colmet de Santerre,[51] quienes sostienen que:

> La obligación sería inútil si la cosa debida no pudiese ser reconocida. De este modo el objeto de la obligación debe ser cierto. Siempre el carácter puede existir sin que el contrato contenga la determinación precisa de la cosa debida, basta que la determinación ulterior sea posible. Ella no lo sería, si el contrato no designase al menos la especie de la cosa; pero, lejos de que se exija una designación individual, tampoco es absolutamente necesario que la cantidad esté determinada, si ahí hay elementos de determinación. [...].

Baudry-Lacantinerie,[52] sostiene que «la cosa que forma el objeto de la obligación debe ser determinada o determinable». Es necesario, en base al artículo 1129, que la obligación tenga por objeto una cosa al menos determinada en cuanto a su especie. La cantidad de la cosa puede ser incierta, con tal que ella pueda ser determinada.

---

[51] Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre *Op. cit.*, tomo V, pp. 51 y 52.

[52] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 45.

Este texto no es sino un desarrollo del artículo 1108, cuarto párrafo, que exige que la obligación tenga un objeto cierto, un objeto que la convención determina de una manera suficiente para que el deudor esté ligado seriamente.

Igualmente, Planiol[53] hace referencia al punto, cuando expresa que:

> [...] el vínculo obligatorio no se forma cuando el objeto de la obligación no está determinado.

Si la indeterminación recae sobre la naturaleza del objeto, no se sabe cuál cosa o cuál hecho puede ser reclamado al deudor. Aquél que habría prometido un «animal» no habría en realidad prometido nada, pues él podría liberarse suministrando a su acreedor un insecto insignificante. Si la indeterminación recae sobre la cantidad, la cosa estando determinada en su especie, el deudor podría aun liberarse ofreciendo al acreedor una prestación irrisoria: si él ha prometido trigo o vino, sin precisar nada, su obligación podría reducirse a una gota de vino o a un grano de trigo, y la acreencia sería vana.

> [...] Basta, para la validez de la obligación, que la cosa que constituye el objeto esté determinada en su género y en su cantidad, sin serlo en su individualidad.

Como hemos comprobado, ésta es una opinión generalizada. Si el objeto de la prestación no es al menos determinable, no hay vínculo.

Respecto de la determinación de la especie y la cantidad, también existe en doctrina criterio unánime.

En lo referente a la determinación de la especie, una primera y excelente opinión nos la dan Demante y Colmet de Santerre,[54] quienes establecen lo siguiente:

> Observemos que el término «especie» está puesto aquí, por oposición al término «individuo», por una parte del género; lo que parecería excluir las obligaciones de género, pero lo que no excluye verdaderamente sino las obligaciones de un género ilimitado. En efecto, todo género limitado puede ser considerado como especie de género ilimitado.

Además, el gran principio en esta materia, es que la indeterminación no debe jamás ser tal, que ella reduzca casi a nada al objeto de la prestación.

> [...] La obligación es un vínculo; no hay obligación cuando el pretendido deudor no está ligado, él no está ligado cuando tiene con relación al objeto debido una libertad tal que puede, sin salir de los términos de la convención, entregar una cosa inútil y

[53] Planiol, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, p. 345.

[54] Demante, A.M. y E. Calmet de Santerre. *Op. cit.*, tomo V, pp. 52 y 53.

> sin valor. Tal es la idea general del artículo 1129 (del Código de Napoléon), de donde debe deducirse la interpretación de las expresiones un poco vagas que contiene.
>
> [...] El objeto debido debe estar determinado, pero esta determinación tiene grados. En su más alto grado, ella especializa el objeto debido, ella lo precisa individualmente, de tal suerte que él no puede ser reemplazado por algún otro, aun similar. [...].

Pero sin estar designado de una manera individual, y excluyendo de la obligación todos los seres de la misma naturaleza, el objeto de la obligación puede incluso estar más o menos determinado para satisfacer las exigencias del artículo 1129. Es imposible, en efecto, prohibir las convenciones que tengan por objeto un caballo, dos hectolitros de trigo, una hectárea de pradera; en todos estos casos, bien que el deudor tenga una más grande libertad para operar la prestación debida, sin embargo esta prestación lo privará siempre de un valor y procurará siempre una cierta ventaja al acreedor.

Es a estas prestaciones, especialmente menos determinadas, que el artículo hace alusión por estas palabras: al menos determinada en cuanto a su especie. No habría aquí que vincular a la palabra «especie» el sentido técnico que ella puede tener en las clasificaciones de los naturalistas: la ley ha entendido ciertamente este término en el sentido de clase o categoría de seres de la misma naturaleza; ella ha querido decir que el objeto de la prestación podría estar determinado solamente por la indicación de la clase de seres a la cual él pertenece. Ella lo ha opuesto al término «individuo» o «cuerpo cierto». Pero si el término «especie», en el lenguaje de las clasificaciones, es opuesto al término «individuo», él se opone también al término «género», colección más entendida que se compone de diferentes especies, y como las distinciones de género y de especie son necesariamente arbitrarias, que ellas dependen del punto de vista en el cual se ubica el clasificador, es imposible pensar que la ley ha querido encontrar en estas distinciones el fundamento de una regla de derecho. La decisión del artículo debe ser entendida en base a la finalidad que nosotros le hemos asignado.

Ahí no hay obligación cuando la vaguedad en la determinación del objeto permite al deudor liberarse dando una cosa sin valor y sin utilidad. Se trata de que los tribunales aprecien si la clase de seres a la cual pertenece el objeto debido es tan vasta que el pretendido deudor no se encuentra obligado a una prestación seria, como si él hubiese prometido un animal, una piedra, un cuadrúpedo.

Baudry-Lacantinerie al respecto establece[55] que:

> Si el deudor pudiese liberarse haciendo una prestación irrisoria, la obligación sería nula. Esto es igual en los dos casos siguientes: 1° el objeto de la obligación no está

[55] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 45.

> determinado sino en cuanto a su género, por ejemplo, el deudor se ha obligado a entregar un animal, sin decir de cuál especie; el deudor puede entonces, sin salirse de los términos de la convención, entregar al acreedor un animal de ningún valor; 2° la cosa objeto de la prestación, siendo de aquellas que no pueden ser útiles sino en la condición de ser suministradas en cierta cantidad, el contrato no contiene ninguna base para determinar la cantidad a entregar; por ejemplo, el deudor ha prometido trigo o vino, sin decir cuánto; él puede, siempre permaneciendo dentro de los términos de la convención, liberarse entregando cantidades insignificantes de trigo o de vino. Pero no es necesario que la cosa prometida sea determinada con una precisión absoluta, que ella sea un cuerpo cierto, por ejemplo tal casa o tal barrica de vino que está en mi bodega. Una determinación mucho menos precisa puede bastar, sea en cuanto a la cantidad de la cosa, sea en cuanto a su naturaleza.

La cantidad debe ser al menos determinable. Así lo establece en forma unánime la doctrina consultada. Es el caso de Demante y Colmet de Santerre ,[56] quienes sostienen que:

> [...] no basta determinar la naturaleza de la cosa debida, si la convención no fija la calidad o la cantidad de la cosa prometida, el deudor gozará aun de una libertad verdaderamente destructiva del vínculo. Ejemplo: Si se le ha prometido trigo, o vino, aceite; el deudor podría liberarse haciendo una prestación insignificante. Es por tanto necesario sustraer al capricho del deudor la calidad o la cantidad de la cosa a pagar. Lo que podría darse de dos maneras, sea por una determinación inmediata, 10,000 francos, 100 hectolitros de vino. Sea indicando los elementos de una fijación ulterior. Ejemplos: El carbón necesario a la fábrica de un acreedor durante un año; la suma necesaria para pagar los gastos de tal proceso.

Compartimos la opinión de Baudry-Lacantinerie,[57] cuando afirma que:

> De este modo yo puedo válidamente obligarme a entregarle a usted el heno necesario para la alimentación de vuestro caballo o el carbón necesario para el consumo de vuestra fábrica durante un año. Acá la cantidad a prestar no está indicada numéricamente; pero el contrato suministra un elemento cierto para su determinación: se sabe aproximadamente lo que consume un caballo, y se puede saber aproximadamente lo que requiere vuestra fábrica. En cuanto a la naturaleza del objeto. De este modo yo puedo válidamente obligarme a entregar un caballo, sin decir cuál. Acá el objeto de la obligación no está solamente determinado en cuanto a su género, como se produciría si yo hubiese dicho un animal, pero también «en cuanto a su especie», lo que basta en base al artículo 1129. Puede haber allí, sin duda, una varia-

[56] Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre, *Op. cit.,* tomo V, p. 52.

[57] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo II, p. 45.

> ción considerable de valor entre tal y tal caballo; la intención de las partes, revelada por los términos del acto y a falta por las circunstancias, permitirá, casi siempre, circunscribir la obligación del deudor dentro de un círculo bastante estrecho. Sobre todo, la especie que no es otra cosa que una limitación de género, debe estar bastante precisa para que el vínculo de la obligación aparezca serio: este es un punto de hecho a apreciar por el juez.

En tal sentido, resulta unánime el parecer de la doctrina consultada.[58]

7.3. Que su enajenación no esté prohibida por ley

Esta condición se refiere expresamente a que el bien, materia de la prestación, tenga una situación jurídica compatible con la del acto del cual va a formar parte. Vale decir, que quienes estén contratando sobre el mismo, puedan hacerlo respecto de aquél. En otras palabras, que no exista nada que prohíba o impida su contratación.

Para ello resulta útil, en cierta medida, una clasificación de los bienes, ausente en nuestro Código Civil de 1984, que los divida, en aquéllos que se encuentran dentro del comercio y aquéllos que están fuera del comercio de los particulares.

Sin embargo, estos criterios resultan insuficientes para el análisis que venimos haciendo, tal como lo iremos demostrando.

Desde el Derecho Romano se ha tratado acerca de la comerciabilidad de los bienes, aunque no dentro de una rigurosa clasificación de los mismos, tal como se ha visto en su oportunidad. Esto es ratificado por Planiol y Ripert.[59]

Desde el Código Napoléon, hasta nuestros días, son numerosos los cuerpos legislativos y proyectos de Códigos que han regulado o contemplado la distinción de los bienes entre aquéllos que están dentro y aquéllos que están fuera del comercio de los hombres. De igual modo, son numerosos los autores de varios países que han tratado, en el tema del objeto de los contratos, acerca de los bienes que están dentro y aquéllos que están fuera del comercio humano. Pero lamentablemente, lo que ocurre es que muy pocos se han detenido a analizar a profundidad en qué consiste esta disquisición, y de ellos, sólo uno o dos, a nuestro entender, se han acercado con-

---

[58] En tal sentido pueden apreciarse las opiniones de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 (Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit*., p. 5), De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit*., tomo VI, p. 206), Mourlon (Mourlon, Frédéric. *Op. cit*., tomo III, París: 1878, p. 235), Lafaille (Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos,* tomo II, p. 37), Josserand (Josserand, Louis. *Op. cit*., vol. II, tomo II, p. 8), Alessandri y Somarriva (Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit*., tomo IV, p. 371) y Enneccerus, Kipp y Wolf (Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolf. *Op. cit*., vol. II, tomo II, p. 17).

[59] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit*., tomo VI, p. 307.

ceptualmente a la raíz del problema. Muchos han desviado su atención hacia rubros equivocados.

Cuando estamos frente al problema de la comerciabilidad de los bienes, nos enfrentamos, en primer lugar, a ser fieles al criterio que hemos asumido respecto de los mismos, por el cual consideramos como bien todo aquello que es susceptible de apropiación por el hombre, de valoración económica, con individualidad propia reconocida por el Derecho, comprendiendo tanto a los objetos corporales como a los incorporales.

En segundo lugar, debemos definir qué entendemos por el término «comercio». Para ello, utilizaremos la opinión de Marcel Planiol —que compartimos en términos generales— refiriéndose al artículo 1128 del Código Napoléon:[60]

El artículo 1128 nos previene que «sólo las cosas que están dentro del comercio pueden ser objeto de las convenciones». La expresión «dentro del comercio» no hace alusión a aquello que se llama «el comercio» en el lenguaje jurídico moderno: el comercio que constituye el objeto del derecho comercial, es la especulación sobre los muebles de toda naturaleza, materias primas y productos fabricados, que los comerciantes compran en la esperanza de revenderlos a un precio mayor de aquél que han pagado por ellos. En el artículo 1128 este término tiene un sentido diferente, más amplio y vecino al latín commercium, designa la posibilidad para una cosa de servir de objeto a un acto jurídico. De tal suerte que cuando la ley nos dice que las cosas que están en el comercio son las únicas que pueden constituir el objeto de las convenciones, esto no nos aporta algo ya que, si ellas están dentro del comercio, es justamente porque pueden servir de materia a los contratos.

En tercer lugar, debemos tratar de establecer los patrones por los cuales debemos introducir a nuestra discusión el aspecto de la comerciabilidad de los bienes.

Veamos.

Exista o no en la legislación civil de un país, expresamente establecida, la clasificación de los bienes en aquéllos que están dentro del comercio y aquéllos que no lo están, no hemos podido identificar una definición precisa de en qué consiste precisamente esa condición que dividiría a unos y otros.

Como hemos señalado anteriormente, el Código Civil Peruano de 1984 no contempla esta clasificación de los bienes. La misma que contiene es aquélla que los divide en muebles e inmuebles (artículos 885 y 886).

Por esta razón, hemos tratado de encontrar, en primer lugar, dentro del mencionado Código Civil, algún elemento que nos sirva para distinguir a los bienes en

[60] Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 348.

comerciables y no comerciables. Y el primer artículo que se nos vino a la mente es el 882, que establece que:

> Artículo 882.- «No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita».

Pero en realidad, en esta parte de nuestro análisis esta norma no nos aporta mayores elementos, ya que si bien nos deja en claro que no se puede establecer por pacto, salvo que la ley lo permita, el celebrar determinados contratos sobre bienes, no nos dice cuáles son aquellos bienes sobre los que no se puede establecer dicha prohibición de contratar.

De modo tal que, si no salimos por un momento del Código Civil, no podremos avanzar en el tema.

La segunda fuente legislativa que se nos ocurrió consultar, fue la Constitución Política del Perú del año 1979, hoy derogada (pero vigente cuando empezamos a investigar este tema); en el Título III, Del régimen económico, Capítulo III, De la propiedad. Dentro de estas normas, ubicamos el artículo 127, que decía que:

> Artículo 127.- «La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación».

Este precepto constitucional tampoco despejaba del todo nuestro problema, pero nos daba mayores luces sobre el particular. Éstas consisten, fundamentalmente, en que se establecía que si se considerase necesario, por ley se podrá restringir o prohibir la realización de determinados actos jurídicos sobre determinados bienes, teniendo en consideración cualquiera de los tres elementos que ahí se mencionaban, es decir:

- Naturaleza
- Condición
- Ubicación

Pero, es evidente, que cuando el artículo 127 de la Constitución de 1979 hacía esta salvedad acerca de probables restricciones o prohibiciones en lo que respecta a la contratación sobre esos bienes, se estaba refiriendo a bienes que forman parte de aquéllos que se encuentran dentro del comercio de los hombres, ya que, de lo contrario (si se estuviese refiriendo a aquéllos que se encuentran fuera del comercio de los hombres), cualquier prohibición o restricción que se pudiera establecer en el futuro sobre los mismos resultaría inútil, ya que los particulares, en principio, no pueden celebrar actos sobre éstos (salvo los que veremos más adelante).

En realidad la norma que nos daba mayores luces en lo que respecta a la clasificación de los bienes en aquéllos que están y aquéllos que no están dentro del comercio

de los hombres, era el artículo 128 de la Constitución Política de 1979. Esta norma, a la letra, establecía lo siguiente:

> Artículo 128.- «Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados».

Aquí ya teníamos una primera gran restricción respecto de los bienes. La propia Constitución de 1979 señalaba que existe una categoría de los mismos, que denominaba públicos, cuyo uso corresponde a todos (se entiende a todos los habitantes del país), y que sobre esta categoría de bienes, no se pueden constituir derechos privados.

Como la norma del artículo 128 era una de carácter restrictivo, podíamos, amparados por los conceptos de dos grandes tratadistas, François Gény y François Laurent,[61] utilizar el argumento a contrario, y sostener que aquellos bienes a los que no se hacía referencia en el artículo 128 de la Constitución de 1979, eran aquellos bienes que se encuentran dentro del comercio de los hombres.

Entonces, de acuerdo al Derecho Peruano (durante la vigencia de la Constitución de 1979), habría una gran clasificación de los bienes en aquéllos que están dentro del comercio de los hombres y aquéllos que no lo están. Pero tenemos algunos elementos adicionales de sumo interés. El primero de ellos consiste en que, si observamos bien, este criterio asumido por la Constitución de 1979, no está íntimamente ligado (como hemos señalado anteriormente cuando empezamos el análisis general de este punto) con la propiedad de los bienes, ya que ocurre lo siguiente:

a) Dentro de los bienes que están fuera del comercio de los hombres, según la Constitución de 1979, es decir, aquellos «públicos, cuyo uso es de todos», el 100% de los mismos, son bienes de propiedad estatal, llámense parques, playas, ríos, carreteras, puentes, caminos, aeropuertos, etc.

---

[61] Respecto al argumento «a contrario», los tratadistas mencionados, considerando que no se permite la aplicación del mismo salvo en puntos en los que técnicamente sea factible hacerlo, establecen los requisitos para su utilización.

François Gény señala lo siguiente:

«Pero como todos nuestros maestros hacen notar acertadamente, sólo se justifica el empleo de esto, cuando se funde la conclusión, por exclusión negativa, en disposiciones legales que positivamente pugnen con los principios generales, o al menos cuando la fórmula del texto legal, en los casos por ella previstos, lleve consigo una solución a todas luces restrictiva. Esta necesaria reserva hace muy peligroso el manejo del argumento a contrario, y desde luego limita considerablemente el campo de su aplicación legítima».

Laurent nos dice lo siguiente:

«Por sí mismo, el silencio del legislador no prueba nada […]. Es lo que en el lenguaje de la escuela se conoce como la argumentación ‹a contrario› (*sensu*). Nada más peligroso, puesto que se arriesga de hacer decir al legislador aquello que no ha querido decir […]».

b) Pero no todos los bienes que se encuentran fuera de esta categoría, son bienes de propiedad privada, ya que el Estado también actúa, dentro de su actividad y desarrollo diario o cotidiano, como un particular más, como es el caso de las empresas públicas. Es decir, que dentro de esta categoría de bienes (los que están dentro del comercio de los hombres en el Perú), tenemos a bienes de propiedad estatal y a bienes de propiedad de particulares.

Ahora nos corresponde analizar la validez o invalidez de ambas categorías de bienes.

En lo que respecta a los bienes que estarían dentro de aquéllos fuera del comercio, vamos a analizar los elementos que nos brinda la doctrina.

En primer lugar, la doctrina señala que habría bienes fuera del comercio de los hombres por varias causas. La primera de ellas, es por ser de utilidad pública, dentro de los que se menciona, por lo general, a los bienes públicos. Este es el caso de Planiol,[62] Baudry-Lacantinerie,[63] Demante y Colmet de Santerre,[64] Demolombe,[65] Colin y Capitant[66] y Josserand,[67] entre otros. Aquélla (la causa de utilidad pública), es la contemplada por el artículo 128 de la Constitución Peruana de 1979, antes transcrito.

Otra causa que señala la doctrina para colocar a un bien fuera del comercio de los hombres, es el mandato de la ley. Este mandato de la ley, estaba expresamente contemplado, en el caso peruano, por el artículo 127 de la Constitución Política de 1979, y como hemos señalado anteriormente, se puede basar en su naturaleza, condición o ubicación.

Sobre este particular, Manuel de la Puente y Lavalle[68] advierte el problema, recordando que el artículo 822 del Código Civil de 1936 establecía que son del Estado los bienes de uso público, agregando en su artículo 823 que los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles.

Señala que por razones que según la Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora no son fáciles de explicar, el Código Civil vigente ha suprimido toda referencia a los bienes del Estado, de tal manera que no menciona los bienes de uso público ni, consecuentemente, prohíbe su enajenación.

---

62 Planiol, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, p. 348.

63 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 45.

64 Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.*, tomo V, p. 51.

65 Demolombe, C. *Cours de Code Napoléon*. París: Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires, 1870, tomo XXIV, p. 302.

66 Colin, Henri y Ambroise Capitant. *Tours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, p. 294.

67 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. I, tomo II, p. 88.

68 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 43 y 44.

Sin embargo —anota—, el artículo 73 de la Constitución Política de 1993 establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, agregando que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

En criterio compartido por nosotros, De la Puente señala que este artículo puede ser entendido, a falta de mejor explicación, de igual manera que lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política de 1979, según el cual los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados; de lo que resultaría que de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución Política de 1993, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, pero su uso puede ser concedido a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Respecto a esta causa de extracción de la comerciabilidad de un bien, la doctrina se ha pronunciado en numerosas oportunidades. Es el caso de muchos tratadistas franceses y españoles del siglo XIX o comienzos del siglo XX, que señalaban dentro de los bienes que estaban fuera del comercio de los hombres por disposición expresa de la ley (inclusive en la Ley de Partidas se establecía esta prohibición), como dice Planiol,[69] a «ciertos productos u objetos peligrosos, cuyo tráfico está prohibido o estrechamente vigilado: substancias venenosas (Ley del 19 de Julio de 1845); animales atacados de enfermedades contagiosas (Ley del 21 de Julio de 1881, artículo 13, etc. […]». Demante y Colmet de Santerre,[70] incluso, llegan a comprender dentro de estos bienes prohibidos en la Francia de la primera mitad del siglo XX a los granos verdes; pero no es del caso seguir citando estos ejemplos, la mayoría de los cuales han pasado a ser historia.

Debemos establecer qué bienes se mantienen en el Perú como fuera del comercio de los hombres.

Los supuestos que sí nos parece resultarían dentro de aquellos bienes que están fuera del comercio de los hombres, son, en primer lugar, el contemplado en el artículo 1405 del Código Civil Peruano, relativo a la prohibición de los pactos sucesorios, es decir, «el contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora». Pero, como veremos más adelante, esta prohibición sólo resulta relativa, ya que se refiere a esta modalidad de contratación y en determinadas circunstancias, ya que en otras, dichos bienes pueden ser enajenados por su propio dueño, o ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones surgidas de cualquier otro contrato.

---

69 Planiol, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, p. 345.

70 Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.*, tomo V, p. 51.

En igual condición están y similares comentarios haríamos acerca de los bienes comprendidos dentro de los contratos prohibidos por el artículo 1406 del Código Civil Peruano relativos a la disposición «sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro».

Los dos casos anteriores, nos hacen pensar que la situación de extracomerciabilidad de un bien o de varios bienes, puede ser absoluta o relativa. Para ello, vamos a tomar la opinión de Baudry-Lacantinerie, quien hace una excelente apreciación al respecto. Baudry-Lacantinerie sostiene[71] que «No hay sino un muy pequeño número de cosas que están de una manera absoluta fuera del comercio y que no pueden con este título constituir el objeto de ninguna convención. Muchas cosas, por el contrario, están fuera del comercio de una manera relativa».

Es la situación en la que se hallan determinados bienes la que los hace estar dentro o fuera del comercio de los hombres, pero sólo de un modo temporal, y nosotros agregaríamos, que inclusive, dentro de ese tiempo en el cual dichos bienes están fuera del comercio de los hombres, lo están con respecto sólo de ciertos actos o contratos (como los señalados anteriormente, pero no respecto de otros, de los que pueden constituirse en objeto de prestaciones obligacionales).

De lo antes señalado, podríamos concluir que en lo que respecta a los bienes sobre los que pesa una disposición legal que impide su comercio, nunca esta prohibición llega a límites tales que lo impida del todo y para siempre, vale decir, que cualquier prohibición en este sentido, y por las razones antes expuestas, es relativa. En términos generales, el bien en sí mismo no está fuera del comercio, sino que la ley lo pone fuera en razón de las personas.

Respecto de los bienes públicos, cuyo uso es de todos, es decir, los contemplados por el artículo 73 de la Constitución Política del Perú de 1993, tenemos serias reservas en lo referente a un supuesto carácter de absoluta extracomerciabilidad.

En principio, la prohibición de la Constitución Peruana para el establecimiento de cualquier derecho privado sobre los mismos parecería muy clara y tajante, pero no lo es tanto.

Resulta evidente que sobre los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no se pueden realizar actos de disposición (como la compraventa de los mismos entre particulares —ya que sí pueden ser transferidos por el Estado a éstos—), o de afectación en garantía (como constituir garantía mobiliaria sobre ellos, pignorarlos o hipotecarlos, según cada caso; o, inclusive, embargarlos). Pero existen determinados actos o contratos que sí pueden celebrar los particulares con el Estado, en los cuales dichos bienes constituyan el objeto de la prestación de una o varias de las obligaciones sur-

[71] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 44.

gidas de aquéllos. Es el caso de los frecuentes contratos de concesión celebrados entre las municipalidades y los particulares, a fin de que éstos se establezcan durante un tiempo determinado en una plaza o lugar públicos para instalar quioscos de venta de refrescos, o de diarios y revistas, o inclusive, para la realización de las diversas ferias escolares que se realizan en muchos distritos de Lima durante los meses de marzo y abril de cada año. También es el caso de los campos feriales, en donde se han agrupado a antiguos vendedores ambulantes del centro de la ciudad de Lima.

En apoyo de la tesis antes esbozada, citaremos a Baudry-Lacantinerie y a Lafaille.[72]

Baudry-Lacantinerie señala que:

> La mayoría de las cosas que tienen un destino de utilidad pública se prestan a ciertas convenciones. De este modo la administración autoriza, mediando una renta anual, el establecimiento sobre la orilla del mar de construcciones temporales, principalmente cabinas destinadas a los bañistas. Igualmente un particular puede ser autorizado a establecer un túnel o un acueducto bajo una ruta nacional. Estas diversas concesiones tienen un carácter precario respecto del concedente, pero la jurisprudencia las considera como constitutivas de verdaderos derechos respecto de terceros.

De otro lado, Lafaille sostiene que:

> No cabe prescindir, a pesar de ello, de un texto tan categórico como el del artículo 1501 (del Código Civil Argentino), que permite dar en arrendamiento los bienes del dominio público, aunque con restricciones explicables, que por otra parte se consignan dentro de la nota. Reservándonos tratar más directamente el tema al considerar la mencionada figura, no debemos atribuir mayor importancia a un precepto aislado, como que no sea una de las tantas incursiones del Código en el orden administrativo, lo cual no es tan criticable cuando se contemplan las circunstancias en que se promulgó aquella ley, las peculiaridades del régimen jurídico vigente y la falta de un ordenamiento adecuado para tan vasta perspectiva, deficiencia de que padecemos hasta el día.

Sólo cabría preguntarnos si es que realmente existen bienes que estén fuera del comercio de manera absoluta en razón de su naturaleza. Podríamos pensar, ya citando un ejemplo extremo, que hay bienes —como es el caso del aire— que no forman parte del comercio de los hombres, pero como se industrializa y comercializa aire comprimido para uso humano, esta excepción destruye la regla que aparentemente quedaba en pie. Y así, como hasta el aire puede ser comercializado (y lo es, en efecto),

[72] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, pp. 44 y 45; Lafaille, Héctor. *Derecho Civil*, vol. I, tomo VIII, p. 190.

no imaginamos ningún bien que por su naturaleza pueda dejar de estar dentro del comercio de los hombres.

En este punto, algunas personas podrían preguntarse acerca de cómo quedarían aquellos bienes que están aparentemente fuera del alcance de los hombres, como es el caso de las piedras de otros planetas, o bienes de similar condición. En realidad, si nos referimos a este tipo de bienes, sólo podríamos decir que son bienes aquellos sobre los cuales el hombre ha hecho apropiación (léase de los planetas ya explorados por el ser humano y de los cuales se han extraído muestras), mas no de aquellos planetas a los cuales el hombre no ha llegado ni directa ni indirectamente (a través de satélites exploradores). Y respecto de las muestras obtenidas de dichos planetas o satélites, en especial de la Luna, si bien no se encuentran dentro del comercio de los hombres, es por efecto de las disposiciones legales de los Estados Unidos de América, y no por la naturaleza de las piedras o muestras mismas.

Por último, debemos decir que también se considerarán dentro del comercio aquellos bienes que aún no existan, que reúnan todas las características antes mencionadas, pero que, dentro de los términos que serán analizados por nosotros cuando veamos el tema del contrato de compraventa sobre bienes futuros, sean susceptibles de existir.

Consideramos que esto es lo que podríamos decir sobre un tema que abre muchas perspectivas de investigación, pero que sin embargo, no intentamos agotar en este trabajo.

En conclusión, los bienes, sean éstos aparentemente de la condición que sean, no puede hablarse que estén absolutamente fuera del comercio de los hombres, ya que cualquier restricción o prohibición, al fin de cuentas, resulta relativa, a menos que la ley exprese firmemente y de manera explícita que no se puede celebrar indefinidamente ningún acto o contrato sobre determinados bienes. Pero aun así, si bien esta prohibición resultaría aparentemente definitiva y del todo amplia, no lo sería necesariamente en el ámbito temporal, ya que con otra ley similar se podría levantar dicha prohibición.

Con todo lo expuesto, consideramos queda bastante mellada la clasificación de los bienes que los divide en aquéllos que están dentro y los que están fuera del comercio de los particulares.

En las páginas siguientes analizaremos lo relativo a la tercera característica que debe reunir un bien para ser objeto de una prestación contractual: la posibilidad.

La doctrina nacional se pronuncia de manera unánime en torno a este requisito.[73]

[73] A este respecto pueden consultarse las opiniones de De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 206), Arias-Schreiber (Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 40), la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 (Comisión Revisora

Fuera del caso del patrimonio familiar, de que trata Héctor Cornejo Chávez,[74] la única causa por la cual un bien no puede ser comercializado en el Perú, es porque la ley haya prescrito en ese sentido, tal como hace referencia el artículo 1532 del Código Civil de 1984.

Nuestro Código en dicha norma, al expresar que no pueden venderse los bienes cuya enajenación esté prohibida por la ley, está dejando escapar al grueso de los bienes que no pueden formar parte de un contrato de esta naturaleza. Nos referimos a los bienes del dominio público, aquéllos cuyo uso es de todos y que están regulados por la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 73. Estos son, por esencia —en lo que respecta al contrato de compraventa—, bienes fuera del comercio, con las salvedades y precisiones que hiciéramos cuando analizamos el particular en lo referente al bien materia de los contratos en general.

Respecto del requisito de la comerciabilidad, éste es desde antaño, tema de comentario de numerosos tratadistas extranjeros. Algunos de ellos, hacen mención a las dos clases de bienes que resultan inenajenables, es decir, los que están fuera del comercio de los hombres por ser bienes públicos, y los que lo están en virtud de una prohibición legal expresa. Otros, solamente hacen mención de aquéllos que lo están en virtud de la ley. Resulta interesante (en algunos casos como supuestos que ya pertenecen a la historia del tema) apreciar las opiniones de tratadistas de diversos países, especialmente de Francia y España, comentando las leyes y prohibiciones vigentes en sus respectivos territorios y épocas.[75]

En ocasión anterior[76] efectuamos un estudio, meramente enunciativo, de los casos que a la fecha de culminación de esa obra (septiembre de 1992) eran los más importantes supuestos de prohibición o restricción a la venta o comercio de bienes en el Derecho Peruano.

En el presente trabajo no vamos a realizar algo similar, fundamentalmente debido a que sería imposible efectuar una enumeración completa de dichas hipótesis restrictivas o prohibitivas; además de que la normatividad al respecto cambia con mucha

---

del Codigo Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 5) y León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 6).

[74] Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Librería Studium, 1983, Octava Edición, tomo III, p. 287.

[75] Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.*, tomo IV, p. 353; Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 352; Planiol, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, p. 467; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo X, p. 28; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français.* tomo II, p. 425; Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 8 y 9; Fernández Elías, Clemente. *Op. cit.*, tomo II, pp. 255 y 256; Falcón, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, p. 199; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XIX, pp. 68 y 69.

[76] Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, pp. 127-142.

frecuencia, situación que haría que nuestras apreciaciones perdieran vigencia con excesiva rapidez.

Por otra parte, ello devendría en inútil, ya que ante un caso concreto de duda, el interesado podría conocer fácilmente la respuesta en virtud de la utilización de los modernos auxilios informáticos con que en la actualidad se cuenta en el mundo del Derecho.

Podríamos resumir todo ello, reiterando la famosa frase de Baudry-Lacantinerie, quien decía, en su Tratado de Derecho Civil, que la regla general es que una cosa puede ser vendida; la excepción, que ella no puede serlo; por lo que agregaba, que para que la venta de una cosa sea posible, no es necesario que un texto de ley lo permita, basta que ninguna ley lo prohíba.

Por consiguiente, no podrán ser vendidos todos los bienes cuya enajenación la ley prohíba de manera expresa. Y aquellos para los cuales la ley establezca procedimientos especiales para su venta, deberán seguir dicho procedimiento.

Idoneidad del artículo 1532

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Resulta reiterativa la disposición general (aplicable a todo contrato) contenida en el artículo 140 del Código Civil, además de las normas referidas al objeto del contrato.

> Artículo 1533.- «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

Fuentes nacionales del artículo 1533

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, trató sobre el particular en su artículo 11:

> Artículo 11.- «Si al tiempo de entregarse la cosa, estuviere enteramente destruida, no vale la venta.— Si ecsistiese alguna parte, se procederá sobre ella á un nuevo contrato, si los interesados lo tuvieren por conveniente».

En tanto el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, lo hizo en el artículo 1019:

> Artículo 1019.- «Si en el momento de venderse la cosa perece toda ella, la venta será nula: pero si no perece más que una parte, el comprador tiene la elección de apartarse del contrato, o de pedir la parte que existe, haciéndola tasar».

El Código Civil de 1852, en el artículo 1325:

> Artículo 1325.- «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta.— Si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho á retractarse del contrato ó á una rebaja, por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó al todo».

El Proyecto de Código Civil de 1890, señalaba en su artículo 1695, lo siguiente:

> Artículo 1695.- «Cuando se descubre que la cosa vendida estaba destruida en parte el día de la venta, es libre el comprador para retractarse del contrato, ó para exigir por el menoscabo rebaja del precio, en proporción al que se fijó por el todo».

De otro lado, podemos mencionar que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el particular en su artículo 1325:

> Artículo 1325.- «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta. Si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho á retractarse del contrato ó á una rebaja, por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó al todo».

En tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el numeral 383:

> Artículo 383.- «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta.— Si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó al todo».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1379:

> Artículo 1379.- «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó por el todo».

Y el Código Civil de 1936, en el artículo 1390:

> Artículo 1379.- «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcionada al precio que se fijó por el todo».

Ya dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, tocaba el punto en el artículo 7:

> Artículo 7.- «Si el bien que se consideró como existente hubiera dejado de existir al celebrarse la compraventa, no hay contrato.— Si sólo una parte del bien hubiera dejado de existir, el comprador puede optar entre dejar sin efecto el contrato o reclamar la parte que continúe existiendo, reduciéndose el precio en la proporción que tuviera esta parte con la cosa o el derecho entero».

Mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en el artículo 1563:

> Artículo 1563.- «Si el bien que se consideró como existente hubiera dejado de existir al celebrarse la compraventa, no hay contrato.— Si sólo una parte del bien hubiera dejado de existir, el comprador puede optar entre dejar sin efecto el contrato o reclamar la parte que continúe existiendo, reduciéndose el precio en la proporción que tuviera esta parte con la cosa o el derecho entero».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1496:

> Artículo 1496.- «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

Análisis

1. Los bienes pasados, presentes y futuros. Precisiones necesarias

Aunque el tema de la contratación sobre bienes futuros y el contrato de compraventa sobre dichos bienes será analizado posteriormente, creemos necesario anticipar que uno de los puntos que por lo general se obvia cuando se trata acerca de los bienes en cualquier legislación civil, es aquél relativo a los bienes según su presencia en el tiempo, lo que podría llevarnos a efectuar una clasificación de los mismos en pasados, presentes y futuros.

Tampoco tratan los autores acerca de la existencia de los bienes, ni de si los conceptos de existente y presente equivalen o no entre sí, razones por las cuales, nosotros incursionaremos en este campo.

El tema de los contratos sobre bienes futuros está presente desde el Derecho Romano. Según lo señalado por Arangio Ruiz[1] y Alfredo Calonge,[2] el Derecho Romano, tal como podemos apreciar en el Digesto, recoge dos supuestos que, aunque se discute su rigidez y fidelidad históricas, se han mantenido casi inalterables con el paso de los siglos:

a) El primero de ellos es la compraventa de cosa futura, propiamente dicha, denominada *emptio rei speratae*. Este contrato se caracteriza porque su eficacia depende del evento consistente en que la cosa venga a ser y de la medida en que esto suceda, vale decir, que es un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.
b) El segundo es la denominada *emptio spei*, conocida comúnmente como compraventa de esperanza incierta. En este contrato, se discute si el objeto es la cosa futura, o las probabilidades que se presentan respecto al sí y al cuánto de su producción. Según Alfredo Calonge es el germen de los contratos aleatorios.

Esta división es, sin lugar a dudas, la que ha llegado a nuestros derechos civiles nacionales. Específicamente, la influencia ha pasado a través del Código Civil Fran-

---

1 Ruiz, Arangio. *La compraventa en Derecho Romano*.

2 Calonge, Alfredo. *La compraventa civil de cosa futura desde Roma a la doctrina europea actual*. Salamanca: Talleres Gráficos, Imprenta Núñez, 1963.

cés, el mismo que señala, en su artículo 1130, que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

El Código Francés, sin embargo, no contenía ninguna norma específica en el Título relativo al contrato de compraventa, respecto de los bienes futuros. No obstante, la casi totalidad de la doctrina de ese país, específicamente la escuela exegética del Código Napoléon —al tratar acerca del bien futuro como susceptible de ser objeto de las obligaciones— menciona, con insistencia, los supuestos de la *emptio rei speratae* y *emptio spei* del Derecho Romano.

Esto lo podemos advertir al revisar los compendios de jurisprudencia Dalloz y los Códigos anotados de la misma casa editorial, correspondientes a los primeros cincuenta años de vigencia del Código Francés.

Pero en realidad el interés demostrado por la escuela exegética respecto del tema de los contratos sobre bienes futuros, es escaso. Resulta sorprendente ver como autores de la talla de Baudry-Lacantinerie, en su «Tratado de Derecho Civil Francés», obra cumbre del Derecho, sólo dedica unas líneas sobre el particular; como Jacques de Maleville,[3] uno de los primeros comentaristas del Código (su obra data de 1822) a la vez que co-autor del mismo, nada dice al respecto; y más aún, que en la propia comisión que elaboró el Código Civil Francés, al aprobar el mencionado artículo 1130, no se haya siquiera discutido un ápice el particular, como consta en las actas de las respectivas sesiones de los años 1803 y 1804. Mourlon, Duranton, Marcadé, Colmet de Santerre, Guillouard, Foignet, Laurent, Huc, Mazeaud, Josserand, Planiol y Ripert y otros autores, tampoco son más explícitos al respecto.

Lo que se venía produciendo —desde el Derecho Romano— era una constante reiteración de conceptos que, asumidos como válidos, eran pasados por alto, sin mayor discusión.

Sin embargo, existen algunas valiosas excepciones. Es el caso de Troplong, quien en su «Tratado de Derecho Civil», de 1856, efectúa comentarios realmente interesantes al respecto.

Haciendo igualmente un análisis superficial, vemos en el Código Civil Peruano, que cuando se trata en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Primera, Contratos en general, Título III, Objeto del contrato, artículo 1409, acerca de la prestación materia de la obligación creada por el contrato, se señala en el inciso segundo de este artículo, que ella puede versar sobre «bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley».

Adicionalmente, en el mencionado Título III, el artículo 1410 señala que:

[3] De Mallevile, Jacques. *Op. cit.*

> Artículo 1410.- «Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley».

Como hemos podido apreciar de una revisión de las normas que acerca de los contratos sobre bienes futuros contienen diversos Códigos nacionales y extranjeros, el Código Civil Peruano de 1984 no es el único ni el primero en dar al tema una regulación específica en el título relativo a la Parte General de Contratos. Dentro de la línea de nuestro Código se inscriben el Francés, el Belga, el Boliviano de 1831, el Peruano de 1852, el Italiano de 1865, el Uruguayo, el Argentino, el Colombiano, el Venezolano de 1880, el Ecuatoriano, el Español, el Nicaragüense de 1903, el Hondureño, el Panameño de 1917, el Proyecto de Reforma Argentino de 1936, el Italiano de 1942, el Anteproyecto Ossorio de 1943, el Guatemalteco de 1973 y el Paraguayo de 1987, entre otros.

Pero si bien es cierto que existe una tendencia legislativa a comprender, casi unánimemente, a los bienes futuros como susceptibles de ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales, también lo es que casi la totalidad de la atención de la doctrina acerca de la contratación sobre bienes futuros, se centra en lo relativo al contrato de compraventa de bien futuro y al llamado contrato de compraventa de esperanza incierta.

Sin embargo, como podemos apreciar de la legislación a nuestro alcance, la contratación sobre bienes futuros tiene un ámbito mucho más amplio, y podríamos decir que se extiende a todos aquellos contratos susceptibles de contener por lo menos una obligación que consista en una prestación de dar un bien que tenga el carácter de futuro.

El Código Civil Peruano de 1984, siguiendo la línea de otros Códigos, delimita, aunque más claramente que muchos otros, en su artículo 1410, las dos modalidades básicas que puede revestir la contratación sobre bienes futuros, vale decir, los contratos conmutativos sobre bienes futuros, o sea, cuando el compromiso de entrega del bien queda subordinado a su existencia posterior; y los casos de contratos aleatorios, llamados sobre «esperanza incierta».

Este esquema se traduce íntegramente para el caso del contrato de compraventa.

En la Sección Segunda, Contratos nominados, del Título relativo al contrato de compraventa, en el Capítulo Segundo, referente al bien materia de la venta, se establece como norma general el artículo 1532, en el que se señala que:

> Artículo 1532.- «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Vale decir, que dentro de los tres requisitos que señala el Código para que un bien sea susceptible de constituir el objeto de la prestación en una compraventa, está el que exista o que sea susceptible de existir.

En este punto quisiéramos hacer una precisión. Como hemos señalado, es evidente que el Código Civil Peruano de 1984 intenta, en el Título relativo al contrato de compraventa, repetir el esquema ensayado cuando trata acerca del objeto materia de la prestación. En el artículo 1409, inciso 2, hace referencia a los bienes futuros, en contraposición a los bienes presentes (ya que en este caso, presente vendría a ser el antónimo de futuro, al no estar permitida la contratación —pues el contrato sería nulo por falta de objeto — en lo que respecta al contrato de compraventa tenemos el artículo 1533 sobre perecimiento parcial del bien vendido, sobre bienes que ya dejaron de existir, a los que —tomándonos una licencia— podríamos denominar como «pasados»), mientras que cuando trata acerca del bien materia de la venta hace alusión a los bienes existentes y a los bienes que puedan existir.

Vale decir, que de acuerdo al esquema que ha seguido el Código Civil Peruano, a los bienes «presentes» del objeto de la prestación, equivaldrían los bienes «existentes» del bien materia de la venta; y a los bienes «futuros» del objeto de la prestación, equivaldrían los bienes «que puedan existir» del bien materia de la venta. Por nuestra parte, agregamos a los bienes «pasados», vale decir, aquéllos que ya dejaron de existir y que no podrán existir más, porque lo que ha dejado de existir nunca podrá existir como tal, a pesar de que con su materia se pueda elaborar nuevamente uno similar.

Gráficamente, esto se expresaría de la siguiente forma:

- Pasado: que ha dejado de existir.
- Presente: existente.
- Futuro: que puede existir o que es susceptible de existir.

Recurriremos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, para tratar de esclarecer algunos de estos conceptos.

El término presente, significa, dentro de la acepción que nos interesa: «Dícese del tiempo en que actualmente está uno cuando refiere una cosa».[4]

Existente, es aquello «que existe», mientras que «existir» significa, «Tener una cosa ser real y verdadero. Tener vida. Haber, estar, hallarse».[5]

---

4 Real Academia de la Lengua. *Op. cit.,* tomo II, p. 1100.

5 *Ibidem,* tomo I, p. 669.

Futuro, es aquello «Que está por venir».[6]

De lo que se concluiría en que al bien «que pueda existir» podríamos darle el significado de «aquél que podría tener un ser real y verdadero; aquél que podría tener vida; o de aquél que podría haber, estar o hallarse».

Resumiendo, dentro del esquema del Código Civil Peruano, «pasado» sería el bien que ya dejó de existir, «presente» sería aquél «que existe», mientras que «futuro» sería aquél «que está por venir». Respecto del bien futuro debemos entender que probablemente el bien tenga existencia real actual, pero que jurídicamente hablando no la tiene.

2. Compraventa de un bien que ha perecido totalmente al momento de la celebración del contrato

El Código Civil Peruano no regula este supuesto, a diferencia de otros Códigos,[7] como el Argentino, que declara a dicho contrato sin efecto alguno, en su artículo 1328, norma concordante con el numeral 1172, ubicado en la Parte General de Contratos, el mismo que prescribe que:

> Artículo 1172.- «Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan, o hubieren dejado de existir; y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte».

Tal vez la razón fundamental que haya llevado al legislador peruano a no regular el particular, es que se entiende, por demás claramente, que un contrato en el cual el bien ha perecido, carece de objeto, ya que la prestación del vendedor se habrá tornado en imposible, por la inexistencia absoluta y perpetua del objeto de la misma (el

---

[6] *Ibidem,* tomo I, p. 669.

[7] Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el caso de la compraventa de un bien que ha perecido totalmente al momento de la celebración del contrato:
Código Civil Francés, Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Peruano de 1852, Proyecto de Código Civil de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Argentino, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Proyecto de Código Civil Colombiano, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987.

bien). Este criterio puede ser apreciado en la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984,[8] cuando señala que: «Si el íntegro del bien ha dejado de tener existencia al momento de la celebración del contrato, el mismo es nulo por cuanto el objeto de la prestación materia de la obligación surgida del contrato es físicamente imposible».

Como hemos podido apreciar de la relación de Códigos que regulan expresamente el caso de que el bien vendido haya perecido totalmente al momento de la celebración del contrato, podemos decir que todos ellos coinciden en que ese contrato no puede producir efecto alguno. Sin embargo, existen tres corrientes terminológicas en cuanto a dicha consecuencia, que podrían suscitar diversas interpretaciones que hagan perder uniformidad a la conclusión. Éstas son las siguientes:

a) La que opta por considerar que el contrato es nulo, iniciada por el Código Civil Francés y seguida por numerosos cuerpos legislativos.[9]
b) La que opta por considerar al contrato sin efecto alguno, iniciada por el Proyecto Bello.[10]
c) La que opta por señalar que no hay venta, iniciada por el Código Civil Peruano de 1852.[11]

Sin embargo, consideramos que para la legislación peruana, la solución al problema es clara, ya que en virtud de lo prescrito por el artículo 140 inciso 2 del Código Civil, este acto jurídico carecería de un objeto físicamente posible, situación que determina, conforme al artículo 219, inciso 3 del propio Código Civil, que dicho acto sea absolutamente nulo.

En tal sentido, la doctrina consultada tiene unánime parecer al considerar nulo este contrato.[12]

---

[8] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit*., p. 5.

[9] Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Argentino, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Costarricense de 1888, Proyecto Boissonade de 1890, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Boliviano de 1976.

[10] Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Chileno, Código Civil Colombiano, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Español, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Código Civil Mexicano de 1927, Código Civil Guatemalteco de 1973, Proyecto de Código Civil Colombiano.

[11] Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Venezolano de 1942.

[12] Así, pueden apreciarse las opiniones de García Goyena, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852, tomo III, p. 373; Demolombe, C. *Op. cit*., tomo XXIV, p. 297; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XVI, p. 105; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat, *Op. cit*., tomo XII, p. 297; tomo XIX, pp. 73, 74, 75; Foig-

3. Compraventa de un bien que ha perecido sólo parcialmente al momento de la celebración del contrato

Este supuesto, a diferencia del anterior, sí es regulado por el Código Civil Peruano de 1984. Como hemos dicho, está contenido en el artículo 1533, que a la letra, dice lo siguiente:

> Artículo 1533.- «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

En este sentido, el Código Civil Peruano sigue una tendencia mayoritaria de los Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica.[13]

Respecto de la solución que dan los Códigos consultados al supuesto en que sólo una parte del bien hubiese perecido, no existe unanimidad de criterio, pero sin embargo casi todos ellos dan a optar al comprador entre «abandonar», «apartarse», «rescindir», «desistir», «dejar sin efecto» o «resolver» el contrato y solicitar se le entre-

---

net, René. *Op. cit*., tomo II, p. 15; Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Op. cit*., primera parte, tomo X, p. 24; Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1921, tomo II, p. 369; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, p. 437; Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, p. 35; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit*., tomo IV, p. 370; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo IV, p. 104; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit*., parte III, vol. III, p. 110; León Barandiarán, José. *Op. cit*., tomo I, p. 6; De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit*., tomo VI, p. 206; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 188; Spota, Alberto G. *Op. cit*., vol. IV, pp. 95 y 96; y Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, tomo I, p. 150.

[13] Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el supuesto de que el bien vendido haya perecido sólo en parte, al momento de la celebración del contrato:

Código Civil Francés, Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Peruano de 1852, Proyecto de Código Civil de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Argentino, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Proyecto de Código Civil Colombiano.

gue la parte subsistente, con una reducción proporcional del precio de la misma o con un nuevo precio que resultaría de la tasación del bien.

Sin embargo, consideramos interesante establecer las corrientes legislativas que hemos esbozado en el párrafo anterior, por las consecuencias doctrinarias que conllevan:

3.1. Si el comprador opta por no quedarse con lo que queda del bien

3.1.1. Que abandone el contrato.
3.1.2. Que se aparte del contrato.
3.1.3. Que se retracte del contrato. Ésta es la posición del Código Peruano.
3.1.4. Que se desista del contrato.
3.1.5. Que deje sin efecto el contrato. Ésta es la posición del Código Argentino.
3.1.6. Que resuelva el contrato.

3.2. Si el comprador opta por seguir obligado al vendedor podrá solicitar la entrega del bien

3.2.1. Pagando el precio que resulta de la tasación que se hace del bien.
3.2.2. Pagando un precio reducido proporcionalmente.

3.3. Poniéndose de acuerdo las partes y comunicando tal acuerdo a los Tribunales[14]

4. Magnitud de la pérdida

Uno de los primeros problemas que nos plantea el tema bajo análisis y en especial el artículo 1533 del Código Civil Peruano de 1984, es el relativo a de qué magnitud

[14] Todas las soluciones legislativas a que hemos hecho referencia, se traducen en la práctica, de la siguiente manera:

1) Si el comprador opta por no quedarse con lo que queda del bien. En este caso, se dan las siguientes soluciones:

1.1) Que abandone el contrato.
Esta solución fue planteada legislativamente por primera vez en el Código Civil Francés y seguida por los siguientes Códigos:
Código Civil Belga, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937.

1.2) Que se aparte del contrato.
Esta solución, dada por primera vez (hasta donde tenemos conocimiento) por el Código Civil

debe ser la pérdida del bien para que el comprador pueda «retractarse» (término que analizaremos posteriormente) del contrato. El Código Peruano vigente, a nuestro entender, debió haber señalado algo acerca de la magnitud de dicha pérdida, para que pueda servir de elemento de juicio a las partes, en primer término, y a los magistrados, en segundo.

Boliviano de 1831, fue seguida por los siguientes Códigos Civiles:
Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Costarricense de 1888.

1.3) Que se retracte del contrato de compraventa.
Esta solución fue adoptada por primera vez por el Código Civil Peruano de 1852 y el Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, y seguida por los siguientes Códigos Civiles:
Código Civil Italiano de 1865, Proyecto Boissonade de 1890, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Peruano de 1984.

1.4) Que se desista del contrato.
Esta solución fue adoptada por primera vez por el Proyecto Bello y el Código Civil Chileno, y seguida por numerosos Códigos Civiles, entre los cuales se encuentran los siguientes:
Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Uruguayo, Código Civil Colombiano, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Español, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Guatemalteco de 1973, Proyecto de Código Civil Colombiano.

1.5) Que deje sin efecto el contrato.
Esta solución es adoptada por el Código Civil Argentino y el Código Civil Nicaragüense de 1903.

1.6) Que resuelva el contrato.
Esta solución es adoptada por el Código Civil Boliviano de 1976.

2) Si el comprador opta por seguir obligado al vendedor podrá solicitar la entrega del bien:

2.1) Pagando el precio que resulte de la tasación que se efectúe al bien.
Esta solución es adoptada por primera vez por el Código Civil Francés y seguida por los siguientes Códigos Civiles:
Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Uruguayo, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Proyecto de Código Civil Colombiano.

2.2) Pagando un precio reducido proporcionalmente.
Esta solución, también mayoritaria, fue adoptada por primera vez por el Código Civil Peruano de 1852 y por el Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, y seguida por los siguientes Códigos Civiles:
Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Argentino, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Código Civil del Estado Libre Asociado

Como hemos podido comprobar, una corriente legislativa acertada es la que planteó el Proyecto Bello, en el sentido de considerar expresamente que el comprador sólo podrá apartarse del contrato si la parte perecida es considerable.[15]

5. Posiciones de la doctrina

Debemos anotar que respecto a este tema las opiniones están divididas en la doctrina consultada. En adelante, las corrientes más representativas al respecto:

5.1. La pérdida debe ser de la mayor parte del bien o de una parte considerable del mismo

Este criterio es compartido por Rogron,[16] Colin y Capitant,[17] Enneccerus[18] y Spota.[19]

5.2. Basta que la pérdida recaiga sobre una parte del bien

Son de esta opinión, entre otros, García Goyena[20] y Aubry y Rau.[21]

5.3. Debe apreciarse la intención de las partes contratantes

Este criterio fue esgrimido por Demolombe.[22]

---

de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Peruano de 1984.

Cabe señalar que el Código Civil Boliviano de 1976 y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987 señalan que el precio que deberá abonar el comprador optante de esta alternativa será uno reducido, sin especificar que esa reducción será proporcional.

2.3) Poniéndose de acuerdo las partes y comunicando tal acuerdo a los Tribunales.

Esta solución es adoptada solamente por el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943.

15 Los Códigos Civiles que consideran expresamente que el comprador sólo podrá apartarse del contrato si la parte perecida es considerable son los siguientes:

Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Colombiano, Código Civil Ecuatoriano, Proyecto de Código Civil Colombiano.

16 Rogron, J.A. Citado por García Goyena, Florencio. *Op. cit*., tomo III, p. 373.

17 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français,* tomo II, p. 437.

18 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. I, tomo II, p. 157.

19 Spota, Alberto G. *Op. cit*., vol. IV, p. 96.

20 García Goyena, Florencio. *Op. cit*., tomo III, p. 373.

21 Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit*., tomo II, p. 335.

22 Demolombe, C. *Op. cit*., tomo XXIV, p. 297.

5.4. Debe verse cada caso concreto

Si bien resultará necesario que la pérdida no sea insignificante, también lo será que, de acuerdo al contenido integral del contrato celebrado se deduzca que la parte perdida era realmente necesaria o de fundamental interés para los fines que buscaba el comprador al momento de la celebración del contrato. En tal sentido podremos estar frente a las más diversas situaciones, ya que una pérdida de porcentaje minoritario podría ser fundamental, como en el caso del corte de tela adquirido por el comprador para hacerse un terno; o que un porcentaje mayor pueda o no resultar de fundamental interés, como en el caso de un embarque de 10,000 toneladas de trigo, de las que se pierda el 15%. Todo esto deberá ser apreciado por el juez, en razón del acto jurídico celebrado, considerándolo integralmente. Creemos que establecer una regla específica (con porcentajes, por ejemplo) sobre el particular resultaría en extremo peligroso.

6. Criterios de valoración de la parte subsistente del bien

Otro de los temas que debate la doctrina al tratar el punto materia de análisis, es el relativo a en base a qué criterios es que se debe hacer (cuando el comprador decide conservar la eficacia de la relación jurídica) la valorización de aquello que debe pagar como contraprestación por el bien que ha sufrido un menoscabo, pero que a pesar de ello desea recibir.

7. Posiciones de la doctrina

A este respecto, como hemos visto, las legislaciones que expresamente abordan el tema, sólo adoptan dos posiciones que en nada ayudan a nuestro análisis. La primera, que sostiene que el comprador debe pagar el precio que resulta de la tasación que se hace del bien y la segunda, que establece que debe pagarse un precio reducido proporcionalmente.

Por ello, resulta natural que la doctrina también plantee algunas posiciones disímiles al respecto, ya que pocas veces se ha tratado de precisar la materia.

Hemos hallado hasta tres posiciones sobre el particular:

7.1. El precio se reduce en relación a la parte del bien que se perdió

Esta posición es sostenida, entre otros, por Luis María Rezzónico y Ernesto Clemente Wayar.[23]

[23] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 189 y 190.

7.2. Debe efectuarse una justa tasación del bien

El presente criterio es planteado por Baudry-Lacantinerie y Saignat[24] y Barros Errázuriz.[25]

7.3. La reducción del precio debe tener estricta relación con la integridad del bien, sin considerar el valor de la parte subsistente

Sobre el particular debemos decir que ésta constituye la posición mayoritaria en doctrina.

En tal sentido se manifiestan Aubry y Rau,[26] Machado[27] y Planiol y Ripert.[28]

Pero de todas las opiniones de autores que abonan esta tesis, es de resaltar la de Manuel de la Puente,[29] quien sostiene que para la reducción del precio debe distribuirse el precio pactado entre la parte perecida y la conservada, quedando siempre vigente el contrato celebrado entre las partes.

Esta opinión es ratificada por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984,[30] cuando señala lo siguiente:

> Es conveniente aclarar que la proporción a que se refiere el párrafo final del artículo, es un porcentaje que no necesariamente tiene que corresponder a la parte material del bien no perdida. Es decir, si el 50% se ha perdido, eso no significa que el precio deba ser reducido también en un 50%, por cuanto podría ocurrir que la parte perdida sea la menos (o la más) valiosa.

Reiteramos nuestra opinión en el sentido en que la posición asumida por De la Puente y recogida por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 es la más acertada.

8. Naturaleza jurídica

Por último, nos resta analizar cuál es la naturaleza jurídica de un contrato de compraventa celebrado sobre un bien que ya ha perecido en parte.

---

[24] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 351; y Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XIX, p. 76.

[25] Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 369 y 370.

[26] Aubry, C. y C. Rau, *Op. cit.*, tomo IV, p. 335.

[27] Machado, José Olegario. *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1889, tomo IV, p. 14.

[28] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo X, p. 24.

[29] De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 206.

[30] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 6.

Hemos podido comprobar que antes de la promulgación del Código Civil Francés se consideraba a este contrato como nulo en cuanto a la parte perecida y válido en cuanto a la parte conservada del mismo, tal como lo expresaban Demogue[31] y Baudry-Lacantinerie y Saignat.[32]

Como se recuerda, el artículo 1533 del Código Civil Peruano establece que en el contrato de compraventa de un bien parcialmente pasado, el comprador puede «retractarse del contrato».

Como vimos anteriormente, los Códigos Civiles consultados para efectos de denominar esta posibilidad que se concede al comprador afectado, utilizan diversos términos. Algunos señalan «abandonar el contrato»; otros, «que deje sin efecto el contrato»; otros, «que resuelva el contrato»; y, por último, un grupo señala «que se retracte del contrato», dentro de los que se encuentra el Código Civil Peruano de 1984 y su artículo 1533, bajo comentario.

De todas las opciones señaladas, la única que establece con propiedad la acción a que tiene derecho el comprador es el Código Civil Boliviano de 1976, justamente el que hace mención a la resolución del contrato, mas sin embargo, esta solución la consideramos carente de técnica, ya que para que se pueda resolver un contrato, el vicio que lo afecte debe haberse producido con posterioridad al momento de la celebración del mismo. Y éste no es el caso.

En la Exposición de Motivos Oficial de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano vigente se señala,[33] respecto del artículo 1533, que los términos «retractarse del contrato» y «rescindir el contrato» resultan equivalentes. Esto se precisa del siguiente modo:

Finalmente, queda por establecer la naturaleza jurídica de la retractación a que alude este artículo. No se trata de un caso de nulidad ni de anulabilidad, ya que el contrato no padece de ninguna causal que se pueda incluir dentro de los alcances de los artículos 219 y 221 del Código Civil. Tampoco puede ser entendido como caso de resolución, pues no se está ante una causal sobreviniente a la celebración del contrato, ya que tiene su origen en una causa más bien previa a la celebración del mismo y sus efectos, por consiguiente, sí son retroactivos al momento de la formación de éste.

Por lo tanto, se puede concluir que tiene causas y efectos similares a los de la rescisión, aun cuando el legislador haya preferido denominarla «retractación».

---

31 Demogue, René. *Traité des Obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau et Cie., 1923, tomo II, p. 551.

32 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XIX, p. 76.

33 Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 6.

Consideramos que efectivamente, en lo que se pensó al redactar la norma del artículo 1533 fue, en que tal contrato era rescindible, pero también creemos que dicha solución es antitécnica, ya que la que corresponde en casos similares es la acción de anulabilidad del acto jurídico celebrado, por causal de error o dolo, según corresponda. Al haberse señalado la retractación, resulta evidente que se quiere referir el Código a alguna acción distinta a la de anulabilidad antes mencionada, ya que por regla general, en materia de contratos, cuando el acto resulta anulable, el Código Peruano no menciona acción alguna. Todo lo contrario ocurre cuando lo que quiere establecer es una acción distinta, como es el caso de la resolución o de la rescisión. Sin embargo en este caso, pensamos, al igual que en el de la compraventa de bienes total o parcialmente ajenos (artículos 1539, 1540 y 1541), que el Código yerra al contemplar para los mismos la acción de rescisión, en vez de la de anulabilidad del acto celebrado o —lo que resultaría equivalente— guardar silencio al respecto.[34]

9. Venta de un conjunto de bienes, alguno(s) de los cuales ha(n) perecido

Para finalizar el análisis del artículo 1533 del Código Civil Peruano de 1984, debemos señalar que podría entenderse comprendido dentro de sus alcances el supuesto de cuando se venden varios bienes en un solo contrato, señalando un precio general para dicha venta, y, al momento de la celebración del contrato, alguno o algunos de ellos hubiesen perecido.

Lo que buscamos saber es si resulta aplicable la opción otorgada al comprador para que demande la rescisión de dicho contrato o la reducción del precio convenido.[35]

10. Posiciones de la doctrina y la legislación

Respecto al problema expuesto hemos encontrado, básicamente, dos soluciones doctrinarias, las mismas que pasamos a describir a continuación:

---

[34] Véanse también nuestros anteriores trabajos (Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, especialmente las pp. 172-181 y Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, pp. 178-191).

[35] Sobre este particular, resultan interesantes las expresiones de Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 191) y Spota (Spota, Alberto G. *Op. cit.*, vol. IV, p. 96).

10.1. El contrato es rescindible porque el precio global confiere una unidad al objeto del acto

Este criterio es sostenido por Baudry-Lacantinerie y Saignat, Salvat, Borda y Rezzónico.[36]

10.2. Debe apreciarse la intención de los contratantes, lo que equivale a decir que se estará a un adecuado arbitrio judicial

Esta segunda posición, planteada, entre otros autores, por Aubry y Rau[37] y Planiol y Ripert,[38] considera que en realidad da lo mismo si se trata de una venta que recae sobre muchos objetos, de los cuales unos han perecido, si los unos no hubiesen sido comprados sin los otros.

Esto equivale a decir —en buena cuenta— que habrá que apreciar en cada caso concreto la intención de los contratantes.

Sobre este particular, Wayar[39] utiliza un ejemplo bastante ilustrativo, el mismo que reproducimos a continuación:

> Así, cuando se venden 10 animales vacunos, 10 equinos y 10 porcinos por un precio total de $ 1'000,000 la operación es una sola, aunque en el contrato se especifique que por los vacunos se pagaron $ 500,000, por los equinos $ 400,000 y por los porcinos $ 100,000.
>
> En estos casos, ¿qué ocurre cuando al tiempo de cumplimiento los porcinos murieron? Pensamos que en ese supuesto queda constituida una pérdida que abre, a favor del comprador, la opción de rescindir el contrato o de exigir la entrega de los animales que aún quedan, pagando un precio reducido. Siempre, claro está, habrá que tener en cuenta si el derecho del comprador no se ejerce abusivamente, pues, en tal caso, su pretensión no podría prosperar.
>
> La solución que proponemos es una consecuencia de considerar esa operación como venta única, funcionando lo dispuesto en el artículo 1328 del Código Civil. En cambio, si se considerara que en esa operación hay tres compraventas, la pérdida de los porcinos no autorizaría al comprador a optar, pues debe estimarse que la venta de esos animales quedó sin efecto (por falta de objeto), pero que las otras dos eran plenamente válidas, pues a ellas no les afecta lo anterior.

---

36 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, p. 82.

37 Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.*, tomo IV, p. 335.

38 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo X, p. 25.

39 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 191 y 192.

Determinar cuándo una operación de varias cosas constituye una sola venta o, si por el contrario, se trata de varias ventas acumuladas o sumadas, es una cuestión de hecho que debe ser resuelta, llegado el caso, por el Juez.

Idoneidad del artículo 1533

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Pensamos que resulta suficiente con las normas referidas a la Teoría General del Acto Jurídico, en especial las causales atinentes a la anulabilidad por error o dolo.[40]

---

[40] En nuestra obra «El bien materia del contrato de compraventa» (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa. Op. cit.*, p. 435), proponíamos modificar el artículo bajo tratamiento, de la manera siguiente:

Artículo 1533.- «*Si cuando se hizo la venta había perecido la totalidad del bien, el contrato es nulo. Si sólo había perecido una parte del mismo, y el comprador no tenía conocimiento de esta situación, podrá demandar la anulación del contrato* o solicitar una rebaja por el menoscabo, en proporción *del porcentaje que la parte destruida representaba respecto del precio que se fijó por el todo, si es que sin la parte perecida el comprador no hubiese celebrado el contrato*.

Esta norma también es de aplicación cuando se venda, en virtud de un solo contrato, un conjunto de bienes, parte de los cuales ha perecido y parte mantiene su existencia, siempre que sea distinguible el precio de los bienes perecidos y de los que continúan existiendo».

Como fundamento señalábamos que el supuesto en el cual la totalidad del bien hubiese desaparecido o dejado de existir, resulta fácil de solucionar, ya que acarreará la nulidad del contrato celebrado, por tratarse de un acto con objeto físicamente imposible, careciendo del requisito establecido por el artículo 140, inciso 2, del Código, situación que de acuerdo a lo previsto por el artículo 219, inciso 3, del mismo, acarrea la nulidad del acto. Este supuesto no está regulado en el Código de manera expresa, aunque su solución resulta fácil, en virtud de las normas citadas. Sin embargo, para completar la figura, tal como es tratada por la doctrina, habíamos optado por incluir este caso en nuestra propuesta de modificación legislativa.

El segundo supuesto, esta vez sí regulado por el Código, es el contemplado en el artículo 1533 del mismo, por el que se regula el contrato de compraventa de un bien que ha perecido sólo parcialmente al momento de la celebración del contrato.

La norma antes citada, a nuestro criterio, resultaba incompleta por los siguientes motivos:

- Porque no establece si el derecho del comprador para «retractarse» del contrato celebrado puede ser ejercido aun si hubiese conocido la real situación del bien al momento de la celebración del acto.
- Porque no establece qué debemos entender por dicha retractación.
- Porque no establece con precisión, cuál es el criterio para aplicar la rebaja del precio.
- Porque no establece qué características debe revestir la pérdida parcial para que el comprador esté habilitado a proceder en el sentido que se le faculta.

Considerábamos necesario explicitar que el comprador sólo tendría derecho a «retractarse» del contrato si desconocía la situación de pérdida parcial al momento de la celebración del acto; y si es que sin la parte perecida no lo hubiese celebrado.

De otro lado, creíamos, como fue señalado en su momento, que la retractación aludida por el artículo 1533 es un supuesto de rescisión, pero que más propiamente, y de acuerdo a la naturaleza de los hechos que pueden viciar el acto celebrado, la acción que correspondería aplicar sería la de anulabilidad del acto jurídico.

Y también considerábamos que si el comprador optara por mantener los efectos del contrato celebrado, y desease solicitar una reducción del precio pagado o a pagar, debería hacerse esta reducción en proporción del porcentaje que la parte destruida representaba respecto del precio que se fijó por el todo, criterio que nos parece el más acertado de los esgrimidos por la doctrina en tal sentido.

Por último, creíamos necesario incluir un precepto, en la segunda parte de nuestro artículo 1533, en el sentido en que la norma del mismo también es aplicable cuando se venda, en virtud de un solo contrato, un conjunto de bienes, parte de los cuales han perecido y parte de ellos mantienen su existencia, siempre que sea distinguible el precio de los objetos perecidos y de los que continúan existiendo.a

Compraventa conmutativa de bien futuro o *emptio rei speratae*

> Artículo 1534.- «En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia».

Fuentes nacionales del artículo 1534

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836.

El Código Civil de 1852, en cambio, si trató la materia en el artículo 1342:

> Artículo 1342.- «Puede así mismo venderse las cosas futuras, ántes de que existan en especies, como los frutos de una heredad ántes de ser cosechados, los animales por nacer, y cosas semejantes».

El Proyecto de Código Civil de 1890 señalaba en el artículo 1706, inciso 3°, que pueden ser vendidos «Los bienes futuros, como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer, y demás semejantes».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordó el tema en el artículo 1342:

> Artículo 1342.- «Puede así mismo venderse las cosas futuras, ántes de que existan en especies, como los frutos de una heredad ántes de ser cosechados, los animales por nacer, y cosas semejantes».

Mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 391:

> Artículo 391.- «Puede así mismo venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie; como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer y cosas semejantes».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el numeral 1384:

> Artículo 1384.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Y el Código Civil de 1936, en su artículo 1395:

> Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Ya dentro del Proceso de Reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató la materia en el artículo 8:

> Artículo 8.- «En la venta de un bien que los contratantes consideran como futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, lo hizo en su artículo 1564:

> Artículo 1564.- «En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el numeral 1497:

> Artículo 1497.- «En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia».

Análisis

1. Generalidades y precisiones necesarias

Como vimos oportunamente, el Código Civil Peruano de 1984 establece de manera expresa, dentro del Título III de la sección relativa a los contratos en general; es decir, en lo que respecta al objeto del contrato, en su artículo 1409, inciso 1, que el objeto de la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Vale decir, aparentemente, en el planteamiento inicial, el Código Peruano estaría considerando dos conceptos distintos: uno, el referido a los bienes futuros propiamente dichos; y otro, relativo a la esperanza incierta de que aquéllos existan. En otros

términos: el Código Civil Peruano de 1984 no estaría comprendiendo dentro del término «bienes futuros» a ambas categorías, sino exclusivamente a la primera de las citadas, consideraciones sobre las que trataremos más adelante.

Esta opinión es reforzada cuando damos lectura al artículo 1410 del mencionado Código, norma que nos dice que cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio. Agrega este artículo que si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley. Del artículo que acabamos de citar, también resulta apreciable, muy claramente, la distinción que el Código Peruano efectúa entre el concepto de «bienes futuros» y el de «la esperanza incierta de que existan dichos bienes futuros». Esto no equivale a decir que el Código considere los dos conceptos relativos a objetos distintos del contrato de compraventa. Ya que si efectuamos una lectura más detenida de ambos, podríamos llegar a una provisoria impresión (que más tarde nos encargaremos de señalar como definitiva) en el sentido en que el objeto de la prestación del vendedor en ambos contratos son los bienes futuros. El propio Código, al señalar que en un supuesto, dicho objeto son los bienes futuros, y en el otro, se refiere a la esperanza incierta de que existan dichos bienes futuros, está, implícitamente, admitiendo que en el segundo de ellos el objeto del contrato son dichos bienes futuros, y que lo que difiere del primero es la modalidad en que se ha contratado sobre ellos.

Otra de las distinciones que deseamos hacer en esta parte del capítulo es aquélla que considera a la *emptio rei speratae* como el contrato que versa sobre los bienes que se espera existan, y que la compraventa de la llamada *emptio spei* o esperanza incierta, es aquel contrato que versa sobre bienes sobre los cuales no se tiene la certeza de que existirán.

Nada más falso y erróneo, ya que cuando estamos frente a supuestos de bienes futuros, de bienes que no existen (no necesariamente en el aspecto físico, sino tal como han sido considerados para el contrato, como vimos anteriormente en este trabajo), nunca podremos tener la certeza, de que éstos existirán, es decir, de que llegarán a tener existencia, pues esta venida a existencia puede llegar a frustrarse por efectos de cualquier evento que esté o no en las manos del hombre.

Por tal motivo, es que creemos que ésta sería una razón más, y en tal sentido adelantamos opinión, para considerar que no se trata de supuestos diametralmente opuestos y más aún, de que éste sea uno de los factores de distinción de los mismos.

Como veremos posteriormente, lo que distingue a la primera, de la segunda de las modalidades de contratación sobre bienes futuros es, precisamente, el hecho de que en el primer caso estamos ante un contrato conmutativo, es decir, que sólo producirá

sus efectos cuando el bien llegue a tener existencia, lo que no implica que la llegue a tener (si no la tuviera, nunca producirá efectos, ya que nunca se habrá producido la condición suspensiva a la que está sujeto); y el segundo supuesto es uno de compraventa pura y simple, que surtirá sus efectos, llegue o no llegue a tener existencia el bien, caso, el de esta última modalidad, en el que tampoco se sabrá si es que el bien existirá o no. Consideramos que estos conceptos desarticulan aquellos de cosa esperada y esperanza incierta.

No obstante, y para distinguir ambas modalidades de contratación sobre bienes futuros, en algunas partes de este trabajo, denominamos el contrato aleatorio de compraventa de bienes futuros como «compraventa de esperanza incierta», por la fuerza de la costumbre, mas no por la del rigor jurídico.

Sin embargo, resulta necesario subrayar lo anotado por De la Puente,[1] quien manifiesta que es indispensable que en el contrato se exprese la inexistencia actual del bien y la posibilidad de que cobre existencia.

Recuerda las expresiones de Larroumet, quien considera que si al momento de celebrarse el contrato el comprador ignorara que el bien todavía no existía, habría lugar para admitir la nulidad del contrato por falta de objeto de la obligación del vendedor.

De la Puente piensa que en esta hipótesis el contrato, a semejanza de lo que ocurre en la venta de bien ajeno, sería rescindible sólo a solicitud del comprador debido al mayor riesgo que existe en adquirir el bien dada su futuridad, desde que es necesario contemplar la eventualidad de que el comprador pueda continuar interesado en la adquisición del bien aun cuando éste sea futuro.

Dentro de una perspectiva novedosa y muy interesante sobre el tema podríamos citar la opinión de María Isabel Vásquez Villacorta,[2] para quien la futuridad de un contrato puede referirse tanto a los objetos autónomos de derechos de goce como situaciones jurídicas en concreto que se realizarán o concretarán a posteriori.

En ese sentido, anota que son dos las formas a través de las cuales se puede celebrar contratos futuros o a futuro:

a) Que uno contrate respecto de un bien actualmente inexistente, pero susceptible de llegar a existir. Contratos respecto de bienes que aun cuando no ofrecen existencia real, la tienen en potencia.

---

[1] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, p. 49.

[2] Vásquez Villacorta, María Isabel. Trabajo monográfico titulado *Contratos a Futuro*, el mismo que presentara como parte del curso de Comercio Exterior en la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Post Grado de la Universidad Particular San Martín de Porres, diciembre de 1999, pp. 14-23.

b) Cuando uno conviene en preparar y asegurar situaciones jurídicas para el futuro, comprometiendo a las partes a la formalización o ejecución de un contrato posterior; cumpliendo una función de garantía o aseguramiento contractual. Es el caso de los contratos preparatorios.

En cuanto al primer punto, señala que si el propósito fuera que la prestación se ejecute inmediatamente o antes de que el bien existiera, ahí el bien inexistente no puede ser materia de un contrato.

Lo contrario se presenta cuando las partes se ponen de acuerdo en contratar sobre un bien futuro y en que la prestación sea ejecutada cuando el bien exista. En ese caso, desaparece todo inconveniente al respecto.

Lo trascendental en un contrato sobre bienes futuros, es que debe haber la posibilidad razonable de que el bien llegue a existir, o sea que el bien sea susceptible de tener existencia.

En ese sentido, atendiendo a la posibilidad de existencia de dichos bienes, se puede apreciar dos tipos de contratación sobre los mismos, según que el contrato quede subordinado a la futura existencia del bien o que el contrato sea válido aunque el bien no llegue a existir (las denominadas *emptio rei speratae* o venta de cosa esperada y *emptio spei* o venta de una expectativa, esperanza o chance).

En cuanto a aquellos contratos por los que las partes quedan obligadas a celebrar en el futuro un nuevo contrato, denominado definitivo o principal, apunta Vásquez Villacorta que la futuridad está dada en la celebración del contrato definitivo; y, utilizando las palabras de Manuel de la Puente,[3] agrega que los contratos preparatorio y definitivo, no pueden darse simultáneamente, ya que en tal caso, el contrato preparatorio carecería de razón de ser; sin embargo, la necesaria futuridad del contrato definitivo no puede durar indefinidamente; así, junto a la idea de futuridad está en juego la de transitoriedad, entendida en el sentido de temporalidad racional y breve.

En el Capítulo Segundo del Título relativo al contrato de compraventa, el Código Civil Peruano de 1984 incluye tres normas: los artículos 1534, 1535 y 1536 en los que se hace mención a los bienes futuros.

Vale decir que el Código Civil Peruano, siguiendo una tendencia legislativa mayoritaria[4] regula la contratación sobre bienes futuros en la Parte General de Contratos

---

[3] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, p. 32.

[4] Hemos identificado al siguiente grupo de Códigos Civiles que regulan el tema de la contratación sobre bienes futuros, la compraventa de bienes futuros y/o el contrato de compraventa de esperanza incierta; y lo hacen de la siguiente manera:

- *Código Civil Francés*:

  Artículo 1130.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

  Sin embargo, no cabe renunciar a una sucesión no abierta ni hacer ninguna estipulación sobre

semejante sucesión, ni siquiera con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».

- *Código Civil Belga*:

  Artículo 1130.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

  Sin embargo, no cabe renunciar a una sucesión no abierta ni hacer ninguna estipulación sobre semejante sucesión, ni siquiera con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».

- *Código Civil Boliviano de 1831*:

  Artículo 721.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de las obligaciones, como los frutos por nacer, o un derecho litigioso».

- *Código Civil Peruano de 1852*:

  Artículo 1249.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que están en el comercio de los hombres, sean corporales, o incorporales, presentes o futuras».

  Artículo 1342.- «Puede asímismo venderse las cosas futuras, antes de que existan en especies, como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer, y cosas semejantes».

  Artículo 1343.- «Se puede vender una esperanza incierta; como si un pescador vende una redada antes de echarla».

- *Código Civil Chileno*:

  Artículo 1461.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

  La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

  Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

  Artículo 1813.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

- *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853*:

  Artículo 1220.- «La cosa futura puede ser objeto de una obligación.

  No se puede renunciar a una sucesión todavía no abierta, ni hacer alguna estipulación sobre la misma sucesión, ni con el asentimiento de aquel de cuya sucesión se trata, salvo lo dispuesto por el artículo 1187».

- *Código Civil Salvadoreño de 1860*:

  Artículo 1617.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

- *Código Civil Italiano de 1865*:

  Artículo 1118.- «Las cosas futuras pueden constituir objeto de un contrato.

  No se puede renunciar sin embargo a una sucesión aún no abierta ni hacer alguna estipulación en torno a la misma sea respecto de la herencia o sea con terceros aunque interviniese el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate.

  El inventario, se regula de acuerdo a todo lo que viene establecido por la renuncia de la herencia, o por la aceptación de la misma con beneficio del inventario, en el capítulo ‹De las disposiciones comunes a las sucesiones› y bajo la pena allí estipulada».

y en lo relativo al contrato de compraventa. De los Códigos y proyectos consultados,

---

- *Código Civil Uruguayo*:

  Artículo 1283.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos en cuanto a su género.

  La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

  Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contrayentes».

  Artículo 1671.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir; salvo que se estipule lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

- *Código Civil Argentino*:

  Artículo 1168.- «Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de la cosa».

  Artículo 1173.- «Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlas está subordinada al hecho ‹si llegasen a existir›, salvo si los contratos fuesen aleatorios».

  Artículo 1327.- «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida».

  Artículo 1332.- «Cuando se venden cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

- *Código Civil Colombiano*:

  Artículo 1518.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género».

  Artículo 1869.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

- *Código Civil Venezolano de 1880*:

  Artículo 1069.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato.

  Sin embargo, no se puede renunciar a una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, sea con aquel de cuya sucesión se trata, sea con terceros, aun con su consentimiento».

- *Código Civil Ecuatoriano*:

  Artículo 1504.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

  La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

Artículo 1779.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

- *Código Civil Costarricense de 1888*:

Artículo 629.- «Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa, y puede referirse a todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aun las futuras como los frutos por nacer».

Artículo 1059.- «La venta de cosas futuras se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que el comprador tome a su cargo el riesgo de que no llegaren a existir».

- *Código Civil Español*:

Artículo 1271.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las Leyes o a las buenas costumbres».

- *Código Civil Nicaragüense de 1903*:

Artículo 2473.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1358.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres».

Artículo 2566.- «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean las cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida».

Artículo 2571.- «Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquiera cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

Este Código regula en forma independiente al contrato de compra de esperanza, en el Capítulo V, del Título XX, De los contratos aleatorios:

Artículo 3648.- «Se llama compra de esperanza la que tiene por objeto los frutos futuros de una cosa o los productos inciertos de un hecho que pueda estimarse en dinero».

Artículo 3649.- «El vendedor que ejecuta por sí solo y sin convenio previo con el comprador, el hecho cuyo producto se espera, sólo tiene acción para cobrar el precio, obtenido que sea el producto».

Artículo 3650.- «Si el vendedor ejecuta el hecho por convenio con el comprador, tendrá acción para cobrar el precio, obténgase o no el producto, siempre que la ejecución del hecho se haya verificado en los términos convenidos».

- *Código Civil Hondureño de 1906*:
  Artículo 1562.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».
- *Código Civil Panameño de 1917*:
  Artículo 1122.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.
  Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 912.
  Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».
- *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926*:
  Artículo 391.- «Puede así mismo venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie; como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer y cosas semejantes».
  Artículo 392.- «Se puede también vender una esperanza incierta».
  Artículo 1655.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento».
- *Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927*:
  Artículo 26.- «Las cosas futuras pueden ser el objeto de un contrato.
  No se puede sin embargo renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre una sucesión similar, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata».
- *Anteproyecto Bibiloni de 1929*:
  Artículo 30.- Sustituir el artículo 1173 por el siguiente:
  «La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos.
  Cuando su existencia dependa de la industria del promitente, la obligación se considerará pura y simple.
  Cuando dependa de fuerzas naturales, en todo, o en parte, se considerará subordinado al hecho de si llegasen a existir, a menos que la convención fuese aleatoria».
- *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930*:
  Artículo 1223.- «Objeto de contratos; qué podrá ser.- Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.
  Contratos sobre herencias futuras.- Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1009.
  Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».
- *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935*:
  Artículo 295.- «La venta puede tener por objeto incluso derechos futuros».
- *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936*:
  Artículo 1384.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.
  Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».
- *Código Civil Peruano de 1936*:
  Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también

una esperanza incierta.

Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

- *Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937*:

  Artículo 123.- «Cosas futuras.- Las cosas futuras pueden ser el objeto de un contrato.

  No se puede, sin embargo, renunciar a una sucesión, aun con el consentimiento del de cujus. Cuando, la ley subordina la validez del contrato a la observación de una cierta forma, esta última se aplica igualmente a la promesa de contratar».

  Artículo 815.- «Venta de cosas futuras. La venta de cosas que no existen, pero que se espera deban existir, será reputada hecha bajo la condición de su existencia ulterior, salvo que lo contrario no esté expresado o que ello no resulte de la naturaleza del contrato que se va a aceptar el álea».

- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936*:

  Artículo 812.- «La prestación de cosas futuras puede ser objeto de contrato. Si la existencia de ellas dependiere de la industria del que se comprometió a suministrarlas, la obligación será considerada pura y simple. Cuando estuviere sujeta en todo o en parte a fuerzas naturales, el contrato se reputará subordinado al hecho de que llegaren a existir, excepto si la convención fuese aleatoria».

  Artículo 910.- «Pueden venderse los bienes presentes, y también los futuros que estén en el comercio».

- *Código Civil Venezolano de 1942*:

  Artículo 1156.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario.

  Sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trate».

- *Código Civil Italiano de 1942*:

  Artículo 1348.- «Cosas futuras.- La prestación de cosas futuras puede establecerse en el contrato, salvo las prohibiciones particulares de la ley».

  Artículo 1472.- «Venta de cosas futuras.- En la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica tan pronto como la cosa llega a tener existencia. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquiere cuando los árboles son cortados o los frutos son separados.

  Cuando las partes no hayan querido concluir un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa no llega a tener existencia».

- *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943*:

  Artículo 777.- «Pueden ser objeto de las obligaciones, las cosas, los derechos, los trabajos y los servicios tanto presentes como futuros, siempre que sean posibles y que no se opongan a la moral ni a las leyes ni al orden público».

  Artículo 1048.- «La venta de cosas futuras e inexistentes se entenderá subordinada a la condición de que lleguen a existir. Para ello se señalará el plazo prudencial que sea necesario y si dentro de él no existiera la cosa, se tendrá la venta por no hecha».

- *Código Civil Guatemalteco de 1973*:

  Artículo 1538.- «(Objeto del contrato) No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes».

Artículo 1805.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie, y también una esperanza incierta.

Igualmente pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas, siempre que el vendedor instruya previamente al comprador, de dichas circunstancias y así se haga constar en el contrato».

- *Código Civil Boliviano de 1976*:

Artículo 488.- «(Cosas futuras).

Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, excepto en los casos prohibidos por la ley».

Artículo 594.- «(Venta de cosa futura o de derecho futuro).

I.- Si el objeto de la venta es una cosa futura o un derecho futuro, la adquisición de la propiedad o el derecho tiene lugar cuando una u otro llega a tener existencia.

II.- A menos que el comprador haya asumido el riesgo y las partes hayan concluido un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa o el derecho no llega a existir».

- *Código Civil Peruano de 1984*:

Artículo 1409.- «La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

1.- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa».

Artículo 1410.- «Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley».

Artículo 1532.- «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Artículo 1534.- «En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia».

Artículo 1535.- «Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio».

Artículo 1536.- «En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir».

- *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984*:

Artículo 483.- «La compraventa puede tener por objeto cosa actual o futura. En este caso, quedará sin efecto el contrato si la cosa no llegase a existir, salvo si la intención de la parte era la de concluir un contrato aleatorio».

un grupo numeroso regula, en general, la contratación sobre los bienes futuros.[5]

- *Código Civil Paraguayo de 1987*:
  Artículo 695.- «La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos. Si la existencia de ellas depende de la industria del promitente, la obligación se considerará pura y simple. Si la existencia de ellas dependiere en todo o en parte de fuerzas naturales, se considerará subordinada la eficacia del contrato al hecho de que llegasen a existir, a menos que la convención fuese aleatoria».
- *Proyecto de Código Civil Colombiano*:
  Artículo 627.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987*:
  Artículo 1327.- «Si se vende cosa futura el vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato o de las circunstancias para que ésta llegue a existir en el tiempo y condiciones convenidas.
  El comprador puede asumir el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor».
- *Código Civil de la Provincia de Québec*:
  Artículo 1061.- «Las cosas futuras pueden ser el objeto de una obligación.
  (Mod., 1980, c. 39, a 43). No se puede sin embargo renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre una sucesión similar, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».
  Sin embargo, hemos identificado un pequeño grupo de Códigos Civiles que no trata acerca del particular. Éstos son los siguientes:
  Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Brasileño de 1916, Código Civil Chino de 1930.

[5] Los siguientes Códigos Civiles regulan expresamente la contratación en general sobre bienes futuros, permitiéndola:

Código Civil Francés (artículo 1130), Código Civil Belga (artículo 1130), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 721), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1249), Código Civil Chileno (artículo 1461), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1220), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1118), Código Civil Uruguayo (artículo 1283), Código Civil Argentino (artículo 1168), Código Civil Colombiano (artículo 1518), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1069), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 629), Código Civil Español (artículo 1271), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2473), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1562), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1122), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 1655), Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 26), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1223), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 123), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 812), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1156), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1348), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 777), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 488), Código

También resulta mayoritario el grupo de los mismos que legisla sobre el contrato de compraventa de bien futuro,[6] al igual que los que legislan sobre el llamado contrato de compraventa de esperanza incierta.[7]

Civil Peruano de 1984 (artículo 1409, inciso 1), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 695), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1061).

El Código Civil Argentino contempla expresamente en la Parte General de Contratos el contrato aleatorio sobre cosas futuras (artículo 1173), al igual que el Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30), el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 812) y el Código Civil Peruano de 1984 (artículo, 1409 inciso 1).

6 Los siguientes son los Códigos Civiles consultados que regulan expresamente el contrato de compraventa de bien futuro:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1342), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1813), Código Civil Chileno (artículo 1813), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1617), Código Civil Uruguayo (artículo 1671), Código Civil Argentino (artículo 1327), Código Civil Colombiano (artículo 1869), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1779), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1059), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2566), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 391), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1384), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1395), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 295), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 815), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 910), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1472), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1048), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1805), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 594), Código Civil Peruano de 1984 (artículos 1532 y 1534), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 483), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 627), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987 (artículo 1327).

Un caso particular es el del Código Civil Portugués de 1967, que si bien no contempla expresamente una regulación acerca de la contratación sobre bienes futuros, en el Libro Segundo, De las Obligaciones, Título Primero, De las Obligaciones en general, Capítulo II, Fuentes de las Obligaciones, Sección Primera, Contratos, Sub-Sección Primera, Disposiciones Generales, trata acerca de las cosas futuras cuando se regula lo relativo a los contratos con eficacia real, de la siguiente forma:

Artículo 408.- «(Contratos con eficacia real)

1.- La constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se da por el mero efecto del contrato, salvo las excepciones previstas en la ley.

2.- Si la transferencia se refiere a una cosa futura o indeterminada, el derecho se transfiere cuando la cosa fue adquirida por el enajenante o determinada con conocimiento de ambas partes, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de obligaciones genéricas y del contrato de empresa; se pueden respetar los frutos naturales o las partes componentes o integrantes, la transferencia sólo se verifica en el momento de la cosecha o separación».

El Código que acabamos de mencionar también contiene una norma muy especial, el artículo 893, que remite el tratamiento de la venta de bienes ajenos al régimen de la venta de bienes futuros, si las partes los considerasen de esta calidad:

Artículo 893.- «(Bienes ajenos como bienes futuros) La venta de bienes ajenos, no obstante, queda sujeta al régimen de la venta de bienes futuros si las partes los considerasen de esta calidad».

7 Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el contrato de compraventa de esperanza incierta:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1343), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1813), Código Civil Chileno (artículo 1813), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1617),

La contratación sobre bienes futuros y en especial, la compraventa de bien futuro, han sido admitidas, como hemos visto, desde el Derecho Romano, e invariablemente en el proceso codificador de los siglos XIX y XX. Creemos interesante apuntar que autores de las más diversas épocas han opinado favorablemente respecto de la contratación sobre bienes futuros en general (comprendiendo, para estos efectos, dentro de los bienes futuros a la llamada «esperanza incierta de que existan»).[8]

2. Deslinde doctrinal entre la denominada «compraventa de bien futuro» y la llamada «compraventa de esperanza incierta»

Al iniciar el tratamiento del contrato de compraventa de bienes futuros en general, debemos abordar el problema previo de si cuando estamos hablando de la com-

---

Código Civil Uruguayo (artículo 1671), Código Civil Argentino (artículo 1332), Código Civil Colombiano (artículo 1869), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1779), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1059), Código Civil Nicaragüense de 1903 (este Código regula en forma independiente el contrato de compra de esperanza, en el Capítulo V, del Título XX, De los contratos aleatorios, artículos 3648, 3649 y 3650), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 392), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1384), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1395), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 815), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1472), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1815), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 594, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1536), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 483), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 627).

[8] En este sector de la doctrina, se inscriben, entre otros autores Duranton. *Op. cit*., tomo VI, p. 108 y tomo IX, p. 68; Marcadé, V. *Op. cit.*, tomo IV, p. 375; Troplong, C. *Op. cit.*, tomo I, p. 273; Demolombe, C. *Op. cit*., tomo XXIV, p. 286; Mourlon, Frédéric. *Op. cit.,* tomo II, p. 570; Larombiére, M.L. *Théorie et Pratique des Obligations*. *Oü Commentáire des titres III et IV, Livre III du Code Civil*. París: Editeurs Libraires de la Cour d'Appel et de l'ordre des Avocats, 1885, tomo I, p. 248; Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 105; y tomo XXIV, p. 103; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit*., tomo XII, pp. 297, 298 y 300; tomo XIX, pp. 73 y 74; Guillouard, L. *Op. cit*., tomo I, p. 187; Foignet, René. *Op. cit.*, tomo II, p. 15; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 466; Demogue, René. *Op. cit.,* tomo II, pp. 564, 565 y 566; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit*., tomo VI, primera parte, pp. 304 y 305; y tomo X, primera parte, pp. 25 y 26; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, p. 438; Josserand, Louis. *Op. cit*., pp. 86 y 87; vol. II, tomo II, p. 7; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, tomo IV, p. 370; Lafaille, Héctor. *Derecho Civil, Contratos*, vol. I, tomo VIII, p. 192; León Barandiarán, José. *Op. cit*., tomo I, p. 6; Rezzónico, Luis María. *Op. cit*., tomo I, pp. 107 y 108; Messineo, Francesco. *Op. cit*., tomo V, p. 63; De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 207; Arias-Schreiber Pezet, Max. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit*., tomo VI, p. 68; y *Exégesis*, tomo II, p. 43; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., p. 235.

Debemos mencionar que si bien hemos transcrito la relación anterior, no todos los autores citados, al mencionar la compraventa de bienes futuros están haciendo una distinción frente a la compraventa de esperanza incierta. Sólo queríamos sostener la idea de la vigencia y aceptación del criterio por el cual es reconocida la contratación en general, sobre bienes futuros, y en particular, la venta de los mismos.

praventa de esperanza incierta o *emptio spei*, lo estamos haciendo respecto de un contrato de compraventa de bien futuro o no.

En realidad, lo que interesa es ver si el contrato de compraventa moderno tiene la suficiente elasticidad como para comprender en su seno una modalidad de elevado grado de aleatoriedad, sin que dicho contrato se desvirtúe. Señala Rogel Vide[9] que la spes no es un bien ni un derecho, es sólo un mero elemento de hecho. Esto nos lleva a pensar que siendo la *emptio spei* un tipo contractual distinto de la compraventa, las normas relativas a esta última le serán aplicables sólo analógicamente y no por vía directa.

Agrega Rogel Vide que es aquí donde surgen los obstáculos que Rubino considera insalvables para incluir a la *emptio spei* dentro de la compraventa de cosa futura. En primer lugar, si la compraventa tiene por objeto un derecho, ¿cómo podría admitirse que el contrato está completo cuando no existe el objeto, el derecho que ha de transferirse? Se responde que el objeto existe ya y es la spes, el álea. No es convincente tal argumentación. Por la misma definición legislativa —artículo 1470 Código Civil Italiano— la compraventa tiene por objeto un derecho, mientras que la spes, por el contrario, es un mero elemento de hecho. En segundo lugar, y por su propia naturaleza, la compraventa es un contrato conmutativo.

Expresa que:

> En consecuencia, y para el sector doctrinal que Rubino representa, la *emptio spei* no puede configurarse como venta de cosa futura con cláusula aleatoria, constituyendo un contrato aleatorio con perfiles propios e independientes, contrato, por otra parte, con obligaciones recíprocas: la obligación del vendedor que, cuando mantiene siempre un contenido negativo —no impedir que el derecho surja y sea adquirido por el comprador— mas puede tener también contenido positivo, interviene en el sinalagma en contraposición al precio. Si el vendedor no cumple con su obligación, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato.

Pero contrapuesta con esta posición está aquélla que considera que la compraventa de cosa futura es una figura unitaria y que resulta inútil la distinción tradicional entre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*. Esta corriente[10] es recogida por la doctrina italiana en base a la regulación que sobre el particular otorga el Código Civil de 1942 de dicho país. Según Rogel, en opinión de Provenza:

---

[9] Rogel Vide, Carlos. *La compraventa de cosa futura*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pp. 85 y ss.

[10] Esto, a decir de Rogel Vide (Rogel Vide, Carlos. *Op. cit.*, p. 95).

> El Código vigente no ha previsto la existencia de dos diversos tipos de venta, considerando a la *emptio spei* como una venta autónoma y distinta de la *emptio rei speratae*. Por el contrario, las partes toman en consideración a la cosa y la hacen objeto de la venta, en cuanto ha de tener existencia, el contrato solamente será eficaz si las partes hubiesen querido concluir un contrato aleatorio. Se daría entonces una cláusula añadida, un pacto que se suma —por voluntad de las partes— al contrato de compraventa y en virtud del cual el comprador se obliga a pagar el precio aun cuando falte la cosa futura. Único es, por consiguiente, el tipo negocial, aun cuando sea hipotizable como elemento accidental del contrato, el de la asunción del riesgo de la no venida a existencia de la cosa por parte del comprador.

Agrega que: «El autor, abonando la solución que propone, afirma que ésta pone punto final a la tormentosa cuestión que se debate, y que, por su simplicidad, tiene la virtud de mostrar el justo camino a seguir por la investigación jurídica, sin recurrir a construcciones artificiosas».

En opinión nuestra, lo que ocurre es que la regulación otorgada, al particular, por el Código Civil Italiano de 1942 difiere sustancialmente de la otorgada por el Código Civil Peruano de 1984.

El Código Civil Peruano sí distingue ambas figuras contractuales, por lo que deberíamos desechar la teoría que considera a los dos supuestos como una figura unitaria.

Pero esto no quiere decir, a nuestro entender, que en el caso de la *emptio rei speratae* el objeto de la prestación del vendedor sea un bien futuro y en el caso de la *emptio spei* sea algo distinto. Consideramos que ambos supuestos recaen sobre bienes futuros. Sin embargo, resulta indispensable anotar, en términos de Rogel Vide[11] —que compartimos plenamente— la distinción fundamental entre ambos:

Cuando yo compro la cosecha futura de un fundo, como cuando quiero adquirir los peces que caerán en las redes de Ticio (sean muchos, pocos o ninguno), invariablemente pago porque pretendo adquirir la propiedad de dichos bienes. Es así que por cuanto se refiere al objeto, no existe diferencia alguna entre ambas especies de compraventa de cosa futura.

Por consiguiente, han de considerarse incorrectas las teorías según las cuales la *emptio spei* se distingue nítidamente de la compraventa de cosa futura, en cuanto venta de cosa presente cuyo objeto idóneo viene identificado unas veces con el álea, otras con la esperanza y otras más con la actividad del vendedor o con la garantía del comprador.

---

[11] Rogel Vide, Carlos. *Op. cit.*, p. 136.

Una vez considerados los supuestos de compraventa de «bien futuro» y de «esperanza incierta» como dos supuestos distintos, pero que recaen ambos sobre bienes futuros, vamos a proceder al estudio de cada uno de ellos en la doctrina y en la legislación nacional y extranjera.

El contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho o *emptio rei speratae* se encuentra regulado por el artículo 1534 del Código Civil Peruano.

Nos corresponde analizar cuál es su naturaleza jurídica.

3. Naturaleza jurídica

Mucho se ha discutido en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho o *emptio rei speratae.*

Alfredo Calonge[12] efectúa un exhaustivo análisis acerca de las principales posiciones teóricas de la doctrina moderna sobre la naturaleza jurídica de la *emptio rei speratae.*

A continuación vamos a presentar una síntesis de lo sostenido por Calonge:

3.1. Se trata de una compraventa condicional

Un gran sector de la doctrina ha creído ver en la compraventa de cosa futura, *emptio rei speratae*, un negocio condicionado. La validez del contrato de compraventa, en este caso, estaría supeditada, bajo condición suspensiva, a la existencia de la cosa. En este sector de la doctrina, cuya posición viene a ser una continuación de la concepción romana de la institución, que se ha mantenido a lo largo de toda una tradición histórico-jurídica posterior, cabe señalar a la gran mayoría de los autores italianos, que han tratado el tema, anteriores al Código Civil de 1942, Castelbolognesi, Cuturi, Gianturco, Chironi, Tartufari, Barassi, Consolo, Pacífici-Mazzoni, De Ruggiero y Gasca, entre otros; gran parte de la doctrina francesa: junto con Pothier y Troplong, otros entre los que cabe destacar a Duranton, Larombière, Thiry, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol, Aubry y Rau, Colin y Capitant y el belga Dekkers; entre los principales de la doctrina alemana, Puntschart, Oertmann, Enneccerus-Lehmann y Larenz. Señala Calonge que también en España la generalidad de los tratadistas han optado por la solución de la condicionalidad de tal tipo de venta; así, entre otros, Clemente de Diego, Bonet Ramón, Espín Cánovas, Borrell Soler, Rafels Persiva y Castán Tobeñas.

[12] Calonge, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 192 y ss.

Nosotros agregaríamos que a esta posición se suma la inmensa mayoría de civilistas que ha tratado acerca de la *emptio rei speratae*. Prueba de ello es que la casi totalidad de aquéllos que hemos consultado optan por esta posición: la de considerar a la *emptio rei speratae* como un contrato de compraventa sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener la existencia esperada por las partes.

Además, debemos remarcar que de la lectura del artículo 1534 del Código Civil Peruano, y como es señalado por la Exposición de Motivos Oficial de la Comisión Revisora del mismo, dicho cuerpo legislativo se adscribe a esta posición doctrinaria, sin duda, mayoritaria y prevaleciente.

Como se recuerda, el texto del artículo 1534 es el siguiente:

> Artículo 1534.- «En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia».

En tal sentido, podríamos sostener que los elementos de este supuesto son los siguientes:

a) Se ha celebrado un contrato de compraventa;
b) Ambas partes saben que el bien materia de la prestación del vendedor, es un bien futuro;
c) Dicho pacto está sujeto a la condición suspensiva de que el bien materia de la prestación del vendedor llegue a tener existencia.

Como hemos apuntado, la mayoría de autores consultados señalan que el contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho, vale decir, aquél en el cual el comprador no asume ningún riesgo, es un contrato sujeto a condición suspensiva, vale decir, que se adscriben a la teoría bajo comentario.[13]

En este punto debemos recordar aquello que establece al respecto la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984:[14]

Pactada una compraventa bajo condición suspensiva, todos los efectos del contrato se hallan suspendidos, y por consiguiente, sus consecuencias no son seguras. Mientras el acontecimiento puesto como condición se encuentre pendiente, la ley

---

[13] Troplong, C. *Op. cit.*, tomo I, pp. 273 y 274; Demolombe, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, p. 286; Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XXIV, p. 104; Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 42; Planiol, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, p. 347; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VI, p. 306; Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, p. 370; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, p. 438; Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, p. 47; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, tomo IV, p. 371; León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 13 y 14; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, pp. 109 y 110; Spota, Alberto G. *Op. cit.*, vol. III y vol. IV, p. 100; Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 93

[14] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 8.

quiere que los intereses de los contratantes sufran el menor perjuicio posible. En esa medida las partes están autorizadas a ejercitar acciones conservativas de su derecho.

Cuando, por ejemplo, se vende conforme a esta modalidad un departamento en planos, un automóvil no fabricado, pero que está diseñado, la mercadería aún no producida, todo el contrato se halla subordinado a la existencia de dichos bienes. Por el contrario, si se pacta que una de las partes pague el precio en forma adelantada (es decir antes de la existencia de la cosa), no se está propiamente ante una compraventa de bien futuro, pues sólo se estaría postergando el cumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor, esto es, la de transferir propiedad y de entregar el bien, pero no las obligaciones a cargo del comprador.

Para que se configure una venta de cosa futura, en los términos señalados en el artículo 1534, se requiere que todos los efectos del contrato se hallen subordinados a la existencia del evento colocado como condición, cual es, que el bien llegue a tener existencia.

Por nuestra parte, debemos señalar que si bien compartimos las expresiones de la Comisión Revisora en el sentido en que la compraventa de bien futuro en estricto está sujeta a la condición suspensiva de la llegada a existencia del bien, no creemos que el hecho de que se pague el precio por adelantado desnaturalice un contrato de estas características, pues ello podría ocurrir por las más diversas circunstancias, pero no implicaría que el comprador esté dispuesto a perder dicho precio, si el bien nunca llegara a tener la existencia deseada.

En este caso podrían plantearse dos eventualidades distintas.

Una primera, consistente en que el bien llegue a tener la existencia esperada, caso en el cual, al verificarse la condición, el vendedor tendría derecho a quedarse con el precio recibido, en tanto el comprador, correlativamente, tendría derecho a exigir que el vendedor le entregue el bien.

La segunda eventualidad pasible de ocurrir consistiría en que el bien nunca llegase a tener la existencia esperada, situación que haría que la condición no se haya producido y, por tanto, que el acto o contrato nunca pueda surtir efectos. Dentro de tal orden de ideas, si el comprador hubiera pagado el precio por adelantado, tendría derecho a que se le devuelva íntegramente, ya que el vendedor estará imposibilitado —por razones obvias— de entregarle el bien.

Es así que discrepamos de lo afirmado por la Comisión Revisora del Código Civil, cuando señala que en este caso no estaríamos en presencia de una compraventa de bien futuro conmutativa, pues la circunstancia analizada resulta indiferente.

Ahora bien, si nos remitimos al campo de la codificación, gran cantidad de los cuerpos legislativos consultados condicionan la existencia del contrato de compraventa de bienes futuros al hecho de que los bienes materia de la prestación de la

obligación del vendedor, lleguen a existir,[15] la que constituye una razón adicional, y —a nuestro entender— definitiva, en el sentido en que esta es la posición o teoría preponderante en la legislación y doctrina de nuestra tradición jurídica.

Según Calonge, la teoría bajo comentario y a la que se adscriben los autores citados:

> [...] ha sido especialmente criticada en Italia a partir del nuevo Código Civil que, como hemos visto, parece configurar de distinta manera la venta de cosas futuras en su artículo 1472. El punto común de toda esta crítica puede señalarse en considerar la condición como elemento accidental del negocio; para que ésta se dé es necesario un negocio constituido con todos sus elementos esenciales. En la compraventa de cosa futura falta uno de ellos, el objeto, y precisamente la condición miraría al nacimiento de la cosa, a la producción del objeto del contrato, a un elemento esencial requerido por la ley para la existencia del negocio.

Agrega que esta posición crítica descansa:

> [...] frente a la construcción de la compraventa de cosa futura como condicional en una concepción dogmático-voluntarista —legado del Pandectismo— del negocio jurídico, actualmente en crisis y en vías de renovación tras los trabajos y estudios de Betti y Cariota Ferrara. Por otro lado [...] la cosa futura constituye, por disposición de la ley, objeto lícito de contrato y cuya aparición condiciona el traslado de propiedad de la misma. De no producirse éste faltará la entrega de la cosa no el objeto al contrato.

3.2. Se trata de una compraventa sometida a una *conditio iuris*

Esta posición, según Calonge, es recogida por un sector de la doctrina en el que cabe contar a Windscheid, Unger, Scialoja, Butera, Attolico, y en el que también parecen encontrarse, Cariota Ferrara y Perlingieri.

---

[15] Los siguientes Códigos Civiles condicionan la existencia del contrato de compraventa de bienes futuros al hecho de que los bienes materia de la prestación de la obligación del vendedor lleguen a existir:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1813), Código Civil Chileno (artículo 1813), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1617), Código Civil Uruguayo (artículo 1671), Código Civil Colombiano (artículo 1869), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1779), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1059), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30: si es que su existencia depende de fuerzas naturales, en todo, o en parte), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 815), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1472), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1048), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 594, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1534), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 483), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 627).

La citada teoría, en criterio de Calonge que compartimos plenamente, debe ser desestimada, ya que no cabe considerar la venta de cosa futura, *emptio rei speratae*, sometida a una conditio iuris, pues en ninguno de los ordenamientos jurídicos que él ha contemplado en su estudio y tampoco en ninguno de los que nosotros hemos consultado en el nuestro, aparece, de manera expresa, considerada la existencia de la cosa como requisito legal del contrato, sino que, por regla general, vienen a poner como uno de los requisitos del contrato un objeto posible, dentro del cual se encuentran las cosas futuras.

En el Perú, Max Arias-Schreiber, a pesar de adscribirse a la teoría de la condición suspensiva,[16] señala que ésta es sinónimo de conditio iuris.

En opinión de Calonge:

> Más acertado que el criterio de la conditio iuris estaría el ver en la *emptio rei speratae*, por la especial configuración del negocio, una tácita conditio, que se daría siempre que las partes no expresaran su voluntad de realizar el negocio a todo riesgo, es decir, siempre que las partes no quisieran realizar un contrato aleatorio.

3.3. Se trata de una promesa de venta

Esta posición, que según Calonge, es sostenida primero por P. Gabra, seguido por C. F. Gabba, puede considerarse una teoría aislada que no ha encontrado eco en la moderna doctrina. Lo que ocurrió fue que P. Gabra, distingue dos tipos de cosas futuras: uno, que él denomina «bienes futuros en el derecho», correspondiente a aquellas cosas que todavía no están en germen en el momento en que se contrata»; otro, que denomina «bienes futuros en la posesión», «sobre los que el vendedor tiene ya un derecho de propiedad, pero o todavía no es perfecto o el ejercicio de éste no le es posible a causa de la existencia de una condición o de un término».

Así, Gabba considera que los bienes que no existen in rerum natura cuando constituyen la prestación en un contrato, hacen que se trate de una promesa de venta y no de una venta, lo que, hoy en día, evidentemente, no es posible ni acertado sostener.

3.4. Se trata de una compraventa imperfecta

Según refiere Calonge, es ésta la teoría que para la naturaleza de la *emptio rei speratae* fue propuesta por De Visscher y que acogió Ramella para el Derecho Italiano anterior al Código Civil de 1942.

---

[16] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 43.

Refiere que señala De Visscher cómo, únicamente a través de la doctrina de los riesgos contractuales en la venta, puede ponerse luz en la verdadera naturaleza jurídica de la institución, y dar una explicación de los efectos de la *emptio spei* y de la *emptio rei speratae*. A través de la teoría del periculum rei venditae, viene a concluir que la *emptio rei speratae* es venta imperfecta de cosa futura en oposición a la *emptio spei*, venta perfecta. La imperfección del contrato, que es lo que revela la *emptio rei speratae*, depende, o de la indeterminación de la cosa, o del precio, o del hecho de la adición a la venta de una condición. Por último, señala que para Ramella, igualmente, la *emptio rei speratae* sería venta imperfecta por diversas causas, ya que crea entre las partes solamente relaciones obligatorias y debe ser perfecta para hacer pasar los riesgos al comprador.

Comentando el particular, Calonge señala que:

> No existe un riguroso sentido técnico-jurídico de la *emptio* perfecta y aún menos de la *emptio*-imperfecta ni en el Derecho Romano ni en el Derecho actual. No obstante, en éste, a través de sus codificaciones, y en lo que a la venta se refiere, se ha trazado un esquema de contrato perfecto, que si bien no responde, posiblemente, a su genuina configuración, es el único a que podemos acogernos. Calificar, pues, a la compraventa de cosa futura de imperfecta, en un sentido técnico, resulta insuficiente para el Derecho Romano e inaceptable para el Derecho actual.

3.5. Se trata de una compraventa en período de constitución

Según Calonge, el iniciador de esta teoría fue De Marsico, al que, posteriormente, se unieron Gorla y Rubino, ampliándola. De lo que entendemos a través de la lectura de Calonge, pareciera que De Marsico tomase muy en consideración lo relativo a la transferencia de la propiedad del bien para derivar de este elemento el que se trate de una compraventa en período de constitución, ya que señala que su momento de perfección coincidiría con la inscripción, en el caso de venta de inmuebles, o con la traditio, en caso de muebles, y sería una venta en vía de constitución desde el momento en que la cosa no existe en su individualidad.

Al igual que Calonge, consideramos que resulta inaceptable esta teoría, ya que la noción de futuridad de nuestra institución debe verse a través de la cosa, no del derecho de propiedad que se ha de adquirir.

Una concepción de estas características resulta absolutamente absurda desde el momento en que la legislación extranjera y nacional contempla, en forma unánime (hasta donde tenemos conocimiento) la licitud de la contra-

tación sobre bienes futuros, y específicamente, el contrato de compraventa de bien futuro.

3.6. Se trata de un futuro contrato de compraventa

Según Calonge, Salis, el autor de esta teoría, indica que en la compraventa de cosa futura no es posible decir que el acuerdo sobre la cosa y el precio hagan perfecto el contrato en tanto éstos sean indeterminados, así como tampoco puede decirse que la transferencia de la propiedad sobre la cosa tenga lugar en el momento en que el contrato debe entenderse formado. Distingue, pues, Salis dos momentos en la compraventa de cosa futura: conclusión y perfección. En opinión de Calonge, llegada a este punto, la construcción de Salis se desvía: todo lo anterior —señala—, no quiere decir que la ejecución del contrato y el paso de la propiedad vengan diferidos, sino que es la misma compraventa la que no puede surgir por falta de un elemento esencial, independiente de la voluntad de los contratantes, por lo que concluye, no es un propio contrato de compraventa, sino un «contrato de compraventa futura».

Esta conclusión no se deduce de las premisas planteadas por el propulsor de esta teoría, quien hace mal en considerar a la compraventa de cosa futura como un negocio sin objeto existente.

3.7. Se trata de una compraventa meramente obligatoria

Sostienen esta teoría, según Calonge, De Ruggiero y Messineo, que la presentan junto con la de condicional; y Degni y Gazzara, entre un nutrido grupo de autores.

A decir de Calonge, dicha teoría pareciera querer volver al origen de la compraventa romana, que era meramente obligacional y que no transmitía propiedad.

Opina que esta teoría no es acertada para nuestros tiempos y para la concepción que ha adquirido el contrato de compraventa en la actualidad. En palabras de Calonge, no lo es, porque:

> La compraventa sigue siendo traslativa de la propiedad pero cuando tenga por objeto una cosa futura los efectos reales se difieren, se aplazan a un momento posterior, al de nacimiento de la cosa futura. En este momento, sin necesidad de ningún acto posterior, automáticamente, surgen los efectos reales del contrato [...].

Por nuestra parte, tampoco creemos en esta teoría, pero por razones distintas a las de Calonge.

Consideramos que en el Derecho Peruano la compraventa es meramente obligacional, y nunca tendrá —como contrato en sí— efectos reales, sino que la transferencia de la propiedad será la consecuencia de ejecutar la respectiva obligación nacida de ese contrato.[17]

Y, finalmente, al discrepar del parecer predominante de la doctrina italiana en cuanto a la naturaleza de la compraventa, sostenemos esta posición como una excepción a la compraventa, tal como es entendido por el Derecho Peruano y nosotros.[18]

---

[17] Véase Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit*., primera parte, tomo I, pp. 454-456.

[18] Sin embargo, en nuestro medio comparte esta posición doctrinaria Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 56-58), en expresiones que nos permitimos transcribir seguidamente:

«Acota Rogel Vide que la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura es una cuestión, y esto viene unánimemente reconocido, que ha sido y es siempre controvertida. ‹No existe ciertamente, en el tema, una prevalencia absoluta de esta o aquella interpretación, y ni siquiera es posible señalar una sucesión cronológica de las posiciones doctrinales o de las tendencias seguidas por la jurisprudencia; éstas, en efecto, antes que sucederse en el tiempo, se encuentran y se oponen en las mismas épocas, sin que ninguna, en verdad, haya logrado jamás conquistar una posición verdaderamente victoriosa y tranquila›.

Éste es exactamente el panorama que tuvo ante sí la Comisión Reformadora. A esta perplejidad se suma el plazo sumamente breve dentro del cual dicha Comisión se vio forzada a elaborar el Anteproyecto del contrato de compraventa, por lo cual no hubo materialmente tiempo para una reflexión mesurada.

En lo relativo a la compraventa de bien futuro, resultó necesario respetar lo dispuesto en el artículo 53 del Anteproyecto sobre Contratos en General del doctor Max Arias-Schreiber —ya aprobado por la Comisión Reformadora— según el cual la obligación creada por el contrato puede versar sobre cosas futuras, antes de que existan en especie y también la esperanza incierta de que existan.

Es así como se propusieron los artículos 8 y 10 del primer Anteproyecto del contrato de compraventa, que versan, respectivamente, sobre la venta de una cosa o un derecho que los contratantes consideran como futuro (*emptio rei speratae*) y sobre la asunción por el comprador del riesgo de la existencia de la cosa (*emptio spei*).

En el caso del artículo 8, la Exposición de Motivos pertinente, refiriéndose al concepto de cosa futura, expresó que se entiende por cosas o derechos futuros aquellos que no existen en el momento de celebrarse el contrato, pero que pueden existir. En esta venta los contratantes prevén, con un cierto grado de incertidumbre incorporado al contrato, que existirán físicamente en un futuro. Obsérvese la influencia de López de Zavalía en esta redacción.

En cuanto a la naturaleza de la *emptio rei speratae*, el artículo 8 destaca que el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que la cosa llegue a tener existencia. Tuve serias dudas sobre la propuesta de la teoría del contrato condicional, pero finalmente me incliné por ella debido, principalmente, al abrumador respaldo que entonces recibía de la doctrina. La prudencia aconsejó no introducir innovaciones hasta que fuesen exhaustivamente estudiadas y aprobadas.

Si tuviera hoy que adoptar una decisión sobre la teoría más sostenible pienso que me inclinaría por la teoría del contrato obligacional, por las siguientes razones:

a) De acuerdo a nuestro ordenamiento legal, el contrato de compraventa no tiene efectos reales sino meramente obligacionales. Al respecto el artículo 1529 del Código Civil dispone que por la com-

4. Grado de intervención de las partes para que el bien llegue a tener existencia

En realidad, la regulación que los Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica otorgan al tema de la compraventa de bien futuro, está referida, fundamentalmente, al supuesto en el cual la venida a existencia del bien futuro no depende —en lo absoluto— de la actividad de las partes contratantes, o que si dependiera, lo fuese en una ínfima medida.

Este supuesto no ha sido planteado, como regla general, ni por la doctrina, ni por la legislación, pero existe un país que constituye la excepción. Se trata de la Argentina.

Como sabemos, el Código Civil Argentino (artículo 1173) condiciona el contrato al hecho de que los bienes lleguen a tener existencia. Por otra parte, el Anteproyecto Bibiloni de 1929 propone sustituir el artículo mencionado por uno que considere una obligación pura y simple cuando la existencia de los bienes futuros dependa de la industria del promitente; y que considere el acto subordinado al hecho de si llega-

---

praventa el vendedor se *obliga* a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

b) No existe, en principio, inconveniente conceptual alguno para que el vendedor se obligue a transferir al comprador la propiedad de un bien que aún no existe, pero que hay razonable certidumbre de que llegará a existir. En efecto, si bien el vendedor está obligado a transferir la propiedad, puede no cumplir inmediatamente esta obligación sino una vez que el bien cobre existencia.

c) Las mismas razones que han llevado al codificador a admitir la compraventa de bien ajeno, que descansa en la separación entre la obligación de transferir la propiedad y la ejecución de la prestación de dar mediante la cual se cumple tal obligación, son aplicables a la *emptio rei speratae*.

El sistema del título y del modo brinda la posibilidad de comprometerse a transferir, aun cuando dicha transferencia no sea todavía factible, y ello sin salir del molde de la compraventa ni condicionar la eficacia del contrato.

d) Téngase presente que en esta modalidad de venta existe una razonable certidumbre de que el bien va a cobrar existencia en el futuro, de tal manera que es también razonablemente previsible que el vendedor podrá cumplir su obligación de transferir al comprador la propiedad del bien, cuando ello ocurra.

e) Si el bien llega efectivamente a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, quedando el vendedor obligado a transferir la propiedad del bien al comprador y éste quedará obligado a pagar su precio.

f) Si por alguna razón el bien no llega a tener existencia, la obligación de transferir su propiedad se habrá convertido en imposible, lo que dará lugar a que la compraventa, por ser un contrato con pestaciones recíprocas, quede resuelta de pleno derecho, por aplicación del artículo 1431 del Código Civil. En tal caso, el comprador no estará obligado a pagar el precio ni el vendedor a indemnizar al comprador por la falta de existencia del bien, a no ser que tal falta de existencia le sea imputable.

Debo advertir que en la *emptio rei speratae* el comprador sólo tiene la obligación de pagar el precio si todo el bien, considerando su cantidad y calidad, llega a tener existencia. Si cuando esto suceda el bien no tiene las características estipuladas en el contrato, el comprador queda liberado del pago del precio».

ren a existir, cuando la existencia dependa de fuerzas naturales, en todo, o en parte, a menos que la convención fuese aleatoria. En igual sentido que el Anteproyecto Bibiloni, se pronuncia el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 812).

Respecto de este punto se pronuncia también la doctrina de ese país. Un ejemplo, es el caso de Lafaille,[19] quien sostiene lo siguiente: «Como lo declaró entre nosotros la Reforma de 1936, un precepto como el examinado, sólo cuadra cuando el cumplimiento de la prestación dependa de circunstancias ajenas al obligado, pues de otro modo sería una deuda pura y simple».

Éste es un punto no tratado por nuestro Código Civil en el título referente al contrato de compraventa y consideramos hubiera sido inútil hacerlo, ya que su solución resulta obvia, en virtud a lo señalado en el artículo 172 del propio Código, precepto que establece que cuando se hubiera celebrado un acto jurídico cuyos efectos estén subordinados a una condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor (condición potestativa), el acto es nulo, lo que no implica que pueda celebrarse un contrato de tales características, pero sin sujetarlo a condición alguna.

No obstante, el mencionado contrato será nulo única y exclusivamente en caso se hubiese pactado de modo condicional o condicionado, lo que equivale a decir que no lo será en la medida en que estemos en presencia de una compraventa de bien futuro en la que el vendedor asuma la obligación —por ejemplo— de construir una casa o un edificio de departamentos o una escultura.

Más allá de la discusión existente de si nos encontraríamos frente a un contrato de compraventa de bien futuro o ante un contrato de obra,[20] sería claro que cualquiera de los contratos mencionados no estaría sujeto a condición potestativa alguna. Entender lo contrario resultaría un absurdo, pues a lo que se están obligando dichos deudores es a transferir la propiedad de los bienes que previamente se han obligado a construir. Se trataría de obligaciones de dar que impliquen un hacer, o, si se quiere ver desde esta otra perspectiva, de obligaciones de hacer que concluyan en un dar.

Queda claro también que en estos casos de compraventa no resultarán de aplicación las normas establecidas en los artículos del Código Civil relativos a la compraventa de bienes futuros, en ninguna de sus modalidades (numerales 1409, 1410, 1534, 1535

---

[19] Lafaille, Héctor. *Derecho Civil*, vol. I, tomo VIII, p. 192.

[20] Véase Spota (Spota, Alberto G. *Op. cit.*, vol. III, pp. 55-57).

Manuel de la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, p. 67), llega a la conclusión de que la clave para distinguir entre el contrato de compraventa de bien futuro y el contrato de obra, es conjugar estos criterios de tal modo que el juez deberá ponderar el interés del comitente en el proceso de elaboración del bien, la relación que guarden entre sí la importancia del trabajo y el valor de la obra y la medida en que el contratista elabore o transforme la materia, para determinar, a su juicio, la naturaleza del contrato.

y 1536), sino todas las disposiciones generales relativas al Derecho de Obligaciones, afirmación de la que se puede derivar el hecho de que si el deudor incumpliese con la obligación asumida, mediando causa imputable (culpa leve, culpa inexcusable o dolo), le serán de aplicación las consecuencias establecidas por los artículos relativos al título de inejecución de obligaciones del Código Civil Peruano, en especial lo previsto por los numerales 1321 y 1322.

Idoneidad del artículo 1534

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Creemos que basta con lo dispuesto por los numerales 1409, inciso 1, y 1410 del propio Código, al regular el tema de la contratación sobre bienes futuros, en general.

Compraventa condicional de bien futuro con la asunción de algunos riesgos

> Artículo 1535.- «Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.
>
> Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente su precio».

Fuentes nacionales del artículo 1535

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890, señalaba en el numeral 1692, lo siguiente:

> Artículo 1692.- «Cuando se venden bienes futuros, tomando el comprador sobre si el riesgo de que no lleguen á existir, ó de que sólo existan en parte y cuando se venden cosas que ya existen, pero sujetas á riesgo, tomándolo el comprador sobre sí, la venta es aleatoria.— En el primer caso, el vendedor tiene derecho á todo el precio, aunque la cosa no llegue á existir, si de su parte no ha mediado dolo, ni culpa.— En el segundo caso, tiene derecho á todo el precio, aunque la cosa llegue á existir en parte; pero si no llega á existir, no hay venta por falta de objeto, y el vendedor debe restituir el precio que hubiere recibido.— En el tercer caso, el vendedor tiene derecho á todo el precio, aunque la cosa haya dejado de existir total ó parcialmente el día del contrato».

Asimismo, señala en el numeral 1693 que:

> Artículo 1693.- «La venta aleatoria puede ser anulada por causa de dolo. Si la parte perjudicada prueba que la otra no ignoraba el resultado del riesgo á que estaba sujeta la cosa».

El tema no registra antecedentes en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926; así como tampoco en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936.

El Código Civil de 1936 sí trató sobre el particular en el artículo 1395:

> Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta. Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

En tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, lo hacía en el artículo 9:

> Artículo 9.- «Si en el caso del artículo anterior el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia. Empero, si la cosa o el derecho llega a existir el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien, debiendo el comprador pagar íntegramente el precio».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, abordaba la materia en el artículo 1565:

> Artículo 1565.- «Si en el caso del artículo anterior, el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia. Empero, si la cosa o el derecho llega a existir el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien, debiendo el comprador pagar íntegramente el precio»

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1498:

> Artículo 1498.- «Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio».

Análisis

El artículo 1535 del Código Civil Peruano plantea una variación respecto de la compraventa de bien futuro propiamente dicha, condicional o *emptio rei speratae*, regulada por el Código en el artículo 1534, antes comentado.

En tal sentido, los elementos que plantea el artículo 1535 son los siguientes:

a) Se ha celebrado un contrato de compraventa;
b) El bien materia de la prestación del vendedor es un bien futuro;
c) El comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, mas no el de su existencia;
d) El contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia;
e) Si el bien llegase a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos;
f) Para que el contrato produzca sus efectos bastará que el bien llegue a existir, no interesando la cuantía y calidad que presente al momento de su venida a existencia;
g) Una vez exista el bien, en cualquier cuantía y calidad, el comprador deberá pagar el íntegro del precio pactado.

Este supuesto, no regulado antes en nuestra codificación civil, venía siendo contemplado en doctrina desde hace muchos años.[1]

A nuestro entender, el artículo 1535 del Código Civil Peruano de 1984 es un supuesto de compraventa sobre bienes futuros bastante peculiar, ya que no se encuadra dentro de lo que habitualmente la doctrina y la legislación han considerado como los dos casos clásicos de contratación sobre bienes futuros, vale decir: la *emptio rei speratae* y la *emptio spei* (la primera condicional y conmutativa y la segunda pura, simple y aleatoria).

El artículo 1535 es, sin lugar a dudas, un contrato sujeto a condición suspensiva (la de que el bien vendido llegue a tener existencia). Sin embargo, este contrato tendrá un elemento de aleatoriedad, consistente en cuál será la cuantía y/o calidad del bien que hubiese llegado a existir, las que, lleguen a revestir las características que revistieren (siempre y cuando el bien hubiese llegado a tener existencia), harán que el comprador esté en la obligación de cancelar el íntegro del precio pactado.

Si tuviésemos que resumir nuestro parecer respecto del artículo 1535, diríamos que se trata, recogiendo los acertados términos de De la Puente, de un contrato condicional con relación a la existencia del bien, pero puro y simple, y por tanto, aleatorio, respecto a la cuantía del bien cuando este exista.[2]

---

[1] Sobre el particular recomendamos al lector la consulta de Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XIX, p. 75; Machado, José Olegario. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 15 y 16; Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 16; Lafaille, Héctor. *Derecho Civil*, vol. I, tomo VIII, p. 192; Spota, Alberto G. *Op. cit.*, vol. IV, p. 100; De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, pp. 207 y 208; y Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 7.

[2] Sin embargo, en un trabajo posterior (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 64-66), De la Puente expresa un cambio respecto a su posición de origen relativa al

1. Semejanzas y diferencias con la compraventa de bien futuro meramente conmutativa (artículo 1534) y la compraventa de bien futuro meramente aleatoria (artículo 1536)

Sin lugar a dudas, el artículo 1535 del Código Civil plantea un supuesto bastante especial que, como ha sido dicho al analizarlo, difiere de los comprendidos en los numerales 1534 y 1535, además de configurar un supuesto legal ajeno a la regulación del tema de la compraventa de bienes futuros dentro de nuestra tradición jurídica.

---

artículo 1535 del Código Civil Peruano.

En adelante sus expresiones:

«Existen dudas respecto a la naturaleza jurídica de esta venta, ya que si bien, a diferencia de la *emptio rei speratae*, el comprador asume el riesgo de la calidad y cantidad del bien, también se distingue de la *emptio spei* en que dicho comprador no asume la obligación de pagar el precio si el bien no llega a existir.

Para quienes, como López de Zavalía, opinan que la *emptio rei speratae* es una compraventa condicional y la *emptio spei* es una compraventa aleatoria, el contrato contemplado en el artículo 1535 del Código Civil Peruano constituye un caso intermedio entre ambas hipótesis. ‹En este caso, —dice dicho autor—, la venta es condicional bajo un aspecto y aleatoria bajo el otro. La condición reside en esto: que alguna cosa debe llegar a existir, pues si no ‹no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio si lo hubiese recibido›. Y el aspecto aleatorio radica en esto: que llegando a existir las cosas futuras, no interesa su cantidad, pues con tal que se produzca la existencia, aunque sea en cantidad inferior a la esperada, el vendedor tiene derecho a todo el precio›.

La Exposición de Motivos del artículo 1535 del Código Civil elaborada por la Comisión Reformadora sigue tal línea de pensamiento pues expresa que el caso regulado en este artículo difiere del contemplado en el artículo 1534, pues si bien hay certidumbre respecto de que el bien existirá, resulta incierto no sólo el momento en que el bien llegue a tener existencia sino también la cuantía y calidad que tendrá cuando exista. Por lo tanto, si el bien no llega a existir, el contato, al igual que en el caso contemplado en el artículo 1534, queda sin efecto alguno. En cambio, si el bien llega a tener existencia, el contrato produce sus efectos desde ese momento, esto es que el vendedor queda obligado a transferir al comprador la propiedad del bien y el comprador a pagar íntegramente el precio, cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien.

Así pensaba yo cuando redacté el Anteproyecto del contrato de compraventa. Ahora, que opino que la *emptio rei speratae* no es realmente una venta condicional sino una obligacional con carácter conmutativo, posiblemente redactaría el artículo 1534 diciendo:

Artículo 1534.- ‹En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el comprador se obliga a pagar el precio pactado cuando el bien llegue a existir con la calidad y cuantía convenidas. Si el bien no llegara a existir con estas características el contrato es ineficaz›.

Asimismo, modificaría el artículo 1535 para que quedara con el siguiente texto:

Artículo 1535.- ‹Si el comprador asume el riesgo de cuantía y calidad del bien futuro, deberá pagar al vendedor el precio pactado cualquiera que fuera la cuantía y calidad del bien, cuando éste llegue a existir›.

De igual manera, comentaría dicho artículo diciendo que el contrato resulta conmutativo con relación a la existencia del bien y aleatorio respecto a la cuantía y calidad del bien cuando exista».

La semejanza fundamental existente entre el artículo 1535 y el artículo 1534 se basa en que en ambos casos el contrato se encuentra sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia (que el bien futuro llegue a ser presente).

Sin embargo, dicha existencia no necesariamente guardará las mismas características, ya que en el supuesto del artículo 1534 estaríamos hablando de una existencia plena, vale decir en la que el bien existe con todas las características de cuantía y calidad que han pactado las partes. Ello significa que si el bien —físicamente hablando— llegara a existir, pero fallase algún rasgo característico de cuantía y/o calidad, se considerará —jurídicamente hablando— que el bien no ha llegado a existir.

De otro lado, resulta necesario mencionar que los supuestos bajo comentario (artículos 1534 y 1535 del Código Civil) se asemejan en que en ambos casos el bien debe llegar a existir para que el contrato surta efectos, a pesar de que la existencia planteada por el artículo 1535, para que el contrato surta efectos, no es la óptima, es decir aquella que desearían las partes para el bien futuro.

Es necesario hacer referencia a que la conmutatividad que comparten ambos supuestos, se va a ver alterada en la medida en que las partes hayan pactado elementos de aleatoriedad en relación a la cuantía y/o calidad del bien.

Pensamos que los principales problemas que se plantearían dentro del análisis del artículo 1535 serían el de estimar cuál es la existencia física mínima para que tenga lugar la existencia jurídica (ya que se debe tener presente el aforismo romano de que en Derecho «casi nada es igual a nada»).

Entonces será posible que en la eventualidad de que las partes no hubieran establecido con precisión los términos de la existencia (cuantía), ante una mínima existencia física los contratantes pudiesen discutir acerca de si el bien ha llegado a tener existencia jurídica.

El parecido entre el supuesto del artículo 1535 y aquél del artículo 1536 del Código Civil se basa, fundamentalmente, en el hecho de que ambos admiten aleatoriedad en cuanto a la cuantía y calidad del bien. Sin embargo, el artículo 1535 no admite aleatoriedad alguna respecto a la existencia del bien, a diferencia del numeral 1536 que constituye un supuesto completamente aleatorio.

Como ha sido dicho en su oportunidad, el artículo 1535 constituye un supuesto que bien podría calificarse de intermedio entre la compraventa conmutativa (la *emptio rei speratae* del artículo 1534) y la compraventa enteramente aleatoria (la *emptio spei* del artículo 1536).

2. Alcances de la asunción del riesgo de cuantía, pero no de la calidad ni de la existencia del bien

Si sólo se hubiera asumido el riesgo de cuantía pero no los relativos a calidad y existencia del bien, no habiéndose especificado la magnitud necesaria para que se considere existente dentro del plano jurídico, el bien tendrá que llegar a existir en una cantidad mínima, pero suficientemente apreciable como para que no se diga que es casi nada, pues ello equivaldría a la nada.

Sin embargo, la cantidad del bien que llegue a existir deberá tener la calidad en los términos exactos en los que fue prevista en el contrato.

3. Alcances de la asunción del riesgo de calidad, pero no de cuantía ni existencia del bien

En este caso, para que el bien se considere existente, en términos jurídicos, deberá tener una existencia física cuya magnitud sea equivalente al íntegro de la calidad pactada; caso contrario, se considerará que no ha llegado a existir el bien.

Respecto a lo que llegue a existir, ello podrá tener variaciones en cuanto a su calidad, naturalmente dentro de los márgenes que las partes hayan convenido al respecto. Creemos que el principal problema de este supuesto se presentará cuando el bien tenga una calidad tan mala que se pudiera cuestionar que por tal hecho, el bien ni siquiera exista, en la medida en que se podrá sostener que esa ausencia total de calidad torna al bien en inexistente. No obstante, asumimos que este criterio resulta discutible.

4. Alcances de la asunción de los riesgos relativos a cuantía y calidad, pero no de la existencia del bien

Éste será el supuesto en el cual se considere jurídicamente existente el bien por el sólo hecho de que llegue a tener una existencia lo suficientemente apreciable como para que equivalga a algo. Si así fuese, habiéndose asumido los riesgos relativos a la cuantía y calidad, resultará indiferente cuáles terminen siendo ellos, naturalmente con las salvedades que en relación a la calidad efectuamos en el punto anterior.

5. Posibilidad de combinar la asunción del riesgo

Si bien es cierto que hemos desarrollado hasta este momento el esquema clásico que plantea el artículo 1535 del Código Civil Peruano, debe dejarse en claro que dicha

norma, dada su amplitud, permitiría efectuar innumerables combinaciones con la asunción de dichos riesgos.

Inclusive debemos señalar que el riesgo, contrariamente a lo establecido por los Mazeaud como regla general, podría ser asumido en exclusividad por uno solo de los contratantes y no por ambos, en la medida en que la manera en que ellos se hubiesen obligado hiciera que ese riesgo sólo lo corra uno de los contratantes.

6. Importancia de una razonable presunción de que el bien llegará a existir

Consideramos que el juego de la aplicación legal de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil Peruano en relación al tema de la venta de bien futuro, no va de la mano con el grado de certeza que las partes tengan, al momento de celebrar el contrato, sobre la llegada a existencia del bien futuro.

Ya ha sido dicho en su oportunidad que nadie es dueño del futuro, razón por la cual resulta absolutamente imposible que uno o ambos contratantes tengan al momento de celebrar el acto, la certeza de que dicho bien existirá en el futuro. Nada podría asegurar esa certidumbre.

De ahí que no resulta necesario —en ninguna de las tres grandes modalidades de compraventa de bien futuro reguladas por el Código Civil Peruano— que las partes tengan una razonable presunción de que el bien llegará a existir. Dentro de tal orden de ideas, podría haber similar o diverso grado de certidumbre, tanto si las partes contrataran de conformidad al artículo 1534, al 1535 o al 1536.

Podría llegarse, incluso, al caso extremo de que los contratantes celebren un acto completamente aleatorio, en base al artículo 1536 y, sin embargo, conozcan que el bien materia del contrato tenga un mayor grado de posibilidad de existencia que otro bien respecto al cual se contratará en términos absolutamente conmutativos (conforme al artículo 1534 del Código Civil).

Idoneidad del artículo 1535

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Estimamos resulta suficiente la regulación que al respecto otorgan los numerales 1409 y 1410 del propio Código.

> Artículo 1536.- «En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir».

Fuentes nacionales del artículo 1536

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano, de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, el Código Civil de 1852 sí abordó el tema en su artículo 1343:

> Artículo 1343.- «Se puede vender una esperanza incierta; como si un pescador vende una redada ántes de echarla».

El Proyecto de Código Civil de 1890 señalaba en el artículo 1706, inciso 4° que puede venderse «un bien posible o esperanza incierta, como si un pescador vende una redada antes de cogerla».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató la materia en su artículo 1343:

> Artículo 1343.- «Se puede vender una esperanza incierta; como si un pescador vende una redada ántes de echarla».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 392 señalaba que:

> Artículo 392.- «Se puede también vender una esperanza incierta».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el numeral 1384 establecía:

> Artículo 1384.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta. Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Y el Código Civil de 1936, en su artículo 1395:

> Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta. Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó la materia en el artículo 10:

> Artículo 10.- «Si en los casos de los dos artículos precedentes el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tendrá derecho a la totalidad del precio aunque el bien no llegue a existir».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1566:

> Artículo 1566.- «Si en los casos de los dos artículos precedentes el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque el bien no llegue a existir».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1499:

> Artículo 1499.- «En los casos de los artículos 1497 y 1498, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir».

Análisis

1. Estudio de los elementos constitutivos de este contrato

Podríamos señalar que el contrato bajo análisis, regulado en el artículo 1536 del Código Civil Peruano, presenta los siguientes elementos:

a) Que se haya celebrado un contrato de compraventa (ya que hace referencia a los artículos 1534 y 1535 que le preceden y tratan acerca de la compraventa de bienes futuros) en el cual el objeto de la prestación del vendedor sea un bien futuro.
b) Que el comprador haya asumido el riesgo de la existencia del bien (entiéndase, no sólo de su cuantía y calidad, sino de la existencia en sí del bien mismo).

c) Que, llegue o no a existir el bien, el comprador estará obligado a pagar al vendedor el íntegro del precio pactado.

Nótese, del primero de los elementos, que el Código Civil Peruano está considerando a la llamada «compraventa de esperanza incierta» como una modalidad del contrato de compraventa de bienes futuros; esto, contrariamente a la impresión que daría una lectura somera del citado numeral.

2. Concepto de álea, chance, suerte, azar, esperanza y riesgo

El profesor español Carlos Rogel Vide[1] efectúa un minucioso análisis de los conceptos álea, chance, suerte, azar, esperanza y riesgo.

---

[1] Rogel Vide (Rogel Vide, Carlos. *Op. cit*., pp. 102 y ss.), expresa lo siguiente:

«Como ya ha quedado señalado, a decir de los Mazeaud, sólo es verdaderamente aleatorio un contrato cuando existe una ‹*chance*›. Mas, ¿qué ha de entenderse por tal? Para Bénabent, es correcta la definición en virtud de la cual se afirma que la ‹*chance*› es una de las maneras de producirse un evento aleatorio. Su sentido propio es imparcial. Habiendo ‹*chance*›, ésta puede ser buena o mala. En este sentido, equivale al azar (aplicando estas ideas al lenguaje castellano, equivale a la suerte buena o mala suerte).

Ante el azar, el Derecho ha adoptado distintas posturas.

En primer lugar, una actitud de reserva, que se prolonga hasta el siglo XIX, una actitud de ignorancia-exclusión si bien admitiendo la inserción convencional de azar en el campo jurídico: tal es el caso de los contratos aleatorios.

En éstos, la incertidumbre sería la causa de la obligación. Incertidumbre que ha de existir para todos los contratantes (no puede concebirse el que la ‹*chance*› sea unilateral, diría Mazeaud). Puesto que el contrato aleatorio es una suerte de combate, en el sentido en que la ganancia de una parte entraña necesariamente una pérdida que la otra ha de experimentar, es necesario partir con armas iguales, es necesario partir de una situación de igualdad de las partes en la incertidumbre.

El siglo XX se caracteriza por una tendencia a la integración del azar en el campo jurídico que se manifiesta en una ampliación del campo de los contratos aleatorios, determinada quizá en función de una cierta familiarización con el azar como resultado de un desarrollo de las ciencias probabilísticas.

Efectivamente, ‹*chance*›, que en singular es azar, ha de traducirse, en plural por probabilidades. Ahora bien, lejos de constituir una ambivalencia, la doble definición nos muestra en sus términos la naturaleza misma del fenómeno; a saber, que la ‹*chance*›, inaccesible en el plano individual, puede ser abarcada y controlada en grandes números. Las ‹*chances*› se calculan. De aquí la difusión, señalada de los contratos aleatorios. Pues bien, apoyándome en las sugerencias de Bénabent, creo lo siguiente: ‹*chance*› no es, ni más ni menos que una de las maneras de producirse un evento aleatorio. Imparcial, neutral, equivale a buena o mala suerte, equivale al azar. Evento aleatorio es aquel que puede resolverse favorablemente: con buena suerte o desfavorablemente: con mala suerte. Esta alternativa que se compendia en el álea, hace que cada una de las partes, respectivamente, tenga la esperanza de una buena ‹*chance*›, mas también que, en función de la misma, esté dispuesto a correr el riesgo de una ‹*chance*› desfavorable.

Es así que tanto el ‹tener una esperanza› como el ‹correr un riesgo› son comunes a ambas partes, no siendo más que situaciones, actitudes anímicas. Y no se diga que el riesgo es asumido solamente por aquella parte cuya prestación, determinada desde el momento de la conclusión del contrato, se enfrenta con otra prestación indeterminada, que puede no producirse incluso, pues cuando sucediese contrariamente, esto es, deviniendo cierta, determinada, y plenamente exigible la prestación que inicialmente

En conclusión, el citado profesor establece que el riesgo —como decían los Mazeaud— siempre lo corren ambas partes contratantes.

---

no lo era, nos encontraremos con que el montante económico de la misma, el sacrificio económico que implica, siendo rotundamente superior al de la determinada inicialmente —dado el aspecto de la especulación informante del contrato— hará que el riesgo de la ‹*chance* desfavorable› se concretice recayendo precisamente sobre la parte cuya prestación aparecía inicialmente determinada, no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente.

De nuevo, a modo de estribillo, la frase de Mazeaud: ‹no puede concebirse el que la ‹*chance*› sea unilateral›.

Respecto de la *emptio spei* las ideas expuestas anteriormente pueden clarificarse mediante la exposición de dos ejemplos: uno clásico, el otro presente en nuestros días.

Así, en la hipótesis del *iactus missilium*, el comprador pretendía asegurarse, a cambio de una cantidad fija, todos los objetos que una persona experta y seleccionada pudiera obtener, en la esperanza de que su valor fuese muy superior al precio fijado de antemano, mas corriendo el citado riesgo de una acentuada disparidad entre el precio y los objetos escogidos, se cubriría contra la hipótesis de no recoger ninguno.

No obstante, podría suceder que siendo el precio estipulado el de 100 monedas, los objetos valiesen 1000; en este caso, ¿de quién es el riesgo? mejor dicho ¿sobre quién repercute desfavorablemente el evento aleatorio al resolverse la incertidumbre que pesaba sobre él?: evidentemente, sobre el vendedor.

Lo mismo sucedería en la hipótesis posible hoy, de la *emptio spei*, de una cosecha futura, cuando, venida a existencia ésta, su valor fuese muy superior al precio pactado.

Dos supuestos, pues, que demuestran la independencia entre el riesgo y la indeterminación de la prestación, que evidencian que el riesgo no es más que un ingrediente, común a ambas partes del contrato aleatorio.

En la misma línea de ideas se encuentra Pelaggi al afirmar que, si bien en el lenguaje corriente no se hace la distinción entre riesgo y álea, y ambos términos vienen usados indistintamente tanto para indicar aquella situación en la que da la posibilidad de un evento desfavorable y la probabilidad de un evento favorable, la ciencia del lenguaje y la ciencia jurídica han precisado que, mientras el término ‹riesgo› sirve para referirse a una situación en la que se produce la pura probabilidad de un perjuicio, el término ‹álea› designa, más propiamente, la probabilidad de un perjuicio.

En su opinión, la objeción en virtud de la cual no es exacto hipotizar la existencia de las dos situaciones anteriormente indicadas, dado que solamente existe aquélla en la cual puede constatarse contemporáneamente la probabilidad de un beneficio (pues si se habla en términos de ‹posibilidad› de un evento determinado, esto quiere decir que se excluye la certidumbre del mismo, y por consiguiente se admite la posibilidad de un evento contrario, o al menos, la no producción del primero con las mismas consecuencias) aun cuando sea parcialmente cierta, no justifica el afirmar, como hacen algunos, que toda distinción entre ‹riesgo› y ‹álea› es arbitraria y se resuelve en una mera sutileza terminológica.

Efectivamente, tal distinción no sólo es inútil en el plano económico-social, sino que es oportuna en el plano jurídico.

Por lo que al álea específicamente se refiere, la posibilidad de un evento favorable con la inherente de uno desfavorable en que ésta consiste, puede no interesar al derecho, permaneciendo en un plano prejurídico o de simple hecho o, por el contrario, interesando vanamente. Así, se distingue entre una noción empírica y una noción jurídica de álea, y, dentro de ésta, en función de la progresiva importancia asignada, han de distinguirse distintas especies que, precisamente, señalarán el límite entre y el paso de los contratos conmutativos a los aleatorios.

[...]».

Sin embargo, a pesar de admitir que ésa es la regla general, pensamos que podrían pactarse supuestos de excepción, en los cuales el riesgo sólo sea asumido o por el comprador o por el vendedor, pudiendo establecerse además en estos casos una amplia gama de posibilidades, tal como lo permite el artículo 1535 del Código Civil Peruano, antes desarrollado.

3. Naturaleza jurídica del objeto de este contrato

Igualmente ha sido materia de discusión doctrinaria, el tema de la naturaleza jurídica del objeto de la prestación del vendedor en este contrato.

Seguidamente analizaremos las posiciones existentes.

Una primera posición sostiene que el objeto de la prestación del vendedor es el álea.

Esta opinión es compartida, entre otros autores, por León Barandiarán[2] y Barbero;[3] pero es rebatida de manera contundente por otro sector de la doctrina, el mismo que considera que el objeto de este contrato no es el álea, sino el propio bien futuro. Sustentan esta posición profesores tan importantes como Messineo,[4] Gorla[5] y Wayar.[6]

En lo personal, compartimos plenamente este segundo criterio, por las razones expuestas oportunamente.

4. Naturaleza jurídica de este contrato

Respecto del contrato de compraventa aleatoria de bien futuro, o contrato de compraventa de esperanza incierta, Calonge[7] recoge y analiza las teorías que a lo largo de la historia de nuestra tradición jurídica han tratado de explicar su naturaleza jurídica.

Veamos un resumen de lo expuesto por Calonge:

4.1. Se trata de una compraventa condicional

Según Calonge:

> Algunos autores, entre los que cabe contar a Windscheid y Bechmann, no presentan una distinción en la naturaleza jurídica de la *emptio spei* con respecto a la que

---

2 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo III, p. 13.

3 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo I, p. 284.

4 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, pp. 64 y 65.

5 Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 238 y 239.

6 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 238 y 239.

7 Calonge, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 205 y ss.

> señalan para la *emptio rei speratae.* Para Windscheid, por tanto, ambas compraventas estarían sometidas a una conditio iuris (por tanto no propiamente condicional). Para Bechmann la *emptio spei* no sería sino una forma particular de la venta de cosa futura (cuya naturaleza es para él condicional) pero con la particularidad que produce en el negocio la existencia de una cláusula especial por la que el comprador asume los riesgos de la venida a existencia de la cosa, el peligro de no cumplirse la condición. El contrato, para Bechmann, permanecería siempre imperfecto, subordinado a la condición de la existencia de la cosa. La diferencia que presenta el autor respecto al juego de la condición en la *emptio spei* y *emptio rei speratae* es la siguiente: en la primera, la condición sólo mira a la obligación del vendedor que estaría obligado a la entrega de la cosa en el solo caso de su existencia; por el contrario, en la *emptio rei speratae*, la condición afectaría a todo el contrato, tanto a la obligación del comprador de pagar el precio como a la del vendedor de entregar la cosa. Esta teoría, forzada para una solución unitaria de la venta de cosa futura, no resulta en modo alguno convincente.

El mencionado profesor español critica a esta teoría, señalando que:

> La categoría de conditio iuris no puede ser aplicada a la *emptio rei speratae* como en su momento vimos, pero aun menos a la *emptio spei*, figura de naturaleza esencialmente aleatoria. La solución, más aguda, de Bechmann, no puede tampoco ser admitida. No es posible considerar el negocio condicionado y a la vez existente cuando falte la condición. La estructura de la *emptio spei* como contrato puramente aleatorio se halla en el polo opuesto a la del negocio condicional.

4.2. Se trata de una compraventa perfecta

Es una teoría sostenida por De Visscher y Ramella y se opone a la anterior.

Supone esta teoría que es una venta pura y simple, perfecta desde el momento inicial del contrato. Pero la misma no resulta acertada, ya que ambos autores, a decir de Calonge:

Entienden por *emptio spei*, no propiamente tal, sino la *emptio rei* speratae contratada a todo riesgo que, por tanto, se convierte en contrato aleatorio por voluntad de las partes. En la *emptio spei* se da una aleatoriedad necesaria, no convenida, cuyo objeto es no una cosa futura, sino una cosa probable, la probabilidad misma, el puro azar.

4.3. Se trata de una compraventa de un derecho eventual de crédito

Según Calonge, esta teoría ha sido planteada por un reducido sector de la doctrina, entre los que se encuentran Cohn y Braun. No la considera acertada, a pesar de ser

una figura próxima a la *emptio spei*, porque, antes de caracterizar a la *emptio spei*, por un proceso totalmente inverso, ha sido la *emptio spei*, por analogía, la que ha llevado a configurar esta institución que propiamente sería una *emptio spei obligatonis*.

4.4. Se trata de una compraventa de una determinada actividad

Sostiene Calonge que ha sido ésta una antigua teoría propuesta a principios de siglo XX por Fubini. Argumenta Fubini que se excluye que el álea sea el verdadero objeto del negocio, pues en tal caso se separaría del verdadero contenido económico del negocio para dar paso a una ficción jurídica y dado que la *emptio spei* no puede ser considerada más que como contrato de venta, la determinación de las obligaciones de las partes se presentaría clarísima, siempre que se considere como objeto del negocio una actividad determinada, actividad que debe ser dejada al arbitrio de las partes.

Esta teoría no ha encontrado eco en la doctrina.

4.5. Se trata de un arrendamiento de servicios

Según Calonge, esta teoría ha surgido de vez en vez en la historia del pensamiento jurídico. Los supuestos romanos del iactus retis y del iactus missilium suponían en la espiritualización del objeto en la compraventa el último grado. Ante la dificultad de esta figura, y al ver que, aparentemente, el precio dado por el comprador no era por la posibilidad de que algo saliera en la red o de que algo se cogiera en el tumulto, sino que era para que se lanzara la red o para que se intentara coger los missilia, se pensó que lo que se adquirió por el precio no era una esperanza, sino los servicios de una persona.

Sin embargo, esta posición es criticable, por cuanto, a decir del propio Calonge, en criterio que compartimos, a pesar de ser indudable que la *emptio spei* presenta una cierta analogía con el arrendamiento de servicios, no puede confundirse con él, ya que la figura viene delineada o determinada desde Roma como *emptio*; resulta así que en Derecho Romano, si el vendedor no quiere lanzar la red o no quiere entregar lo capturado responde por la acción de compra, *ex emptio*; además de que no en todos los supuestos de *emptio spei* el vendedor debe realizar una actividad.

4.6. Se trata de una compraventa aleatoria

Esta posición resulta, sin lugar a dudas, la más difundida en la doctrina de los últimos dos siglos. Es también, como hemos visto, la que ha sido recogida por nuestra codificación civil anterior y por el propio Código Civil Peruano de 1984. Ocurre, a decir

de Calonge, que la configuración romana como *emptio spei* o *emptio aleae* denota su naturaleza de compraventa aleatoria.

Ésta es la teoría que ha sido asumida por la casi totalidad de autores consultados. Así, en primer lugar, unos autores contemplan la licitud de una compraventa de esperanza incierta y la distinguen de la compraventa de bien futuro conmutativa; y veremos también que otros la consideran un contrato aleatorio.

4.6.1. La compraventa de esperanza incierta es un contrato con caracteres propios (contrato de compraventa de bien futuro aleatoria)

Esta posición es asumida por un grupo numeroso de autores.[8]

4.6.2. La llamada «compraventa de esperanza incierta» es un contrato aleatorio

En lo que respecta a considerar a la llamada compraventa de esperanza incierta como un contrato aleatorio, encontramos que la mayoría de autores consultados coincide en señalar como válido este criterio.[9]

Debido a la naturaleza de contrato aleatorio, en el caso de la llamada «compraventa de esperanza incierta», el comprador estará obligado a pagar el precio bajo cualquier circunstancia, inclusive si el bien no llegase a existir, ya que se celebró un contrato enteramente aleatorio.

Esta opinión es compartida por la doctrina consultada.[10]

---

[8] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 43; Troplong, C. *Op. cit.*, tomo I, p. 274; Duranton. *Op. cit.*, tomo VI, p. 108; Guillouard, L. *Op. cit.*, tomo I, p. 187; Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 105; tomo XXIV, p. 104; Larombière, M.L. *Op. cit.*, tomo I, pp. 246 y 247; Demolombe, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, p. 287; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 237; Lafaille, Héctor. *Derecho Civil*, tomo VIII, vol. I, p. 192; Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, p. 48.

[9] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 43; Duranton. *Op. cit.*, tomo VI, p. 108; Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 105; tomo XXIV, p. 104; Larombière, M.L. *Op. cit.*, tomo I, p. 247; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, p. 438; Demolombe, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, p. 287; Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 93; León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo III, p. 13; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, pp. 110 y 111; Demogue, René. *Op. cit.*, tomo II, p. 573; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VI, p. 306; Valverde y Valverde, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, p. 360; Alessandri Rodrìguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, tomo IV, p. 371.

[10] Ver Mazeaud Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, vol. III, p. 110; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, p. 438; León Barandiarán, José. *Op cit.*, tomo III, p. 13; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 237; Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo V, p. 63 y 64; Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, pp. 16 y 17; Valverde y Valverde, Calixto. *Op. cit.,* tomo III, p. 360; Lafaille, Héctor. *Curso de*

Pero, a decir de Calonge, la original solución de configurar como *emptio* la institución, llevaba en sí, juntamente con la naturaleza de compraventa puramente aleatoria, el germen de una categoría nueva: los contratos aleatorios.

Es justamente en tal sentido que Messineo se ocupa de remarcar la contradicción que existiría en este supuesto en relación al contrato de compraventa, cuando señala que si la compraventa es un contrato conmutativo, la expresión «venta aleatoria» sería una especie de contradicción.

Contratos, tomo II, p. 48; De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, p. 208; Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.,* p. 8.

En este punto, consideramos pertinente recordar las expresiones de Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 62 y 63), quien señala lo siguiente:

«El artículo 1536 del Código Civil habla de la asunción del riesgo por el comprador. Concediendo a la expresión ‹riesgo› el significado que realmente le corresponde, o sea la pura probabilidad de un perjuicio, lo que asume el comprador es la probabilidad de pagar la totalidad del precio aunque el bien futuro no llegue a existir. Este riesgo viene a ser el albur de perder que mencionan los Mazeaud pero recayendo únicamente en el comprador.

De otro lado, siendo la esperanza una actitud o un estado anímico en el cual se nos presente como posible lo que deseamos (primera acepción de la voz ‹esperanza› del Diccionario de la Lengua Española), resulta prácticamente imposible que la esperanza sea materia de una compra, o sea de la adquisición de su propiedad. Para que el contrato de compraventa cumpla su verdadero rol se requiere que recaiga sobre la propiedad de un bien (cosa o derecho) y la esperanza no es un bien. Al respecto dice Degni que el álea no puede ser objeto de la obligación del vendedor, poque a la compraventa, aunque sea considerada como contrato obligatorio esencial la obligación de dar una cosa, y ésta es la que el comprador quiere adquirir, y no el álea›.

Puede aceptarse, por lo tanto, que la *emptio espei*, por estar incluida en el Capítulo Segundo del Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, es una compraventa aleatoria, en la cual el álea está constituida por la probabilidad de que el comprador deba cumplir sus obligaciones como tal aun en el caso que el bien materia del contrato no llegue a existir.

Surge la dificultad técnica relativa a que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo, en el sentido que la entidad de las prestaciones es establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que las partes conocen desde este momento cuál es el contenido de sus respectivas obligaciones.

Esto, desde luego, no ha pasado desapercibido a la doctrina. Sobre el particular Messineo dice que parece fundada, a primera vista, ‹la objeción de que, en cuanto la venta es contrato conmutativo, una venta aleatoria sería una especie de entidad contradictoria, pero, en último análisis, de tal premisa no se saca una suficiente construcción práctica, que justifique la opinión; en efecto, la única consecuencia de hacer de la *emptio espei* un contrato aleatorio, y no una venta, sería que las normas sobre la venta pueden ser aplicadas por analogía y no por relación directa. Lo que, como se ve, no resolvería la afirmada incompatibilidad entre los dos términos ‹venta aleatoria›, ya que al menos algunas reglas de la venta serían igualmente aplicables a la *emptio espei*, no obstante la afirmada diversidad de su naturaleza jurídica respecto a la venta ordinaria›.

Concluye Messineo diciendo, en opinión que participo plenamente que la *emptio espei* por su estructura y por los efectos que comparta, confirma, pues, su carácter de venta aleatoria».

A decir de Messineo, citado por Calonge, de esto se seguiría la consecuencia de aplicar por analogía las normas de la compraventa —si la *emptio spei* se construye como contrato aleatorio— y no por relación directa.

Es por ello, según Calonge, que la *emptio spei*, por su estructura y efectos, confirma su carácter de venta aleatoria. Por tal razón, señala, no debe parecer extraño que una figura nacida como *emptio* mantenga ciertos caracteres propios de la compraventa, como no debe extrañar tampoco que por su especial naturaleza aleatoria no le sean aplicables otros, como responsabilidad por evicción y garantía de vicios ocultos.

4.7. Se trata de un contrato aleatorio

Calonge,[11] respecto de esta posición, elabora un interesante planteamiento que, por tratar de que llegue completo a nuestro lector, preferimos transcribirlo íntegro a continuación:

En esta posición se encuentra el más nutrido grupo de autores (se refiere a los italianos). La doctrina italiana aun se ha planteado el problema de si la *emptio spei* debe ser considerada como un contrato aleatorio típico o por el contrario constituye un contrato aleatorio atípico, innominado. Estudiaremos, pues, estas dos soluciones separadamente:

4.7.1. Contrato aleatorio atípico o innominado

Mantienen, entre otros, esta tesis Salis, Degni y Lipari. Salis presenta una complicada y profunda construcción de la *emptio spei*. Ante todo comienza por puntualizar que no es posible una distinción *emptio spei-emptio rei speratae* si no es atendiendo a la voluntas contrahentium. Sólo cuando el comprador se haya obligado al pago del precio en todo caso podrá decirse existente la *emptio spei* y esto siempre que la cosa no venga a la existencia pues si la cosa se produce, aun con la existencia de tal cláusula, el contrato resulta una *emptio rei speratae*. Aun añade Salis que la *emptio spei* aparece con un nomen iuris absolutamente inexacto del cual tradicionalmente están revestidas las más varias especies y figuras de contratos, que, presentándose originariamente bajo la forma de verdaderos y propios contratos de compraventa, pierden después tal característica por la falta de un elemento esencial. Características de la *emptio spei* son, para el autor, las siguientes: se presenta como cláusula adjunta a un contrato de compraventa, la cosa objeto del contrato debe ser aleatoria, finalmente, la cosa objeto

[11] Calonge, Alfredo. *Op. cit.,* pp. 209 y 210.

del contrato no debe venir a la existencia. Sólo en esta hipótesis el contrato puede ser considerado autónomo: contrato atípico o innominado de naturaleza aleatoria.

No consideramos preciso refutar punto por punto la opinión de Salis a este respecto, que por otra parte presentamos en un escueto resumen suprimiendo todas las falsas deducciones que le llevan a tal solución. Carece su estudio de una visión histórica-jurídica del problema y la terminología propugnada adolece de falta de suficiente rigor técnico. La *emptio spei* queda en Salis recortada y desvirtuada. Propiamente no sería sino una *emptio rei speratae* contratada a todo riesgo y en el supuesto de no existencia de la cosa.

4.7.2. Contrato aleatorio típico

Son representantes caracterizados de esta postura en la doctrina italiana Gazzara y Rubino. Opina Gazzara que no hay razón para negar autonomía a la *emptio spei* y su carácter de contrato nominado encuadrado en una disposición legislativa (artículo 1472 del Código Civil Italiano). Y análogamente al anterior expresa su parecer Rubino.

Hasta aquí las palabras de Alfredo Calonge.

Por nuestra parte, debemos reiterar el parecer —ya expresado en ocasiones anteriores— en el sentido que la denominada *emptio spei* es un contrato aleatorio típico, pero no un contrato aleatorio típico distinto del contrato de compraventa.

Simple y llanamente se trata de una compraventa celebrada de manera aleatoria, conclusión a la que ha sido lenta y difícil la llegada de la doctrina de nuestra tradición jurídica, en la medida en que se consideraba que era carácter esencial del contrato de compraventa el ser conmutativo y no se concebía su aleatoriedad.

De esta forma, cualquier idea que pretendiera relacionar a la compraventa con un eventual carácter de aleatoriedad, era visto con muchas suspicacias, y la generalidad de la doctrina intentó siempre elaborar las más diversas teorías, que conducían —todas ellas— a tratar de explicar que este acto no era una compraventa, y que —más allá de las disposiciones legales que le fueren aplicables— se trataba de un contrato distinto a la compraventa, precisamente por ser aleatorio.

Pero hoy sabemos que no es otra cosa que una compraventa que —excepcionalmente— tiene rasgos de aleatoriedad, supuesto que en relación al bien materia de este contrato abrió el camino para que luego la propia doctrina admitiese la existencia de otras compraventas aleatorias, como son algunos supuestos de venta de bien litigioso o de venta de bien en peligro de dejar de existir.

En conclusión, opinamos que hoy en día, y dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico, la *emptio spei* es una compraventa aleatoria.

5. Formas de resolver el problema en caso existieran dudas acerca de si el contrato de compraventa celebrado es uno conmutativo, aleatorio o un acto que comparte rasgos de conmutatividad y aleatoriedad

Existe la posibilidad de que al encontrarnos frente a un contrato de compraventa de bien futuro, no tengamos claramente definido si se trata de una modalidad conmutativa o una modalidad enteramente aleatoria, o, incluso, que sea un supuesto conmutativo en cuanto a la existencia del bien, pero aleatorio en lo que respecta a su cuantía y/o calidad.

En tal sentido, la doctrina ha ideado diversos criterios destinados a resolver este problema, siendo los más importantes aquellos que pasamos a mencionar a continuación:

5.1. De acuerdo a las circunstancias que rodean a la celebración del contrato

Esta posición sostiene que para arribar a una conclusión se tendrán que apreciar las circunstancias que rodean a la celebración del contrato respectivo. Cuenta entre sus partidarios a Baudry-Lacantinerie y Saignat,[12] Barros Errázuriz,[13] Planiol y Ripert[14] y Rezzónico.[15]

5.2. De acuerdo al empleo de expresiones en sentido condicional

Dentro de esta posición, si se utilizan expresiones en sentido condicional, estaremos en presencia de una compraventa conmutativa; caso contrario será una compraventa aleatoria.

Este criterio es sostenido, entre otros autores, por Favre, Voët, Duranton, Pardessus y Troplong.[16]

5.3. De acuerdo al monto del precio

De conformidad a esta posición si el precio pactado es acorde al valor real del bien en el mercado, entonces estaremos frente a un contrato conmutativo; en cambio, si fuese notablemente inferior, se tratará de un contrato aleatorio.

---

[12] Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XII, p. 299.

[13] Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 370 y 371.

[14] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 26.

[15] Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, p. 114.

[16] Troplong, C. *Op. cit.*, tomo I, pp. 75, 76 y 275.

Esta posición es compartida por numerosos autores, entre los cuales podemos citar a Mourlon,[17] Guillouard,[18] Baudry-Lacantinerie y Saignat[19] y Rezzónico.[20]

5.4. De acuerdo a si se trata de una compraventa *ad mensuram* o *ad corpus*

Como veremos en nuestro estudio de los artículos 1574 a 1579 del Código Civil, el contrato de compraventa puede ser pactado ya sea sobre medida (ad mensuram) o en bloque (ad corpus).

En este sentido, si estuviésemos frente a un supuesto de compraventa de bien futuro, ello será fundamental para determinar si se trata de un acto conmutativo o de uno aleatorio.

La doctrina consultada[21] coincide en señalar que si se estipuló un tanto por unidad o medida de extensión o cabida, se tratará de una compraventa conmutativa de bien futuro, en la medida en que el precio a pagar será el resultado de la multiplicación del precio asignado a cada unidad de extensión o cabida, por el total de unidades que tenga el bien materia del contrato.

5.5. De acuerdo a si se estipuló comisión para un intermediario

René Demogue[22] anota que en este caso si se hubiera estipulado comisión para un intermediario, entonces se tratará de una compraventa condicional (por lo tanto, conmutativa) de bien futuro.

5.6. De acuerdo al grado de conocimiento que se tenga de la probable futura existencia del bien

Como ha sido dicho anteriormente, resulta imposible predecir el futuro; en tal sentido, similares expresiones se extienden al hecho de si un bien va a llegar o no a tener existencia.

En tal virtud, Demogue[23] recuerda las palabras del profesor F. de Visscher, y considera que el carácter conmutativo o aleatorio del contrato de compraventa de bien

---

17 Mourlon, Frédéric. *Op. cit.*, tomo II, p. 570 y tomo III, p. 235.

18 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 187.

19 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XII, p. 299.

20 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 114.

21 Duranton (Duranton. *Op. cit.,* tomo VI, p. 108 y tomo IX, p. 68.) y Demogue (Demogue, René. *Op. cit.*, tomo II, p. 573).

22 Demogue, René. *Op. cit.*, tomo II, pp. 874 y 875.

23 *Ibidem*, tomo II, p. 875.

futuro, dependerá de la situación de que se tenga una mayor o menor certeza (o grado de certeza) de que el bien realmente va a llegar a tener una existencia en el futuro. Dentro de tal orden de ideas, cuanto menor sea el grado de certeza, estaremos ante una compraventa aleatoria; y en tanto dicho grado sea mayor, se tratará de una compraventa conmutativa.

5.7. De acuerdo a si se ha convenido el pago íntegro del precio ante cualquier eventualidad

A decir de Lino Salis,[24] sólo cuando las partes hubiesen convenido que el comprador está obligado al pago del precio, incluso en la hipótesis en la cual el bien no haya venido a tener existencia, se tratará de una compraventa aleatoria; en los demás casos, será una compraventa conmutativa.

5.8. Supuesto de duda insoluble

La doctrina francesa, basándose en lo establecido en el artículo 1602, segundo párrafo, del Código Napoléon, norma que establece que el vendedor está obligado a expresar con claridad a lo que se obliga, cualquier punto oscuro o ambiguo se interpreta contra el vendedor. Coincide en señalar que en la duda insoluble, debe decidirse contra el vendedor, vale decir que se trata de una compraventa de carácter conmutativo.[25]

Pero también encontramos adhesiones a esta corriente de opinión en la doctrina argentina[26] y en la doctrina peruana.[27]

5.9. Nuestra posición

A pesar de no haber sido contemplado en nuestra legislación civil el principio establecido por el artículo 1602 del Código Civil Francés (lo que nos parece correcto), consideramos de plena aplicación esa regla, pero por razones totalmente diversas.

---

[24] Salis, Lino. Citado por León Barandiarán, José. *Op. cit*., tomo III, pp. 14 y 15.

[25] En tal sentido pueden apreciarse las opiniones de Demolombe (Demolombe. *Op. cit.,* tomo XXIV, p. 287), Larombière (Larombière, M.L. *Op. cit.,* tomo I, p. 247) y Baudry-Lacantinerie y Saignat (Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XII, p. 299).

[26] Rezzónico (Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, pp. 114 y 115.) y Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit*., pp. 241 y 242) son de este parecer.

[27] José León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo III, pp. 14 y 15) también era de esta opinión.

Dado que el contrato de compraventa es, fundamentalmente, conmutativo y no aleatorio, en la duda extrema, y luego de haber tratado de despejarla utilizando todos los criterios (que sean aplicables al caso concreto) contenidos en la enumeración anterior, debe entenderse que se trata de una compraventa conmutativa de bien futuro, y no de una compraventa aleatoria de bien futuro, o de «esperanza incierta».

Respecto de la interpretación de la duda, debemos decir, para culminar el análisis del punto, que todos los criterios esgrimidos anteriormente son válidos, pero deben ser aplicados, en el caso del Derecho Peruano, de conformidad con lo establecido por los artículos 168 a 170 del Código Civil, en especial por el 169, que establece que «las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras» y por el 170, que prescribe que las «expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».[28]

6. La venta de bien futuro, el caso fortuito, la fuerza mayor y la diligencia ordinaria requerida

Un tema digno de estudio es el relativo a si tendrían alguna relevancia las causales exoneratorias de responsabilidad reguladas por el Código Civil Peruano, vale decir si el incumplimiento se produce u origina por caso fortuito, fuerza mayor o si el deudor incumple a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias; todo ello, naturalmente, referido a la compraventa de bien futuro.

En otras palabras, buscamos expresar la inquietud en el sentido de si el hecho de que el bien no llegue a tener existencia, si se derivara de alguna de estas tres causas,

---

[28] Sobre este particular coincide con nuestra conclusión Manuel de la Puente, cuyas expresiones transcribimos a continuación (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 63 y 64):

«La línea que separa la *emptio rei speratae* de la *emptio spei* no es muy definida, de tal manera que, cuando los contratantes no son muy precisos en determinar la modalidad de la venta de cosa futura, pueden surgir, y surgen con frecuencia, dudas, frente a un caso concreto, respecto de la modalidad de que se trata.

La mayoría de los autores sostienen que se trata de una cuestión de interpretación para conocer la verdadera voluntad común de los contratantes. En efecto, la doctrina más extendida proporciona cuatro elementos para la interpretación de la ley, que suelen ser los mismos que los de interpretación del acto jurídico, que son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Si pese a esta labor hermenéutica no se pudiera establecer aún la modalidad de la venta, la doctrina aconseja que debe presumirse que se trata de una *emptio rei speratae* por ser un contrato conmutativo y, por ello, más conforme con la naturaleza del contrato de compraventa.

Pienso que este planteamiento es correcto, ya que si se ha llegado a la conclusión que la *emptio rei speratae* es un contrato obligacional de carácter conmutativo, es plausible que se prefieran los efectos de este contrato antes que los del contrato aleatorio, como es la *emptio spei*, que coloca al comprador en una posición de desventaja debido a la incertidumbre sobre su obligación de pagar el precio».

traería como correlato la liberación del vendedor, incluso en el supuesto de compraventa de bien futuro enteramente aleatorio (la *emptio spei* del artículo 1536).

Podría pensarse que el contrato de compraventa de bien futuro aleatorio sólo está circunscrito a determinados riesgos que podríamos calificar como «atendibles». En este sentido, tenemos la opinión de Manuel de la Puente y Lavalle, quien considera que de producirse un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor que condujera a que el bien no llegue a tener la existencia deseada, el caso fortuito o fuerza mayor estaría excluyendo la responsabilidad al comprador de pagar, aunque el bien no llegue a existir.

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar de la opinión del citado profesor, ya que consideramos que en el tema de la compraventa aleatoria de bien futuro no tienen relevancia el caso fortuito, la fuerza mayor, así como tampoco si el deudor incumplió a pesar de que actuó con la diligencia ordinaria requerida.

Creemos que el caso de la compraventa de bien futuro plantea, de por sí, la exclusión de la aplicación de los supuestos tradicionalmente exoneratorios de responsabilidad, ya que al tratarse de una modalidad contractual enteramente aleatoria, ello implica que las partes celebren el acto «a todo riesgo», vale decir ateniéndose a las consecuencias que se deriven sobre el bien futuro, sean cuales fueran las causas de las mismas. Ilustramos el tema con el clásico ejemplo de la cosecha. Así, poco importará (dentro de una compraventa aleatoria) si dicha cosecha no llega a tener existencia en virtud de falta de diligencia del vendedor (culpa leve, culpa inexcusable o dolo) o si la misma no llega a existir por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de que el vendedor empleó toda la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

7. Compraventa de bienes existentes, pero en peligro de dejar de existir

El contrato de compraventa de bienes existentes pero en peligro de dejar de existir, es un supuesto ignorado por la inmensa mayoría de legislaciones, incluyendo la peruana, pues en ninguno de los Códigos Civiles que han regido en nuestro país se ha regulado el particular.

En realidad sólo hemos logrado ubicar dos Códigos Civiles que tratan sobre el particular: el Argentino y el Nicaragüense de 1903.

En efecto, el Código Civil Argentino contiene el artículo 1332, segunda parte, y los artículos 1406 y 1407 (todos ellos relativos al contrato de compraventa), que —a la letra— establecen lo siguiente:

> Artículo 1332.- «Cuando se venden cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».
>
> Artículo 1406.- «Si fuese aleatoria por haberse vendido cosas existentes, sujetas a algún riesgo, tomando el comprador ese riesgo, el vendedor tendrá igualmente derecho a todo precio, aunque la cosa hubiese dejado de existir en todo, o en parte en el día del contrato».
>
> Artículo 1407.- «La venta aleatoria del artículo anterior, puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta».

Similar regulación que la del artículo 1406 antes transcrito, adopta el Código Civil Nicaragüense de 1903 en su artículo 2571:

> Artículo 2571.- «Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquiera cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

Este caso nos coloca, paradójicamente, frente a un supuesto de contrato de compraventa de naturaleza aleatoria, que no es el tradicional de la esperanza incierta, ya analizado por nosotros en su oportunidad. Es decir, dicha compraventa sería un supuesto que vendría a romper la regla —siempre tenida como cierta— de que el contrato de compraventa es un contrato conmutativo cuando el bien objeto de la prestación del vendedor es un bien existente.

Respecto de la regulación que sobre el particular da el Código Civil Argentino, se pronuncian diversos tratadistas de este país, como es el caso de Lafaille[29] y Rezzónico,[30] quien cita como ejemplo de esa situación el caso en que se venden los animales que una persona posee en un campo afectado por una inundación, una sequía o una peste, expuesto por ello a perecer; o cuando se compran mercaderías que deben llegar a Europa atravesando una zona minada, y el comprador asume tales riesgos (el supuesto de Rezzónico se encuadraba en el marco de la Segunda Guerra Mundial).

Al comentar que esta venta aleatoria puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probara que la otra parte ignoraba el resultado del riesgo a que la

---

[29] Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, p. 48.

[30] Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 113 y 114.

cosa estaba sujeta, expresa que esto quiere decir que si el vendedor sabía a la fecha del contrato que el riesgo había ya producido como resultado la pérdida total o parcial de la cosa vendida, su mala fe se castiga con la anulación de la venta, y la devolución del precio si estuviera pagado. Además, con la indemnización de los daños y perjuicios que sufra el comprador por consecuencia del dolo del vendedor, conforme a las normas generales sobre inejecución dolosa de las obligaciones.

Para Borda,[31] bien entendido es que para que este resultado se produzca, resulta indispensable que el comprador tenga conocimiento del riesgo y lo asuma; si por el contrario, solamente el vendedor lo conocía, su ocultamiento configura dolo y es suficiente para demandar la nulidad del contrato. Y si el riesgo dependiera de un vicio oculto que tampoco el vendedor conocía, el comprador tendrá derecho a las acciones derivadas de los vicios redhibitorios.

Estima Borda que no es indispensable que el comprador asuma expresamente el riesgo; basta que se pruebe que compró la cosa con pleno conocimiento del peligro y que pagó el precio sin ninguna observación sobre el punto, para tenerlo por asumido tácitamente.

Finalmente diremos que Spota[32] y Wayar[33] también se pronuncian sobre el tema.

Resulta importante subrayar lo expresado por este último profesor, cuando afirma que para que estos contratos sujetos a riesgo produzcan plenos efectos, se requiere que el riesgo asumido por el comprador no haya provocado, al momento de cerrar el contrato, la destrucción total o parcial de la cosa; o, que habiendo provocado la pérdida o deterioro, esta circunstancia sea ignorada por la parte.

Nosotros, independientemente de la opinión de la doctrina argentina, consideramos que el artículo 1407 del Código Civil de ese país debe ser interpretado en el sentido en que se refiere a un caso en el cual el bien desaparezca luego de celebrado el contrato y que, al momento de la celebración del mismo una de las partes (por lo general será el vendedor) hubiera sabido que el bien correría, inexorablemente, esa suerte.

De lo contrario, si interpretásemos que el artículo 1407 se refiere a un supuesto en el cual el bien haya perecido antes o al momento mismo de la celebración del contrato, el acto no sería anulable por dolo, sino nulo por carecer de objeto.

De otro lado, debemos señalar que el Código Civil Italiano de 1942, con su artículo 1488, también trata, de manera distinta, pero con similares efectos, el caso materia de comentario.

---

31 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 196.

32 Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 101.

33 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 240 y 241.

La norma en mención señala lo siguiente:

> Artículo 1488.- «Efectos de la exclusión de la garantía. Cuando se excluye la garantía, no se aplican las disposiciones de los artículos 1479 y 1480; si se verifica la evicción, el comprador puede pretender del vendedor solamente la restitución del precio pagado y el reembolso de las costas.

El vendedor está exento también de esta obligación cuando la venta se ha convenido a riesgo y peligro del comprador».

Messineo[34] nuestro más conocido comentarista del Código Civil Italiano, señala al respecto lo siguiente:

> Otro caso, similar (alude al contrato de compraventa de esperanza incierta o *emptio spei*), está constituido por la venta a riesgo o peligro del comprador, a que se refiere expresamente el párrafo del artículo 1488 [...]. La asunción del riesgo y peligro, por parte del comprador, la cual modifica el contenido de la obligación del vendedor, se resuelve en exonerar ex lege a ese vendedor de las consecuencias de la evicción (artículo 1488, párrafo) [...].

Pero el hecho de que el tema no esté contemplado en legislaciones de otros países, no quiere decir que no haya sido materia de estudio por parte de tratadistas a ellos pertenecientes (aunque no siempre dentro de la misma perspectiva). Es el caso de Demolombe,[35] el primero (dentro de los consultados) en tratar el tema. El nos dice que «Si el derecho del estipulante sobre la cosa, que le pertenece, no está completo, si él está, por ejemplo, sujeto a alguna causal de rescisión o de resolución, nada se opone a la validez de un contrato, por el cual el promitente se obligase a completar o a consolidar su derecho, haciendo desaparecer esta causal de rescisión o de resolución.

O los Mazeaud,[36] quienes se limitan a decir, luego de tratar el caso en el cual se haya contratado sobre una cosa que ya hubiese desaparecido al momento de la celebración del contrato de compraventa (supuesto viciado de nulidad) que «Ocurre de modo distinto si el comprador, conociendo el riesgo de la desaparición de la cosa ha concluido una compraventa aleatoria».

En nuestra opinión, el Código Civil Argentino, en su artículo 1406 y quienes se ocupan del tratamiento del contrato de compraventa de un bien en peligro de dejar de existir al momento de la celebración de dicho contrato, sólo analizan una de las facetas que puede revestir el problema, vale decir, aquélla consistente en ver en un pacto sobre un bien en peligro de dejar de existir, un contrato aleatorio, en otras pala-

---

[34] Messineo, Franceso. *Op. cit.,* tomo V, p. 165.

[35] Demolombe, C. *Op. cit.,* tomo XXIV, p. 290.

[36] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* parte III, vol. III, p. 110.

bras, que comprador y vendedor hayan contratado por un precio fijo y bajo ninguna modalidad, no interesando para la validez y eficacia del contrato celebrado si el bien continúa existiendo o deja de existir.

Y de lo que acabamos de decir, el lector podrá apreciar que hay un supuesto adicional que es susceptible de ser considerado, no como contrato aleatorio, sino como contrato conmutativo. Este caso consiste en que ambas partes, conscientes del riesgo por el que atraviesa —en el momento de la celebración del contrato— el bien que será objeto de la prestación de la obligación de dar del vendedor, celebren dicho acto, pero sujeto a la condición suspensiva de que el bien continúe existiendo una vez cesado el peligro que hacía dudar sobre la continuación de la mencionada existencia. En este caso, es evidente, estaremos frente a un contrato conmutativo, supuesto que deberíamos tomar como fundamental para aquellos contratos en los que hubiese duda acerca de si se celebró un contrato aleatorio o conmutativo, por las mismas razones que abonamos en el tratamiento de la duda acerca de si un contrato es uno de «compraventa de bien futuro propiamente dicho», o uno de la mal llamada «compraventa de esperanza incierta».

El problema que estamos analizando, puede revestir los mismos supuestos que el de los bienes futuros; sólo que en el caso de estos últimos, las partes no conocen si el bien llegará o no a existir, y en tal entendido celebran un contrato conmutativo o aleatorio; y en el supuesto que estamos tratando, ambas partes conocen que el bien existe, pero lo que no saben es si seguirá existiendo o no, y de ello, también, se deduce, podrán celebrar un contrato conmutativo o aleatorio, en razón de las consideraciones antes señaladas por nosotros.

Para ilustrar nuestra opinión vamos a citar un ejemplo.

Al inicio de las hostilidades entre Irán e Irak, a principios de la década de los ochenta del siglo XX, uno de los puntos más disputados del teatro de operaciones, fue el puerto iraquí de Bassora, en el Golfo Pérsico. Y precisamente al inicio de las operaciones militares, un barco petrolero de bandera peruana se encontraba anclado en dicho terminal en espera de una operación portuaria. Como era de suponer dicho buque no pudo salir del mencionado puerto. Era también evidente que por la naturaleza del conflicto, la existencia misma del buque estaba peligrando, ya que podía ser destruido en cualquier instante. Si en esos momentos, al inicio de las operaciones militares o durante las mismas, el propietario del buque, la entonces línea naviera estatal Compañía Peruana de Vapores (C.P.V.), hubiese celebrado un contrato de venta de dicho buque a un tercero, este contrato hubiera podido revestir dos características. La primera: aleatorio, si se pactaba un precio por el buque, precio que el comprador tendría que pagar de todas maneras a la C.P.V., se destruya o no el barco; y la segunda, conmutativo, si las partes sujetaran el contrato a la condición suspen-

siva de que luego de terminadas las hostilidades entre ambos países y cuando la zona dejase de ser un área de conflicto bélico, la nave continuara existiendo. Naturalmente, que en este caso, cabría, al igual que en el supuesto de compraventa de bien futuro sujeta a condición suspensiva, establecer en el contrato la asunción de algunos riesgos, como por ejemplo el de la calidad del bien (para el caso citado) o el de la cuantía, si estuviésemos ante un supuesto en el que fuera de aplicación esta categoría.

8. Compraventa de bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa

Como vimos anteriormente, el Código Civil Peruano de 1984 establece, en su artículo 1409, inciso 2, además de los bienes ajenos, a los bienes afectados en garantía, a los embargados y a los sujetos a litigio por cualquier causa como susceptibles de constituirse en objeto de una prestación derivada de una obligación contractual.

Si bien el mencionado cuerpo legal no incluye una norma expresa al respecto en lo relativo al bien materia de la venta, por ser un principio general, aquél es aplicable también al contrato de compraventa.

En síntesis, el Código Civil Peruano de 1984 permite que se vendan o se compren bienes que se encuentren en cualquiera de esas situaciones.

A pesar de tratarse de tres supuestos distintos, vale decir:

a) Bienes afectados en garantía.
b) Bienes embargados.
c) Bienes sujetos a litigio por cualquier causa.

La mayoría de legislaciones que se ocupan del particular, tal como lo hace el Código Civil Peruano vigente, dan un tratamiento conjunto a los mismos.

Hemos logrado ubicar un buen número de Códigos y Proyectos que legislan expresamente acerca de los contratos en general sobre este tipo de bienes o acerca de la compraventa de los mismos.[37]

---

[37] Los siguientes son los Códigos Civiles que hemos consultado y que legislan expresamente acerca de los contratos en general sobre bienes litigiosos o gravados con algún derecho o acerca de la compraventa de bienes litigiosos o gravados con algún derecho:

- *Código Civil Peruano de 1852*:
  Artículo 1344.- «Puede igualmente venderse la cosa litigiosa, siempre que se instruya al comprador de la naturaleza del estado del pleito sobre ella.
  Por la venta de una cosa litigiosa no se perjudicará jamás la jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea el fuero especial el privilegio del comprador».
- *Código Civil Argentino*:
  Artículo 1174.- «Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfecer el perjuicio que el contrato resultare

Sin embargo, como podemos apreciar, no todos los Códigos citados tratan el tema de una manera uniforme, ni en cuanto a técnica legislativa, ni tampoco en

---

a terceros».

- *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926*:
  Artículo 393.- «Puede igualmente venderse la cosa litigiosa, siempre que se instruya al comprador de la naturaleza y del estado del pleito sobre ella».
- *Código Civil Mexicano de 1927*:
  Artículo 2126.- «La venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida, pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando, además, sujeto a las penas respectivas».
  Artículo 2127.- «Tratándose de la venta de determinados bienes, como los pertenecientes a incapacitados, los de propiedad pública, los empeñados o hipotecados, etcétera, deben observarse los requisitos exigidos por la ley para que la venta sea perfecta».
- *Anteproyecto Bibiloni de 1929*:
  Artículo 31.- «Sustituir los artículos 1174 y 1179, por el siguiente:
  ‹Son anulables los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas litigiosas, dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, cuando se hubiera ocultado su condición al adquirente. Se aplicará en tal caso lo dispuesto por los artículos 28 y 29, si el contrato no se hubiera cumplido, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código.
  En el caso de que se hubiere pactado la entrega de dichas cosas manifestando su condición, el contrato será válido, pero pasarán al acreedor en la misma situación en que se hallaban al efectuarse el convenio›».
- *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930*:
  Artículo 1243.- «Contratos rescindibles.- Son rescindibles:
  [...]
  4. Los (contratos) que se refieran a cosas litigiosas cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes o de la autoridad judicial competente».
- *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936*:
  Artículo 1384.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.
  Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruyó al comprador del pleito sobre ella».
- *Código Civil Peruano de 1936*:
  Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.
  Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa si se instruye al comprador del pleito sobre ella».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936*:
  Artículo 813.- «Serán anulables los contratos que tuvieren por objeto la entrega de cosa litigiosa, dadas en prenda o en anticresis, hipotecadas o embargadas, cuando se hubiere ocultado su condición al adquirente. Se aplicará en tal caso lo dispuesto por los artículos 810 y 811, si la convención no llegara a cumplirse, salvo reglas especiales de este Código.
  Siempre que se hubiere pactado la entrega de tales cosas sin mediar dicha ocultación, el contrato será válido, pero ellas pasarán al acreedor tal como se hallaban al efectuarse el convenio».
  Artículo 810.- «Si al contratarse una prestación imposible, sólo una de las partes conoció o debió conocer esa circunstancia, estará obligada a reparar el daño que hubiere sufrido la otra, por haber

cuanto a la regulación en sí misma. En tal sentido hemos logrado hacer una interesante clasificación en razón de tres criterios fundamentales:

a) Respecto a la ubicación del tema.

---

confiado en la validez del acto. Tal responsabilidad no podrá exceder del interés que tenía esa parte en el cumplimiento de la convención.

Estas disposiciones son aplicables al caso de imposibilidad parcial, o cuando el contrato fuere válido en parte».

Artículo 811.- «La imposibilidad no afecta la eficacia del contrato ajustado para el caso de que la prestación llegara a ser posible. Pero si hubiera sido permitida bajo otra condición suspensiva, o sujeta a plazo, también suspensivo, el contrato será válido, siempre que la imposibilidad desapareciere antes de cumplida la condición o de vencer el término».

- *Código Civil Italiano de 1942*:

Artículo 1489.- «Cosa gravada por cargas o por derechos de goce de terceros.- Si la cosa vendida está gravada con cargas o con derechos reales o personales no aparentes que disminuyan su libre goce y que no hayan sido declarados en el contrato, el comprador que no haya tenido conocimiento de ellos puede pedir la resolución del contrato o bien una reducción del precio de acuerdo con la disposición del artículo 1480.

Se observa además en cuanto sean aplicables, las disposiciones de los artículos 1481, 1485, 1486, 1487 y 1488».

- *Código Civil Portugués de 1967*:

Venta de bienes gravados.

Artículo 905.- «(Anulabilidad por error o dolo) Si el derecho transmitido estuviese sujeto a algunos gravámenes o limitaciones que excedan los límites normales inherentes a los derechos de la misma categoría, el contrato es anulable por error o dolo, si en el caso se verifican los requisitos legales de la anulabilidad».

Artículo 906.- «(Convalidación del contrato)

1) Desaparecidos por cualquier motivo los gravámenes o limitaciones a que el derecho estaba sujeto, queda salvada la anulabilidad del contrato.

2) La nulabilidad persiste, por lo tanto, si la existencia de los gravámenes o limitaciones ya hubiesen causado perjuicio al comprador, o si éste ya hubiera pedido en juicio la anulación de la compraventa».

- *Código Civil Guatemalteco de 1973*:

Artículo 1805.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.

Igualmente, pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas siempre que el vendedor instruya previamente al comprador, de dicha circunstancia y así se haga constar en el contrato».

- *Código Civil Boliviano 1976*:

Artículo 599.- «(Cosa gravada con carga o con derechos)

Si la cosa vendida está gravada con cargas o con derechos reales o personales no aparentes y no declarados en el contrato, el comprador que no haya tenido conocimiento de ellos puede pedir la resolución del contrato o la disminución del precio conforme al artículo 597».

Artículo 597.- «(Venta de cosa parcialmente ajena)

Cuando la cosa es sólo parcialmente ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, conforme al artículo anterior, si, de acuerdo a las circunstancias, el com-

b) Respecto del tema en sí.
c) Respecto de la solución que dan a los temas en cuestión.

En adelante la mencionada clasificación:

a) Respecto a la ubicación del tratamiento de estos temas, hallamos dos grupos muy definidos de Códigos Civiles:
   a.1) Los que tratan el tema en la Parte General de Contratos; que son los siguientes:
   Código Civil Argentino, Anteproyecto de Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Código Civil Peruano de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987.
   a.2) Los que tratan el tema en la parte relativa al objeto del contrato de compraventa, son los siguientes:
   Código Civil Peruano de 1852, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Código Civil Mexicano de 1927, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976.
b) En cuanto al tema en sí, podríamos hablar de los Códigos Civiles que tratan específicamente sobre los bienes litigiosos, y de aquéllos que tratan acerca de los bienes gravados:
   b.1) Los Códigos que tratan acerca de la contratación sobre bienes litigiosos son los siguientes:
   Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Argentino, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1926, Código Civil Mexicano de 1927, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de

---

prador no hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario. En caso contrario puede pedir la reducción en el precio además del resarcimiento».

- *Código Civil Peruano de 1984*:
  Artículo 1409.- «La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:
  1. Bienes futuros antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
  2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa».
- *Código Civil Paraguayo de 1987*:
  Artículo 696.- «Son anulables los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas litigiosas, gravadas o embargadas, si se hubiese ocultado su condición al adquirente».

Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Peruano de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987.

b.2) Los Códigos Civiles que tratan acerca de la contratación de bienes gravados con algún derecho o limitación, son los siguientes:
Código Civil Argentino, Código Civil Mexicano de 1927, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987.

c) En cuanto a la solución que los Códigos dan a los temas en cuestión, podemos decir lo siguiente:

c.1) Respecto de la contratación sobre bienes litigiosos existen algunos Códigos que la permiten, siempre y cuando el vendedor instruya al comprador sobre dicho carácter del bien. Es el caso de los siguientes cuerpos normativos:
Código Civil Peruano de 1852, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (este Código sanciona el ocultamiento con la rescisión del contrato), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (este Proyecto sanciona el ocultamiento con la anulabilidad del acto), Código Civil Guatemalteco de 1973 (este Código además exige que dicha advertencia se haga constar en el contrato), Código Civil Paraguayo de 1987 (sancionando con anulabilidad el ocultamiento).
El Código Civil Peruano de 1984 simplemente se limita a permitir este contrato, sin hacer ninguna salvedad al respecto, mientras que el Código Civil Argentino resuelve el problema en el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros por efecto del mismo, mas no hace mención a las consecuencias de haber ocultado tal situación al comprador.

c.2) Respecto de la contratación sobre bienes gravados con algún derecho o que sobre los mismos pesare alguna limitación, el Código Civil Guatemalteco de 1973 y el Código Civil Paraguayo de 1987 adoptan similar solución que aquélla que la mayoría de Códigos consultados adoptan respecto de la venta de bienes litigiosos, es decir, que dicho contrato es válido siempre y cuando se instruya al comprador sobre la situación (jurídica) en la que se encuentra el bien; de otro lado, el Código Civil Argentino establece que el vendedor deberá satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a tercero, pero, al igual que para el caso de la con-

> tratación sobre bienes litigiosos, no hace mención a las consecuencias de haber ocultado dicha situación al comprador; igual solución adopta el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936; el Código Civil Mexicano, simplemente señala que para el caso de venta de bienes empeñados o hipotecados deben observarse los requisitos exigidos por la ley para que la venta sea perfecta (artículo 2127); el Anteproyecto Bibiloni señala que son válidos dichos contratos, pero serán anulables cuando se hubiese ocultado tal condición al comprador; al igual que el Código Civil Portugués de 1967 (el que permite expresamente que se salve en determinados casos dicho vicio, en el artículo 906 relativo a la convalidación del contrato); el Código Civil Italiano de 1942 adopta como solución la resolución del contrato o una reducción del precio (tal como en el caso del contrato de compraventa de cosa parcialmente ajena, regulada en el numeral 1480), si es que dichas cargas no han sido declaradas en el contrato y el comprador no hubiese tenido conocimiento de ellas; igual solución adopta el Código Civil Boliviano de 1976.

El Código Civil Peruano de 1984 simplemente se limita a señalar que se puede celebrar un contrato de estas características.

A nivel de la doctrina, ésta se inclina mayoritariamente por señalar que es válida la contratación sobre bienes que se encuentren en cualquiera de las tres situaciones antes mencionadas.[38]

Respecto del tratamiento que el Código Civil Peruano de 1984 otorga sobre el particular, Arias-Schreiber[39] sostiene lo siguiente:

> Nada impide tampoco, dentro del principio de la autonomía de la voluntad, que se contrate respecto de bienes ajenos o afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa. En efecto y entre las partes esta contratación será válida, sin perjuicio de los derechos que pueda tener el propietario para reivindicar los bienes, si fuesen ajenos, o del acreedor o litigante para hacer efectiva la garantía otorgada o el embargo decretado o exigir el cumplimiento del fallo, si así sucediere. Se advierte, de lo dicho, que este tipo de contratación es igualmente aleatoria, en la medida que existirá siempre el riesgo de que intervenga el propietario o aquéllos que tengan algún derecho real, embargo o litigio pendiente.

---

[38] Falcón, Modesto.*Op. cit.,* tomo IV, p. 199; Machado, José Olegario. *Op. cit*., tomo III, p. 479; Valverde y Valverde, Calixto. *Op. cit.,* tomo III, p. 240; Lafaille, Héctor. *Op. cit.,* tomo VII, pp. 197 y 198; Spota, Alberto G. *Op. cit*., vol. III, p. 57; Borda, Guillermo A. *Op. cit*., p. 93; Sánchez Román, Felipe. *Op. cit*., tomo IV, p. 556.

[39] Arias-Schreiber Pezet, Max. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit*., tomo I, p. 68.

Desde luego que la situación entre las partes contratantes será distinta según se conozca o ignore que se está contratando respecto de bienes ajenos, afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio. Si el que adquiere o contrata en estas circunstancias a sabiendas de ello, nada tendrá que reclamar a la contraparte. No existe, en efecto, mala fe por el otro contratante. Distintos serán los efectos y consecuencias si existe dolo o engaño, pues en este caso funcionan las reglas sancionadoras de la mala fe contractual.

Respecto del contrato de bienes litigiosos, quisiéramos agregar algunos comentarios en lo que se refiere a su propia naturaleza jurídica.

Este contrato puede ser un contrato aleatorio, como señala José León Barandiarán,[40] refiriéndose al artículo 1395 del Código Civil Peruano de 1936 (que permitía la compraventa de cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella):

Se reputa a esta venta como una esperanza incierta; siendo por lo tanto pura y de carácter aleatorio. El comprador debe pagar de todos modos el precio, asumiendo el riesgo derivado de la situación de incerteza inherente a la cosa, por hallarse en litigio. No se sabe, en consecuencia, de la firmeza del título del vendedor; el comprador puede encontrarse sin la cosa, si la lite se falla en contra del derecho invocado por el vendedor. El comprador al hacer la compra, continúa en el litigio hasta su conclusión, y en buena cuenta lo que adquiere es la esperanza de obtener una decisión judicial favorable. Asume, así el consiguiente riesgo. Para que se trate de un asunto litigioso se requiere, como se infiere de la propia denominación, que haya ya una controversia judicialmente planteada, con demanda y litis contestatio, no estando sentenciada definitivamente la controversia.

Advierte el dispositivo que debe haberse instruido al comprador del pleito sobre la cosa; es decir, que se trata de una cosa en litigio. El comprador debe, por lo tanto, comprar con conocimiento de que corre el álea acerca de lo que resuelve en definitiva, por concernir la cosa a una que se halla en estado de litigio. Si no fuera así, si el comprador no supiese que se trataba de una cosa litigiosa, ya no concertaría, desde su punto de vista, una *emptio spei*; habría actuado por error y, por ende, podría objetar el contrato, solicitando su anulación.

Pero sin embargo, también podría ser un contrato conmutativo, si es que las partes sujetan dicho acto a la condición suspensiva de que el bien, luego de terminado el litigio, quede libre de cualquier perturbación, la más importante de las cuales, evidentemente, sería la de si está en discusión si es o no de propiedad del vendedor.

En la duda extrema e insoluble, al igual que en los supuestos de compraventa de bien futuro y de esperanza incierta; y en la compraventa de bienes en peligro de dejar

[40] León Barandiarán, José. *Op. cit*., tomo III, p. 15.

de tener existencia, debemos estar a que se trata de un contrato conmutativo, pues es éste el carácter fundamental del contrato de compraventa, aunque nada impide que las partes puedan obligarse aleatoriamente.

Idoneidad del artículo 1536

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

El mismo que sustenta nuestra derogatoria de los artículos 1534 y 1535 del Código Civil.

Promesa de la obligación o del hecho de un tercero relativa a la eventual celebración de un contrato de compraventa

> Artículo 1537.- «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Fuentes nacionales del artículo 1537

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, el Código Civil de 1852, el Proyecto de Código Civil de 1890, así como tampoco en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea.

Similar proceder siguieron el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 y el Código Civil de 1936.

El tema recién fue abordado dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 11:

> Artículo 11.- «El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que otra adquiera la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por lo dispuesto en el Capítulo XIII del Título […]».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1567:

> Artículo 1567.- «El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que otra adquiera la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por lo dispuesto en el Capítulo XIII del Título Tercero del Libro VI».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en el numeral 1500:

> Artículo 1500.- «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1433, 1434 y 1435».

Análisis

1. Consideraciones preliminares acerca de la pertenencia de los bienes y el contrato de compraventa

Jurídicamente se nos plantea un problema muy serio: el delimitar, para los efectos del Derecho, bajo qué criterios juzgar si un bien es propio o ajeno.

Para ello, podríamos recurrir a dos criterios, en cierta forma complementarios:

1.1. Criterio legal

Consiste en determinar, dada una situación de hecho, jurídicamente, si un bien pertenece en propiedad al patrimonio de una persona, de acuerdo a las normas vigentes que sobre la propiedad, sus modificaciones y modos de transmisión, recogen las leyes de un país.

De este modo podríamos establecer cuándo un bien se encuentra o no dentro del patrimonio de una persona.

Es obvio que para determinar el carácter propio o ajeno del bien, será absolutamente necesario realizar una ubicación temporal del momento en el cual deseamos saber si un bien pertenece o no a una persona.

1.2. Criterio contractual

Podemos señalar que para este criterio son válidos los argumentos esgrimidos en el anterior, pero que en este caso resultará fundamental considerar la ubicación temporal en estricta relación con el momento en que se celebra el contrato; naturalmente será determinante precisar a cuál de las partes nos estamos refiriendo.

Pero cuando estemos frente a un contrato de compraventa, deberemos tener en cuenta algunos elementos adicionales.

Cuando se hace mención en el contrato de compraventa a si el bien es propio o ajeno, pueden darse diversos supuestos.

- Si el bien le pertenece al vendedor, estaremos ante una compraventa común y corriente, que por esta circunstancia no nos plantea ninguna cuestión contro-

vertida. Ésta será, por lo tanto, una venta de bien propio, la misma que, a la vez, resulta ser una compra de bien ajeno.

- Si el bien pertenece al comprador, estaremos ante un supuesto de excepción que contemplan la doctrina y algunas legislaciones extranjeras. Este supuesto sí nos planteará interesantes consecuencias jurídicas. Es la llamada compra de bien propio.
- Si el bien que se vende no pertenece ni al comprador ni al vendedor sino a un tercero, ajeno al contrato, y entre este último y el vendedor no media contrato de mandato ni pacto alguno para que proceda a su venta, estaremos ante el típico supuesto de la venta de bien ajeno que es sumamente debatido por la doctrina y regulado por la gran mayoría de legislaciones de nuestra tradición jurídica. Lo recalcamos: en este supuesto será indispensable que el bien no pertenezca a ninguna de las partes contratantes.

2. Existencia de los bienes corporales ajenos

El asunto podría visualizarse de dos modos: uno que se inclina por considerar que los bienes ajenos son aquéllos que no perteneciendo al patrimonio de una determinada persona, ya tienen existencia material. Otro, en el sentido en que deben considerarse dentro de los bienes ajenos, a aquéllos que no se encuentren dentro del patrimonio de una persona, incluyendo en esta denominación, tanto a los bienes existentes, como a aquéllos cuya existencia en el mundo material, aún no se ha producido, es decir lo que se entiende habitualmente por bienes futuros, definiendo a éstos como aquéllos inexistentes en un determinado momento.

Pero si consideramos solamente una definición tan genérica como la primera de las señaladas, tropezaríamos con serios inconvenientes y llegaríamos a la conclusión de que sólo los bienes presentes pueden ser clasificados en propios y ajenos. Es decir, que sobre los bienes futuros no cabría posibilidad de encontrar un bien ajeno y futuro a la vez o un bien propio y futuro a la vez. Rechazamos esta línea de pensamiento y nos inclinamos por la opinión contraria.

Los bienes no aparecen en el mundo material por generación espontánea, sino que en el caso de los seres vivos, éstos, desde el momento de su concepción hasta el de su nacimiento, sufren un constante proceso evolutivo que los transforma hasta llegar a tener las condiciones necesarias para ser seres individuales e independientes, en el caso de los animales, o adoptar el grado de desarrollo que les permita ser diferenciados en forma individualizada, en el caso de los vegetales.

Los productos minerales han sufrido y sufren, a veces lentas, y a veces rápidas modificaciones derivadas de la naturaleza misma, como los miles de años que ha tar-

dado el petróleo en ser tal, o los pocos momentos que tarda el agua en transformarse de su estado gaseoso al estado líquido o viceversa.

Por todo lo expuesto, es que consideramos sumamente difícil poder establecer con claridad meridiana y solamente con criterios objetivos, si un bien, en un determinado momento, puede o no ser considerado como existente o futuro.

Estimamos fundamental para establecer si un bien tiene tal carácter, hacerlo en estricta relación al contrato. Es así como si en un contrato estipulamos que una parte se obliga a entregar a otra el becerro que nazca de una vaca de su propiedad, celebrándose dicho contrato antes de que el becerro siquiera haya sido concebido por la vaca. En este caso, si tomamos el ejemplo con relación al momento de la celebración del contrato, podríamos llegar a concluir en que al no tener existencia ni siquiera una célula del bien materia del contrato, este bien es futuro. Creemos que el caso no admitiría mayores dudas.

Sin embargo, no consideramos al bien futuro como tal de acuerdo a este exclusivo criterio, pues estaríamos encuadrándonos dentro del marco teórico que rechazamos, sino que lo haremos en relación al contrato, apreciado globalmente. El becerro será calificado como bien futuro en virtud de dos elementos; el primero de ellos será considerar las características que el bien tiene al momento de la celebración del contrato; y el segundo será considerar las características previstas para el momento de la entrega del bien al otro contratante. Si es que el bien debe sufrir en el lapso comprendido desde la celebración del contrato hasta la entrega del bien, un proceso de transformación que altere notablemente el fin específico o la utilidad práctica a la que estaría destinado en relación al contrato, podríamos considerarlo un bien futuro.

En buena cuenta, podríamos llegar a la conclusión de que el hecho de que un bien sea existente o no en un momento determinado, es una característica que por si sola no lo hace presente o futuro, sino el requisito antes señalado.

Siguiendo con el ejemplo del becerro, podríamos señalar que si en el contrato se ha previsto la entrega del animal ya nacido, y si el contrato se celebra antes de su nacimiento, poco importará para considerar que es futuro, el hecho de si ha sido o no ha sido concebido aún, ya que en cualquiera de los dos casos el becerro, antes de su nacimiento, no podrá cumplir con las condiciones materiales características del bien señalado como objeto de la prestación contenida en la obligación materia del contrato.

Por otro lado, consideramos que para hablar de propiedad, es requisito fundamental que el bien exista, sea éste corporal o incorporal. No podríamos hablar de propiedad respecto de algo inexistente. Sería absurdo.

Como ya hemos determinado que un bien puede ser —a la vez— existente y futuro, esto quiere decir que, dada su existencia, podríamos considerar que un bien

puede ser propio o ajeno (existente), a la vez que futuro; lo que permitiría, evidentemente, celebrar contratos sobre bienes que reúnan ambas características.

Es así como los conceptos de existente y futuro no son equivalentes.

Cuando tratamos acerca de bienes futuros que constituyen objeto de alguna prestación de una obligación contractual, será frecuente el caso en el cual nos encontremos frente a los supuestos de los artículos 1534 y 1535 del Código Civil, vale decir, ante la llamada *emptio rei speratae*. Como sabemos, los supuestos de los mencionados artículos establecen que un contrato de estas características tiene sus efectos sujetos a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

Estimamos necesario aclarar que cuando estos artículos aluden a la existencia del bien, no lo están haciendo única y exclusivamente respecto a la existencia material del mismo. Si así fuera, podríamos encontrarnos frente a numerosos contrasentidos, ya que como hemos visto, puede darse el caso de que se contrate sobre un bien futuro que tenga existencia material. La «existencia» de los artículos 1534 y 1535 es de naturaleza distinta a la antes mencionada. No alude a la material, sino a la consecución de la serie de requisitos que hemos señalado en párrafos anteriores.

En tal sentido, compartimos la opinión de Carlos Rogel Vide,[1] cuando señala que:

> Indubitablemente, dentro de las cosas futuras entran aquéllas que tienen una existencia en germen, que, en algún modo, nos muestran ya en proceso de formación su existencia futura, por ejemplo, la cría de un animal ya preñado o la cosecha de un fundo que ya ha germinado; se podría discutir si estas cosas tienen una realidad simplemente potencial o actual, mas, por cierto es que, para el Derecho, no gozan aún de una entidad propia. Del mismo modo, formarán parte del concepto que estamos considerando, aquellas cosas que gozando de una existencia natural, no tuviesen una propia autonomía física. Pensamos en los frutos naturales pendientes, entendidos en un sentido amplio comprendiendo aquí también las plantas y los árboles todavía no talados […].

Continuando con nuestro ejemplo habitual, sería perfectamente válido que A celebrase un contrato con B, por el cual A se comprometa a transferir a B la propiedad de un becerro que tiene 20 días de gestación en el vientre de una vaca perteneciente a C, ajeno al contrato. Esta transferencia de propiedad, la efectuará A una vez nacido el becerro. En este caso, al momento de la celebración del contrato el bien existía, pero podría ser considerado como futuro y ajeno, pues no pertenecía al vendedor, más aún si es que, precisando el ejemplo, A y B conocían a plenitud el carácter ajeno del bien; y, por último, la vaca, madre del becerro, se hallaba perfectamente individualizada.

[1] Rogel Vide, Carlos. *Op. cit.,* pp. 45 y 46.

Para el caso ejemplificado, serían de aplicación, en forma concurrente, las reglas establecidas en el Código Civil para bienes ajenos y bienes futuros, presentándose los problemas consiguientes.

3. Existencia de los bienes incorporales ajenos

Si bien es cierto que el Código Civil Peruano de 1984, al tratar acerca de los bienes, engloba bajo la referida denominación a aquellos de carácter corporal y a aquellos de carácter incorporal, como hemos podido apreciar cuando efectuamos un breve análisis sobre el tema, ambas clases de bienes presentan ciertas peculiaridades que, definitivamente, nos llevan a concluir en que estamos hablando de realidades disímiles desde su esencia.

De ahí que si no hiciésemos esta precisión, a algunos podría extrañar el hecho de que tratemos por separado sobre la existencia de los bienes corporales y de la de los bienes incorporales.

Podríamos comprender dentro de los bienes de carácter incorporal, a los derechos reales y a determinados derechos crediticios especificados en el Código Civil de 1984.

Con respecto de los derechos reales, consideramos que no podríamos hablar de la existencia de los mismos, y por lo tanto de su titularidad (al tratar acerca de los derechos utilizamos el término titularidad en vez de propiedad, por ser más apropiado que este último) antes de que existan materialmente los bienes corporales en los que se originan. Por ejemplo, sería imposible hablar del derecho real de propiedad de un departamento en planos o de un becerro que ni siquiera ha sido concebido.

Con respecto de los derechos crediticios, podremos hablar de su titularidad sólo cuando estos derechos hayan surgido para el Derecho.

Consideramos necesario puntualizar que cuando hablamos de un derecho ajeno, lo hacemos siguiendo los lineamientos previstos en páginas anteriores, cuando nos referimos acerca de los criterios legal y contractual, pero, en lugar de hablar de propiedad del mismo, nos estaremos refiriendo a su titularidad, además de las razones esgrimidas en líneas anteriores, porque la transferencia de un derecho puede revestir el más variado contenido, desde un derecho de propiedad, pasando por uno de posesión, hasta uno de crédito. Esta transferencia puede —inclusive— revestir las más variadas formas, tales como son los casos de la celebración de contratos típicos o los casos de cesión de posición contractual, etc.

4. Naturaleza jurídica del artículo 1537

La naturaleza jurídica del artículo 1537 del Código Civil Peruano de 1984 fue vivamente discutida desde la entrada en vigencia de este cuerpo normativo.

Dentro de tal orden de ideas, hemos logrado identificar dos posiciones distintas, a saber: que se trata de un contrato atípico; y que es una promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En adelante el desarrollo de estas posiciones.

4.1. Contrato atípico

Esta posición es sostenida por Manuel de la Puente y Lavalle,[2] quien señala, fundamentalmente, que de la redacción del artículo 1537 no podría deducirse que este numeral contemple un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ya que sólo se trata de un contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno; que en virtud de este enunciado no se está planteando la figura contractual de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y que —por lo tanto— no se podría concluir en esta afirmación.

Los mencionados conceptos son hechos explícitos, en la mencionada obra, cuando señala respecto del artículo bajo comentario lo siguiente:

> Este artículo tiene una finalidad eminentemente didáctica. Se ha visto que la doctrina argentina considera que la contratación sobre cosa ajena puede hacerse en dos formas diferentes: tomando el contratante la obligación de conseguir como resultado la transferencia del dominio de la cosa al otro contratante; y prometiendo el contratante emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.

Dada la gran difusión que tienen los autores argentinos en nuestro medio, se formó el concepto que también según el régimen del artículo 1394 del Código Civil de 1936 la venta de cosa ajena podía realizarse, bien sea adquiriendo el vendedor la cosa y transfiriéndola él al comprador, o bien obteniendo que el dueño le transfiriera directamente al comprador.

A fin de precisar que la venta de bien ajeno supone necesariamente que el vendedor se obligue a nombre propio a transferir la propiedad del bien y que, para cumplir tal obligación, deba adquirirlo y transferirlo al comprador, no siendo, por lo tanto, venta de bien ajeno aquélla en la que el vendedor manifiesta no ser dueño del bien y, no obstante, se obliga a que pase a ser de propiedad del comprador, el artículo 1537

[2] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 439-441.

establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno se rige con las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, o sea que no es una venta de bien ajeno (La doctrina italiana ha distinguido la promesa del hecho del tercero y la venta de cosa ajena; quien vende la cosa ajena asume una obligación que tiene como objeto un hecho propio, consistente en la adquisición de la propiedad del bien; mientras que en el caso de la promesa del hecho del tercero la promesa tiene directamente por objeto el consentimiento del tercero propietario a la transferencia de la propiedad).

Se ha objetado que este artículo es innecesario pues bastaba con los artículos referidos a la promesa de la obligación de un tercero. Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 1537 no contempla exactamente esta figura. (La cursiva es nuestra.)

En efecto, el contenido del artículo 1537 puede graficarse de la siguiente manera: A se compromete a que B adquiera la propiedad de un automóvil que ambos saben que es de C. Pues bien, A no está prometiendo a B que C le va a transferir el automóvil, con cargo de indemnización (que sería la promesa de la obligación o del hecho de un tercero); sino que B adquirirá la propiedad del automóvil de C. Esto lo podrá cumplir A, ya sea adquiriendo él el automóvil de C y transfiriéndolo a B (no sería venta de bien ajeno por cuanto ambas partes sabían que el automóvil era de C y no de A), o ya sea obteniendo que C lo transfiera directamente a B.

Lo importante del artículo 1537 del Código Civil es que ambas partes conocen que el bien no es de propiedad de A, no obstante lo cual éste se compromete a que B lo adquiera. Como B sabe que para ello se requiere que A obtenga el asentimiento de C, bien sea para transferir el automóvil a A o bien para transferirlo directamente a B, dándose un supuesto similar al de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es que se hace la referencia a los artículos 1470, 1471 y 1472.

Debo admitir, sin embargo, que la falta de claridad de la Exposición de Motivos del artículo 1537, imputable exclusivamente a mí, puede haber dado pie a la objeción que comento.

Pocos años después, De la Puente[3] profundizó el criterio de que el sentido del artículo 1537 del Código Civil Peruano es el de un contrato atípico.[4]

---

[3] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 76-79.

[4] «Se acaba de ver que una de las ideas que gobiernan el Sistema Peruano sobre la compraventa de bien ajeno es que *el comprador no debe conocer que el bien es ajeno*.

La razón de ser de este sistema es, como lo he expresado en otro trabajo, precisar que la compraventa de bien ajeno presupone necesariamente que el vendedor, no obstante saber que el bien es ajeno, se obligue a nombre propio a transferir al comprador la propiedad del bien y que, para cumplir esta obligación, deba adquirirlo del verdadero dueño, no siendo, por lo tanto, venta de bien ajeno aquélla en la que el vendedor manifiesta no ser dueño del bien y, no obstante, se obliga a que pase a ser de propiedad del

comprador. Con tal finalidad, el artículo 1537 establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas partes saben que es ajeno se rige por las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, que es un contrato distinto al de compraventa de bien ajeno.

En efecto, tomando en consideración que el Sistema Peruano de transmisión de la propiedad es el del título y el modo, si bien el modo de ambos contratos pueda ser similar, o sea la entrega al comprador del bien, el título es distinto en cada uno de ellos, pues en el primero es la promesa hecha por el promitente al promisario del acto de un tercero y en el segundo es la obligación de transferir la propiedad asumida por el propio vendedor frente al comprador.

No es posible que el comprador celebre un contrato de compraventa, que por su naturaleza contiene la obligación firme del vendedor de transferirle la propiedad del bien, si sabe que el vendedor sólo se está obligando, en realidad, a gestionar que un tercero le transmita el bien para entregarlo luego al comprador. Sólo si el comprador ignora tal situación celebra el contrato con buena fe.

Por estas razones, el Sistema Peruano sobre compraventa de bien ajeno, apartándose de otros sistemas extranjeros sobre el mismo tema, ha considerado conveniente dejar claramente de manifiesto que para que se trate ciertamente de tal contrato se requiere que el comprador ignore que el bien no pertenece al vendedor y, con esa finalidad, el codificador ha redactado el artículo 1537 del Código Civil.

Puede parecer extraño que este artículo, que versa sobre un contrato que no es de compraventa, figure en el Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, que se refiere al contrato de compraventa. La razón de esta ubicación se encuentra, exclusivamente, en un propósito didáctico, esto es, poner claramente de manifiesto, antes de tratar sobre el contrato de compraventa de bien ajeno, que el contrato regulado por dicho artículo no es uno de esta clase, sino uno innominado sujeto a un régimen distinto, como es el régimen de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Radicando la originalidad del Sistema Peruano en que el comprador debe ignorar que el bien no pertenece al vendedor, se ha querido destacar, antes que nada, que si el comprador conoce este hecho al momento de celebrar el contrato, este contrato no es de compraventa de bien ajeno.

El autor peruano Castillo ha opinado que es innecesaria la inclusión del artículo 1537 en el Código Civil, pues bastaba con los artículos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Conviene estudiar con todo interés esta opinión por provenir de un experto en la materia, que ha escrito un libro que versa precisamente sobre los contratos sobre bienes ajenos.

Los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil tienen la siguiente redacción:

Artículo 1470.- ‹Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente›.

Artículo 1471.- ‹En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero›.

Artículo 1472.- ‹Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

Debe destacarse, en primer lugar, que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato. Ello se deduce no sólo de la ubicación de los citados artículos en la Sección correspondiente a los contratos en general, sino también porque el artículo 1470 identifica al promisario o estipulante como el ‹otro contratante›, o sea como una de las partes de un contrato.

No es el presente Estudio el lugar adecuado para tratar *in extenso* sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por lo cual me voy a limitar a exponer lo que, en mi opinión, es su esquema:

a) El promitente y el promisario celebran la Promesa, que es un contrato que puede ser con prestaciones recíprocas, con prestaciones autónomas o con prestación unilateral.

b) Una de las obligaciones, por lo menos, que asume el promitente frente al promisario es la obligación principal de medios en virtud de la cual se compromete a actuar con la diligencia ordinaria requerida a fin de persuadir al tercero para que asuma una obligación frente al promisario o cumpla un hecho en su favor, lo que en adelante se llamará ‹la promesa del hecho ajeno›.

c) Si el promitente persuade al tercero, quedará cumplida su promesa del hecho ajeno.

d) Si el promitente no persuade al tercero, deberá ejecutar a favor del promisario una determinada prestación accesoria o sustitutoria, que se precisará en la Promesa.

e) Si el promitente no actúa con la diligencia ordinaria requerida en el cumplimiento de su obligación principal o en la ejecución de la prestación sustitutoria, deberá indemnizar al promisario los daños y perjuicios que con ello cause.

f) Si la promesa del hecho ajeno no se cumple por imposibilidad del tercero, el promitente queda liberado de su obligación principal y de su prestación sustitutoria, sin responsabilidad alguna.

Puede observarse que el mecanismo de este contrato parte de la obligación principal de medios (hacer lo posible pero sin garantizar el resultado) asumida por el promitente de intentar persuadir al tercero para que asuma una obligación frente al promisario o ejecute un hecho en su favor, como podría ser transferirle la propiedad de un bien suyo.

Ésta es la única obligación principal del promitente en el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. El promitente no se obliga a persuadir al tercero para que asuma una obligación o ejecute un hecho a favor del propio promitente.

El artículo 1537 del Código Civil cubre una situación más amplia pues comprende también la transferencia de la propiedad del bien hecha por el tercero a favor del promitente, lo que permitirá a éste retransferirla al promisario, posibilidad que no está contemplada en el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Se trata, en realidad, de un contrato innominado, o mejor dicho atípico, esto es que no tiene una disciplina legal propia.

Para mayor claridad, permítaseme presentar un ejemplo. En virtud del contrato a que se refiere el artículo 1537, ‹A› se compromete a obtener que ‹B› adquiera la propiedad de un automóvil que ambos saben que pertenece a ‹C›. Pues bien, este resultado se puede obtener de dos maneras distintas. Una de ellas es que ‹A› gestione ante ‹C› que éste transfiera a ‹B› la propiedad del automóvil (que es el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), y que tenga buen éxito en su gestión. La otra manera es que ‹A› gestione ante ‹C› que éste transfiera directamente al propio ‹A› la propiedad del automóvil, que tenga buen éxito en su gestión y que, por ello, esté ‹A› en aptitud de transferir a ‹B› la propiedad del automóvil.

En ambos casos la obligación de ‹A› es *gestionar* (obligación de medios y no de resultado) ante ‹C› la obtención de la transferencia a ‹B› de la propiedad del automóvil, o sea que depende del buen éxito de la gestión de ‹A› que ‹B› adquiera la propiedad del automóvil.

En estas condiciones, resulta adecuado que en ambos casos, debido a la similitud de las obligaciones del promitente, se apliquen las mismas reglas, tanto más cuanto que estas reglas se encuentran claramente desarrolladas en los artículos que versan sobre el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Este contrato es tan obligatorio como el contrato de compraventa y vela muy efectivamente los intereses del comprador.

La sola existencia del Título XI de la Sección Primera del Libro VII del Código Civil no es suficiente, pues, para resolver el problema que plantea el artículo 1537 del mismo Código.

Hasta ahora se ha contemplado la hipótesis de que ambas partes contratantes, o sea el promitente y el promisario, saben que el bien es ajeno ¿Qué ocurre si sólo el promisario lo sabe y el promitente lo ignora?

4.2. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero

En nuestro primer trabajo al respecto,[5] sosteníamos que los elementos del supuesto planteado por el artículo 1537 del Código Civil, eran los siguientes:

a) Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar, es ajeno;
b) Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de este bien ajeno;
c) Este compromiso se regirá de acuerdo a los artículos 1470, 1471 y 1472.

Como es evidente, en el caso del artículo 1537, no estamos frente a un contrato de compraventa de bien ajeno; es más, no estamos frente a un supuesto de compraventa. Por lo tanto, esta norma nunca ha debido ser incluida dentro del Título relativo al contrato de compraventa, puesto que constituye un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; un caso más de los que son susceptibles de comprender los artículos 1470, 1471 y 1472. Es evidente que la naturaleza jurídica de ambas figuras (la compraventa y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), difiere sustancialmente.

Pero veamos si existe o no alguna relación entre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y los contratos sobre bienes ajenos.

La mayoría de los Códigos Civiles consultados no contempla expresamente como una institución perfectamente definida, a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es más, esta denominación recién ha sido adoptada con el correr de los años. Anteriormente era considerada como un pacto o contrato innominado que contenía una típica obligación de «doy para que hagas».

Sin embargo, y para evitar interpretaciones equivocadas, cabe aclarar que esta figura viene siendo contemplada legislativamente desde el Código Civil Francés, el cual, en su artículo 1120, señala lo siguiente:

> Artículo 1120.- «No obstante, cabe garantizar la obligación de un tercero, prometiendo el hecho de éste; salvo indemnización contra aquel que haya garantizado o que haya prometido que se ratificará, si el tercero se niega a mantener la obligación».

Pienso que en tal caso, muy poco común, se estaría en presencia de un contrato de compraventa (porque el vendedor creería que estaba vendiendo un bien propio) susceptible de anulación por error del vendedor».

[5] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, pp. 158-165.

Esta figura, que fuera recogida más tarde por otros Códigos Civiles,[6] no ha merecido unánime interpretación en lo referente a sus alcances.

Como señala Manuel de la Puente y Lavalle,[7] respecto del contenido de la obligación del promitente, se dieron varias teorías, de las cuales, básicamente interesan las siguientes: aquélla sostenida por Messineo y Planiol y Ripert, en el sentido en que el promitente no está ofreciendo la obligación a cargo del tercero, sino que está ofreciendo un hecho propio, una actividad propia, de obtener la asunción de la obligación por el tercero, de lo que se deduce que para esta teoría, el objeto de la promesa es una obligación de hacer que asume el promitente. También nos interesa aquélla sostenida por Stolfi y Allara, en el sentido en que la obligación del promitente sólo se cumple cuando el tercero, a su vez, cumple con su obligación, en otras palabras, consistiría en una obligación de procurar el hecho del tercero.

El Perú regulaba expresamente esta figura, aunque sin denominarla como en la actualidad, en el Código Civil de 1936,[8] en el numeral 1337, de texto siguiente:

> Artículo 1337.- «Se puede prometer el hecho de un tercero, con cargo de indemnización si éste no cumple».

Para esclarecer lo dicho y el alcance del artículo 1537 del Código Civil de 1984, consideramos pertinente ilustrar el tema con dos ejemplos acerca de la transferencia de propiedad, tema directamente relacionado con los artículos bajo comentario.

El primero de nuestros ejemplos será de una promesa de la obligación de un tercero.

Carlos, que es amigo de Juan, le promete que José, propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, se obligará a transferirle su propiedad (se lo venderá) en el plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.

Si José no se obliga dentro del término estipulado para con Juan a transferirle su propiedad, entonces Carlos habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, de acuerdo al artículo 1470, Carlos estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.

---

[6] Código Civil Chileno, Código de las Obligaciones de Suiza de 1912, Código Civil Argentino, Código Civil Italiano de 1942, entre otros.

[7] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*, tomo II, pp. 278 y 279.

[8] Algunos de los Códigos Civiles latinoamericanos más modernos ya contemplan esta institución como tal. Es el caso del Código Civil Boliviano de 1976, que en su artículo 531 la regula como promesa de la obligación o el hecho de un tercero; el Código Civil Peruano de 1984, que en sus artículos 1470 a 1472 la regula como promesa de la obligación o del hecho de un tercero; el Código Civil Paraguayo de 1987, que en sus artículos 730 y 731 la regula con el nombre de contrato a cargo de tercero; y el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, que en sus artículos 439 y 440 la regula bajo el nombre de la promesa del hecho del tercero.

Nuestro segundo ejemplo versa sobre una promesa del hecho de un tercero.

Carlos, que es amigo de Juan, le promete que José propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, le transferirá efectivamente su propiedad (a través de la entrega, de acuerdo al artículo 947 del Código Civil), en el término de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.

Si José no se obliga, o si se obliga, pero no transfiere a Juan la propiedad de la cosa en el plazo estipulado, entonces Carlos habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, al igual que en el ejemplo anterior, y de acuerdo al mismo artículo 1470, Carlos estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.

Como podemos deducir, la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es aplicable a la casi totalidad de contratos en la legislación civil vigente en el Perú.

De lo expuesto también podemos deducir que frente a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como es susceptible de comprender a múltiples contratos, no puede confundirse la naturaleza jurídica del contenido de la promesa (el contrato) con la promesa misma, que vendría a constituir un mecanismo contractual útil para facilitar la celebración de otros contratos.

Una cosa es que yo prometa a Julio que Jorge le va a vender su automóvil, y otra —muy diferente— es cuando este último se obliga a transferírselo. Es evidente que sólo hay contrato de compraventa en este caso y que en el primero lo que hay es la promesa de una obligación de un tercero.

Hemos llegado a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es perfectamente independiente de la naturaleza de cualquier otro contrato.

Pero debemos definir qué es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y determinar su naturaleza jurídica, para ver si estamos o no frente a un contrato.

El Código Civil de 1984 define al contrato en su artículo 1351 como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Debemos ver, entonces, si la promesa de la obligación o del hecho de un tercero encuadra o no dentro de esta definición.

Esta figura se encuentra ubicada en el Código Civil en el Título XI de la Sección Primera, Contratos en general.

Con frecuencia se sostiene que no es en sí misma un contrato sino un mecanismo contractual, ya que con su utilización, muchas veces se encaminan ambas partes (promitente y promisario) a que un tercero, ajeno a la relación contractual, se obligue o contrate con el promisario.

Pero como en el caso mencionado, el contenido de la promesa hecha por el promitente es la celebración de un contrato, puede también no serlo.

De esto concluimos en que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, si bien puede ser en algunos casos un «mecanismo contractual», es algo más.

Entonces, ¿qué es?

Es un acuerdo de por lo menos dos voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial. Es un contrato: el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Como ya vimos, la relación jurídica a que vaya a dar lugar la promesa podría ser o no de carácter patrimonial pero, sin duda alguna, el beneficio directo o indirecto que daría al promisario la ejecución de la promesa hecha por el promitente, traerá a aquél beneficios susceptibles de ser apreciados económicamente, lo que inclusive se pone en evidencia al haber contemplado nuestro Código Civil una prestación sustitutoria, en caso de que no se produzca o no se materialice lo prometido. Y aún más, el Código en su artículo 1472 establece que esta prestación sustitutoria puede pactarse de modo anticipado.

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promisario se compromete a una obligación «de resultados» (si asumimos esta clasificación empleada a menudo por la doctrina, pero en la que no creemos), a obtener que el tercero haga algo. Pero en esta obligación «de resultados», va implícita una «de medios», por la cual el promisario deberá realizar una labor, sea cual fuere ésta, para conseguir del tercero lo prometido al promisario.

Sin lugar a dudas, existe una estrecha relación entre el contrato de venta de bien ajeno y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Para no dejar suelta una idea que luego nos podría traer dudas, vamos a analizar qué es lo que implica el contrato de compraventa de bien ajeno en estricto; es decir, cuando comprador y vendedor conocen que el bien no pertenece a este último.

¿Qué implica que el vendedor se obligue frente al comprador a transferirle la propiedad de ese bien?

¿Qué espera ese comprador al aceptar la obligación del vendedor, sabiendo que al momento de contratar, no tiene la facultad de transferirle la propiedad del bien?

El vendedor, como ya lo expresamos antes, se obliga a transferir, él mismo, al comprador, la propiedad del bien, y el comprador es consciente de que adquirirá su propiedad porque el vendedor se la transferirá, y no en virtud de un título distinto.

Es por esta claridad en la figura, que descartamos anteriormente sea una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es un contrato de compraventa.

Pero sin embargo, vamos a tocar ciertos aspectos del tema que son, a nuestro entender, los que hacen que se confundan ambas figuras.

Al contratar una venta de bien ajeno en estricto, el comprador confía en que el vendedor será capaz de lograr que el tercero, entonces propietario del bien, transfiera

previamente a este último su propiedad, ya sea por medio de un contrato que genera la obligación de transferir propiedad o por otra causa.

Obviamente, si el comprador contrata en esas condiciones, es porque confía en que el vendedor logrará que el tercero le transfiera la propiedad de ese bien.

De ocurrir alguno de los supuestos señalados, el vendedor se hallará apto para transferir al comprador la propiedad del bien, pues ya será propietario del mismo.

Una vez más, nos reafirmamos en la existencia del contrato de venta de bien ajeno en estricto, y lo distinguimos de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, admitiendo que si ese tercero no se obliga o no hace ningún acto para que el vendedor se convierta en propietario del bien, éste no podrá cumplir con aquello a que se ha obligado en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, en el contrato de compraventa de bien ajeno, la labor del tercero también resulta indispensable para que el vendedor pueda cumplir con sus obligaciones nacidas de ese contrato.

En caso que el bien vendido sea ajeno y el comprador conozca tal situación, el vendedor, para cumplir con su obligación deberá, obviamente, transferirle la propiedad de ese bien y —para ello— haber logrado previamente que el propietario, al momento de la celebración del contrato con el comprador, se la transfiera con posterioridad a dicha celebración.

En estos casos, podría caber la equivocada interpretación de asimilar esta figura a la de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues aquí el comprador, sabe que la cosa es ajena y que el vendedor, debe transferirle su propiedad.

Naturalmente cabría que un caso similar encuadre dentro de lo que constituye la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero la naturaleza de ambas figuras, lo reiteramos, es distinta.

Retornando a nuestros comentarios acerca del artículo 1537, podríamos sostener que esta norma comprende dos supuestos:

a) La promesa de la obligación de la venta de un bien ajeno al promisario por parte del tercero, propietario del bien al momento de la celebración del contrato previsto en el artículo 1537; y
b) La promesa del hecho del tercero, propietario del bien, consistente en la efectiva transferencia de propiedad del bien que este tercero deberá realizar al comprador, después de haberse obligado con éste a transferírsela.

La promesa a la que hemos hecho referencia la efectúa, en el supuesto del artículo bajo comentario, el promitente, contratante que de ninguna manera podríamos denominar como vendedor, pues en el supuesto analizado, la propiedad del bien la transferirá, si así fuese su voluntad, el tercero, propietario del bien y ajeno al contrato

celebrado, de acuerdo al artículo 1537, pero ello en virtud de un nuevo contrato: éste sí de compraventa.

La redacción del artículo 1537 del Código Civil Peruano está inspirada en el artículo 1478, primer párrafo, del Código Civil Italiano de 1942, que estipula que: «Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador», y que lleva como sumilla «Venta de cosa ajena».

La norma del Código Civil Italiano difiere sustancialmente del artículo 1537 del Código Civil Peruano, ya que el artículo 1478 no distingue el hecho de si el vendedor promete la obligación o el hecho de un tercero (el propietario del bien), o si se está obligando a efectuar un acto propio: el de transferir, él mismo, la propiedad del bien al comprador, o lograr que el comprador la adquiera en virtud de una vía diferente.

Pero lo que consideramos muy claro, es que en el Código Civil Italiano, el vendedor está obligado a transferir la propiedad. Lo que ocurre, es que se establece en su favor una alternativa para que, satisfaciendo las expectativas del adquirente, a pesar de no poder transferirle la propiedad del bien directamente, pueda considerarse que ha cumplido con su obligación si es que logra por alguna vía distinta, que el comprador se haga propietario del bien. Pero, que quede claro que el vendedor no se ha obligado a esta segunda hipótesis, sino que simplemente ella constituye una modalidad alternativa para que se considere ejecutada su obligación, mas es evidente que la misma no se habrá ejecutado, en estricto, si es que el vendedor no ha logrado transferir la propiedad del bien al comprador. Lo que ocurre, es que el Código Civil Italiano, por considerar que el comprador habría sido satisfecho en sus expectativas, da por ejecutada dicha obligación.

A nuestro entender, en la venta de un bien ajeno en estricto no se aplican las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues el vendedor no se ha comprometido a lograr nada del tercero respecto del comprador, sino a hacer un acto propio. Es decir, se ha obligado a transferir la propiedad de ese bien, que en el momento de la celebración del contrato con el comprador, no es suyo. Así, no se obliga a que el verdadero propietario se obligue a transferir o transfiera la propiedad del bien al comprador, sino a transferírsela él mismo. En este sentido, la redacción del artículo 1478, primer párrafo, del Código Civil Italiano, al no remitir exclusivamente a la aplicación de las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como contrato innominado en dicha legislación es acertada, puede dejar abierta la posibilidad para las interpretaciones antes hechas. En cambio, el artículo 1537 del Código Civil Peruano, al remitir la aplicación a los artículos 1470 y siguientes, sí limita, inútilmente, su ámbito.

La redacción del artículo 1537, no da alternativa para que el mal entendido «vendedor» pueda cumplir con su obligación en cualquiera de los modos previstos por el Código Civil Italiano, pues sólo podrá cumplir si se produce cualquiera de los dos supuestos ya señalados; es decir, dándose el hecho o la obligación del tercero propietario del bien y ajeno al contrato. Contraviniendo toda lógica, no se incluye la posibilidad de que el promitente ejecute el contrato de la manera que le es natural; es decir, adquiriendo la propiedad del bien del tercero, propietario al momento de la celebración del contrato, para luego transmitírsela al promisario.

Cabe señalar, en tal sentido, que el promitente no se liberará, de acuerdo a este artículo, alternativamente con una prestación de dar (la que es inherente al contrato de compraventa) o con una prestación de hacer. Creemos que sólo podría liberarse con la de hacer, ya sea cuando el propietario del bien se obligue con el promisario a venderle el bien materia del primer contrato, o cuando el tercero, propietario, transfiera efectivamente al promisario la propiedad del bien. Ahora, de no poder cumplir con la obligación de hacer, el promitente del artículo 1537, tendría que cumplir con la prestación sustitutoria contemplada en el artículo 1471 del Código Civil.

En un contrato de compraventa el comprador se obliga a pagar un precio como contraprestación del bien cuya propiedad el vendedor se ha obligado a transmitirle.

En el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promisario se obliga a pagar al promitente una determinada cantidad de dinero que tiene el carácter de contraprestación de la obligación o del hecho de ese tercero. Vale recalcar, que en el caso de un contrato en el que se prometa la obligación de un tercero de transferir al promisario la propiedad de un bien, o el hecho de su efectiva transferencia, el pago que el promisario hará al promitente, será exclusiva contraprestación de la obligación de transferir propiedad o de su transferencia efectiva por parte del tercero, propietario. De ninguna manera se podrá entender como precio, ya que no estamos hablando, en el caso del artículo 1537, de un contrato de compraventa.

En esta línea de pensamiento, dentro del artículo 1537, el promisario sólo deberá cumplir en favor del promitente, una obligación de dar, consistente en el pago que deberá efectuar a este último por obtener que el tercero, propietario, se obligue a transferir la propiedad del bien, o la transfiera efectivamente. Pero de ninguna manera, en virtud del contrato previsto en el artículo 1537, el promisario deberá pagar el precio del bien al promitente. En todo caso, de celebrar el promisario un nuevo contrato (éste sí de compraventa) con el tercero propietario, recién en este caso, deberá pagar el precio del bien, ya que la otra parte se habría obligado a transferirle su propiedad.

Por todo lo expuesto, es que consideramos innecesaria la inclusión del artículo 1537 en el Código Civil. Bastaba con los artículos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En una investigación posterior[9] continuamos con nuestro análisis del artículo 1537 del Código Civil, sosteniendo que nos ratificábamos en nuestra posición en el sentido que esta norma recoge un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, agregando cuatro razones que dan sustento a este parecer.

Si bien el artículo 1537 no señala que el contrato es uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la última parte de la norma antes citada, se establece que dicho contrato (que admitimos no se establece sea uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero), se rige por los artículos referidos a esta figura contractual: es decir, que más allá de cuál fuere el contrato definido por el artículo 1537, un pacto de tales características se va a regir íntegramente por las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil).

Por otra parte, debemos recordar que en la Exposición de Motivos y Comentarios al contrato de compraventa, y en especial del artículo 1537, que hace el Ponente del Título relativo al contrato de compraventa en el Código Civil, Manuel de la Puente y Lavalle,[10] señala lo siguiente:

> Este artículo contempla el problema relacionado con lo que la doctrina llama venta de cosa ajena, cuando este hecho es conocido por el vendedor.
>
> Si bien en un sistema como el del Código Civil Francés, en el que la transmisión de la propiedad va implícita en la compraventa, el vendedor debe ser propietario pues sólo así podrá transmitir la propiedad, lo que justifica la declaración de la nulidad de la venta de bien ajeno, esto no resulta consecuente en un sistema, como el adoptado por el Código, en el que la compraventa es un contrato que se limita a crear la obligación de transferir el derecho de propiedad. Esta obligación puede ser perfectamente cumplida por el vendedor obtenido que el verdadero dueño transmita al comprador el dominio sobre el bien, con lo cual se habrá alcanzado la finalidad de la compraventa.
>
> Sin embargo, el contrato mediante el cual el vendedor asume tal obligación no es técnicamente una compraventa pues como nadie puede crear una obligación a cargo de un tercero sin asentimiento de éste, la obligación del vendedor no puede ir más allá que comprometer su actividad para obtener el asentimiento del verdadero dueño del bien para transferir la propiedad de éste al comprador. En estas condiciones, como la compraventa crea la obligación de transferir la propiedad del bien, el llamado vendedor de cosa ajena no está, en realidad, vendiendo esta cosa, desde que, con conocimiento del llamado comprador, no se está obligando a transferir su propiedad, sino únicamente está prometiendo que el verdadero dueño lo hará, esto

[9] Castillo Freyre, Mario. El bien materia del contrato de compraventa, pp. 311 y ss.

[10] De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, pp. 208 y 209.

> es que éste y no el «vendedor» será quien se obligue a transferir al «comprador» la propiedad del bien.

Ahora bien, como el asentimiento del verdadero dueño es un acto volitivo de éste, que no depende en absoluto del poder del seudo vendedor, ya que el dueño puede ser persuadido pero no obligado a asentir, resulta lógico que el vendedor, ante su debilidad de asegurar la obligación del dueño, deba indemnizar al seudo comprador el perjuicio que le ocasiona no obtener lo que el «vendedor» le ofreció, o sea el asentimiento del dueño.

Estas razones han determinado que el Código no califique como venta de bien ajeno la obligación que asume una persona de obtener que otra adquiera la propiedad de un bien ajeno y que establezca que tal obligación quede regida por las reglas de la promesa convencional de la obligación de un tercero, contenidas en el Título XI de la Sección Primera del Libro VII del Código, según las cuales se puede prometer convencionalmente la obligación por parte de un tercero, con cargo de indemnización si no fuese contraída, teniendo la indemnización el carácter de prestación sustitutoria de la obligación del tercero. Obviamente, para que esta institución pueda aplicarse es indispensable que el seudo comprador y el seudo vendedor conozca que el bien es ajeno, pues sólo así sabrán ambos que el seudo vendedor se está simplemente obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño para transferir al «comprador» la propiedad.

Adicionalmente, debemos decir que Max Arias-Schreiber, quien también participó activamente en la elaboración de la Parte general y la Especial de Contratos del Código Civil vigente, señala, cuando trata de los artículos 1470, 1471 y 1472, que el supuesto del numeral 1537 es uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, cuando establece lo siguiente:[11]

> Para concluir el estudio de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, debemos señalar que los artículos 1537 y 1671 del Código Civil, que regulan lo que en doctrina se conoce como venta y arrendamiento de bien ajeno, respectivamente, constituyen supuestos de promesa de la obligación de un tercero. Es decir, lo que se busca es que el promitente obtenga que el propietario se obligue a vender o arrendar. Logrado el asentimiento del tercero, el contrato de compraventa o de arrendamiento se celebrará entre el promisario y dicho tercero. En consecuencia, la remisión que hacen estos artículos a los del Título XI de la Sección Primera de las Fuentes de las Obligaciones (artículos 1470, 1471 y 1472) debe entenderse referida solamente a la promesa de obtener la obligación de un tercero y de ninguna manera el hecho. Por cierto, en ambos casos se requiere que las partes conozcan que el bien es ajeno.

[11] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo II, pp. 291 y 293.

Debemos decir, por nuestra parte, que Arias-Schreiber, dentro de su posición, ha debido también señalar al artículo 1627, referido al contrato de donación. No estamos de acuerdo con su criterio en el sentido en que el ámbito de estas normas se debe circunscribir a la promesa de la obligación del tercero y no al hecho del mismo, por las razones expuestas cuando nos ocupamos del artículo 1537 de nuestro Código Civil. Pero, fuera de estas consideraciones, las palabras de Arias-Schreiber resultan claras respecto del verdadero sentido del artículo bajo tratamiento, el cual no regula, como tampoco lo hacen el 1627 y 1671, supuestos de los contratos típicos en los que están contenidos, sino casos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por otra parte, el mismo autor[12] recoge enteramente los conceptos vertidos por De la Puente, antes transcritos y, luego de citar buena parte de los mismos, agrega lo siguiente:

> La consecuencia del régimen impuesto por el Código para el compromiso de venta de bien ajeno (así denomina él a la figura del artículo 1537) está dada por el tratamiento impuesto para la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Si el tercero, esto es, el dueño del bien vendido, lo transfiere al comprador, el vendedor queda liberado de la obligación que se impuso. Si, por el contrario, ese tercero no accede a efectuar la transferencia, el vendedor responderá frente al comprador por la indemnización que le es impuesta en calidad de promitente [...] (artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil).

Finalmente, debemos ratificarnos en que el artículo 1537 del Código Civil Peruano es sólo un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, porque el Código Civil Peruano de 1984 no contempla en dicho numeral la segunda opción del primer párrafo del artículo 1478 del Código Civil Italiano, vale decir, que el propio contratante pueda cumplir con sus obligaciones transfiriendo él mismo la propiedad del bien.

Esta obligación —en el Perú— es impuesta a quien contrató en los términos del artículo 1537, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1538, que nova la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por la obligación de transferir el propio promitente, la propiedad del bien.

Queremos concluir este punto formulándonos una interrogante:

¿Qué sentido tendría la existencia del artículo 1538 si el 1537 comprendiese las dos opciones que sí contiene el artículo 1478 del Código Civil Italiano de 1942?

La respuesta resulta obvia: ninguna.

---

[12] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo II, p. 49.

Idoneidad del artículo 1537

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Estimamos que el contenido del artículo 1537 del Código Civil no es otro que uno de los tantos supuestos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, tema que recibe adecuada regulación en los numerales 1470, 1471 y 1472, razón por la cual la inclusión de una norma como esta en un contrato típico resulta inútil e impropia.[13]

---

[13] En ocasión anterior (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, p. 442) consideramos conveniente proponer la modificatoria del artículo 1537, por un numeral que tuviera la siguiente redacción:

Artículo 1537.- «La compraventa de bien ajeno es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño del bien vendido.

El contratante que hubiese desconocido el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato, podrá demandar la anulación del mismo.

La acción prevista en el párrafo anterior no podrá ser ejercida por el comprador si es que éste adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda. Esta situación no enerva el derecho del vendedor para el ejercicio de aquélla».

Respecto de nuestro artículo 1537, considerábamos indispensable, no obstante lo señalado por el artículo 1409, inciso 2, del Código, empezar el tratamiento del contrato de venta de bien ajeno, reafirmando el principio general de validez de este acto, remarcando el carácter '*res inter alios acta*' del contrato. El primer párrafo de este artículo se inspiraba en el Proyecto de Don Andrés Bello (artículo 1815 del Código Civil Chileno), y sus correspondientes 1871 del Código Civil Colombiano y 1781 del Código Civil Ecuatoriano, Códigos, estos últimos, inspirados en el proyecto citado.

Asimismo, debemos señalar que nuestro artículo 1537 contenía el supuesto de la compraventa de un bien totalmente ajeno, caso para el cual otorgábamos al contratante que hubiese desconocido el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato, la posibilidad de demandar la anulación del mismo.

Debemos señalar que considerábamos necesario no circunscribir exclusivamente al comprador la posibilidad de ejercitar alguna acción para invalidar el contrato, sino ampliarla a cualquiera de los contratantes, incluyendo al vendedor que hubiese incurrido en un vicio de la voluntad, especialmente dolo o error, a fin de que pueda demandar la anulación del contrato. Pensábamos que no estaba demás decir, que, dada la naturaleza del vicio o vicios que pueden afectar un contrato de compraventa sobre bienes ajenos, la acción correspondiente, sería la de anulabilidad y no otra.

Conservábamos en nuestro artículo 1537, aquella restricción del Código actual en el sentido en que la acción prevista no podría ser ejercida por el comprador, si es que éste adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda. Sin embargo, estimábamos necesario establecer que esta situación no enerva el derecho del vendedor para el ejercicio de aquélla.

No obstante ello, desistimos de proponer el numeral anotado, pues a idénticas soluciones que las contenidas en el mismo se arriban en virtud de los principios generales de Acto Jurídico, Derecho de Obligaciones y Parte General de Contratos.

Novación legal de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero por las obligaciones propias de un contrato de compraventa

> Artículo 1538.- «En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario».

Fuentes nacionales del artículo 1538

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890 hizo referencia a este tema en el artículo 1709:

> Artículo 1709.- «No hay acción para pedir que se anule la venta de cosa ajena, si la ratifica el propietario de ella. También subsiste dicha venta, si, antes de declararse nula, el vendedor llega á ser sucesor universal del propietario de la cosa vendida, ó la adquiere del mismo, á título gratuito, ó de sucesión particular».

Tampoco presentaron antecedentes el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de la Comisión Reformadora, de 1936; ni el Código Civil de 1936.

El tema es abordado en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en el artículo 12:

> Artículo 12.- «Si, en el caso del artículo anterior, el obligado adquiere la propiedad del bien, queda automática y sustitutoriamente obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicha propiedad al acreedor».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, hace referencia al mismo tema en su artículo 1568:

> Artículo 1568.- «Si en el caso del artículo anterior el obligado adquiere la propiedad del bien, queda automática y sustitutoriamente obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicha propiedad al acreedor».

Y también el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1501:

> Artículo 1501.- «En el caso del artículo 1500, si la parte que se ha comprometido adquiere la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario».

Análisis

1. Naturaleza jurídica

Respecto a este tema se ha producido un debate en la doctrina nacional. En adelante vamos a efectuar un recuento de las diversas opiniones en torno a las cuales ha girado dicha discusión:

1.1. Se trata de una obligación legal de transferir la propiedad del bien adquirido

Cuando iniciamos nuestras investigaciones sobre la compraventa[1] nos cuestionamos la posibilidad de existencia de la novación legal. En aquel entonces manifestábamos textualmente lo siguiente:

> De acuerdo a los elementos (que la doctrina tradicionalmente indica como constitutivos de novación) y a la definición que otorga al respecto el artículo 1277 del Código Civil Peruano, se exige como requisito de existencia de la misma el que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva obligación. En el caso bajo análisis, evidentemente se da este último supuesto, pero de acuerdo al artículo 1538, en la figura contemplada como norma de economía contractual, no media voluntad alguna de las partes.

Así las cosas,

¿El artículo 1538 plantea un caso de novación?

En el caso del artículo 1538 ocurre que lo que inicialmente había era un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, celebrado entre un promitente y un promisario; habiendo el promitente prometido al promisario que un tercero,

[1] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, pp. 166-168.

propietario del bien, se obligará respecto del promisario, a trasmitirle su propiedad, o que efectivamente se la transferirá (supuestos del artículo 1537).

En virtud de la adquisición del bien por el promitente, es que entraría en aplicación el supuesto del artículo 1538, y así, ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisario sino a transferírsela él mismo.

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisario sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien, sino que además el promisario estará obligado a pagar el precio del bien al promitente, ya que éste ya no estará obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien respecto del promisario.

En buena cuenta, lo que ocurre en virtud del artículo 1538, es que luego de aplicar su supuesto, estaremos frente a un contrato de compraventa, con las obligaciones propias del mismo, y ya no frente a un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por ello consideramos que el supuesto del artículo 1538 hace más que novar legalmente una obligación. En todo caso, (y atreviéndose a usar estos términos) estaría novando o sustituyendo el contrato mismo.

Pero cabría preguntarnos si se trata de un caso de novación objetiva por cambio de causa fuente. Como sabemos, ésta se da cuando se cambia la causa eficiente o hecho generador que diera nacimiento a la obligación.

Pero en cualquier caso, no está presente el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación, motivo por el cual nos inclinamos por contestar negativamente a la interrogante planteada anteriormente.

En todo caso, consideramos que este es un tema que merecerá mayor discusión por las múltiples interrogantes que plantea.

Dado el tenor del artículo 1538, el artículo 1537 sólo debería entenderse válido en el sentido de regular la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. El artículo 1538 despeja, además, cualquier duda respecto del ámbito del artículo 1537, ya que si este último contuviese como supuesto el de la compraventa de bienes ajenos, ya no habría la necesidad del establecimiento de una obligación legal de transmitir la propiedad del bien, pues esa obligación habría surgido del contrato originario.

Hasta aquí los términos expresados en el año 1990 en nuestra obra

«Los contratos sobre bienes ajenos».

Tiempo después advertimos que habíamos incurrido en un error, puesto que no consideramos la posibilidad de existencia de la novación legal.

1.2. Se trata de un caso de conversión del acto jurídico

Manuel de la Puente,[2] refiriéndose a la naturaleza jurídica del artículo 1538, señala lo siguiente:

> Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato. (La cursiva es nuestra).

Pensamos que al aludir a la conversión legal, De la Puente, pudo haberlo hecho en dos sentidos:

- El sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra,[3] lo que equivaldría a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para De la Puente, un contrato innominado) en una compraventa.

Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término conversión en este campo tiene otra acepción.

- El sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para entender el particular, debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil Peruano que finalmente derogó al de 1936, hubo una Ponencia sobre el Libro de Acto Jurídico elaborada por José León Barandiarán y Jorge Vega García, sobre la cual se realizó una Ponencia sustitutoria preparada por Susana Zusman Tinman y Manuel de la Puente y Lavalle. En el Título Sexto de esta Ponencia, referido a la convalidación de los actos jurídicos, Capítulo I, se trataba acerca de la conversión.

Por el artículo 38 se definía a la conversión de la siguiente manera:

> Artículo 38.- «El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas lo habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron».

---

[2] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 441 y 442.

[3] Real Academia de la Lengua. *Op. cit.,* tomo I, p. 374.

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, Zusman y De la Puente, señalan[4] los fundamentos de su Ponencia a este respecto y las características que debe reunir

[4] Ministerio de Justicia-Pontificia Universidad Católica del Perú. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, tomo II, pp. 76-78:

«El acto jurídico es nulo cuando no reúne los requisitos señalados en el artículo 30 del Anteproyecto. Puede darse, sin embargo, que esa nulidad sea sólo para el tipo de acto jurídico que se ha celebrado y que el acto satisfaga los requisitos exigidos para otro tipo de acto. Ha dado lugar a un largo debate doctrinal si, en estas circunstancias, debe la ley permitir que el acto jurídico nulo pueda convalidarse mediante su conversión a este otro tipo.

El Anteproyecto, apartándose de la posición adoptada por el Código Civil de 1936, ha optado por acoger la figura de la conversión, tomando en consideración que es conveniente, dentro de lo posible, proteger la validez de los actos jurídicos que adolecen de defectos, cuando pueda colegirse que la voluntad de las partes habría sido, en caso de conocer tales defectos, obtener los efectos queridos por ellas aunque fuera a través de un acto jurídico de tipo distinto.

La conversión ha sido adecuadamente definida como el medio jurídico en virtud del cual el acto jurídico que resulte nulo según el tipo de acto celebrado por las partes, puede ser salvado de la nulidad mediante un cambio de su tipo original a un tipo distinto de acto que sea válido, a fin de que, a través de este nuevo tipo, puedan producirse los efectos queridos por las partes, siempre que haya fundadas razones para establecer que, si hipóteticamente las partes se hubieran percatado de la nulidad, hubieran querido el nuevo tipo de acto.

Es necesario destacar que el Anteproyecto acoge la figura de la conversión material o propia, según la cual hay un cambio en el tipo de acto jurídico para salvar la validez del acto sin que haya mandato expreso de la ley, a diferencia de la conversión formal o impropia en la cual permanece el mismo tipo de acto jurídico, aunque con forma distinta, cuyo ejemplo más citado es el del testamento cerrado nulo que puede convertirse en testamento ológrafo válido.

Los presupuestos necesarios para que pueda producirse la conversión son los siguientes:

a) Que se trate de un acto jurídico nulo según el tipo de acto celebrado por las partes.

   La conversión no se aplica al acto jurídico inexistente, desde que no es posible la transformación de un acto que no ha llegado a tener existencia.

   Tampoco se aplica a los actos anulables, por cuanto la conversión está destinada a convalidar un acto jurídico inválido, mientras que, tratándose de actos anulables, que tienen validez en tanto no se declare su anulabilidad, aquélla puede asegurarse bien sea mediante la confirmación o bien simplemente no impugnando el acto. En cuanto al acto anulable ya invalidado jurídicamente, resulta evidente que, si las partes hubieran deseado la validez del acto, no habrían ejercitado la acción de anulación, con la cual se pone de manifiesto una voluntad contraria a la convalidación, siendo así que el deseo de convalidar es la esencia de la conversión.

b) Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.

   Este presupuesto resulta de la naturaleza de la conversión, pues si no fuera así, el nuevo acto sería también inválido y no habría podido alcanzarse el propósito de la conversión, que es la convalidación.

c) Que si hipotéticamente las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y celebrado el nuevo tipo.

   Puede observarse que en este caso el presupuesto es de carácter eminentemente subjetivo, pues el juez debe colocarse en la situación de las partes e interpretar no sólo respecto a lo que entendieron celebrar sino también respecto a lo que hubieran estipulado si hubieran advertido la nulidad. Debe destacarse que no se trata de la voluntad realmente existente de las partes, porque no hay duda de

un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

Siendo requisito fundamental para que opere la conversión el que el acto celebrado por las partes sea nulo, dicho supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto enteramente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no darse el requisito fundamental para que opere la conversión, ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los Ponentes del Anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico serían aplicables.

Por todo ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo acerca del artículo 1538 de Manuel de la Puente y descartamos el segundo, por no estar, en lo absoluto, acorde al presupuesto del artículo 1537.

Hace algunos años, Manuel de la Puente y Lavalle se volvió a ocupar del tema relativo a la naturaleza jurídica del artículo 1538 del Código Civil, habiendo llegado a la conclusión de que se trata de una «conversión legal». Pensamos, luego de analizar las expresiones de De la Puente, que la «conversión legal» a que hace referencia no dista —en cuanto a su naturaleza jurídica— de la novación legal que ahora sostenemos con relación al artículo 1538.

Estimamos que, más allá de cuestiones terminológicas, ambos hemos llegado a una conclusión uniforme sobre el particular.[5]

---

que ellas han querido el acto nulo, sino lo que se imagina que sería la voluntad hipotética de las partes si hubieran conocido la nulidad del acto.

Por otro lado, la voluntad hipotética debe ser interpretada en base a criterios que permitan establecer que realmente habría existido tal voluntad, esto es mediante métodos interpretativos que ofrezcan seguridad razonable respecto a lo que hubieran querido las partes. En la duda, hay que dejar de aplicar la conversión.

d) Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.

Este presupuesto también es subjetivo y se justifica en que el interés que impulsa a las partes a celebrar un acto jurídico es alcanzar un fin práctico y no el medio jurídico utilizado.

e) Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

Lo que se persigue mediante la conversión es que el segundo tipo de acto permita alcanzar el fin práctico querido por las partes, mediante efectos jurídicos semejantes, aunque sean menores, a los que hubiesen obtenido con el tipo nulo, ya que pretender lograr efectos mayores sería desnaturalizar lo que las partes originalmente buscaron».

5 Las expresiones de De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 80 y 81), son las que se trascriben a continuación:

«Se ha visto que la finalidad del artículo 1537 del Código Civil es que una de las partes (promitente) del contrato atípico a que se refiere dicho artículo se comprometa a obtener que la otra parte (promisario)

1.3. Novación legal

Como anotamos en una reciente investigación,[6] la doctrina omite tratar acerca de la novación legal de pleno derecho. En tal sentido, no existe sustento en ella que permita confrontar opiniones.

---

adquiera la propiedad de un bien. También se ha visto que ello obedece a que, siendo ajeno el bien, el promitente no puede transferir su propiedad directamente al promisario.

Si por cualquier circunstancia el promitente adquiere la propiedad del bien durante la vigencia del plazo suspensivo inicial a que está sujeto dicho contrato, desaparece el obstáculo que impedía al promitente transferir directamente la propiedad del bien al promisario, por lo cual ha sido conveniente establecer que no es necesario celebrar un nuevo contrato con tal fin, sino que el mismo contrato servirá para obligar al promitente a efectuar dicha transferencia.

Se ha tratado de dar diversas explicaciones a este fenómeno jurídico.

Comentando el artículo 1478 del Código Civil Italiano, que establece que en la venta de cosa ajena el comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella, dice Bianca que se trata de la convalidación de un defecto de legitimación del enajenante.

Esta explicación no encuadra en el Sistema Peruano, por cuanto el artículo 1537 de nuestro Código Civil no contempla una hipótesis de venta de bien ajeno, como sí lo hace el artículo 1478 del Código Civil Italiano, sino se aproxima más a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la cual el promitente no actúa ni pretende actuar en nombre o como representante del tercero.

Entre nosotros, Arias-Schreiber nos habla de un fenómeno de transmutación automática, que se acerca mucho a la realidad.

Por su parte, Castillo considera con muy buenas razones que se trata de un supuesto de novación legal de las obligaciones contenidas en el artículo 1537.

En otro trabajo me he inclinado por denominar ‹conversión legal› a esta transformación automática del contrato a que se refiere el artículo 1537 en otro contrato con obligación de transferir la propiedad de un bien propio.

Si bien convengo con Castillo en que la expresión ‹conversión› es utilizada por la doctrina para describir la transformación judicial de un acto jurídico nulo en otro válido que tenga los mismos requisitos de esencia y forma, creo que no hay inconveniente para utilizar esta misma expresión, agregándole la calificación de ‹legal›, para referirse a la transformación ordenada por la ley de un contrato en otro contrato distinto.

En efecto, según el Diccionario de la Lengua Española el término ‹conversión› significa la acción y efecto de mudar o volver una cosa en otra. Por mandato del artículo 1538 del Código Civil, se muda o cambia el contrato atípico contemplado en el artículo 1537 del mismo Código en otro contrato, también atípico, apto para transferir la propiedad del bien. Se realiza, pues, una conversión legal de un contrato en otro.

Esta conversión se produce automáticamente, es decir que no se requiere un nuevo acuerdo de voluntades de las partes sino que, con prescindencia de ellas, la mudanza queda hecha. Es más, como el artículo 1538 establece que no vale pacto en contrario, la conversión se efectúa aun contra la voluntad de los contratantes.

En tal virtud, aplicando la teoría del título y el modo, el título estaría ahora constituido por el nuevo contrato apto para transferir la propiedad del bien y el modo estaría constituido por la entrega del bien, si éste fuera mueble, o por la aplicación del artículo 949 del Código Civil, si el bien fuera inmueble».

6 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.,* tercera parte, tomo VIII, pp. 293-319.

Tal vez lo que determina tal silencio sea la ausencia, en esos casos, del animus novandi considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes.

Esa premisa, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Toda la doctrina referida a la novación, creada por nuestra tradición jurídica, versa, fundamentalmente, sobre la novación de carácter voluntario.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido, más allá que de ello no ha tomado oportuna y debida nota la citada doctrina al igual que la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible expresar que si bien es cierto la mayoría de efectos de la novación voluntaria se presentarán en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial—, uno de ellos no se producirá en la novación legal. Se trata de la extinción de las garantías propias de la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario de las partes.

Estimamos que una aplicación indiscriminada de la norma aludida, representaría una situación injusta, en perjuicio de los intereses del acreedor, parte que en ningún momento ha dado su asentimiento para que opere la citada novación y, de admitirse tal circunstancia, vería enormemente perjudicadas las seguridades relativas al cobro de la deuda.

Por ello, en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido pensado teniendo en consideración únicamente a la novación voluntaria, es que exceptuamos la aplicación del mismo a la novación legal.

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, tesis esta última confirmada por los numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial.

Por lo demás, como anotamos en dicho trabajo,[7] existen dos clases de novación legal: una primera que opera de pleno derecho (dentro de la que se inscribe el artículo

7 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, pp. 293-319.

1538, bajo comentario) y una segunda que opera en virtud de resolución judicial. Para mayor abundamiento sobre el tema, remitimos al lector a la citada obra.

Por todo lo señalado es que creemos firmemente en que el artículo 1538 es —sin duda alguna— uno de los supuestos más representativos de novación legal que opera de pleno derecho.[8]

8 Respecto al parecer de Felipe Osterling y de quien escribe estas líneas sobre la novación legal consideramos oportuno recordar lo siguiente:

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del *animus novandi*, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes.

La presencia del *animus novandi*, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil Peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que, si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen, cuando la prestación es posible, pero, ante la inejecución, el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican o extinguen.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando, ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Éste sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde —antes de su entrega— por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal, cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor —por mandato de la ley— se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal, cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando, a falta de previsión por las partes, deba aplicarse una disposición determinada. Éste sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido en que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

El Código Civil Peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que operan de pleno derecho, los mismos que pasamos a analizar.

1. Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral.

   El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo,

salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

2. Pérdida del derecho a utilizar el plazo.

   De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

   Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, de suerte que, si el deudor ha contraido una obligación modal —producido el supuesto de hecho de la norma—, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

   Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse —en virtud de un mandato legal— una obligación modal (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

3. Derecho de acrecer del colegatario.

   De conformidad con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

   Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. No existe pues la *res nullius*, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

   En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes, en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

   Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

4. Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias.

   De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia; aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios.

   En estos casos, nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado numeral, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma

Idoneidad del artículo 1538 y fundamento

En nuestra primera edición de este tratado, estimamos que este artículo podría ser derogado, sin embargo, hemos cambiado de opinión, en la medida en que con él se salva el supuesto en el cual el promitente incumple su promesa; y, en virtud de la novación legal que contiene se logra que el antiguo promisario adquiera, finalmente, la propiedad del bien. Sin embargo, sólo faltaría establecer en la norma que dicho

---

que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido.

Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que ha habido novación objetiva en relación a las personas mencionadas.

5. Efectos de la insolvencia de un codeudor.

   Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que, si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

   Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda finalmente asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley.

   No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.

6. Pago con títulos valores.

   De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

   Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias.

   De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

   Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación, en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.

8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe.

   El principio general de pago indebido previsto por el artículo 1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.

   Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

   Sin embargo, de acuerdo con lo prescrito por el segundo párrafo del numeral 1270, en caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

   Consideramos que la hipótesis del segundo parágrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.

9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible.

   De conformidad con lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

   En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

   Se trata de un supuesto de novación objetiva, en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que se convierte de solidaria en mancomunada; y es legal, pues opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.

10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores.

    El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

    Algunos juristas interpretaban que este artículo, que recién habría sido inconstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución de 1993, franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro.

    Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino sólo aquéllas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

    Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación en los casos de prórroga de plazos de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de los mismos, supuestos que, sin lugar a dudas, habrían constituido novaciones objetivas de carácter legal.

11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual.

    De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

    El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato.

El numeral 1460 del Código Civil prevé que si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero —si éste desea beneficiarse con la misma— y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha.

    El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472; en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

    Consideramos que el numeral 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

    Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

    A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisario, sino a transferírselo él mismo.

    Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisario, sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisario tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues éste ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisario.

14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento.

    El artículo 1671 del Código Civil prescribe que, si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

    Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se regirá por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente aquél que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

    Debido a su terminología, el numeral analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, el mismo, en forma incoherente,

se convertiría en uno de promesa de obligación o del hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

15. Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario.

    En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

    En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí simplemente el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

16. Supuesto de depósito irregular.

    De acuerdo con lo establecido por el artículo 1843 del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

    Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia.

    De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

    En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

    Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

    Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877, bajo comentario, que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato, y ya no en el plazo anteriormente vigente.

    Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto novatorio siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

18. Prescripción extintiva.

    Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo; en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

    Podría pensarse que éste es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación, por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

comprador deberá pagar, al vendedor, el valor que ese bien tuviera, en el mercado, al momento del pago.[9]

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho, anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado, independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770, podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

[9] En ocasión anterior (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, p. 300) consideramos conveniente proponer la modificatoria del artículo 1538, por un numeral que tuviera la siguiente redacción:

Artículo 1538.- «*En el caso del artículo 1537, si el bien vendido es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre demandar la anulación del contrato o solicitar la reducción del precio*».

El artículo 1538 entonces propuesto otorgaba al comprador que (dentro del supuesto del que iba a ser nuestro artículo 1537) adquiere un bien que es sólo parcialmente ajeno, la opción entre demandar la anulación del contrato o solicitar la reducción del precio pactado. Considerábamos pertinente mantener la opción conferida por el actual artículo 1540 del Código Civil.

Venta de bien ajeno. Consecuencias

> Artículo 1539.- «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

Fuentes nacionales del artículo 1539

Este artículo registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, cuando en su artículo 12 se señalaba que:

> Artículo 12.- «Toda cosa puede ser vendida si el que la vende tiene facultad de venderla. En algunos casos exigen solemnidades particulares».

En abono de esta norma Vidaurre señalaba lo siguiente:

> Repitamos las primeras palabras de la Ley «*cosa agena vendiendo un ome a otro*». Cosa que se sabe que es de otro. El dueño puede vindicarla donde la halla. No tiene que esperar un pleito. Dará la información sumarísima de ser suya, del modo que corresponde a su naturaleza mueble e inmueble, y el comprador repetirá contra el vendedor. Si quisiere alguno mover pleito sobre la cosa comprada alegando derecho a ella, ya el asunto era enteramente diverso. La ley de partida venía muy bien. Este es el saneamiento. Mas no se dice esto, se da por hecho que la cosa es ajena. Así pues, que los compradores de la cosa robada aunque comprasen con todas las calidades antes prevenidas, y de personas capaces de vender, tienen que restituir lo comprado si consta de la prueba *incontienti* ser ajena. Esto es conforme con el artículo 1599 del Código Napoléon.

Por su parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 abordaba el tema en el numeral 1017, de texto siguiente:

> Artículo 1017.- «Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a los daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que era ajena».

En tanto el Código Civil de 1852 era muy lacónico al expresar en su artículo 1326 que:

> Artículo 1326.- «No hay venta de lo ajeno ni compra de lo propio».

El Proyecto de Código Civil de 1890, sí hizo referencia al tema en el artículo 1708:

> Artículo 1708.- «Si se vende cosa ajena, el comprador no adquiere dominio sobre ella, sino la posesión ó la nueva tenencia de que gozaba el vendedor, y puede exigir que se declare la nulidad de la venta, probando que la cosa no es del vendedor. El término para interponer esta demanda, es de treinta días, contados desde que el comprador sepa que la cosa es ajena. El dueño conserva su acción reivindicatoria de la cosa, mientras no la ha perdido por prescripción. Si el comprador ignoraba que la cosa era ajena tiene derecho para exigir del vendedor indemnización de daños y perjuicios; pero si lo sabía, no puede pedir más que la devolución del precio, y es responsable de la cosa, daños y perjuicios, en favor del dueño, mancomunadamente con el vendedor».

En los trabajos iniciales de elaboración del Código Civil que reemplazaría al de 1852, el autor de los Anteproyectos del Libro Quinto, Manuel Augusto Olaechea, sancionaba con nulidad la venta de bien ajeno. Es así como vemos que el Primer y el Segundo Anteproyecto del mencionado Libro Quinto le otorgan el mismo carácter que el Código Civil entonces vigente.

Sin embargo, con posterioridad a la publicación del Segundo Anteproyecto es que surge la idea de legislar sobre el tema de manera distinta. En tal sentido, en el ejemplar de uso personal de Olaechea, este agregó de su puño y letra, inmediatamente después del artículo 394, relativo a la prohibición de la compraventa de herencia futura, el texto que se menciona a continuación, que seguramente tuvo el propósito de integrar un nuevo artículo sin numeración:

La venta de cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Si el comprador ignoró al tiempo del contrato que la cosa era ajena, puede demandar al vendedor, además de la restitución del precio el pago de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

Este agregado tuvo por objeto la creación de un artículo adicional, pues en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora del 7 de marzo de 1936, ya se incluía una norma relativa a la venta de bien ajeno, el artículo 1383, precepto que repetía casi textualmente la adición del autor del Anteproyecto del Libro Quinto de dicho Código, norma que señalaba, textualmente, lo siguiente:

> Artículo 1383.- «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Si el comprador ignoró que la cosa era ajena, puede demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios».

El tema también fue abordado por el Código Civil de 1936, artículo 1394:

> Artículo 1394.- «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios».

Y ya dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 13:

> Artículo 13.- «Si al tiempo de celebrarse la compraventa el comprador ignoraba que el bien o el derecho era ajeno, él puede pedir la resolución del contrato cuando conozca este hecho. Sin embargo, el comprador perderá este derecho de pedir la resolución del contrato si el vendedor hubiera adquirido antes de la demanda de resolución la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho o haya hecho que el comprador adquiera tal propiedad o título».

Por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en su artículo 1569:

> Artículo 1569.- «Si al tiempo de celebrarse la compraventa el comprador ignoraba que el bien o el derecho era ajeno, él puede pedir la resolución del contrato cuando conozca este hecho. Sin embargo, el comprador perderá este derecho de pedir la resolución del contrato si el vendedor hubiera adquirido antes de la demanda de resolución la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho o haya hecho que el comprador adquiera tal propiedad o título».

Y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1502:

> Artículo 1502.- «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

Análisis

1. La venta de bien ajeno en estricto. Concepto

En primer lugar, debemos señalar que cuando hablamos de un contrato de venta de bien ajeno, estamos haciéndolo, precisamente, de un contrato de compraventa y no de una figura similar, parecida o afín. Es un contrato de compraventa común y corriente, siendo su único elemento distintivo —y el que le da el carácter de interés doctrinario— el hecho de que el bien objeto de la prestación del vendedor no le pertenece en propiedad al momento de la celebración del contrato. Por ello es que sostenemos la necesidad de robustecer esta idea: estamos hablando de un contrato

de compraventa, con todas las obligaciones y efectos que genera esta figura típica, regulada, en el caso peruano, por los artículos 1529 a 1601 de su Código Civil.[1]

En segundo término, queremos precisar que el tema de la contratación en general sobre bienes ajenos, y en especial el del contrato de compraventa de bienes de tal carácter, no tiene relevancia en todos los casos, ya que sólo la tendrá cuando estemos ante bienes ciertos. Los supuestos de bienes indeterminados o de bienes fungibles no tendrán relevancia para nuestro análisis, aunque al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor de los mismos.

Nos explicamos.

En principio, el género a nadie le pertenece y la especie tampoco, a menos que estemos hablando de géneros tan limitados que puedan pertenecer a una persona en exclusiva.

Pero vamos a ocuparnos de un género cualquiera. Por señalar un ejemplo, el género de los automóviles. Sin lugar a dudas, a nadie pertenecerán todos los automóviles del mundo, pero podrá darse el caso de que a una persona no le pertenezca algún automóvil que se ha comprometido a entregar.

---

[1] Sobre este particular Manuel de la Puente y Lavalle, en su trabajo sobre el tema (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 69, 82 y 83), ha llegado a las siguientes conclusiones:

«El tema de la compraventa de bien ajeno ha sido tratado en el Código Civil Peruano de 1984 siguiendo un método original, que difiere del adoptado por otros ordenamientos legales. Creo que ello obedece a una idea central que ilumina todo el sistema: *Sólo hay compraventa de bien ajeno cuando el vendedor se obliga, como tal, a transferir al comprador la propiedad del bien.*

Ello requiere, quizá, una explicación previa. En principio, es posible que una persona adquiera por compraventa la propiedad de un bien perteneciente a un tercero por dos vías: 1) obteniendo el vendedor que el verdadero dueño transfiera directamente el bien al comprador; y 2) adquiriendo el vendedor el bien y transfiriéndolo él al comprador.

El codificador peruano ha optado conscientemente por la segunda solución, de tal manera que no se considera compraventa de bien ajeno el acto jurídico mediante el cual el verdadero dueño transfiere, a instancias del vendedor, la propiedad del bien directamente al comprador.

Otra idea que gobierna el régimen peruano, a diferencia de varios otros, es que *el comprador no debe conocer que el bien es ajeno*.

Después de la exposición que precede sobre el Sistema Peruano de compraventa de bien ajeno podría objetarse que este sistema es complicado pues, a diferencia de otros sistemas, sólo admite la existencia de tal contrato cuando el comprador ignora que el bien es ajeno al momento de celebrarse la compraventa. Sin embargo, debe tomarse en consideración que la existencia en el Código Civil de un Título que regula la celebración del contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero permite colocar cada acto jurídico en su verdadero lugar. Es así como cuando el comprador sabe que el bien es ajeno, conoce también que el vendedor no le podrá transferir la propiedad del bien si previamente no lo adquiere del verdadero dueño, por lo cual no puede vendérselo a firme, asumiendo una obligación incondicional. Solamente podrá el seudo vendedor cumplir su obligación gestionando que el verdadero dueño le adjudique la propiedad del bien, lo que significa, en realidad, ingresar a un área muy similar a la de la promesa de la obligación de un tercero».

Aquí caben dos posibilidades: que esa persona se haya obligado a entregar un automóvil perfectamente delimitado, es decir, un bien cierto, o que esa persona se haya comprometido a entregar un automóvil de una determinada marca, sin especificarlo ni determinarlo, supuesto en el cual estaremos frente al caso de una obligación de dar un bien incierto o indeterminado.

De esta manera no hay lugar a dudas, el primer contrato (aquél de bien cierto) deberá regirse perfecta y completamente por las normas del contrato de compraventa de bienes ajenos, ya que al tratarse de un bien cierto o determinado al momento de la celebración del contrato, será verdaderamente relevante el hecho de que ese bien pertenezca o no al patrimonio de quien se obliga a transferirlo. Así, aquí se plantea plenamente el tema de la contratación sobre bienes ajenos y sus consecuencias teóricas y doctrinarias.

El bien no es de quien lo vende, y como se trata de bien cierto que está en propiedad de un tercero, vamos a ver cuáles son las soluciones que plantea la ley para solucionar este problema, él cual consiste en determinar para el Derecho, las consecuencias de un acto de estas características, de un contrato de compraventa algo extraño, pero de compraventa al fin.

Todo esto se reduce a la duda de qué pasará si es que el verdadero propietario del bien no transfiere la propiedad de dicho vehículo al vendedor del mismo, a fin de que éste pueda transferirla al comprador, ya que de no lograr el vendedor obtener la propiedad del carro, simplemente no podrá ejecutar sus obligaciones. Sin lugar a dudas, este supuesto es digno de tratamiento y regulación. Es un supuesto complicado.

Pero el segundo caso, vale decir aquél en el cual una persona vende a otra un vehículo indeterminado, pero determinable (sólo determinado en su especie y en su cantidad), no va a plantearnos mayores problemas, ya que se trata, precisamente, de un bien indeterminado.

Es evidente que cuando uno celebra cualquier contrato por el que se compromete a dar en propiedad o en otra condición o calidad, bienes indeterminados, en las más de veces, dichos bienes no pertenecerán en propiedad a quien se obliga a transferirlos, dado que existe una razón fundamental para presumir ello: si no se ha efectuado una determinación o precisión de los mismos al momento de la celebración del contrato, esto será, en la mayoría de casos, porque las partes desconocen de qué bien de dicha especie se tratará, y este desconocimiento, a nuestro entender, sólo podría justificarse en que dicho bien no es conocido por los contratantes, en que dicho bien no pertenece al patrimonio de ninguno de ellos (aunque pueda darse el caso de que los bienes pertenezcan al patrimonio del vendedor, pero éste no haya decidido cuál vender al momento de la celebración del contrato).

Es por esta razón que sostenemos que en el caso de los bienes inciertos, a pesar de que éstos revistan el carácter de ajenos (y también podría tratarse de bienes futuros) deberá dárseles el tratamiento de bienes presentes, es decir, que si se tratase, como en el ejemplo antes anotado, de un contrato de compraventa, no debería aplicársele ninguna de las normas de excepción respecto de los bienes ajenos o futuros, sino que deberá regirse —exclusivamente— por las normas generales del contrato de compraventa, tal y como si se tratase de un bien propio, siéndole de plena aplicación (lo que resulta evidente) las normas relativas a las obligaciones de dar bienes inciertos.

Similar opinión tenemos de los bienes fungibles que al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor, ya que se trata de bienes que por lo general no pertenecerán a aquél al momento de la celebración del contrato. Para el caso de dichos bienes fungibles, vale decir, aquéllos en los que cada uno equivale al otro y son plenamente intercambiables, deberá ser de aplicación el tratamiento general (y no alguno específico) de las normas relativas al contrato de compraventa, además, naturalmente, de las normas correspondientes a dicho tipo de bienes, contenidas en los artículos 1142 a 1147, referidos a las obligaciones de dar.

El anterior planteamiento se basa en las mismas razones que hemos esgrimido para el caso de los bienes determinados.

Todo lo antes expuesto reduce inmensamente el campo de la contratación sobre bienes ajenos y —en especial— la del contrato de venta de bien ajeno, además de la aplicación específica de las normas previstas en el Código Civil para estos supuestos. En conclusión, sólo serán aplicables dichas normas para los supuestos de contratos sobre bienes ajenos que sean determinados (ciertos), al momento de la celebración del contrato.

Se debe tener presente que esta fue una de las excepciones más importantes que dieron la doctrina y jurisprudencia francesas en el siglo XIX para sustraer de la nulidad del artículo 1599 del Código Napoléon a los contratos sobre bienes ajenos que se celebraran sobre bienes indeterminados o fungibles.

Pero ahora, nosotros no necesitamos ratificar dicha excepción como causal de salvación de un acto jurídico, sino lo hacemos como fundamento doctrinario básico para determinar cuál debe ser su tratamiento.

Manuel de la Puente y Lavalle,[2] coincide con nuestras apreciaciones acerca de los diversos contratos susceptibles de tener como objeto de sus prestaciones bienes aje-

---

[2] De la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 436-439), refiriéndose a nuestro trabajo «Los contratos sobre bienes ajenos», anota las siguientes expresiones:

«Considera Castillo que, además del contrato de compraventa, pueden darse otros contratos sobre bienes ajenos, citando los siguientes:

nos, y señala, en criterio que compartimos, que los principales problemas planteados por la doctrina al respecto, se circunscriben al contrato de compraventa.

Entendemos por venta de bien ajeno, en estricto, a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor que no es propietario del bien que vende, y un comprador común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa,

---

a) El contrato de permuta.

Dada su similitud con el contrato de compraventa, y estando a lo dispuesto por el artículo 1603 del Código Civil, serán aplicables a la permuta los comentarios que se hagan al contrato de compraventa.

b) El contrato de suministro.

De conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones continuadas o periódicas de bienes.

Tal como se expresa en la Exposición de Motivos de este artículo, las prestaciones a que el contrato se refiere son de entrega de bienes en propiedad, en uso o en goce.

El suministro de bienes ajenos supone, por consiguiente, que el suministrante adquiera con posterioridad a la celebración del contrato el título sobre los bienes que le permita obligarse a nombre propio, y como titular del derecho, a transferir la propiedad o a ceder el uso y el goce.

c) El contrato de donación.

Tomando en consideración que en virtud de este contrato el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien, le son aplicables *mutatis mutandis* las disposiciones sobre el contrato de compraventa.

d) El contrato de mutuo.

En virtud de este contrato el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, estableciendo el artículo 1654 del Código Civil que con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuatario.

Consecuentemente, se trata de un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad del bien mutuado al mutuatario, razón por la cual también le son aplicables *mutatis mutandis* las reglas sobre la compraventa.

e) El contrato de arrendamiento.

Según el artículo 1666 del Código Civil, por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

Tratándose de una cesión de uso en la cual el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado, en el plazo, lugar y estado convenidos (artículo 1678), es posible que el arrendador se obligue a ceder el uso de un bien ajeno, pero para ello será necesario que previamente a la ejecución de la relación jurídica obligatoria, el arrendatario adquiera la disponibilidad de la cesión a fin de que pueda ejecutar —debidamente legitimado— la prestación de dar (entregar).

Recuérdese que la obligación de ceder el uso la asume el arrendador a título propio, esto es como si tuviera la potestad de hacerlo.

f) El contrato de comodato.

En virtud de este contrato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo y luego lo devuelva.

Obsérvese que el comodante no sólo se obliga a entregar el bien al comodatario sino también a cederle su uso, de tal manera que tratándose de bienes ajenos el comodante debe actuar frente al comodatario como titular no sólo del derecho de entregar legítimamente el bien sino también del derecho de ceder su uso.

la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

En tal sentido, la venta de bien ajeno ideal sería áquella en donde comprador y vendedor supiesen que el bien es de propiedad de un tercero; pero somos concientes de que en la mayoría de casos ello no será así.

2. Obligación del vendedor de informar al comprador sobre el carácter ajeno del bien

De la Puente[3] considera, respecto del artículo 1539, lo siguiente:

> Este artículo ha merecido un agudo comentario de Mosqueira que ha despertado mi más vivo interés. Por ello, me permito hacer algunas reflexiones sobre el mismo, aunque no con la hondura que quisiera, dado el carácter general de este trabajo.
>
> Como se ha visto, mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.
>
> El bien puede ser propio o ajeno del vendedor, ello no afecta la esencia del contrato. Lo que sí es substancial es que en la compraventa es el vendedor, y sólo él, quien queda obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación sólo puede ser cumplida por el vendedor, no por un tercero —salvo el caso de la legitimación—.
>
> *El vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno* (la cursiva es nuestra).

Estos títulos debe adquirirlos el comodante con anterioridad al momento en que debe efectuarse la entrega del bien.

g) El contrato de depósito.

De conformidad con el artículo 1814 del Código Civil, por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

Me parece que en este contrato, que es naturalmente gratuito, el único usualmente obligado es el depositario, quien no asume la obligación de entregar un bien ajeno como si fuera propio, sino de prestar un servicio, que es el de custodiar el bien ajeno y devolverlo, por lo cual queda fuera del ámbito de los contratos sobre bienes ajenos, que recae sobre bienes y no sobre servicios.

h) El contrato de renta vitalicia.

El artículo 1923 del Código Civil dispone que por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.

Dado que el obligado a entregar los bienes que constituyen la renta debe tener la disponibilidad de los mismos, cabe que esta obligación la adquiera respecto de bienes que son ajenos al momento de celebrar el contrato, por lo cual éste puede quedar comprendido en la problemática de los contratos sobre bienes ajenos».

[3] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 442-444.

Si lo revela, ambas partes conocen que el bien es ajeno, dando lugar a la figura contemplada en el artículo 1537 del Código Civil, pues ya se ha visto que este artículo comprende la hipótesis de que el promitente adquiera el bien para transferirlo al promisario, lo que ocurrirá automáticamente por efecto del artículo 1538. *Este es el régimen del Código Civil Peruano y hay que respetarlo* (la cursiva es nuestra).

Si lo oculta, se produce la verdadera venta de bien ajeno, pues sólo el vendedor tiene la certeza de que el bien no le pertenece, estando el comprador en la incertidumbre de que el bien sea propio o ajeno del vendedor.

Se ha visto que es connatural a la venta de bien ajeno la existencia de un plazo suspensivo inicial, computado a partir de la celebración del contrato, que permita al vendedor adquirir la propiedad del bien para transferirla, a su vez, al comprador.

Si durante el decurso de este plazo el comprador llega a conocer que el bien no pertenece al vendedor, tendrá la certeza, de la que carecía antes, que el vendedor debe adquirir la propiedad del bien de su verdadero dueño para que, vencido el plazo, pueda cumplir su obligación de transferirle dicha propiedad.

La situación del comprador no es igual en uno u otro caso. Si él tiene la incertidumbre respecto a si el bien es propio o ajeno del vendedor, indudablemente preferirá que realmente ocurra lo primero, pues así no existirá inconveniente alguno para que, al vencimiento del plazo, el vendedor le transfiera la propiedad del bien. En cambio, si ocurre lo segundo, corre el riesgo que el vendedor no llegue a adquirir la propiedad del bien y no pueda, por consiguiente, transferírsela.

Cuando el comprador llega a tener la certeza de que el bien no pertenece al vendedor, se ha materializado el riesgo, pues queda en evidencia que el vendedor se encuentra en el albur de adquirir o no la propiedad (la cursiva es nuestra).

Para paliar el impacto de este riesgo es que el artículo 1539 del Código Civil permite al comprador, como alternativa, pedir la rescisión del contrato, con lo cual el comprador quedará liberado de la obligación de pagar el precio.

Refiriéndose al ordenamiento civil italiano dice Luzzato lo siguiente: «Bien distinta de las hipótesis hasta ahora consideradas es aquélla del vendedor que ha vendido como cosa propia la ajena, mientras que el comprador ignoraba que la cosa era de otro. A esta hipótesis, en la que siempre se da la ignorancia del comprador, se puede equiparar aquélla del vendedor que no ha declarado que la cosa es ajena: dada, en efecto, la naturaleza de la venta de cosa individualmente determinada, destinada a transmitir la propiedad al comprador por efecto del solo consentimiento, el vendedor, por el hecho mismo de vender cosa individualmente determinada, ha hecho nacer en el comprador la confianza en una adquisición inmediata de la propiedad del vendedor. En estas hipótesis, pues, el comprador no está obligado a estar en espera del cumplimiento por parte del vendedor, esto es, a esperar que el vendedor le procure la cosa en un plazo prudencial, sino que puede actuar inmediatamente para

> reclamar la disolución de la relación contractual mediante una acción que el nuevo Código llama de resolución».
>
> Si bien esta opinión de Luzzato no es de exacta aplicación al régimen peruano, pues en éste no existe la adquisición inmediata de la propiedad, pone de manifiesto que la pérdida de la confianza en una transferencia oportuna de la propiedad por parte del vendedor, concede al comprador el derecho de no esperar el cumplimiento por parte del vendedor, sino que puede actuar inmediatamente para pedir la resolución del contrato.
>
> Debe tenerse presente que en el Derecho Italiano la resolución del contrato tiene, en general, efecto retroactivo, de tal manera que la resolución de que habla el artículo 1479 del Código Civil Italiano tiene el mismo efecto que la rescisión de que trata el artículo 1359 del Código Civil Peruano.
>
> Debe tomarse en cuenta que no ocurre aquí un incumplimiento contractual, desde que el vendedor no se encuentra obligado, durante la vigencia del plazo suspensivo, a cumplir su obligación de transferir la propiedad, por lo cual es improcedente la acción de resolución por incumplimiento.

Hasta aquí la cita de De la Puente.

En lo que respecta a su opinión, en el sentido de que cuando hablamos de venta de bien ajeno, debe estar presente necesariamente el elemento del plazo, consideramos a este criterio como sumamente acertado.

Respecto del punto en el cual De la Puente señala que el hecho de que el bien sea propio o ajeno del vendedor no afecta a la esencia del contrato, la consideramos también una afirmación acertada. Resulta, sin embargo, contradictoria su posición en el sentido en que es sustancial en la compraventa que sea el vendedor, y sólo él, quien quede obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación sólo pueda ser cumplida por el vendedor, no por un tercero —salvo el caso de la legitimación— ya que anteriormente había sustentado el criterio de que cuando el bien sea ajeno y ambas partes sepan tal carácter, deberá regirse necesariamente este supuesto por lo establecido en el artículo 1537, norma que permitiría al contratante (vendedor) cumplir con sus obligaciones, sea a título personal o a través de un tercero. Sobre este punto hemos manifestado nuestro desacuerdo, ya que, como lo hemos expresado, por un lado afirma que es sólo el vendedor el obligado a transferir la propiedad del bien ajeno, mientras que por el otro, sostiene que puede hacerlo tanto el vendedor como el tercero, propietario del bien al momento de la celebración del contrato.

Estimamos que el tercero-propietario podría pagar, pero sólo si lo hace a nombre del vendedor del bien ajeno, se estaría ejecutando la obligación de este último, emanada del referido contrato.

Respecto a la posición esgrimida por De la Puente acerca de la venta de bien ajeno con desconocimiento del comprador del carácter ajeno del bien, debemos señalar que no la compartimos, por las razones que se consignan a continuación.

De la Puente considera que por el hecho de que los bienes ajenos pueden constituir el objeto de una prestación contractual y, precisamente, el objeto de la prestación del vendedor en el contrato de compraventa, el comprador asumiría una especie de riesgo al comprar dicho bien, riesgo que consistiría en que el bien comprado pudiera ser propio o ajeno.

Esto no es así.

Cuando una persona compra a otra un bien no presupone la existencia de ningún riesgo, mucho menos el riesgo de que dicho bien sea propio o ajeno del vendedor. Dicho comprador compra en la seguridad de que el bien es propio de quien se lo vende, salvo que ambas partes hubiesen pactado un contrato de compraventa de bien ajeno, con pleno conocimiento de que el bien no pertenecía al vendedor.

A pesar de no existir ninguna norma legal que ampare nuestra anterior afirmación, tenemos a los artículos relativos a las obligaciones de saneamiento, y en especial, las normas del saneamiento por evicción, las que están destinadas a buscar una reparación en favor del contratante que viese perjudicado su derecho por existir con anterioridad a la celebración del contrato, un mejor derecho por parte de un tercero, ajeno a la relación contractual, y una sentencia judicial o administrativa firme que así lo respalde.

Siendo el contrato de compraventa uno de los actos comprendidos dentro del probable saneamiento por evicción, las normas de este último resultan una garantía en favor del comprador que compra lo ajeno sin saberlo, a la vez que una sanción (fundada en la respectiva indemnización) contra quien vendió lo ajeno, de modo tal que cuando se señala que «el vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno», este ocultamiento no es gratuito, pacífico y sin efectos, ya que dicho vendedor será pasible de sufrir cuatro tipos de consecuencias:

a) La indemnización establecida por los artículos relativos a la venta de bien ajeno (en especial el 1541).
b) La indemnización establecida por las normas relativas al saneamiento por evicción (artículo 1491 a 1502).
c) La pena privativa de la libertad con la que el Código Penal sanciona al delito de estelionato (artículo 197, inciso 4).

d) La respectiva reparación civil generada por efectos de la sentencia penal condenatoria.

Sencillamente, estas cuatro son las consecuencias a las que se somete quien venda lo ajeno ocultando esta condición.

En lo referente a la acción de rescisión prevista en el Código Civil (artículos 1539 y 1540) para el comprador de lo ajeno que descubre tal condición del bien con posterioridad a la celebración del contrato, no podemos dejar de señalar en esta parte de nuestro trabajo el fundamento de la misma dado por De la Puente[4] y referido a dicho supuesto riesgo del que nos acabamos de ocupar:

La razón de que la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la certidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia en dicho momento. El bien ya era propio cuando se celebró el contrato.

3. Posiciones de la doctrina y la legislación

3.1. Contrato nulo

Respecto del contrato de venta de bien ajeno hemos realizado un estudio de los antecedentes del mismo en el antiguo Derecho Romano, el Derecho Español de los Siglos VII a XIX, y el Derecho Francés, específicamente, a través del Código Civil (1804), fuentes que influyeron en el proceso codificador peruano.

Para abordar el tema en el antiguo Derecho Romano, hemos recurrido a determinadas fuentes bastante significativas y representativas del mismo.[5]

---

[4] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo III, p. 444.

[5] Antes de comenzar el tratamiento del tema mencionado en el título precedente, debemos hacer una aclaración; si bien trataremos acerca del contrato de venta de bien ajeno en el Derecho Romano, lo haremos circunscribiendo el estudio del tema a determinadas fuentes legislativas. Concretamente, nos referiremos a las *Instituciones* y al *Digesto*, recopilaciones legislativas elaboradas por órdenes del emperador Justiniano, y a las *Instituciones* de Gayo.

René Foignet (Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 408) establece las dos características fundamentales del contrato de compraventa en el Derecho Romano:

«1. En Derecho Romano el vendedor no se obligaba a transferir la propiedad al comprador, sino a transferirle todos los derechos que podía tener sobre la cosa vendida […].

2. En Derecho Romano, cuando el vendedor era propietario de la cosa vendida, la venta no operaba, por ella misma, transferencia de propiedad al comprador. La propiedad no era adquirida por el comprador sino por el empleo de uno de los modos de transferencia de propiedad: *Mancipatio, Cessio in Iure* o tradición. Vender y enajenar eran por tanto, dos términos diferentes».

En principio, los bienes que pueden ser vendidos en el Derecho Romano son aquellos que se encuentran dentro del comercio de los hombres, mas no así los bienes que están fuera de él. Es dentro de este marco

En el título décimo octavo del *Digesto*, encontramos menciones específicas respecto a la validez para el Derecho Romano del contrato de compraventa de bien

---

que analizaremos los supuestos de compraventa de bienes ajenos, tema que como veremos más adelante, ha servido de valiosa fuente de estudio doctrinario posterior.

En D. 18.1.27, Paulo, comentando a Sabino, señala que el que compra de cualquiera una cosa que cree que es de aquel mismo, compra de buena fe. Esta es la regla general.

En D.18.1.28, Ulpiano, en sus comentarios a Sabino, señala que no hay duda alguna de que cualquiera puede vender una cosa ajena, porque hay compra y venta; pero puede quitarse la cosa al comprador.

Como vemos, en este párrafo, se recoge el principio de la validez del contrato de compraventa de cosa ajena; haciéndose la salvedad de que puede quitarse la cosa al comprador.

En el Derecho Romano regía el principio por el cual ninguno puede transferir más derechos de los que tiene.

Respecto de la compraventa de bienes ajenos, nadie podía transferir la propiedad de un bien ajeno, mas sí obligarse a ello.

Ulpiano, en sus Comentarios a Sabino, Libro 29 (D.41.1.20) señala que la entrega no debe, ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega; señala como ejemplo que si uno tuvo el dominio de un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe.

En el Derecho Romano se admitía la validez de la venta de bienes ajenos, ya que se consideraba que el vendedor contrataba, no obligándose a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, sino para entregarle su pacífica posesión (Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 354). Esto es ratificado por Foignet (Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 419), cuando señala que en Roma la venta no era considerada como una «enajenación», agregando que el vendedor podía contratar válidamente de este modo en cuanto a una cosa de la cual él no era actualmente propietario, ya que para ejecutarla, él no tendría sino que procurarse el objeto y transferirlo en seguida al comprador.

Como señala Guillouard (Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 198), en el Derecho Romano «el vendedor no estaba obligado por ningún motivo a transferir la propiedad del objeto vendido: él debía solamente entregar al adquirente la pacífica posesión *Vacuam Possesionem, Trajere».*

Baudry-Lacantinerie (Baudry-Lacantinerie, G. *Op. cit.,* tomo III, pp. 318 y 319), al citar un ejemplo de venta de una cosa ajena, anota que «ningún obstáculo se opondría a que la convención sea válida, pues la ejecución de una obligación semejante es posible a la continuación de los arreglos tomados con el propietario (por el vendedor, naturalmente)».

La validez de la venta de cosa ajena estaba recogida en el principio Romano «*Rem Alienam Distrere Quem Posse Nula Dubitatio Est*», lo que es ratificado por Pothier cuando afirma que se podía vender válidamente la cosa propia, e incluso la ajena, sin el consentimiento de aquel que es el propietario de la misma (Guillouard, L. *Op. cit.*, tomo I, p. 198).

Todo esto, naturalmente, estaba regido bajo el principio de que nadie puede dar más derechos de los que tiene, por lo que, el vendedor, para poder proporcionar al adquirente la pacífica posesión del bien ajeno, debía previamente, convertirse en propietario del mismo, para, por medio del empleo de uno de los medios de la transferencia de propiedad del Derecho Romano, poder transferir la misma al comprador, como ya vimos cuando citamos a Foignet. De no contar con el asentimiento del verdadero propietario, todo se resolvería en el pago de daños y perjuicios. Esto es ratificado por Laurent (Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 105).

Guillouard (Guillouard, L. *Op. cit.*, tomo I, p. 199) agrega que una razón fundamental para explicar por qué en el Derecho Romano era válida la venta de la cosa ajena:

«Nosotros podemos vender todo aquello que está dentro del comercio, sea que nosotros lo poseamos ya, sea que, el objeto no estando todavía dentro de nuestro patrimonio, nosotros podríamos adquirirlo en

ajeno. Intentando seguir los comentarios de los tratadistas franceses Foignet, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, podemos explicar cuáles eran las razones de esta validez. Ella, fundamentalmente, se basaba en que:

---

el futuro: ésta es la decisión formal de una ley romana, la ley 34.1, De contrahenda emptione: *Omnium Rerum, Quas Quis Habere, Vel Possidere, Vel Persequi Potest, Venditio Recte Fit*.

¿Cuál es desde este punto de vista, el verdadero carácter jurídico de la cosa ajena? Este es un objeto que está en el comercio, que el vendedor no tiene aún en su patrimonio, pero que él puede comprar, *Rem Quam Quis Habere Potest*: este objeto puede por tanto, ser vendido como cualquier otro».

La línea de pensamiento antes citada es compartida por Troplong (Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 305); Mourlon (Mourlon, Frédéric. *Op. cit.,* tomo III, p. 236); Duranton (Duranton. *Op. cit.,* tomo I, p. 69); Demante y Colmet de Santerre (Demante, A.M. y E. Colmet De Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 52) y Rogron (Rogron, J.A. *Op. cit.,* tomo II, p. 2080).

En abono de ratificar la tesis en el sentido de que el Derecho Romano permitía la venta de la cosa ajena, es que señalaremos en adelante diversos casos en los que se hace referencia sobre el particular, contenidos en el *Digesto*.

En el Libro Cuadragésimo Primero del *Digesto*, Título II, relativo a la adquisición o pérdida de la posesión encontramos las siguientes notas:

A.Marcelo señala que si uno, de buena fé compró un fundo ajeno, lo tomó a su dueño por arrendamiento, es evidente que habrá dejado de poseerlo (D.41.2.19).

B.Marciano (D.41.2.43) señala que alguno hubiere comprado un fundo, del cual sabía que una pequeña parte era ajena, si sabía que era ajena estando dividida, puede adquirir con la larga posesión las otras partes; y si estaba indivisa, aunque ignore cuál sea la parte propia y cuál la parte ajena, podía él adquirir igualmente, porque sin perjuicio de nadie pasa al comprador mediante la larga posesión la parte que se considera es del vendedor.

En el *Digesto* 41.2.43.1 se señala que si se supiera o juzgase que el derecho de usufructo era ajeno, se puede éste adquirir con buena fe por la posesión de largo tiempo.

En el Título III, relativo a las usurpaciones y usucapiones, del ya mencionado Libro Cuadragésimo Primero del *Digesto*, encontramos las siguientes notas:

Paulo señala (D.41.3.4.18) que si antes que pariese, el comprador hubiese sabido que era ajena, (parece referirse a un animal o a una esclava), hemos dicho que él no puede usucapir; pero que si lo hubiere sabido, podía, pero si cuando ya hubiese usucapido hubiere sabido que era ajena, debemos mirar al comienzo de la usucapión como se determinó respecto a las cosas compradas.

Según Ulpiano, en sus comentarios al Edicto; Libro XVI (D.41.3.10), si una cosa ajena hubiera sido comprada de buena fe, para que corra la usucapión se exige que tenga buena fe, según la opinión de Sabino y de Cassio (y no al momento del comienzo de la compra).

Respecto de los casos de compraventa de bien ajeno por el heredero aparente, Gayo (D.41.3.36) señala que puede acaecer de muchos modos que alguien engañado por algún error, venda acaso o done como suya una cosa ajena, y que por esto pueda ser usucapida la cosa de buena fe, por ejemplo, si el heredero hubiere enajenado, creyendo que era de la herencia, una cosa dada en comodato o en arrendamiento.

Señala asimismo, (D.41.3.36.1) que si alguien engañado por alguna apreciación hubiere creído que le pertenecía una herencia, que no le perteneciera, y hubiere enajenado una cosa de la misma, o si aquel a quien le pertenece el usufructo de una esclava hubiere enajenado el parto de ésta, creyendo que era suyo, porque también la cría de los ganados le pertenece al usufructuario.

Respecto de la usucapión del heredero de quien compró de buena fe una cosa ajena, Papiniano (D.41.3.43) señala que el heredero que de buena fe compró una cosa no la usucapirá sabiendo que era

a) En Roma el contrato de compraventa era meramente obligacional, no siendo por sí mismo traslativo de propiedad.
b) A lo que se obligaba el vendedor no era, en estricto, a transferir la propiedad del bien vendido, sino a garantizar en adelante, al comprador, la tranquila posesión del mismo.

---

ajena, si a él mismo se le hubiera entregado la posesión, pero la continuación no será impedida por el heredero.

Respecto a la ratificación del propietario en la venta de un bien ajeno, Papiniano señala en el D.41.3.44.1, que es sabido, que si se vendiese una cosa sabiendo el comprador que era ajena, pero el vendedor se la entregara al tiempo de la entrega, y la cosa se hace del comprador.

Respecto a la compra de cosa ajena por parte de un hijo de familia, que ignoraba haber sido hecho padre de familia, Papiniano (D.41.3.44.4) señala que un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le había entregado, usucapirá habiendo habido buena fe al principio de la posesión aunque éste por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio.

Papiniano señala además que lo mismo ha de decir también si por no leve presunción creyere que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre.

Paulo en el *Digesto* 41.3.48, señala que si creyendo una persona que debiendo una cosa a otra, se la entregara, se seguirá la usucapión solamente si también esa otra persona creyera que se la debía. Otra cosa será si creyera la primera persona que estaba obligada por causa de venta, y por esto hiciera la entrega; porque en este caso si no precediera la venta, no tiene lugar la usucapión a título de comprador.

Señala que la causa de la diversidad consiste en que tratándose de las demás causas se atiende al tiempo del pago; y no importa que cuando una persona estipula, sepa o no, que la cosa es ajena; porque basta que esa persona crea que es suya cuando se le paga; pero en la compra se atiende así al tiempo del contrato, como a aquel en que se paga y el que no compra no puede usucapir como comprador ni a título de pago, como en los demás contratos.

Paulo (D.41.4.2.) señala que posee como comprador el que verdaderamente compró; y no basta solamente que él esté en tal creencia, que juzgue que posee como comprador, sino que debe subsistir la causa de la compra. Pero si creyendo una persona que le debía una cosa a la otra, se la entregara y esta última la ignoraba, la usucapirá.

Paulo sostiene, seguidamente, que si una persona creyese que la vendió a otra y se la entregara, esta última persona la usucapirá, porque en los demás contratos basta que se atienda al tiempo de la entrega; y así pues, si a sabiendas estipulara una persona sobre la cosa de otro (se entiende que como comprador), la usucapirá, si cuando se le entrega creyese esa persona que era de un tercero; pero en la compra se atiende también al tiempo en que se contrata; así, pues, debe haber comprado de buena fe y haber alcanzado de buena fe la posesión.

Paulo (D.41.4.2.1) señala que la causa de la posesión es distinta que la de usucapión; porque se dice con verdad que uno compró, pero con mala fe a la manera que posee como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena aunque no la usucapía.

Si el esclavo de una persona compró a nombre del peculio una cosa que sabe que es ajena, aunque esa persona ignore que es ajena, no la usucapirá (D.41.4.2.10).

Si una persona comprase a sabiendas una cosa ajena que otro usucapía, no la usucapirá (Paulo, D.41.4.2.17).

Paulo establece además que si el difunto hubiere comprado de buena fe una cosa, esta será usucapida aunque el heredero sepa que era ajena (D.41.42.19). Por último Paulo señala que si uno hubiera

c) Se suponía que cuando las partes celebraban un contrato de estas características, lo hacían en el entendido supuesto de que el vendedor tomara los arreglos necesarios con el propietario de la cosa, para poder, después de adquirir la misma, efectuar su transferencia al comprador.
d) El contrato de compraventa tenía el carácter de *res inter alios acta*, es decir, que sólo surtía efecto entre las partes y no en relación al tercero, propietario del bien.

Otro de los Derechos que influyó decisivamente en el Peruano, fue el Derecho Español. Respecto de este último, hemos hecho un estudio acerca de la compraventa

---

comprado una cosa ajena, y si al usucapirla esta persona, su dueño le pidiere la misma cosa, no se interrumpen la usucapión de la primera con la contestación de la demanda (D.41.4.2.21).

Según Javoleno (D.41.4.4) el comprador de un fundo que no había ignorado que era parcialmente ajeno, no usucapirá nada del fundo con la posesión larga; si ignoraba cuál era la parte ajena; pero si sabía cuál era ésta, con la posesión larga podría usucapir las demás partes.

El jurista antes mencionado, continúa señalando que si el que compraba todo un fundo sabe que una parte indivisa era ajena, tendrá el mismo derecho; pues solamente ésta no la usucapirá; y no se impedirá la usucapión de las otras partes por la larga posesión.

Según Juliano, el que de buena fe compró un fundo ajeno y perdió su posesión, y después la hubiese recuperado a tiempo de que sabe que la cosa era ajena, no la usucapirá por el largo tiempo, porque no carecerá de vicio al comienzo de la segunda posesión.

Señala que no es semejante al que al tiempo de la compra cree que el fundo es del vendedor, pero cuando se le entrega sabe que es ajeno, no tiene lugar la usucapión, aunque antes que lo vendiese, hubiere estado en situación de usucapirlo. Establece que el mismo derecho hay respecto al que echando de un fundo hubiere recuperado por interdicto la posesión, sabiendo ya que era ajeno (D.41.4.7.4).

Por último agrega que cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, no se interrumpe la larga posesión (D.41.4.7.6).

Scévola (D.41.4.13) señala que cuando uno compró de buena fe un solar ajeno, y comenzó a edificar antes de haber completado la posesión de largo tiempo, habiéndole hecho la denuncia el dueño del solar, continuó dentro del término de la posesión de largo tiempo, no se habrá interrumpido la posesión comenzada.

Finalmente, debemos señalar que en las Instituciones de Gayo, numerales 62, 63 y 64, encontramos dentro del Comentario Segundo, relativo al Derecho de las Cosas, una referencia acerca de la enajenación de cosas por quien no es su dueño. El mencionado jurista señala lo siguiente:

«Sucede, a veces, que el que es dueño no tiene la potestad de enajenar una cosa, y el que no es dueño puede enajenarla. Así, en virtud de la ley Julia, el marido tiene prohibido enajenar el fundo dotal sin consentimiento de su mujer, aunque suyo por haberlo recibido a causa de dote mediante una mancipatio, o por cesión ante el magistrado, o por haberlo usucapido. Pero se duda si este derecho se aplica sólo a los funcionarios itálicos o también a los provinciales. Por el contrario, el agnado curador de un loco puede enajenar una cosa de éste, en virtud de lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas; del mismo modo, el procurador […] también el acreedor puede enajenar la prenda en virtud de pacto, aunque la cosa no sea suya. Pero esto quizá se hace así porque se considera que la prenda es enajenada con la voluntad del deudor, el cual pactó que al acreedor le fuera permitido vender la prenda si no fuera pagada la deuda».

de bien ajeno en las más importantes recopilaciones legislativas de la España de los siglos VII a XIX.[6]

En tal sentido, en el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los convenios y las compras, encontramos, en los numerales VIII y siguientes, la regulación relativa al contrato bajo comentario. En principio, éste se consideraba válido, pero la

[6] Como sabemos, el Derecho Español de la Edad Media, estuvo marcado por los fueros, que eran diversas recopilaciones de leyes, que, siendo en su mayor parte de carácter municipal, solían constituir regímenes que implicaban ciertas situaciones de excepción.

Sin duda, el concepto de fueros, evolucionó con el correr de los siglos, transformándose, de recopilaciones de privilegios, en conjuntos de normas que designaban el derecho territorial de extensas regiones (siglos XII y XIII).

El Fuero Juzgo es una compilación española de la Edad Media que recopiló leyes visigodas y romanas. Tuvo vigencia a partir del siglo VII, y prácticamente durante toda la Edad Media, pudiéndose decir de ella, que fue la más conocida e importante de las recopilaciones de leyes de carácter municipal que tuvo España en dicho período de su historia.

En el Fuero Juzgo hallamos algunas menciones acerca de las cosas que pueden constituir objeto del contrato de compraventa. Así, encontramos alusiones concretas a los contratos de compraventa de bienes ajenos; de cosas litigiosas; de hombres libres; y de hijos por parte de sus padres.

Respecto del primero de los casos mencionados, en el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los convenios y las compras, numeral VIII, se establece que si algún hombre libre toma o compra una cosa ajena, sabiendo que tiene tal carácter, si el señor de la cosa lo pudiese demostrar ante aquel que la hubiese tomado, éste deberá pagar al señor de la cosa tres duplos. Si quien la tomó o compró fuese un hombre franqueado (liberado), deberá pagar el duplo; y si fuese siervo, y la tomara sin la voluntad del señor; deberá pagar la cosa y recibir azotes.

Más adelante, en el numeral IX se establece que si alguno vende o da cosas ajenas, el comprador no debe sufrir ningún perjuicio; pero aquel que la vende o da, deberá pagar el duplo de lo que recibió por parte del comprador, al señor o dueño de la cosa, además de devolver el precio recibido al comprador. Esta disposición también era aplicable para el caso en que se vendieran siervos.

También existe una alusión al contrato de compraventa de bienes ajenos, en el numeral XIV, relativo a las ventas de los siervos, cuando se señala que las cosas que son ajenas no las puede vender ninguno sin la voluntad de su señor; y por lo tanto, la ley antigua que mandaba deshacer las ventas de los siervos ajenos no era sin daño de sus señores, consideran mejor modificar esta ley «que seguir incurriendo en el error de quienes la redactaron».

En tal sentido, se establece que si algún hombre, sabiendo que un siervo o una sierva son ajenos, recibiera de ellas casa, vino, servicios, etc., tal hecho no vale, ni aquél que se obligó a pagar, estará en la obligación de hacerlo. Se considera que es conforme a derecho, pierda aquello que dio quien pagó, porque quiso ganar lo ajeno por codicia.

Se señala además, que si el siervo o la sierva vendiere algún animal, algunos ornamentos, u otras cosas que hubiesen sido dadas por su señor o por cualquier otro hombre para vender, esta venta debe valer, aunque el señor del siervo o de la sierva quisiera deshacer la venta, y decir que la cosa es suya y no del siervo; no se debe deshacer la venta, a menos que el señor pruebe, o por buenos testimonios o por su juramento, que aquello no era del siervo y que éste lo vendió sin voluntad de aquél.

En la Ley de las Siete Partidas, era válida la venta de la cosa ajena. En la Ley XIX se establece que si un hombre vende a otro una cosa ajena, esta venta es válida, constituyendo la regla general.

Se considera, en esta línea de pensamiento, que quien compra, o sabe que aquella cosa no es de aquel que se la vende, cree que es suya. Pero si sabe el comprador que la cosa es ajena, y le causase después

regulación contemplaba determinadas sanciones para quienes contrataban de esta

perjuicio a quien es el propietario de la misma, el comprador no estará obligado, en este caso, a retornar el precio al comprador.

Distinto sería el caso si cuando el vendedor se la vendió, se obligó a devolverle el precio pactado, si el verdadero propietario de la cosa la demandase posteriormente y la recobrase.

Si el comprador no supiese que la cosa era ajena cuando la compró, en este caso el vendedor no estaría obligado tan sólo a devolver al comprador el precio, sino que además estará obligado a pagarle todos los daños y perjuicios que hubiese sufrido en razón de aquella venta que él hizo.

En la Ley XXXIII, se contempla el caso en el cual el propietario de una cosa que ha sido vendida por otro, puede demandar al comprador que la tuviese; pero si el comprador llamase a aquel que se la vendió para que venga a defenderlo en juicio, de aquella cosa que el vendió, y a responder sobre ella al demandante, si el vendedor quiere entrar con el demandado en juicio para ampararla, obligándose a hacer derecho sobre ella, tal como si él la tuviese, entonces el demandante no tendrá razón de demandar al comprador, sino más bien deberá demandarla a aquel que se la vendió, y no perturbar al que la compró.

Pero, si el vendedor no quisiere entrar en juicio con el demandante sobre la cosa, entonces podrá demandarla al comprador, quedando a salvo el derecho del comprador para demandar al vendedor para que le restituya el valor de la cosa que él vendió (los términos utilizados en la Ley XXXIII son «faga sana», cuyo significado más apropiado consideramos ser el antes mencionado).

Si el rey vende o da a otro una cosa ajena como si fuera propia, pasa el señorío de la misma al comprador; pero de quien la hubiese tomado, puede pedir durante el plazo de cuatro años que él le dé el valor estimado de aquella cosa, y el rey deberá pagársela si hasta cuatro años no pidiese la estimación, ya que en adelante no podría hacerlo.

De otro lado, si el Rey tuviese una cosa en común con otros, la puede vender toda en razón de aquella parte que tiene en ella, y pasa el señorío de aquella cosa, pero a pesar de todo esto, debe dar el valor estimado a cada uno de los otros copropietarios en razón de las partes que tenían en aquella cosa.

En la Ley LVI se establece que si un hombre vendiese a otro una cosa ajena en nombre de aquel que tuviese el señorío de la misma, si el propietario ratifica la venta después de hecha, ésta vale y pasa el señorío de la cosa a aquél que la compró, a pesar de que al comienzo éste no hiciese la venta con otorgamiento del consentimiento, ni conocimiento de aquél de quien era la cosa.

Caso distinto es aquel en el cual el vendedor no la vendiese en nombre del señor de la cosa, sino en el suyo mismo. En este supuesto, si aquél que la compró sabía que era ajena y creía que era de aquel que se la vendió, entonces podrá ganar su señorío por tiempo, y el vendedor de todos modos estará obligado a devolver el precio a quien era propietario de la cosa.

Un supuesto distinto es si un hombre vende alguna cosa ajena como si fuera propia, si después de hecha la venta se pierde la cosa o se muere, (es obvio que se está refiriendo a los seres vivos) puede, si así lo quisiere el señor de la cosa, considerar la venta como firme y demandar el precio de la misma al vendedor, sea que haya sido hecha la venta en nombre del señor o no.

Como hemos visto, en el Fuero Juzgo, Libro V, numerales VIII y IX, se contempla lo relativo a la compraventa de cosas ajenas. No se sanciona expresamente su validez o prohibición, sino más bien se alude a las consecuencias que puede tener un pacto de tal naturaleza y al resarcimiento que deberán pagar y penas que deberán sufrir quienes efectúen, de manera consciente, pactos de esta naturaleza. Sin embargo, parece estar claro que el Fuero Juzgo no favorecía este tipo de convenios.

El Fuero Juzgo también menciona las distintas consecuencias que tendrán lugar en el caso de que quien compre o venda el bien ajeno sea un hombre libre, uno franqueado o un siervo.

Cabe precisar que el Fuero Juzgo no varió el criterio Romano por el cual se consideraba válida la compraventa de la cosa ajena. También es importante señalar que en la regulación del particular se incluyen

forma en perjuicio del comprador o del verdadero propietario del bien.

Vale decir, que el Fuero Juzgo no varió el criterio romano antes expuesto.

---

ya algunos supuestos muy propios de la Edad Media, lo que se manifiesta en una regulación distinta para determinados supuestos, en razón de quiénes contraten.

Debemos señalar, que respecto de la compraventa de cosas ajenas, el *Digesto* es mucho más rico que el Fuero Juzgo, ya que aquél contempla supuestos mucho más específicos que éste.

Podemos señalar además, que hemos tratado de encontrar normas relativas al contrato de compraventa de bien ajeno en otros fueros españoles.

Concretamente, hemos consultado el Fuero Real, o Fuero de las Leyes, mandado a componer, en el año de 1255, por el rey Alfonso X, el Sabio con el propósito de unificar la legislación municipal española. Esta recopilación, puede ser considerada, hasta cierto punto, dentro del Derecho Español, como la excepción respecto del contrato de compraventa de bien ajeno, ya que se pronunciaba en contra de la misma, cuando en la Ley VI, Título X, Libro III, señalaba que «Ningún ome venda cosa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandato o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala».

De otro lado, tenemos al Fuero Viejo de Castilla, cuyo texto, arreglado a la última recopilación de los Fueros Castellanos que hizo el Rey Don Pedro en el año de 1356, consultamos. Este Fuero, según Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez (*El Fuero Viejo de Castilla*. Recopilación de Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez. p. I del Discurso Preliminar), se constituye en «el Código Legal más respetable de la España». Este Fuero, no contiene ninguna norma relativa al contrato de compraventa de bien ajeno, cuando trata acerca del mencionado contrato en el Libro IV, Título I, De las venditas é de las compras.

Algo similar ocurre con el Ordenamiento de Leyes de Alcalá, el cual, a decir de los compiladores citados en el párrafo anterior (*Ordenamiento de Leyes*. Recopilación de Ignacio Jordán de Asso y del Río Miguel de Manuel y Rodríguez. p. I del Discurso Preliminar), es «el momento más precioso de la Legislación Española que nos ha quedado de Don Alfonso XI», Ordenamiento que no contiene norma alguna respecto de la compraventa de bien ajeno, en el Título XVII, De las vendidas é de las compras. Es en la Ley de las Siete Partidas que encontramos una regulación más clara y consistente acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español.

En lo que concierne al contrato de compraventa de bien ajeno, la Ley XIX del mencionado Título V de la Quinta Partida establece su validez, como regla general; pero sin embargo, lo regula de modo minucioso y bastante casuístico, tal como observamos con la lectura de las Leyes XXXIII y LIV, anteriormente comentadas. Pero lo que debemos resaltar, es que aquí prevaleció la tradición romana.

Para algunos comentaristas españoles del siglo XIX, como es el caso de Modesto Falcón (Falcón, Modesto. *Op. cit.,* tomo IV, p. 197), para celebrar el contrato de compraventa, no bastaba tener la aptitud general para obligarse, sino además, tener el dominio de los bienes que han de ser objeto de la compraventa; porque este contrato es un título legal de adquisición de dominio para el comprador. Según esta regla, no puede vender el que no tiene dominio. Es por ello que el mencionado tratadista considera que la venta de cosa ajena es nula, «porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece».

Otros, como Clemente Fernández Elías (Fernández Elías, Clemente. *Op. cit.,* tomo IV, p. 254) optan porque podrán comprar y vender todos aquellos que tengan la capacidad legal para hacerlo, y no tengan un impedimento expreso; vale decir, que no se requeriría ser propietario del bien vendido al momento de la celebración del contrato.

Una de las opiniones más claras y concisas en favor de la validez de la venta de bienes ajenos en el Derecho Español, y amparándose en la Ley de las Partidas, es la del tratadista José María Álvarez (Álvarez, José María. *derecho real de España*. Tomo II, p. 68), cuando sostiene, al hablar del objeto del contrato de compraventa, que «[…] aún las cosas ajenas, por razón de estar en el comercio, pueden ser vendidas […]. No se puede decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, a

Sin embargo, la mencionada tendencia no rigió permanentemente en España. Una excepción (la única que hemos podido hallar) la encontramos en el Fuero Real, el cual, en la Ley VI, Título X, Libro III, establecía el criterio contrario.

Con posterioridad, el Derecho Español retornó al principio romano, tal y como lo comprobamos al revisar la Ley de las Siete Partidas. Esta compilación, recogía, en el Título V, de la Ley XIX, de la Quinta Partida, y como regla general, el principio por el cual era válida la venta de la cosa ajena.

La tercera y última gran influencia del Derecho Peruano en lo que respecta a la venta de bien ajeno, la encontramos en el Código Civil Francés.

A raíz de la promulgación del mencionado Código Civil, el más importante del proceso codificador mundial de los siglos XIX y XX, se suscitó una interesante discusión sobre el particular. Este Código contiene una norma, el artículo 1599, que señala que la venta de bien ajeno es nula, pudiendo dar lugar al abono de daños y perjuicios cuando el comprador haya ignorado que la cosa fuere de otro. Dicho artículo, contravenía el principio romano que se pronunciaba por la validez de un contrato de estas características, criterio que imperaba en el Derecho Francés antes de la promulgación del *Code*.[7]

En este punto de nuestro análisis, conviene subrayar el argumento sostenido por Manuel de la Puente y Lavalle,[8] quien señala que este sencillo sistema de compraventa obligacional romano, tan fácil de comprender por los conocedores romanos del Derecho, se vio progresivamente perturbado por la difusión de las ideas de Grocio y Puffendorf sobre la necesidad de dar mayor relevancia al consentimiento contractual haciéndolo suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de otro requisito adicional. Estas ideas fueron acogidas por importantes jurisconsultos franceses, entre los que cabe citar a Loysel, Domat, Ricard y, aunque combatidas tesoneramente por Pothier, quien sostenía que el contrato de venta no transfería la propiedad sino obligaba al comprador con respecto al ven-

---

quien queda su derecho a salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre, sino porque de este contrato nace acción y obligación entre el comprador y vendedor».

Sin embargo, y a pesar de la regla general de la Ley XIX del Título V de la Quinta Partida, en el sentido que es válida la venta de la cosa ajena, existe alguna jurisprudencia que intenta delimitar lo más posible a esta institución, como es el caso de la Sentencia de fecha 21 de Mayo de 1865 (Citada por Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 621); la que restringía esta figura a los efectos señalados en la citada Ley de las Partidas. Como veremos a continuación, el criterio adverso a esta modalidad del contrato de compraventa, generado en Francia, se fue extendiendo, llegando a variar esporádicamente el criterio Romano.

7 Para apreciar un desarrollo a profundidad acerca de la historia y evolución de la venta de bien ajeno, remitimos al lector a nuestro trabajo *Los contratos sobre bienes ajenos*, pp. 73-149.

8 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, p. 71.

dedor a hacerle adquirir libremente una cosa a título de propietario, se plasmaron en el sistema del Código Napoléon relativo a la transmisión de la propiedad por contrato. Consecuencia lógica de este sistema, que requería que el vendedor fuera propietario de la cosa materia de la venta, fue la declaración de la nulidad de la venta de cosa ajena contenida en el artículo 1599 de dicho Código.

3.1.1. Fundamento de la nulidad

Han sido numerosos los argumentos de la doctrina francesa para sostener que el contrato de venta de bien ajeno era nulo.

En adelante, pasamos a explicar las diversas teorías:

3.1.1.1. Es un contrato contra toda razón y contra todo principio

En la elaboración del Código Civil Francés, Portalis,[9] Vocero del Gobierno, sostenía sobre la venta de bien ajeno que era un pacto «contra toda razón y contra todos los principios que las partes dispongan con conocimiento de causa, de una propiedad que pertenece a un tercero, a ignorancia del cual tratan». Sostenía, además, que hay un vicio en la cosa.

3.1.1.2. Es un contrato ridículo

Por su parte, Tronchet[10] calificaba a la venta de bien ajeno como «ridícula». Sostenía la equivocación en que habían incurrido los jurisconsultos romanos y Pothier, quien los siguió.

Agrega que se trata de un cambio de teoría, que si el objeto de la venta es el de transferir la propiedad del bien, la venta de la cosa ajena no sería válida.

3.1.1.3. Es un contrato de objeto jurídicamente imposible

Faure,[11] el Informante del Tribunal, señalaba que «la transmisión de propiedad es el objeto de la venta; por tanto no se debe tener el derecho de vender una cosa que no nos pertenece, ya que allí no tenemos el derecho de transmitir su propiedad».

Duvergier y Troplong sostienen que la nulidad se justifica en que en el «nuevo Código» se obliga al vendedor a transferir la propiedad del bien.

En este mismo sentido, Marcadé sostiene que se ha modificado completamente la naturaleza del contrato de compraventa, el que, de un contrato simplemente pro-

9 Portalis. Citado por Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 105-107.

10 Tronchet. Citado por Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 105-107.

11 Faure. Citado por Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 105-107.

ductivo de obligaciones, ha pasado a ser uno traslativo de propiedad. Y añade que esta transmisión de propiedad es inmediata.

En tal sentido, Duranton sostiene que el Código Civil Francés declara nula a la venta de la cosa ajena porque ella no confiere para nada al comprador la propiedad del objeto vendido, cuando la finalidad de la venta debe ser el transferírsela.[12]

3.1.1.4. Es un acto contrario a la moral

Grenier,[13] el Vocero del Tribunal, señalaba que «la legislación romana ha parecido contraria al verdadero principio de la venta, en el cual la única finalidad debe ser una transmisión de propiedad», añadiendo que podría favorecer en algunos casos, propósitos inmorales; criterio compartido —según Guillouard— por Leligois y De Folleville.

Respecto de las opiniones transcritas, Guillouard y Laurent critican la posición de Grenier, señalando que «una legislación no puede atenerse a una declaración especulativa: no basta proclamar que un acto es inmoral, será necesario una vez más, impedir el mal resultado que este acto tiene por finalidad alcanzar, ¡y precisamente el artículo 1599 no impide nada!».[14]

Por su parte, Laurent[15] señala que Grenier:

No dice que la regla, ella misma sea inmoral; en efecto, la moral está fuera de discusión. Esto es tan cierto que se puede todavía, hacer bajo el imperio del Código, un contrato, teniendo absolutamente los caracteres y los efectos de la venta de la cosa ajena, tal y como Pothier la comprendía; la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto, como nosotros lo diremos más adelante. Por tanto, el contrato, por él mismo, no está viciado como contrario a las buenas costumbres; y no es exacto decir, como lo hace Portalis, que hay un vicio en la cosa.

Critica a Grenier, pues cree que es contradictorio su razonamiento en cuanto a que la venta de la cosa ajena es «contraria a las consideraciones de una sana moral», sosteniendo que quiénes con mayor calidad moral que los jurisconsultos romanos, cuya moral era de un rigor excesivo, y que Pothier, el jurisconsulto francés cristiano por excelencia, y que éstos defendieron la validez de este contrato.

Guillouard[16] critica la posición de Marcadé, señalando que su sistema:

---

12 Duranton. *Op. cit.,* tomo I, pp. 69-70.

13 Grenier. Citado por Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, pp. 201-204.

14 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 202.

15 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 109-111.

16 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 203.

Reposa sobre una confusión, entre las condiciones esenciales y las condiciones simplemente naturales de la venta: Nosotros reconocemos que ordinariamente, en la venta, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida tendrá lugar inmediatamente, al momento del contrato, que es también el propósito del legislador, pero aquello que nosotros discutimos, es que él la haya hecho una regla esencial, a la cual las partes no podrían derogar.

3.1.1.5. Se funda en una causa ilícita

Laurent[17] ve la posibilidad de que la nulidad se funde en una causa ilícita, que el artículo 1133 define como «áquella que está prohibida por la ley y aquélla que es contraria a las buenas costumbres y al orden público», considerando necesario ver si la prohibición influye sobre el motivo jurídico que ha comprometido a las partes a contratar.

3.1.1.6. Es atentatoria contra el orden social

Este es otro de los argumentos que se esgrimieron en abono de la nulidad de la venta de bien ajeno. Sin embargo, Guillouard[18] descarta la posibilidad de que la venta de bienes ajenos sea atentoria al orden social porque «viola la propiedad», ya que los derechos del verdadero propietario permanecen a salvo y este puede, de ser necesario, ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de su bien.

3.1.1.7. Se basa en un error sobre la persona del vendedor

Inicialmente, Baudry-Lacantinerie en su «Manual» [19]y en las primeras ediciones de su «Tratado» sostenía que se trataba de un error sobre la persona del vendedor. Lo expresaba en los siguientes términos:

Creemos que es un error del comprador, y el error consiste en nuestro concepto en que él ha tratado con un *nom dominus*, creyendo tratar con el *verus dominus*. Éste es un error sobre la persona, es cierto; pero él es substancial, y suficiente a este título para acarrear la nulidad del contrato (argumento del artículo 1110). Nosotros decimos que el error es substancial. En efecto, la persona del co-contratante tenía aquí una importancia capital para el comprador; no es con Pedro o con Pablo que él entendió tratar, sino con el propietario de la cosa, porque él quería adquirir la propiedad y sólo el propietario podía transferírsela. Esta explicación nos parece preferible a aquélla que dan en general los partidarios de nuestra opinión, y a partir de la cual

17 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 109-111.

18 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 203.

19 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, pp. 321 y 322.

se debería considerar el error del comprador como basado en la substancia de la cosa (artículo 1110), es decir, sobre una cualidad substancial de esta cosa, consistente en que pertenecía a otro, distinto del vendedor.

Esta opinión es respaldada por los Mazeaud:[20]

Por otra parte, el comprador ha considerado como esencial la cualidad de propietario en la persona del vendedor: le ha comprado a esa persona porque le atribuía la cualidad de propietario. Ahora bien, según los términos del artículo 1110, segundo párrafo, el error sobre una cualidad determinante de la persona del otro contratante lleva consigo también la nulidad del contrato.[21]

3.1.1.8. Se basa en un error sobre la pertenencia de la cosa vendida

Los Mazeaud[22] señalan, sobre este punto, que en el caso de la venta de un bien ajeno:

> El comprador ha considerado como una cualidad esencial de la cosa vendida su pertenencia al vendedor; aquél ha sido determinado a comprar porque creía que la cosa vendida presentaba la cualidad de ser de propiedad del vendedor. Ahora bien, al calificarla de «error […] sobre la substancia misma de la cosa», el artículo 1110, primer párrafo, del Código Civil, hace un vicio del consentimiento de todo error sobre una cualidad esencial, determinante de la cosa vendida.

3.1.1.9. El principio romano *«nemo dat quod non habet»*

Baudry-Lacantinerie[23] se retracta de la opinión vertida en su «Manual de Derecho Civil» y las primeras ediciones de su «Tratado», cuando sostenía que el vicio consistía en un error sobre la substancia de la cosa vendida. Este cambio de parecer se basa en que la redacción del artículo 1599 no distingue —para declarar la nulidad— si el comprador ignoraba o no que la cosa vendida no pertenecía al vendedor, y sólo establece diferencias en cuanto se refiere al abono de daños y perjuicios.

Él sostiene que el verdadero fundamento de la nulidad consiste en la imposibilidad de transferir la propiedad del objeto vendido:

> [...] en el caso de venta de la cosa ajena: la imposibilidad de transferir al adquirente la propiedad de la cosa vendida es la consecuencia inmediata de que el vendedor no sea propietario de la misma; la imposibilidad de ejecutar el contrato existe desde el momento en el cual las partes han contratado; en este caso el legislador declara el

---

20 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, pp. 92 y 93.

21 En este sentido, ver también: Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, pp. 24-26.

22 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, pp. 92-93.

23 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 110 y 111.

> contrato nulo, porque no ha habido un momento en el cual su ejecución haya sido posible […].

Luego el autor citado agrega lo siguiente:

> […] este vicio original implica una falta del vendedor que ha contraído obligaciones inejecutables; la nulidad, que es la consecuencia, no existe sino en el interés del comprador. Ésta es una nulidad relativa, en la cual los efectos son, por algunos matices cercanos, los mismos que en la teoría del error […].

Sin embargo, cabe señalar que realmente en un contrato de venta de bien ajeno la prestación no es absolutamente inejecutable, ya que la imposibilidad de transferir la propiedad no es absoluta sino relativa, debido a que el vendedor podrá adquirir la propiedad del bien y luego transferirla. Sería absoluta en el caso de que bajo cualquier circunstancia, sin la menor posibilidad de pactar en contrario, la ejecución de la obligación resulte imposible, siendo un ejemplo el haberse obligado a transferir la propiedad de un bien, que tiene el carácter de público, al momento de la celebración del contrato.

3.1.1.10.Se basa en un error sobre la causa

Josserand[24] recoge esta teoría, y explica que:

> […] el comprador ha creído que su obligación tenía una causa, puesto que pensaba ser propietario en virtud de la venta; al quedar fallidas sus previsiones, su obligación de pagar el precio está desprovista de causa y la operación debe, por consiguiente, caer; pero el error sobre la causa lleva consigo la inexistencia del contrato; ahora bien, la nulidad de la venta de la cosa ajena es comprendida, en doctrina y en jurisprudencia, como una nulidad relativa.

3.1.1.11.Se basa en un error sobre la substancia de la cosa vendida

Este criterio se sustenta —básicamente— en el mismo razonamiento señalado para el punto (b), cuando se trató acerca del error sobre la pertenencia de la cosa vendida.[25]

3.1.2. Personas facultadas para plantear la acción de nulidad

La doctrina y jurisprudencia francesas han dado diversas respuestas a este problema, en tanto se considere a la nulidad establecida por el artículo 1599 del Código Napoléon, como absoluta o relativa.

Hace bien Foignet[26] al señalar que:

---

[24] Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 26.

[25] Ver también a Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 26.

[26] Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 421.

> La solución de este asunto se relaciona estrechamente con la solución de la pregunta precedente. Los autores que admiten que la nulidad del artículo 1599 es absoluta otorgan la acción de nulidad indiferentemente al vendedor y al comprador. Por el contrario, aquéllos que consideran que esta es una acción de resolución, o bien que esta es una nulidad relativa rechazan al vendedor el derecho de intentarlo y lo reservan sólo al comprador. Es en este sentido que se pronuncia la jurisprudencia; ésta es la solución más razonable.

En tal sentido, Laurent[27] agrega lo siguiente:

> Si se admite que la venta de la cosa ajena es inexistente o atacada de nulidad radical, es necesario otorgar la acción de nulidad a todos aquéllos que tienen interés en plantearla. Para decir mejor, ni siquiera habría acción de nulidad, pues no se demanda la nulidad de la nada; el vendedor podría siempre prevalerse de la inexistencia del contrato si el comprador demandase ahí la ejecución, y él tendría 30 años para repetir el precio que él habría pagado indebidamente. Nosotros hemos rechazado el principio (artículo 1303), debemos, por tanto, rechazar la consecuencia que de él se ha deducido.

3.1.3. Posiciones de la doctrina y de la legislación

3.1.3.1. Sólo el comprador puede demandar la nulidad

Un número muy importante de tratadistas, consideran que solamente es el comprador quien podría plantear la acción de nulidad.

Como señala Laurent,[28] para saber quién puede demandar la nulidad, es necesario apreciar en interés de cuál de las partes es que la ley ha declarado nula la venta.

Es cierto que la nulidad está establecida en interés del comprador; él ha comprado para devenir en propietario; si el vendedor le entrega la cosa ajena, la venta no tendría la finalidad que las partes previeron; este es el motivo de la nulidad, él interesa al comprador; su derecho de accionar no ha sido jamás contestado, al menos por la doctrina.

Baudry-Lacantinerie[29] agrega, en tal sentido, lo siguiente:

> La nulidad no puede ser propuesta más que por el comprador, en interés del cual ella ha sido establecida. El tiene, por lo demás, derecho de prevalerse, sea por vía de excepción, sea por vía de acción, según los casos: por vía de excepción, si el vendedor lo ataca en pago del precio; por vía de acción, si habiendo ya pagado su precio,

---

27 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 116.

28 *Ibidem*, pp. 116 y 117.

29 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 322.

> quiere obtener la restitución, o si él quiere adelantarse para impedir que el vendedor no venga a demandar más tarde la ejecución del contrato. En todos los casos la nulidad debe ser demandada a la justicia, que es la única que tiene la cualidad para pronunciarla, pues ella no existe de pleno derecho.[30]

3.1.3.1.1. Oportunidad en la que puede accionar el comprador

Laurent[31] considera que el comprador puede accionar inmediatamente, inclusive antes de la ejecución del contrato, por el legítimo interés que tendrá para liberarse de las obligaciones contraídas.

Pero en este sentido debemos analizar dos supuestos muy frecuentes:

3.1.3.1.1.1. Si el contrato se ha ejecutado y el vendedor ha entregado al comprador el objeto vendido

En tal sentido, Guillouard[32] señala lo siguiente:

> Hay una hipótesis en la cual esta consecuencia se halla casi unánimemente admitida: es cuando el contrato es ejecutado, y que el vendedor ha entregado al adquirente la cosa ajena que él le había vendido. Suponiendo incluso que la venta fuese radicalmente nula, el vendedor no tendría para estos efectos, calidad para retomar el objeto que él ha entregado: él no tiene, por ningún motivo, título jurídico para detenerlo, no más que el adquirente, y esto es al propietario sólo, si él lo quiere, a reivindicarlo contra este último.

3.1.3.1.1.2. Si el objeto vendido no ha sido entregado

El propio Guillouard[33] agrega lo siguiente:

¿El vendedor puede responder al adquirente oponiendo por vía de excepción la nulidad del contrato?

Nosotros respondemos negativamente. En primer lugar, en el punto de vista de los textos, el vendedor de la cosa ajena está obligado a otorgar garantía: ¿no hay allí una correlación íntima entre la entrega y la garantía, que no sea, siguiendo una expresión ingeniosa, la entrega continuada, y cómo se podría someter, sobre todo, en

---

30 En este sentido, ver también: Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 95; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 466; Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 421; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 43 y 44; Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, pp. 211 y 212; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XIX, p. 111; Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 58; Duranton. *Op. cit.,* tomo I, p. 70; y Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 316.

31 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 118.

32 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 211.

33 *Ibidem*, p. 211.

presencia del artículo 1603, que impone a todo vendedor, sin distinción, estas dos obligaciones que son consecuencia la una de la otra?

3.1.3.2. El comprador, el vendedor, así como cualquier otra persona puede demandar la nulidad

Esta posición contó con más detractores que adherentes.

La mayoría de autores coinciden en negar al vendedor la posibilidad de demandar la nulidad de la venta.[34]

Laurent,[35] en tal sentido, opina lo siguiente:

> En nuestra opinión, la nulidad es relativa; ella está establecida en interés del comprador, y contra el vendedor que vende una cosa de la que es imposible transferir la propiedad al comprador. Por tanto, el vendedor no puede prevalerse. Vanamente invocaría él su interés: nadie le contesta; pero para poder proceder, el interés no basta; cuando la nulidad es relativa, es necesario que la ley haya establecido la nulidad en razón de este interés. La equidad está de acuerdo con el rigor del derecho. Cuando el vendedor es de mala fe, esto es evidente. Entonces aunque él sea de buena fe, hay una falta que reprocharle, y él debe asumir las consecuencias de su falta. Si la nulidad fuese de orden público, la falta del vendedor no le impediría proceder, pues él procedería en el interés público, tanto como en el suyo. Pero en el sistema de la nulidad relativa, no se comprende que el vendedor, que tiene contra él derecho, invoque su interés, habida cuenta de que es por su negligencia o por su dolo, que él se ha puesto en una situación que le es perjudicial.

Baudry-Lacantinerie y Saignat[36] coinciden en gran medida con el profesor antes citado, cuando sostienen que:

> El vendedor no está jamás autorizado para proponer la nulidad de la venta, sea por vía de acción, sea por vía de excepción, y esto, aun si él hubiese sido de buena fe al momento de la venta, es decir que él hubiese ignorado que la cosa vendida pertenecía a otro. Es cierto que, en este caso, el vendedor al haber procedido bajo el imperio de un error, esta circunstancia parecería, de primera impresión, abrirle el ejercicio de la acción de nulidad. Pero jamás hay que perder de vista que vender, es obligarse a hacer al comprador propietario; y es totalmente natural que si el vendedor no puede ejecutar inmediatamente esta obligación, tenga que hacer, si el comprador lo exige,

---

[34] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 96; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 44; Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 322; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 119 y 120; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 112 y ss.; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, pp. 316 y 317.

[35] Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 119 y 120.

[36] Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 112-115.

> todos sus esfuerzos para ejecutarla más tarde; él ha, por tanto, la cosa vendida desde el momento en que esto le sea posible y él desconociere esta obligación si, para dispensar de ejecutarla, demandase, él mismo, la nulidad de la venta.

No se admite que un contratante haga anular su compromiso bajo el pretexto de que él lo ha tomado temerariamente; ahora bien, el vendedor ha tomado un compromiso temerario prometiendo transferir una cosa de la cuál él no era propietario.

Tal es, por lo demás, el carácter de las nulidades relativas, el de no poder ser propuestas sino por aquélla de las partes en interés de la cual han sido creadas.

En este sentido también opina Laurent.[37]

3.1.4. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta de bien ajeno por un hecho posterior

Según la doctrina francesa —que fue la que fundamentalmente sostuvo el criterio de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno—, existían diversas posibilidades de ratificación o consolidación de dicha venta, para transformarla en un acto válido. Esas posibilidades son las que describimos a continuación:

3.1.4.1. Supuesto de ratificación por el verdadero propietario

Foignet[38] considera a esta solución como muy razonable en la práctica, pero la descalifica en teoría por considerar que la confirmación de un acto anulable sólo puede ser efectuada por una de las partes contratantes y de ninguna manera por un tercero.

Los Mazeaud,[39] en cambio, justifican esta posibilidad y consideran que es respaldada mayoritariamente por la jurisprudencia. Estiman que este hecho opera retrotrayéndose al momento de la celebración del contrato.

También respaldan esta posición Planiol y Ripert.[40]

Baudry-Lacantinerie y Saignat[41] sostienen que esta posibilidad debería darse, necesariamente, antes de que el comprador plantee la demanda de nulidad.

Troplong[42] también acepta esta posibilidad, citando para ello una sentencia de la Corte de Riom del 12 de enero de 1927.

---

37 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 118.

38 Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 422.

39 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, pp. 96 y 97.

40 Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, pp. 467 y 468; y Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 44 y 45.

41 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 112-155.

42 Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, pp. 314 y 315.

3.1.4.2. Supuesto en el cual el vendedor vuelve a adquirir la propiedad del bien que había vendido previamente

Esta posición es recogida por los Mazeaud,[43] y admitida además por Planiol,[44] quien sostiene que para estos casos, la jurisprudencia exige que el hecho se produzca antes de que el comprador haya ejercitado su acción. Baudry-Lacantinerie y Saignat[45] respaldan esta posición.

3.1.4.3. Supuesto en el cual el comprador renuncia a demandar la nulidad

Esta posición es sostenida por los Mazeaud.[46]

Planiol y Ripert[47] señalan que en esta posibilidad ocurre con la renuncia como si el comprador consintiese en que la venta contratada sólo engendre obligaciones y que no opere ninguna transferencia de propiedad. Es, como señala Baudry-Lacantinerie,[48] consentir en una transformación de la venta traslativa de propiedad que él ha entendido celebrar, en una simplemente productiva de obligaciones. Para él y Saignat[49] esta nulidad puede ser expresa o tácita.

3.1.5. Excepciones a la nulidad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia

Con el correr de los años, la regla del artículo 1599 del Código Civil Francés, que sanciona con nulidad a la venta de bien ajeno, fue tornándose en excepción, ya que la doctrina y jurisprudencia de ese país establecieron tantos casos en los cuales no era aplicable, que, finalmente, dichas excepciones terminaron siendo la regla.

En adelante, pasamos a describir lo antes mencionado:

3.1.5.1. Cuando se ha establecido en el contrato un plazo para que opere la transferencia de la propiedad

Demolombe, citado por Guillouard,[50] sostiene que «esta es una cláusula insólita y de la cual no hay muchos ejemplos». No habiendo nada de contrario al orden público ni a los principios esenciales del Derecho, debería ser considerada como válida.

---

43 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, pp. 96 y 97.

44 Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo I, pp. 467 y 468.

45 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 114.

46 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* parte III, vol. III, pp. 96 y 97.

47 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 44 y 45.

48 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 322.

49 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 112-115.

50 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 206.

Se entiende, como señalan Planiol y Ripert,[51] que «las partes han entendido diferir hasta una fecha determinada la transferencia de la propiedad; el vendedor debe la garantía a menos que él no sea propietario en el día del cumplimiento del plazo».

3.1.5.2. Cuando se trata de bienes inciertos

Todos los autores consultados coinciden en que ésta es una de las excepciones a la aplicación del artículo 1599.

Duranton[52] señala que:

> No es vender la cosa ajena, el vender lo que no se tiene, si no lo vende aquél a quien le pertenece; pues lo que consiste *in genere* no pertenece a nadie: convenimos con un autor, en que una venta como esta es válida, pues constituye excepción al principio establecido por el artículo 1599. No hay excepción al principio en este caso, porque no es, de ningún modo, uno de estos casos que el artículo ha tenido en cuenta.

Laurent[53] sostiene que «[…] aquél que vende granos o vino que no tiene (en propiedad) no vende lo que le pertenece a un tercero, pues las cosas indeterminadas, aquéllas que consisten en una especie, no pertenecen a nadie, por tanto no hay allí venta de la cosa ajena».

Planiol[54] se adhiere a este concepto.

Josserand[55] explica que en estos casos:

> […] por la fuerza misma de las cosas, no podría ser traslativa de propiedad, en el acto; sólo lo será el día en que el objeto haya sido determinado, es decir, ordinariamente, por la entrega […]. Las partes sabían lo que hacían; pensaron en disociar la venta del efecto traslativo, hacerle producir obligaciones, y nada más; la operación es válida, aunque la cosa vendida no pertenezca al vendedor aun cuando la propiedad de ella no se transmita, por tanto, inmediatamente al comprador.

Los Mazeaud[56] agregan que «El comprador de una cosa genérica no puede creer, por lo tanto, que trate con un propietario que le transmitirá inmediata y automáticamente la propiedad de la cosa vendida y, acerca de este punto, no ha podido incurrir en ningún error».

---

51 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 40.

52 Duranton. *Op. cit.,* tomo I, p. 71.

53 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 112.

54 Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, pp. 464 y 465.

55 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 23.

56 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 95.

Baudry-Lacantinerie[57] señala que la venta es válida «porque ello resulta de la naturaleza misma de la cosa vendida», habiéndose «entendido hacer una venta simplemente productiva de obligaciones». Esta venta, como señala Guillouard,[58] «no transferirá la propiedad sino hasta el momento en el cual la individualidad del objeto vendido haya sido determinada». Pero Planiol y Ripert[59] van más allá cuando sostienen que el artículo 1599 no puede, entonces, aplicarse sino hasta después de efectuada la individualización de los bienes genéricos.[60]

3.1.5.3. Cuando así lo determina la libre voluntad de las partes

Baudry-Lacantinerie[61] sostiene, luego de citar un ejemplo al respecto, que:

> No hay ninguna duda de que la convención sea válida. No solamente es válida, sino que constituye una venta; no es esencial, en efecto; para que haya habido venta, que la propiedad sea inmediatamente transferida al comprador. Esto es de la naturaleza de la venta, pero no de su esencia; y las partes pueden, por consiguiente, estipular lo contrario.

3.1.5.4. Cuando el vendedor tiene la propiedad del bien sujeta a condición

Al respecto, Baudry-Lacantinerie y Saignat[62] sostienen que:

> La cosa de la cual se tiene la propiedad condicional no es de ninguna manera la cosa ajena. Aquél que no tiene sobre una cosa sino un derecho de propiedad subordinado a una condición, sea suspensiva, sea resolutoria, puede, por tanto, vender esta cosa. La incertidumbre de su derecho de propiedad, que depende del cumplimiento o del incumplimiento de la condición, no hacen que él haya vendido la cosa ajena; la venta es válida, pero ello no transfiere al comprador sino aquello que tendría el vendedor, es decir, un derecho de propiedad eventual. No hay dificultad hasta aquí.

Esta posición también es sostenida por Troplong.[63]

---

57 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 319.

58 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 357.

59 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 41.

60 En abono de estas posiciones, ver: Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 116; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 309; y Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo I, p. 51.

61 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 320.

62 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 116 y 117.

63 Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 308.

3.1.5.5. Cuando se trata de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Este caso, si bien no constituye un contrato de compraventa, amerita ser analizado, dada la confusión en que sobre el particular incurren algunos autores franceses.

Baudry-Lacantinerie y Saignat[64] señalan que:

> El artículo 1599 no es aplicable al caso en el cual el vendedor de una cosa que no le pertenecía, ha actuado en nombre del propietario. El contrato es, en tal caso, completamente diferente, y está regido por el artículo 1120. Si el propietario ratifica la promesa hecha por él, es él el vendedor; el otro es considerado haber sido su mandatario y está liberado de toda obligación. Si, por el contrario, el propietario no ratifica una obligación de hacer que él no puede ejecutar, debe daños y perjuicios, aun cuando el comprador no hubiera ignorado que la cosa fuese ajena.

Por su parte, Guillouard[65] sostiene que:

> La venta recae sobre un objeto perteneciente a un tercero, pero el vendedor se obliga expresamente a hacer ratificar la venta por el propietario: la venta es válida en los términos del artículo 1120 y, una vez que la ratificación es dada por el propietario, ella se retrotraerá entre las partes al día mismo del contrato primitivo; pero, en consideración a terceros, la ratificación no se retrotraerá jamás, y la propiedad no será transferida sino hasta el día de la ratificación.

En tal sentido, Demante y Colmet de Santerre[66] señalan lo siguiente:

> Lo que nosotros podemos decir incidentemente, demuestra que es imposible tratar como un contrato defendido por la ley y nulo, a pesar de la voluntad de las partes, a la promesa de entregar y de garantizar la cosa de otro sin transferir su propiedad.

En el caso en el cual una persona promete que el propietario dará su consentimiento, esta persona no puede ser atacada inmediatamente en base al contrato y sólo porque este contrato no ha hecho al estipulante propietario. El promitente no puede ser demandado por daños y perjuicios, salvo en el caso que el propietario rechace dar su consentimiento al contrato de venta, y se le ha —necesariamente— estipulado, de manera expresa o tácita, un plazo para obtener de él este consentimiento.[67]

---

64 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 120.

65 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo VII, p. 206.

66 Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 59.

67 En abono de estas apreciaciones, ver también: Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 357; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 41; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, pp. 112-115; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 465; Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 24; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 309; Duranton. *Op. cit.,* tomo I, p. 71; Mourlon, Frédéric. *Op. cit.,* tomo III, p. 237.

3.1.5.6. Cuando el bien es futuro

Guillouard[68] al respecto señala que:

> La obligación recae, no sobre una cosa actualmente existente, sino sobre una cosa futura; la propiedad no será transferida sino hasta el momento en el cual la cosa exista: «Las cosas que no existen todavía, dice el señor Bigot-Préameneu en la Exposición de Motivos, pueden ser el objeto de la obligación que entonces, depende de su futura existencia».

3.1.5.7. Cuando el contrato está sujeto a condición suspensiva

Guillouard[69] sobre el particular señala lo siguiente:

> En el título de los contratos o de las obligaciones convencionales en general, el señor Bigot-Préameneu, afirma claramente el principio que, en la obligación bajo condición suspensiva, la transmisión de propiedad está diferida hasta el cumplimiento de la condición: «La obligación bajo una condición suspensiva no es perfecta sino hasta el cumplimiento de esta condición, y resulta que antes del cumplimiento, la propiedad de la cosa, que es la materia del compromiso, no es jamás transferida […]».[70]

3.1.5.8. Cuando el comprador no está expuesto a peligro alguno

Planiol y Ripert[71] sostienen lo siguiente:

> Es necesario que la venta haga correr al comprador un peligro contra el cual conviene se le proteja. El comprador no podrá demandar la nulidad de la venta si no corre ningún peligro, por ejemplo, si él adquiere de buena fe de un heredero aparente (De Folleville...) o si la cosa vendida es un mueble cuya adquisición está protegida por el artículo 2279 (Aubry y Rau, V, 351, p. 53), o si la prescripción adquisitiva ha funcionado en su beneficio. Es en virtud de la misma idea que el vendedor ya no puede invocar el artículo 1599, si un hecho posterior a la venta ha hecho cesar todo peligro.

3.1.5.9. Cuando se trata de una compraventa «en la modalidad de suministro»

Como es sabido, el contrato de suministro recién adquiere autonomía conceptual e independencia legislativa en las primeras décadas del siglo XX. Antes era considerado —simplemente— como una modalidad del contrato de compraventa.

---

68 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, pp. 205 y 206.

69 *Ibidem*, p. 205.

70 Sobre este particular, ver también: Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 357; y Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 309.

71 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 41.

Así se explica que se considerara este supuesto como una excepción a la nulidad establecida por el artículo 1599 del Código Napoléon.

Josserand[72] recoge al respecto los siguientes conceptos:

> Se sentiría uno tentado a sustraer también a la nulidad la venta a entregar, que no es más que una promesa de suministrar; sin embargo, esta conclusión sería demasiado absoluta; las partes, cuya intención es soberana, han podido considerar tal venta como pura y simple, como traslativa inmediatamente de propiedad, por lo menos cuando recae, no sobre las cosas *in genere*, sino sobre cuerpos ciertos: en este caso, y si el vendedor no era propietario de las cosas vendidas, entra en aplicación el artículo 1599.

3.1.5.10. Cuando el «pretendido vendedor» se obliga a adquirir el bien para transferirlo al «pretendido comprador»

El propio Josserand señala que se concibe que una persona se comprometa respecto a otra a adquirir —para transmitírsela— la propiedad de determinada cosa que pertenece actualmente a otro, siendo la operación válida, constituyendo ésta un mandato o un contrato innominado. Sostiene que no hay venta de cosa ajena por la sencilla razón de que no hay venta.

Planiol y Ripert[73] llaman a este contrato uno «sin nombre especial» y señalan que contiene «una obligación de hacer» por parte del «pretendido vendedor».

3.1.5.11. Cuando el «pretendido vendedor» no se obliga a transferir la propiedad, sino sólo la posesión del bien

En este sentido, Mourlon[74] señala lo siguiente:

> Igualmente, la convención que los Romanos denominaban venta, sería válida en Francia, no como venta, sino como contrato *sui generis*. Yo me obligo, mediando una suma de dinero que usted me promete, a procurarle la posesión pacífica de una cosa que yo creo mía. La convención es válida, en el sentido de que usted tiene contra mí una acción para ponerle en posesión, y que usted puede reclamar daños y perjuicios, si yo no le entrego la cosa, o si habiéndola usted entregado, usted ha sido desposeído».

En este mismo sentido opinan Demante y Colmet de Santerre.[75]

Antes de concluir nuestras apreciaciones acerca del criterio que esgrimía la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno, podríamos anotar que dicha posición se

---

72 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 24.

73 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 41.

74 Mourlon, Frédéric. *Op. cit.,* tomo III, p. 237.

75 Demante, A. M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 51.

basaba, fundamentalmente, en una interpretación literal del artículo 1599 y en las razones de orden moral ya esgrimidas. Este argumento fue —en principio— sostenido por Marcadé, pero según Guilloaurd,[76] Marcadé:

> […] después de haber afirmado que «no hay venta, sino solamente un acto que presenta las apariencias de serlo», y que «la venta es propiamente nula e inexistente, y no solamente anulable», admite enseguida que si «el vendedor deviene en propietario del objeto que él ha vendido», la venta deviene perfectamente válida y se encuentra en lo sucesivo cubierta de todo ataque, sea del vendedor, sea del comprador.

Guillouard[77] señala que sólo dos autores, Leligois y De Folleville, aceptan las tres consecuencias de la nulidad absoluta y muestran:

1. Que la acción de nulidad durará treinta años;
2. Que la nulidad no puede ser cubierta por una ratificación;
3. Que las dos partes, el vendedor tanto como el comprador, pueden proponer la nulidad del contrato.

Al respecto Laurent[78] señala lo siguiente:

> La expresión de «orden público» es tan vaga que siempre se podría sostener que un acto es contrario al orden público desde que hay un interés general en causa; o, el interés de los particulares y aquél de la sociedad están estrechamente ligados, que se encuentra casi siempre un interés privado en las leyes que son de orden público, y se entiende también de interés público, entonces, que la ley se estatuye en un interés particular; hay que ver, entonces, cuál es el interés dominante; nosotros lo hemos señalado analizando los trabajos preparatorios (n.º 101); es el comprador quien está principalmente interesado en que no se le venda una cosa de la cual no se le pueda transmitir la propiedad; por tanto el interés privado domina. ¿Se ve una prueba irrecusable? El Código decide el asunto. Cuando un contrato es inexistente, no puede tener ningún efecto; éstos son los términos del artículo 1131, y este es el artículo que trata de la causa ilícita. ¿Acaso la venta de la cosa ajena no tiene ningún efecto? El mismo artículo que la declara nula, señala que ella puede dar lugar al abono de daños y perjuicios.

Un acto inexistente, es la nada; en la venta inexistente, no hay ni vendedor, ni comprador, y la nada no puede engendrar una obligación. Se hacen objeciones, sobre ellas volveremos; por el momento, recogemos los textos; así pues, el texto del artículo 1599 es formal: es la venta de la cosa ajena la que da lugar al abono de daños y perjuicios; por tanto ella existe a los ojos de la ley. Ella tiene otros efectos mucho más

---

[76] Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 210.

[77] *Ibidem*, p. 207.

[78] Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 111.

considerables. El comprador no sólo tiene la acción de daños y perjuicios, él tiene una acción especial en la venta, la acción de garantía (artículo 1626). ¡De este modo la venta de la cosa ajena es la nada, y esta nada produce los efectos de la venta! ¡El comprador puede usucapir, todos están de acuerdo sobre este punto. Sin embargo, para prescribir por 10 años, es necesario un justo título (artículo 2265)! De este modo, la venta de la cosa ajena, que es la nada, constituye nada menos que un justo título; la venta viciada en su esencia, la venta inmoral, la venta que viola la propiedad, va a servir para despojar al verdadero propietario y dará la propiedad a aquél que no tiene para él sino un contrato sobre causa ilícita.

Por último, el comprador de buena fe gana los frutos; ahora bien, para ser poseedor de buena fe, es necesario poseer en virtud de un título traslativo de propiedad. ¿Y cuál es el título de aquel que ha comprado la cosa ajena? Su único título es la nada. Decididamente la nada tiene los efectos de la venta, salvo que la propiedad no esté transferida. ¿Es éste un contrato sobre causa ilícita que no puede tener ningún efecto?

La mayoría de autores que se inclinan por la nulidad absoluta esgrimen razones de orden público, pero sin embargo, como intentamos demostrar en este trabajo, ellas carecen de definitivo sustento. Aubry y Rau, tienen sobre esta tesis una posición bastante particular, que es analizada y criticada del siguiente modo por Guillouard:[79]

> Los señores Aubry y Rau, no admiten, como lo hace Marcadé, que la venta de la cosa ajena pueda ser ratificada: «Es en efecto de principio, dicen ellos, que las condiciones necesarias para la validez de una convención deben existir desde el instante de su formación, o que, al menos, sus existencias deban ser independientes del buen gusto de una o de otra de las partes[…]». Pero ellos declaran enseguida que la acción de nulidad de esta venta no durará sino diez años, y este es el motivo que ellos han dado: «La venta de la cosa ajena reúne, en efecto, todos los elementos esenciales para la formación de un contrato de venta, y si, contrariamente a los principios de Derecho Romano, los redactores del Código la han declarado nula, no es esta una razón para decir que ellos la hayan considerado como no ocurrida. Lo que prueba, de otra parte lo contrario, es que, según es testimonio de todos, una venta similar constituye un título susceptible de servir de fundamento para la usucapión por diez o veinte años».

Si no nos equivocamos, los eminentes autores aceptan dos soluciones que se contradicen: si la nulidad de la venta de la cosa ajena es relativa, la acción prescribirá a los diez años, pero el contrato podrá ser expresamente ratificado por el vendedor devenido en propietario; si, por el contrario la nulidad es absoluta, ¿por qué admitir

[79] Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, pp. 208 y 209.

la prescripción de diez años que supone que la obligación existe, y que está solamente atacada de un vicio que el tiempo hará desaparecer?

3.1.6. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno

Como es sabido, la influencia que tuvo el Código Civil Francés dentro de nuestra tradición jurídica fue muy grande, siendo notable el alcance de este cuerpo normativo en las legislaciones de los siglos XIX y XX (aunque en menor medida, en este último). Esto hizo que múltiples Códigos Civiles adoptaran su mismo sistema, con lo que el criterio de considerar nula a la venta de bien ajeno estuvo en boga durante muchos años y en los más variados ámbitos geográficos.

En adelante, analizaremos el rumbo que siguió la corriente francesa en la legislación mundial.

- Código Civil Belga

Apenas transcurridos dos años de su promulgación, en Bélgica se impuso íntegramente, como Código Civil, el texto del Código Napoléon, motivo por el cual, se convirtió, asimismo, en el primer Código Civil en adoptar el Sistema Francés respecto del contrato de venta de bien ajeno (artículo 1599).

- Código Civil Boliviano de 1831

En América, el Código Civil Boliviano de 1831, es, dentro de los cuerpos legislativos consultados, el primero en acoger la nulidad del contrato bajo tratamiento. Concretamente, este Código Civil recogió el principio en su artículo 1018. Este numeral tenía el mismo texto que el que, cinco años más tarde de la promulgación de este Código, pasaría a ser el artículo 1017 del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana.

El texto del artículo 1018 es el siguiente:

> Artículo 1018.- «Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que es ajena».

- Código Civil Italiano de 1865

El Código Civil Italiano del año 1865 —de fuerte influencia francesa— recogía, en su artículo 1459, similar criterio. El texto de la norma aludida, es el siguiente:

> Artículo 1459.- «La venta de cosa ajena es nula: ella puede dar lugar al resarcimiento de los daños si el comprador ignoraba que la cosa era ajena.
>
> La nulidad establecida en este artículo no puede ser planteada jamás por el vendedor».

Como podemos apreciar, los elementos de la norma transcripta son los siguientes:

a) Se celebra un contrato de compraventa;
b) El bien que es objeto de la prestación derivada de la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
c) Un contrato de estas características puede dar lugar a que el comprador, si ignoraba que el bien era ajeno, al momento de la celebración del contrato, plantee, frente al vendedor, una acción de daños y perjuicios;
d) El vendedor no tiene acción alguna frente al comprador.

La norma bajo análisis, tenía prácticamente la misma estructura que el artículo 1599 del Código Civil Francés, en el sentido de establecer la nulidad de un pacto de tal naturaleza y de conceder al comprador que desconocía tal carácter del bien la acción de daños y perjuicios frente al vendedor. Sin embargo, y a diferencia del Código Francés, el Código Italiano de 1865 sí remarca de manera explícita que la nulidad establecida en este artículo jamás puede ser planteada por el vendedor.

Esta última parte del artículo 1459 nos hace reflexionar en el sentido de si el antiguo Código Italiano contemplaba una nulidad absoluta o relativa frente al contrato bajo análisis. Comentaristas del viejo Código Italiano coinciden en que dicha nulidad no tenía carácter absoluto. Así, Stolfi señala que «la venta de cosas ajenas no es inexistente sino anulable».[80]

Este criterio es respaldado por Pacifici-Mazzoni, quien opina en el mismo sentido:[81]

La nulidad de la venta de la cosa ajena no es absoluta, mas sí relativa; tan sólo se establece en favor del comprador y puede ser exigida sólo por él.

Ello puede prevalecer tanto en vía de acción como de excepción y se puede demandar la restitución del precio aunque se esté en posesión de la cosa comprada y no se halle uno perturbado. Por otro lado, el comprador no podría pretender al mismo tiempo valerse de la nulidad de la venta para no pagar o repetir el precio y así retener por válido en su favor el contrato para demandar o no la restitución de la cosa.

Como señalamos anteriormente, este Código difiere, frente al artículo 1599 del Código Francés, en lo que respecta a la precisión de su último párrafo. Resulta importante anotar que el Código Italiano de 1865 es uno de los pocos cuerpos legales que prohíbe expresamente que esta acción sea planteada por el vendedor, no interesando —para tal efecto— que éste sea de buena o de mala fe. Es interesante conocer la opinión que al respecto tiene Pacifici-Mazzoni:[82]

---

80 Stolfi, Nicola. *Diritto Civile*. Turín: 1934, p. 169.

81 Pacifici Mazzoni, Emidio. *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*. Firenze: Eugenio e Filippo Carmmelli Editori-Librai, 1873, pp. 147 y 148.

82 Pacifici Mazzoni, Emidio. *Op. cit.,* p. 148.

> La facultad de demandar la nulidad de la venta o de oponerla pertenece al comprador, ya sea de mala fe o conociendo que la cosa era ajena, o ya sea que el vendedor de buena fe se creyera propietario de la cosa que vendía; no obstante si el comprador es de mala fe y el vendedor de buena, aquello no sólo da derecho a repetir los gastos de los actos accesorios a la venta, sino que también se puede condenar al resarcimiento de daños frente al vendedor.

Al contrario, el vendedor no puede, luego de efectuada la tradición de la cosa, demandar la nulidad de la venta y la restitución de la misma, tanto porque se le podría oponer la siguiente máxima: *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, cuanto porque no siendo propietario de la cosa no tiene calidad para demandar su restitución. No antes de la tradición se puede oponer su nulidad al comprador que le demanda la consignación de la cosa, ni puede por eso refutársela (artículo 1459). La venta de la cosa ajena, pues, produce contra el vendedor todas las obligaciones que genera la venta de la cosa propia, menos la de transferir la propiedad al comprador.

Sin embargo, podemos agregar que el hecho de que se considere que la nulidad del artículo 1459 es relativa y el respaldar la procedencia del segundo párrafo de esta norma, es un contrasentido, ya que es característica y, hasta cierto punto, connatural a la nulidad relativa, que ésta se derive de un vicio de la voluntad (en el caso de la compraventa de bien ajeno, especialmente dolo o error), por lo cual, como señalamos en páginas anteriores, consideramos que una acción de anulación de un acto de tales características debe ser concedida a cualquiera de las partes que haya incurrido en el referido vicio, al igual que la posibilidad de demandar los respectivos daños y perjuicios sufridos, pues no necesariamente será el comprador quien incurra en dicho vicio o se vea perjudicado, aunque sí debemos admitir que será el caso más frecuente.

- Código Civil Costarricense de 1888

Otro Código Civil que adopta el sistema de la nulidad absoluta, es el Código Civil Costarricense del año 1888, el cual contiene este principio en su artículo 1061. El texto del referido artículo es el siguiente:

> Artículo 1061.- «La venta de cosa ajena es absolutamente nula; pero el comprador que ignora el vicio del contrato, tiene derecho a los daños y perjuicios aun contra el vendedor de buena fe».

Los elementos de esta norma son los siguientes:

a) Existe un contrato de compraventa;
b) El bien que es objeto de la prestación derivada de la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;

c) Este contrato es absolutamente nulo;
d) El comprador que ignora el vicio del contrato tiene derecho a demandar al vendedor por daños y perjuicios;
e) El derecho otorgado al comprador en el punto (d) puede ser ejercido indistintamente si el vendedor ha actuado de buena o de mala fe.

El artículo bajo análisis contiene algunos conceptos que consideramos necesario comentar.

En primer término, dentro de la línea francesa, el contrato se considera nulo, pero no sólo nulo, sino absolutamente nulo, es decir, desterrando así la posibilidad de interpretar dicha nulidad como relativa.

Vale decir, que el Código Civil Costarricense pareciera querer zanjar con la redacción de la primera parte del artículo 1061, la discusión que para la fecha de su elaboración y promulgación ya era amplia acerca del carácter absoluto o relativo de la nulidad del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil Francés. Y, como resulta evidente, el Código Civil Costarricense se inclina por el primero de los criterios señalados, de modo tal que no nos caben dudas al respecto.

Este Código también reitera la omisión consistente en sólo otorgar al comprador adquirente de buena fe la facultad de demandar al vendedor los daños y perjuicios sufridos, y acentúa el error cuando establece que esta acción podrá ser interpuesta aun contra el vendedor de buena fe. Para este punto, son de aplicación nuestras críticas formuladas al particular en páginas anteriores.

El Código bajo comentario trata acerca del contrato de compraventa de bienes ajenos en cuatro normas adicionales, los artículos 1062 a 1065.

El artículo 1062 regula la procedencia de las acciones de nulidad por parte del comprador y del vendedor:

> Artículo 1062.- «Esta nulidad puede ser opuesta como excepción por el vendedor, cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública, y por el comprador, como acción o excepción en cualquier tiempo, salvo lo dicho en los dos artículos siguientes».

Veamos cuáles son sus elementos:

a) El vendedor sólo puede oponer la nulidad a título de excepción cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública;
b) El comprador podrá interponer la nulidad, ya sea a título de acción o a título de excepción, en cualquier momento, con las excepciones de los artículos 1063 y 1064, que analizaremos oportunamente.

Sin duda alguna, un aspecto positivo de este Código Civil es haber contemplado expresamente la acción de nulidad para que sea ejercida por el vendedor del bien aunque ésta sólo pueda ser interpuesta a título de excepción, en los casos taxativamente señalados en la norma bajo comentario, cuando en realidad, a nuestro entender, debió ser otorgada en el más amplio sentido.

El artículo 1063 está referido a la posibilidad de que la nulidad del contrato de venta de bien ajeno sea salvada en virtud de dos circunstancias especiales. Concretamente, esta norma establece que dicha nulidad queda salvada en dos supuestos:

a) Si el verdadero propietario ratifica la enajenación.
b) Si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida.

El texto del referido artículo, es el siguiente:

> Artículo 1063.- «La nulidad de la venta de cosa ajena, queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida».

Esta norma, que no es única en el contexto de la legislación civil extranjera, adolece —tal como analizamos oportunamente— de serias deficiencias, sobre todo en el caso de un Código como el Costarricense que considera el contrato bajo comentario como absolutamente nulo; pues sólo cabe preguntarnos, ¿cómo se puede salvar una nulidad absoluta?. Y en el supuesto negado de que se pudiera salvar, en la norma bajo comentario, si el verdadero propietario del bien vendido ratifica la venta hecha por un tercero no propietario, esta ratificación no podrá revestir otra forma que la de un nuevo contrato de compraventa.

El segundo de los supuestos, es decir, aquél por el cual el vicio del contrato queda salvado si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario del bien ajeno, en todo caso podría tener validez si es que dicha nulidad tuviese carácter distinto al otorgado por el Código Civil de Costa Rica.

El artículo 1064 de este Código contempla un supuesto de compraventa de bien parcialmente ajeno. Pero sólo uno de los dos supuestos, tal vez el más frecuente que puede revestir una venta de estas características: la venta de la totalidad de un bien indiviso del cual el vendedor es sólo copropietario. En este caso, se consideran los siguientes elementos adicionales:

a) El vendedor vende un bien que aparentemente le pertenece en su totalidad, cuando realmente sólo es copropietario del mismo;
b) Una venta de estas características es válida sólo en cuanto a la parte que pertenece al vendedor;
c) Pero si el vendedor ignoraba que dicha parte era ajena, podrá demandar la rescisión del contrato.

El texto del artículo 1064 es el siguiente:

> Artículo 1064.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, como perteneciéndole por entero, es válida en cuanto a la parte del vendedor; mas si el comprador ignoraba el vicio de la venta, podrá rescindirla».

Sin duda alguna esta norma resulta muy interesante, ya que si analizamos el artículo bajo comentario dentro del contexto de las demás normas acerca de la compraventa de bienes ajenos, podremos observar que el contrato será absolutamente nulo respecto de la parte ajena del bien vendido, y válido, respecto de aquella parte que era propia del vendedor. Pero sin embargo, resulta curioso que se otorgue al comprador que desconocía el carácter ajeno de dicha parte, la acción de rescisión del contrato. Entendemos se ha hecho con el propósito de que no vea perjudicados sus intereses, si adquiriendo sólo una parte indivisa del bien esta adquisición no satisface sus expectativas.

Por el artículo 1065 se exceptúa de la regulación sobre la compraventa de bienes ajenos a los contratos en que se vendan bienes muebles, ya que se considera que respecto de esta clase de bienes el comprador se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real de los mismos, salvo lo dispuesto en el artículo 481 de este Código. Vale recalcar que la excepción regirá sólo en los casos que el comprador haya entrado en posesión real del bien, pues, anteriormente el comprador no se habrá hecho aún propietario del mismo. El texto del artículo 1065 es el siguiente:

> Artículo 1065.- «La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles, pues respecto de éstas el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real salvo lo dispuesto en el artículo 481».

La regulación del Código Civil Costarricense de 1888 respecto del contrato de venta de bien ajeno tiene algunos aciertos, pero resulta poco convincente. Sin embargo, en este aspecto este Código no es del todo criticable, pues si tenemos en cuenta su fecha de promulgación, sin duda alguna, para la época, trae algunos avances significativos, como aquéllos que hemos comentado favorablemente.

- *Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, del año 1890*

De otro lado, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por el profesor francés G. Boissonade, y publicado en 1890, siguió fiel a la tradición francesa, ya que en su artículo 679, recogió el principio de la nulidad de este contrato. Sin embargo, contiene algunas adiciones que consideramos dignas de comentario. El texto de la citada norma es el siguiente:

> Artículo 679.- «La venta de la cosa ajena es nula para las dos partes. Nunca la nulidad puede ser invocada por el vendedor, salvo que éste ignorase, al momento de la venta, que la cosa era ajena.
>
> Las reglas concernientes al ejercicio de las acciones y excepciones respectivas, la restitución del precio y las indemnizaciones debidas por el vendedor están establecidas en la garantía de evicción».

Comentando esta norma, cabe decir, en primer lugar, que se señala que un contrato de tales características es nulo para las dos partes, con lo que, al igual que el Código Costarricense de 1888, ya comentado, intentaba zanjar la discusión derivada de la redacción del artículo 1599 del Código Civil Francés. Esto es natural, con distinta terminología, ya que el Proyecto Boissonade señala que un contrato de tal naturaleza era nulo para las dos partes, lo que equivale, a todas luces, a decir que era absolutamente nulo.

Además se señala que la nulidad nunca puede ser invocada por el vendedor, salvo que éste ignorase, al momento de la venta, que la cosa era de otro.

Pensamos que de la redacción antes citada, podría interpretarse como que se sobre entiende que la nulidad puede ser invocada siempre por el comprador, ya que no hace mención expresa de este último. Sin embargo, esta situación traería muchas injusticias, pues cabría la posibilidad, ya que no hay nada que impida lo haga, de que el comprador de mala fe, es decir, aquél que conocía que el bien era ajeno, demande la nulidad del contrato. Sin duda, una peligrosa omisión.

- Código Civil Mexicano de 1927

El Código Civil Mexicano de 1927 es otro cuerpo legislativo que sanciona con nulidad a este contrato. Así lo determina en su artículo 2124. El texto de este numeral es el siguiente:

> Artículo 2124.- «La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe».

Este artículo es una consecuencia de la norma que lo precede, el numeral 2123, que establece que «Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad».

Aparte de los elementos consistentes en la naturaleza del contrato celebrado y los bienes que son objeto del mismo, el artículo 2124 tiene los siguientes elementos:

a) El contrato es nulo.
b) El vendedor es responsable de los daños y perjuicios causados, si procedió con dolo o mala fe.

c) Se debe tener presente, para efectos de contratos de estas características, lo que se dispone en el Título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.

Algo positivo de esta norma es el hecho de haber establecido que el vendedor sólo es responsable de los daños y perjuicios causados, si es que actuó de mala fe o con dolo, ya que así se evitan probables injusticias.

También resulta interesante observar que este Código omite mención alguna respecto a las acciones que se pueden derivar de un contrato de estas características, con lo cual, si bien se deja libertad al respecto, no se aclara el panorama, más aún si, como es el caso, el contrato se considera nulo y no anulable, con lo cual se crea una seria incertidumbre respecto de quiénes y en qué casos pueden interponer dicha acción, y —al no establecerse restricciones— se crean vacíos y posibilidades muy peligrosas.

El Código Civil Mexicano de 1927 también incluye una norma acerca de la convalidación del contrato, la misma que no es congruente con el sistema adoptado por este Código. Se trata del artículo 2125, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 2125.- «El contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida».

- *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943*

Ángel Ossorio y Gallardo, en su Anteproyecto de Código Civil para Bolivia, publicado en 1943, también se pronuncia contra la validez de un contrato de estas características, cuando en el artículo 1046, lo considera nulo:

> Artículo 1046.- «Es nula la venta de la cosa ajena y no producirá efectos ni aun para terceros adquirentes de buena fe, salvo los derechos emanados del Registro de la Propiedad o de la contratación legal en bolsa».

Según señala el propio Ossorio, esta nulidad es absoluta, dado que no es posible permitir la celebración y la validez de contratos de esta naturaleza. Ossorio se sigue apoyando, en 1943, en las razones de los jurisconsultos franceses de comienzos del Siglo XIX.

Sin embargo, Ossorio señala algo que va inclusive más allá del principio francés, pues considera expresamente que un contrato de estas características no producirá efectos ni para las partes, ni aun para terceros adquirentes de buena fe. Pero,

establece excepciones consistentes en los derechos emanados de los Registros de la Propiedad o de la contratación legal en Bolsa.

- Código Civil Guatemalteco de 1973

El más reciente Código Civil encontrado que contiene el principio francés, es el Código Guatemalteco del año 1973, el cual califica a este contrato como nulo, en su artículo 1794, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1794.- «Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe.
>
> El que comprare lo suyo por haberlo creído de otro, tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio».

Esta norma, además de los elementos naturales siempre señalados en artículos similares, contiene los siguientes:

a) No se comienza por señalar la imposibilidad expresa de vender bienes ajenos, sino que la prohibición se establece por el lado de quien vende, al señalarse que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad;
b) En seguida se ratifica, con los términos habituales en otras legislaciones, que la venta de cosa ajena es nula;
c) Se establece que el vendedor está en la obligación de restituir el precio, si lo hubiere recibido;
d) Se establece la obligación del vendedor que procedió de mala fe, de responder por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta norma, al igual que la del Código Civil Francés, contiene serias deficiencias, consistentes en no establecer, en este caso, acorde con los tiempos, una estipulación en la cual se sancione una nulidad relativa, sino seguir estableciendo, de manera absurda, el criterio de la nulidad absoluta.

Sin embargo, resulta interesante el hecho de haber explicitado que el vendedor que ha recibido el precio del bien, está en obligación de restituirlo al comprador. A pesar de que esto resulta obvio, en la mayoría de legislaciones que se inclinan por el Sistema Francés, pero que no lo contemplan expresamente, consideramos oportuno haber incluido este precepto, ya que así no se deja lugar a interpretaciones erróneas sobre el particular.

Lamentablemente, el Código Civil Guatemalteco no corrige el viejo problema de no establecer la obligación del abono de daños y perjuicios respecto de ambas partes contratantes, sino que la limita al vendedor que procedió de mala fe. En cuanto a que sólo procedan éstos en caso se hubiese actuado dolo-

samente, estamos de acuerdo, pero, sin embargo, consideramos que se debió comprender también al comprador, por las razones anotadas en momento oportuno.

Por lo demás, el Código bajo comentario no aporta nada significativo y, más bien respecto al tema representa un atraso.

- *Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922*

Por último, cabe mencionar al Código Civil Ruso de 1922. Este cuerpo legislativo en su artículo 183 prescribe que el derecho a vender un bien compete a su propietario. Señala, además, que de ser vendido un bien por alguien que no tenga tal carácter, como regla general, el comprador no adquirirá su propiedad, salvo los casos en que no tuviese derecho a reivindicar los bienes, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 59 y 60 de este Código.

El texto del citado artículo 183 es el siguiente:

> Artículo 183.- «El derecho a vender los bienes compete al propietario, fuera de los casos de venta en subasta pública. Si los bienes fuesen vendidos por no propietarios, el comprador sólo adquirirá el derecho de propiedad en los casos en que, conforme a los artículos 59 y 60, el propietario no tuviese derecho a reivindicar los bienes».

3.2. Contrato anulable

Dado que en Derecho Francés la palabra «nulidad», puede comprender tanto a la nulidad absoluta, como a la nulidad relativa (anulabilidad en el Derecho Peruano), la doctrina y jurisprudencia de ese país se esforzaron por precisar que el carácter de dicha nulidad era relativo y no absoluto, principio que —a entender del sector inmensamente mayoritario de la doctrina francesa— es el más razonable.

Además, esta fue la opción que empezó a triunfar jurisprudencialmente en Francia desde la dación del Código Civil. A ella se adhieren Laurent, Planiol y Ripert, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, entre otros.

3.2.1. Argumentos de la doctrina en favor de esta posición

Los argumentos que la doctrina francesa recoge en favor de esta alternativa son los siguientes:

3.2.1.1. En relación a los efectos del contrato

Permite a la venta producir todos sus efectos, en tanto ella no sea anulada. A favor de esta posición se encuentran: Guillouard,[83] Laurent,[84] Josserand[85] y Baudry-Lacantinerie.[86]

3.2.1.2. En relación al saneamiento por evicción

De allí se explicaría por qué se hace nacer la obligación de garantía a la obligación del vendedor cuando la evicción esté consumada. Guillouard[87] y Laurent[88] respaldan esta posición.

3.2.1.3. En relación a la prescripción adquisitiva

Porque puede servir, de acuerdo al artículo 2265 del Código Napoléon, de justo título a la prescripción adquisitiva. Sobre este aspecto podemos apreciar el parecer de Guillouard.[89]

3.2.1.4. En relación a los frutos y productos

Porque puede servir para la adquisición de los frutos, de acuerdo a los artículos 549 y 550 del *Code*. Guillouard[90] y Laurent[91] se pronuncian en este sentido.

3.2.1.5. En relación al titular de la acción

Por ser anulable y no nula, la acción está reservada al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien y no al vendedor, a quien también le correspondería —de ser de nulidad— lo que sería injusto en Derecho. Guillouard,[92] Planiol y Ripert,[93] Josserand[94] y Baudry-Lacantinerie,[95] comparten este parecer.

---

83 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 466.

84 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 111.

85 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 27.

86 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 323.

87 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 466.

88 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 111.

89 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 466.

90 *Ibidem*, p. 466.

91 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 112.

92 Guillouard, L. *Op. cit.,* tomo I, p. 466.

93 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 43 y 44.

94 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 27.

95 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 322.

3.2.1.6. En relación a los daños y perjuicios

Da lugar a daños y perjuicios; tal como expresan Laurent[96] y Baudry-Lacantinerie.[97]

3.2.1.7. En relación a la posibilidad de adquirir el bien por prescripción adquisitiva

El comprador puede usucapir en un plazo de 10 años, para lo que es necesario un justo título, de acuerdo al artículo 2265, tal como anotan Laurent,[98] Josserand[99] y Baudry-Lacantinerie.[100]

3.2.1.8. En relación a la posibilidad de confirmación del acto

La nulidad es susceptible de desaparecer por efecto de una confirmación, sobrevenida después del descubrimiento del error, y también, según la jurisprudencia, por razón de acontecimientos que convirtieron inmediatamente al comprador en propietario, bien porque el propietario hubiera ratificado la venta estipulada sin contar con él, bien que el vendedor haya adquirido ulteriormente la propiedad, la cual ha pasado automáticamente al comprador; en semejante caso, el comprador, no teniendo ya que temer la evicción, no podría quejarse; lo mismo ocurriría, y la venta sería decididamente nula, si los acontecimientos de que se trata se produjeran en un momento en que el comprador había ya demandado la nulidad y en que la situación estaba, por consiguiente, fijada. Baudry-Lacantinerie respalda esta afirmación.[101]

3.2.2. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad relativa o anulabilidad de la venta de bien ajeno

Como hemos podido apreciar cuando analizamos los alcances del artículo 1599 del Código Civil Francés y, en especial, lo relativo al carácter de la nulidad en él establecida, la mayoría de comentaristas de dicho cuerpo legislativo se inclinaron por sostener que se trataba de una nulidad relativa, o lo que hoy en día se conoce como anulabilidad.

Conforme se difundía esta interpretación y se consideraban los sólidos argumentos que la abonan, muchas legislaciones fueron inclinándose por entender al contrato bajo comentario como uno atacado por nulidad relativa.

En adelante un análisis de estos cuerpos legales y proyectos legislativos.

---

96 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 111.

97 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 323.

98 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 111.

99 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 27.

100 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, pp. 322 y 323.

101 *Ibidem*, p. 322.

- El Código Civil Argentino

El Código Civil Argentino, obra del notable jurista cordobés Dalmacio Vélez Sarsfield, contempla, respecto del contrato de venta de bien ajeno, el principio francés de la nulidad. Pero en ese país ha habido un proceso de crítica doctrinaria y jurisprudencial, e intentos de reforma bastante importante.

La regulación del Código Civil Argentino acerca de los contratos sobre bienes ajenos y, específicamente del contrato de venta de bien ajeno, es muy especial.

Este Código establece dos normas generales acerca de los contratos sobre cosas ajenas: los artículos 1177 y 1178. La primera de las normas citadas establece lo siguiente:

> Artículo 1177.- «Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete entregar cosas ajenas, no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.
> Si él tuviera culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas e intereses. Debe también satisfacerlas, cuando hubiese garantizado la promesa, y ésta no tuviere efecto».

El artículo transcrito establece como regla, que las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Veamos los elementos de la norma bajo comentario:

a) Como regla general, las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos.
b) Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, este promitente sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.
c) Si el promitente fuese culpable de que la cosa ajena no se entregue, deberá satisfacer las pérdidas e intereses.
d) El promitente deberá también satisfacer las pérdidas e intereses cuando hubiese garantizado la promesa y ésta no tuviere efecto.

Es pertinente observar que la segunda parte de este artículo parecería dar a entender que se está asimilando ésta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. En este caso, el artículo 1177 llega a distinguir cuando lo que se promete es una obligación de medios o una de resultados (más allá de admitir o no en el plano teórico una distinción conceptual en este sentido).

Pero lo que en realidad hace el artículo 1177 es establecer de modo muy claro la regla por la cual resulta perfectamente posible contratar sobre bienes ajenos. Y es que, en principio y salvo los problemas respecto de los contratos de compraventa y permuta, no hay nada que realmente impida la celebración de contratos de tal naturaleza.

Como señala Guillermo A. Borda:[102]

> […] (la) aplicación de esta regla es particularmente clara en el supuesto de que el contrato no signifique un compromiso de transferir el dominio; ningún inconveniente hay en que la cosa ajena pueda ser objeto de un contrato de locación, de depósito, de comodato, etc.

El citado autor agrega que «[…] inclusive es concebible la validez de un contrato de compraventa de una cosa ajena en algunos supuestos de excepción».

Por su parte, el artículo 1178 establece lo siguiente:

> Artículo 1178.- «El que hubiere contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses».

La citada norma contempla el supuesto en el cual una de las partes contrata sobre cosas ajenas como si fueran propias. Para el caso se establece que si este contratante no hiciere tradición de las cosas, incurre en el delito de estelionato, siendo responsable, además, de todas las pérdidas e intereses.

Pero el artículo 1178 no es el único respecto de esta clase de contratos. También tenemos al numeral siguiente, el 1179:

> Artículo 1179.- «Incurre también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe».

Esta norma también se refiere a algunos supuestos, distintos del de los contratos sobre bienes ajenos, sobre el delito de estelionato. Pero no es el caso ocuparnos de el. Sin embargo, debemos puntualizar nuestra opinión en el sentido en que consideramos impropio que un Código Civil se ocupe de materias de índole penal.

Pero creemos conveniente, para terminar de tratar acerca de la regulación que en la Parte General de Contratos merecen en el Código Civil Argentino los contratos sobre bienes ajenos, que como señaláramos al principio, la redacción del artículo 1177 puede conducir a contemplar varios supuestos; más aún, si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1178. En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión del profesor Guillermo A. Borda,[103] quien señala que cuando el contrato sobre cosa ajena envuelve una promesa de entregarla, hay que distinguir tres supuestos:

---

[102] Borda, Guillermo A. *Manual de contratos*. *Op.cit*., 93.

[103] *Ibidem*, p. 93.

a) El que ha prometido la cosa no garantizando el éxito de su promesa, caso en el cual sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice, debiendo satisfacer, si la cosa no se entrega por su culpa, todos los daños y perjuicios consiguientes.
b) El que ha prometido la entrega de la cosa ajena garantizando su entrega. En este caso, si la cosa no se entrega aunque no mediara culpa de su parte, deberá la reparación de los daños.
c) Si el que prometió la entrega hubiera ocultado que la cosa no le pertenecía, en tal caso incurre en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses.

El Código Civil Argentino constituye, en lo referente a la contratación sobre bienes ajenos, una excepción dentro del conjunto de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, ya que establece como regla general para todos los contratos, la posibilidad de contratar sobre las cosas ajenas. En este sentido, nos hace recordar la norma contenida en el artículo 1409, inciso 2 del Código Civil Peruano (sobre el artículo 1409, inciso 2 del Código nacional, nos hemos ocupado en dos trabajos anteriores, nuestros libros «Los contratos sobre bienes ajenos», y «El bien materia del contrato de compraventa»).

El Código Civil Argentino, materia de análisis, contiene el concepto del contrato de compraventa, en su artículo 1323, revistiendo carácter consensual.

Cuando trata acerca de la cosa vendida (artículo 1327) señala que pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, siempre que su enajenación no sea prohibida.

Sin embargo, contradiciendo el tenor de este último artículo y de los comentados numerales 1177 y 1178, el 1329 establece la prohibición de vender cosas ajenas, cuando señala lo siguiente:

> Artículo 1329.- «Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiera ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena no podrá pedir la restitución del precio».

Este artículo ha sido materia de extensos comentarios por parte de los tratadistas argentinos. Nosotros tomaremos en primer lugar la opinión de Héctor Lafaille,[104] quien señala que «La venta de cosas ajenas no es sino un caso especial del artículo

[104] Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*. *Op. cit*., 38.

1177, que se refiere a los objetos de esta naturaleza como materia de los contratos en general. Bajo este aspecto constituye una excepción a la regla […]».

El propio Lafaille[105] considera que la nulidad de este tipo de venta tiene su fundamento en el objeto, de modo tal que la exclusión de la cosa ajena respondería a inconvenientes derivados de los bienes que se procura transmitir por este medio.

Pero analicemos los elementos del artículo 1329, bajo comentario:

a) Se establece como regla particular y privativa del contrato de compraventa, que las cosas ajenas no pueden venderse.
b) El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuere de buena fe, deberá satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, siempre y cuando el comprador haya ignorado que la cosa era ajena.
c) El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la primera cosa.
d) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio.

Aparte del rasgo privativo que tiene el artículo bajo comentario y su carácter disímil respecto de la regla general (artículo 1177), debemos puntualizar que, a nuestro entender, el artículo 1329 contiene algunas deficiencias, tales como establecer que quien hubiese vendido un bien ajeno deberá responder siempre por los daños y perjuicios causados al comprador, aunque hubiese actuado de buena fe. Además esta norma, como sus similares en muchos otros Códigos Civiles, resulta incompleta ya que no establece la acción de daños y perjuicios para el vendedor que se ha visto perjudicado con un contrato de tales características.

Por lo demás, los supuestos o elementos (c) y (d) nos parecen razonables.

Sin embargo, extraña que a pesar del transcurso de los años, y de serios esfuerzos de reforma al respecto, no se haya variado aún el texto de este artículo, concordante con los primitivos conceptos que sobre el particular tuvieron los legisladores franceses del Código Napoléon.

Naturalmente, los comentaristas del Código Civil Argentino, coinciden en señalar el carácter relativo de dicha nulidad y los múltiples supuestos de excepción pasibles de estar contenidos en la norma bajo comentario. El propio José Olegario Machado[106] lo señalaba, recogiendo las palabras de Marcadé, de la siguiente manera: «Sin duda que el acto es nulo respecto de él (el vendedor), pero no lo es completamente: el acto es nulo o inexistente como venta, como contrato traslativo de la propiedad, mas no lo es como contrato productivo de obligaciones […]».

---

[105] *Ibidem*, p. 39.

[106] Machado, José Olegario. *Op. cit.,* tomo IV, p. 189.

Pensamos que no son los términos más afortunados, pero sin embargo es claro el propósito de las expresiones de José Olegario Machado.

En realidad, la redacción del artículo 1329, primer párrafo, del Código Civil Argentino, es absolutamente contraria a lo que en él se quiso establecer. Ello, pues las excepciones son tan numerosas que la norma aludida se constituye en excepción y aquéllas en regla general.

Como anota Ernesto Clemente Wayar,[107] habría que completar la redacción del artículo 1329 a fin de darle su real significado, de la siguiente manera: «Las cosas ajenas no pueden venderse, cuando se las ofrece como si fueran propias».

El criterio expresado por Wayar coincide con el recogido por el Proceso de Reforma al Código Civil, que culminó con la formulación del Proyecto de 1936, que analizaremos más adelante.

La segunda norma del Código Argentino sobre el contrato de venta de bien ajeno, es el artículo 1330:

> Artículo 1330.- «La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta, cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida».

Los elementos de esta norma son los siguientes:

a) La nulidad de un contrato de esta naturaleza, es susceptible de cubrirse por la ratificación que de ella hiciere el propietario.
b) La nulidad de este contrato también puede salvarse cuando el vendedor, en forma ulterior a la celebración del contrato, hubiese venido a ser sucesor a título universal o singular de la cosa vendida.

Este artículo, destinado a subsanar la nulidad de la venta de lo ajeno, confronta las múltiples objeciones que sobre el particular formulamos en nuestros trabajos anteriores, cuando procedimos a analizar normas similares.

Es interesante observar que el Código Civil Argentino incluye, en la parte relativa a los bienes materia del contrato de compraventa, una norma que trata acerca de la venta de los bienes parcialmente ajenos. En este caso estamos frente a una norma que regula —a la vez— la venta de la totalidad de un bien proindiviso por uno de sus copropietarios sin el consentimiento de los otros y, también, regula la venta de un bien parcialmente ajeno. El texto de esta norma es el siguiente:

> Artículo 1331.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero éste

[107] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 206 y 207.

> debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato».

- Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936

El Proceso de Reforma al Código Civil Argentino promovido en las décadas de 1920 y 1930, proponía cambios bastante importantes respecto de este tema. A diferencia del Código vigente, el Proyecto de 1936, en la Parte General de Contratos, no hacía mención a los bienes ajenos.

En lo relativo al contrato de compraventa se incluía el siguiente artículo:

> Artículo 911.- «Será anulable la venta de un bien ajeno que se hiciere como propio. El comprador o el vendedor podrá pedir la anulación antes de la entrega, y aun después de ella, siempre que fueren de buena fe.
> Cuando el enajenante hubiere procedido por error, se aplicará lo dispuesto en el artículo 145, si no mediare tradición. Verificada ésta, deberá indemnizarse con arreglo a lo dispuesto en el Título Décimo Séptimo, Capítulo II, del presente Libro y Sección».

Cuando se trata del objeto de la compraventa, en el artículo 911 se señala que será anulable la venta de un bien ajeno que se hiciere como propio.

En este sentido, la redacción antes transcripta nos hace recordar las modificaciones que un sector de la doctrina plantea efectuar sobre el primer párrafo del artículo 1329 del Código Civil de dicho país, y que fueran citadas por Wayar, tal como señalamos al tratar acerca del mencionado cuerpo legal.

El aludido artículo 911 del Proyecto de Reforma de 1936 señala además que el comprador o el vendedor podrán pedir la anulación antes de la entrega, y aun después de ella, siempre que fueren de buena fe. Como vemos, este es uno de los pocos cuerpos normativos que otorgan expresamente al vendedor la facultad de ejercer alguna acción en este sentido.

Además se señala que cuando el enajenante hubiere procedido por error, se aplicará lo pertinente, si no mediare tradición del bien. Cabe resaltar, que este Proyecto de Código, contiene en el artículo bajo comentario, de manera expresa, la concepción de que el vicio del cual está atacado el contrato de venta de bien ajeno en el cual una de las partes desconocía el carácter ajeno del bien, es el error, y éste, al ser uno de los vicios de la voluntad, acarrearía la anulación del contrato, acción que también se establece expresamente en la norma bajo comentario. Esta era una precisión positiva, que suscribimos, pero no se mencionaba al dolo, con lo que dicha norma resultaba incompleta, al ser más frecuente el dolo que el error en la venta de bienes ajenos.

Por otra parte, el referido Proyecto también trataba sobre la venta de lo ajeno, en su artículo 912, norma cuyo texto era el siguiente:

> Artículo 912.- «La nulidad de la venta de un bien ajeno, quedará cubierta con la ratificación del propietario, lo mismo que cuando el vendedor sucediere al primero, por título universal o singular».

El artículo 912 establece que la nulidad de la venta de bien ajeno puede quedar cubierta de dos maneras: con la ratificación del verdadero propietario, o cuando el vendedor del bien deviniese en sucesor a título universal o singular del mismo. Creemos que debieron utilizarse en lugar de la palabra «nulidad», los términos «anulabilidad» o «vicio», ya que hubieran sido más congruentes con la naturaleza y contenido del artículo 911.

En el artículo 913 se contempla el caso de la venta de un bien parcialmente ajeno, pero en el supuesto específico de la copropiedad.

Creemos pertinente recordar que estas propuestas de reforma, que hubiesen sido positivas, nunca llegaron a plasmarse legislativamente.

- El Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina

El referido Anteproyecto, elaborado por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo Director era Jorge Joaquín Llambías, incluía una norma relativa a la venta de bienes ajenos, la misma que llevaba por sumilla «venta de cosa ajena». El texto de la mencionada norma era el siguiente:

> Artículo 1100.- «Si se hubiese vendido una cosa ajena como propia, el comprador podrá demandar la resolución del contrato y el pago de los daños y perjuicios conforme a las normas del Título XI, Capítulo VI, del presente Libro, sin perjuicio de que el vendedor que haya padecido error, puede solicitar la anulación de la convención en los casos y bajo las condiciones que la ley autoriza.
> Producida la evicción el comprador de mala fe sólo podrá demandar la devolución del precio, pero no los daños y perjuicios.
> Si la cosa fuera parcialmente ajena, el comprador podrá demandar la resolución y los daños y perjuicios cuando deba entenderse, según las circunstancias, que no habría comprado sin aquella parte; pero podrá optar por el mantenimiento del contrato respecto de la parte indivisa de propiedad del vendedor, con disminución proporcional del precio».

- La Reforma de 1968

El siguiente Proceso de Reforma, que concluyó en 1968, con la Ley 17.711, no introdujo modificación alguna al respecto.

- El Proyecto de Reforma de 1987

Años después, la Argentina vivió un nuevo Proceso de Reforma. Concretamente en el año de 1987 fue publicado el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino,

aprobado, en ese mismo año, por la Cámara de Diputados de la Nación. Este Proyecto no se tradujo en Ley por veto presidencial.

Del mencionado Proyecto, nos interesan tres normas: los artículos 1323, 1325 y 1328:

> Artículo 1323.- «Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra el dominio de una cosa, y ésta a pagar un precio en dinero».
>
> Artículo 1325.- «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, siempre que su enajenación no sea prohibida».
>
> Artículo 1328.- «Es válida la venta de cosa total o parcialmente ajena. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador».

El artículo 1323 modifica —a nuestro entender, indebidamente— el concepto del contrato de compraventa. El Código Argentino —en su redacción actual— establece, en el artículo 1323, que habrá compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. El artículo del Proyecto modifica al artículo vigente en cuatro aspectos: el vendedor no se obliga a transferir propiedad sino dominio; el comprador no se obliga a recibirla; respecto del precio, se ha creído conveniente eliminar la palabra «cierto»; y, por último, se cambia la nomenclatura del contrato, al dejar de llamarlo compraventa, para volver a la antigua denominación «compra y venta».

El actual artículo 1327, relativo a las cosas que pueden venderse, establece que pueden enajenarse todas aquéllas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida, eliminándose una parte de dicha norma en el Proyecto.

El tratamiento que la venta de bienes ajenos recibe en el Código Argentino vigente (artículos 1329 a 1331), que tiene como regla general el que las cosas ajenas no puedan venderse (artículo 1329), es modificado sustancialmente en el Proyecto de 1987, por el artículo 1328, precepto que establece su validez en el caso en que el bien materia del contrato sea total o parcialmente ajeno. Se establece además, que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Esta norma nos parece buena, por su brevedad y la libertad contractual que plantea. Además, en su segundo párrafo, prevé como consecuencia de este contrato, que el vendedor se obligue a transferir, por él mismo, el derecho de propiedad (contrato de compraventa) o hacer transmitir su dominio al comprador por el verdadero propietario, supuesto que escaparía a la esfera del contrato de compraventa, para constituirse, a nuestro entender, en una aplicación legal a las consecuencias del contrato de compraventa, de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

- *El Dictamen del Proyecto de Reforma de 1993*

A mediados del año 1993, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, a través de la Comisión Oficial integrada por los Diputados Rodolfo M. Parente y César Arias, aprobó un Dictamen de Proyecto de Reforma al Código Civil.

Este Dictamen, si bien con algunas alteraciones en la numeración (artículos 1323, 1328 y 1331), recogía —en relación al tema que nos ocupa— las mismas propuestas modificatorias que el Proyecto de 1987, motivo por el cual hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios al respecto.

- *Código Civil Nicaragüense de 1903*

Pasando a la legislación de otro país, el Código Civil Nicaragüense de 1903 regula también al contrato de venta de bien ajeno, en su artículo 2568. Esta norma, bastante extensa por cierto, tiene el texto siguiente:

> Artículo 2568.- «Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque de buena fe debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultaren de la anulación del contrato, si dicho comprador hubiese ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio. La nulidad de la venta de cosa ajena es relativa; y por consiguiente, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida».

Esta norma, a nuestro entender, presenta los siguientes elementos:

a) Se establece como regla general, que las cosas ajenas no pueden venderse.
b) Si el comprador hubiese desconocido que el bien era ajeno, al momento de la celebración de contrato, y hubiese sufrido daños y perjuicios, éstos deberán ser resarcidos por el vendedor, no interesando si éste hubiese actuado de buena o de mala fe.
c) El vendedor después de haber efectuado la entrega de la cosa no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa.
d) Se establece expresamente que la nulidad de la venta de cosa ajena es relativa.
e) Como consecuencia de lo establecido en el punto anterior, el artículo deriva que por consiguiente, la nulidad queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario.
f) Se establece, además, que queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente, al momento de la celebración del contrato, hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida.

Qué mejor ejemplo que el Código Civil Nicaragüense de 1903, para graficar los temores respecto del contrato de venta de bien ajeno. Como vemos, en la primera parte de esta norma se señala de manera muy clara —y como regla general— que las cosas ajenas no pueden venderse, pero más adelante se precisa que la nulidad de la venta de cosa ajena no es absoluta sino relativa, como queriendo aclarar la discusión que generó el tema en Francia.

Esta norma establece, al igual que otros Códigos ya comentados, la obligación del vendedor de resarcir al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien por los daños y perjuicios sufridos, no importando, para estos efectos, si el vendedor actuó de buena o de mala fe. Sin duda alguna, como ya lo hemos dicho, normas de este corte son incompletas, en razón de que sólo otorgan la respectiva acción al comprador, más no al vendedor; e injustas, por cuanto no distinguen las consecuencias derivadas de la buena o mala fe del vendedor al momento de la celebración del contrato. Una excesiva protección al comprador, en perjuicio, a nuestro criterio, injustamente, del vendedor.

Sin embargo, sí nos parece muy positivo que, aunque no en sentido afirmativo, sino por el argumento *contrario sensu*, podamos deducir que si después de haber efectuado la entrega de la cosa, el vendedor no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución del bien, el comprador está facultado para demandar la anulación del contrato, al igual que el comprador, en su caso, con las restricciones antes mencionadas.

Por último, en lo que respecta a la manera de salvar la nulidad relativa, que está contenida en el literal (e), seguimos manteniendo nuestras reservas, sustentadas en los argumentos mencionados oportunamente.

Sin embargo, respecto a la manera de subsanar la nulidad mencionada por nosotros con el literal (f), manifestamos considerarla procedente.

Además, el Código Civil Nicaragüense de 1903 regula en su artículo 2569 el supuesto de venta de un bien parcialmente ajeno, pero en el caso específico de la copropiedad:

> Artículo 2569.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato.
> Es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo que precede».

- Código Civil Venezolano de 1942

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942, también se pronuncia en el sentido en que el contrato de venta de bien ajeno es anulable (artículo 1483), si el comprador ignoraba que la cosa era de otra persona.

Esta norma también otorga a dicho comprador la acción para demandar al vendedor los respectivos daños y perjuicios causados.

Por último, establece que la nulidad de esta norma no podrá ser alegada nunca por el vendedor, precepto que, como ya hemos comentado en oportunidades anteriores, resulta insuficiente y arbitrario. Como también es insuficiente y arbitraria la norma que otorga acción de daños y perjuicios sólo al comprador, por las razones ya esgrimidas:

> Artículo 1483.- «La venta de la cosa ajena es anulable, y puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, si ignoraba el comprador que la cosa era de otra persona.
> La nulidad establecida por este artículo no podrá alegarse nunca por el vendedor».

Aunque no es indispensable hacerlo, cabe puntualizar que el Código Civil Venezolano de 1942, respecto al tema tratado en estas páginas, no representa ningún avance.

Por último, debemos señalar que la norma comentada no sufrió alteración alguna con el Proceso de Reforma que concluyó en el año de 1982.

- Código Civil Portugués de 1967

Y llegamos al Código Civil Portugués de 1967. La Sección IV del Título del contrato de compraventa regula lo relativo a la venta de bienes ajenos, entre los artículos 892 y 903, es decir, en más de diez normas, constituyendo el tratamiento más meticuloso y extenso que sobre el particular dé Código alguno. En adelante analizamos este tema:

> Artículo 892.- «(Nulidad de la venta) Es nula la venta de bienes ajenos siempre que el vendedor carezca de legitimidad para realizarla; pero el vendedor no puede oponer la nulidad al comprador de buena fe, como no puede oponerla al vendedor de buena fe el comprador doloso».

En el artículo 892 se sanciona con nulidad la venta de los bienes ajenos, en el supuesto de que el vendedor carezca de legitimidad para hacerla. Esto resulta obvio, ya que —caso contrario— estaríamos en el supuesto de una venta realizada por alguien que es propietario del bien, o que esté facultado para hacerla en virtud de un mandato o de una disposición legal.

> Artículo 893.- «(Bienes ajenos como bienes futuros) La venta de bienes ajenos, no obstante, queda por esto, sujeta al régimen de la venta de bienes futuros si las partes los considerasen de esta calidad».

El artículo 893 admite que el tratamiento aplicable a los bienes ajenos sea el dispuesto para los bienes futuros, en caso las partes los consideren de esta calidad. Pensamos que tal situación es contemplada en virtud de que el Código Portugués habría adoptado aquella teoría por la cual se entendería por bienes ajenos los que todavía no se encuentran en el patrimonio de una persona, incluyendo en éstos a los que pertenecen a terceros, los que no pertenecen a nadie y aquéllos que aún no existen.

> Artículo 894.- « (Restitución del precio)
> 1. Siendo nula la venta de bienes ajenos, el comprador que hubiera procedido de buena fe tiene derecho de exigir la restitución íntegra del precio, aunque los bienes hayan disminuido de valor por cualquier otra causa.
> 2. Pero, si el comprador hubiese obtenido provecho de la pérdida o disminución de valor de los bienes, será el provecho restado del monto del precio y la indemnización que el vendedor tenga que pagarle».

En el artículo 894 se trata acerca de la restitución del precio, en caso el comprador hubiese procedido de buena fe. Esta restitución puede ser por el íntegro del precio, aunque por cualquier motivo los bienes hubiesen disminuido de valor. Sin embargo, si el comprador hubiera obtenido provecho de la pérdida mencionada, ésta se reduciría del monto que por concepto de indemnización el vendedor deba abonarle.

Esta norma es una muestra del rigor y la precisión del Código Portugués. Sin duda es equitativa, ya que hace referencia directa a una hipotética disminución de valor del bien e inclusive a los provechos que el comprador hubiese podido obtener del bien, objeto del contrato de compraventa.

> Artículo 895.- «(Consolidación del contrato) Luego de que el vendedor adquiera por algún modo la propiedad de la cosa o del derecho vendido, el contrato se torna válido y dicha propiedad o derecho se transfiere para el comprador».

El artículo 895 se refiere a la consolidación del contrato. Esta es una ficción jurídica, ya que como lo expresamos oportunamente, no pensamos que el hecho que aquí se invoca, deba ser considerado como determinante para alterar la validez o invalidez de un contrato de tal naturaleza, a pesar de las razones de índole práctico que abonan esta teoría.

En virtud de la norma citada, el contrato que en virtud del artículo 892 es nulo, se convertiría en válido por el solo hecho de que el vendedor haya devenido en pro-

pietario de la cosa vendida. Además, se establece que la propiedad de este bien se transfiere para el comprador de un modo inmediato.

> Artículo 896.- «(Casos en que el contrato no se consolida)
>
> 1. El contrato no adquiere, no obstante, validez, si entretanto ocurre alguno de los siguientes hechos:
> a) Demanda judicial de declaración de nulidad del contrato, formulada por uno de los contratantes contra el otro;
> b) Restitución del precio o pago de indemnización; en todo o en parte, con aceptación del acreedor;
> c) Transacción entre los contratantes, en la cual se reconozca la nulidad del contrato;
> d) Declaración escrita, hecha por uno de los estipulantes al otro, de que no quiere que el contrato deje de ser declarado nulo.
> 2. Las disposiciones de las líneas (a) y (d) del numeral precedente, no perjudican lo dispuesto en la segunda parte del artículo 892».

El artículo 896 establece cuatro causales por las cuales el contrato no se consolida.

Justamente por cuanto no consideramos pertinente ni relevante esta propuesta, no haremos mayores comentarios al respecto.

> Artículo 897.- «(Obligación de consolidación)
>
> 1. En caso de buena fe del comprador, el vendedor está obligado a salvar la nulidad de la venta, adquiriendo la propiedad de la cosa o derecho vendido.
> 2. Cuando exista una obligación tal, el comprador puede subordinar el no cumplimiento de ella, dentro del plazo que el tribunal fije, al efecto previsto en la línea (a) del numeral 1 del artículo anterior».

El artículo 897 prevé que en el caso en el cual el comprador haya sido de buena fe, el vendedor estará obligado a efectuar lo necesario para lograr se cumpla el supuesto del artículo 895 (la consolidación del contrato), la misma que puede ser considerada por nosotros como una norma de economía contractual.

> Artículo 898.- «(Indemnización en caso de dolo) Si uno de los contratantes hubiese procedido de buena fe y el otro dolosamente, el primero tiene el derecho a ser indemnizado, en términos generales, de todos los perjuicios que no hubiese sufrido si el contrato fuese válido desde el comienzo o no hubiese sido declarado conforme venga o no a ser salvada la nulidad».

El artículo 898 establece que si uno de los contratantes hubiese actuado dolosamente, deberá indemnizar al otro por los perjuicios que no hubiera sufrido de ser

válido el contrato desde el comienzo, o no hubiese sido celebrado conforme venga o no a ser salvada la nulidad.

De todos los Códigos y proyectos de Códigos Civiles consultados, el portugués de 1967, bajo comentario, es el único que otorga la acción de daños y perjuicios, para cualquiera de los contratantes que los hubiese sufrido en razón del actuar doloso del otro u otros contratantes. El resto de Códigos circunscriben dicha acción al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato y, teniendo de la otra parte, a un vendedor que en algunos casos podía ser doloso, o inclusive, en otros, no interesaba si lo era o no, con lo que se abría la puerta a múltiples injusticias. En el caso del Código Portugués, como vemos, responderá sólo el contratante que hubiese actuado dolosamente, y cuando haya causado daños y/o perjuicios a la otra parte.

El artículo 898 establece dos supuestos de indemnización por la no convalidación de la venta. Y el artículo 901 contempla el supuesto de garantía del pago de mejoras:

> Artículo 901.- «(Garantía del pago de mejoras) El vendedor es garante solidario del pago de las mejoras que deben ser reembolsadas por el dueño de la cosa al comprador de buena fe».
>
> Artículo 902.- «(Nulidad parcial del contrato) Si los bienes fueren sólo parcialmente ajenos, el contrato vale en la parte restante por aplicación del artículo 292. Se deben observar las disposiciones anteriores en cuanto a la parte nula y reducirse proporcionalmente el precio estipulado».

El artículo 902 establece el caso de nulidad parcial del contrato en virtud de que sólo una fracción y no la totalidad del bien vendido fuese ajena, debiendo reducirse el precio estipulado a la porción del bien que fuese propia.

Este artículo recoge el caso del contrato de venta de un bien parcialmente ajeno, y es positivo el hecho de que no restrinja la aplicación del supuesto a los casos de venta de bienes sujetos al régimen de copropiedad; ya que como hemos visto cuando tratamos acerca del contrato mencionado en nuestro Código Civil vigente, existe, por lo menos, un caso adicional que, de adoptarse dicha restricción, quedaría excluído.

Es pertinente la norma de remisión a lo dispuesto por el artículo 292, precepto que establece que:

> Artículo 292.- «La nulidad o anulación parcial no determina la invalidez de todo el negocio, salvo cuando se demuestre que éste no hubiere sido concluido sin la parte viciada».

El inciso 1 del artículo 903 establece que lo dispuesto en el artículo 894, en el inciso 1 del artículo 897, en el artículo 899, en el inciso 1 del artículo 900 y en el

artículo 901, admite pacto en contrario, excepto si el contratante a quien beneficiase la convención hubiera actuado con dolo, y el otro estipulante, de buena fe. El inciso 3 de este artículo señala que las cláusulas por las que se pacten en contra de las normas antes citadas, son válidas, sin perjuicio de la nulidad del contrato de compraventa en el que se encuentren insertas, si la nulidad procede de la ilegitimidad del vendedor en los términos de la Sección que contiene a estos artículos.

3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo

A pesar de ser susceptible de analizarse dentro del grupo de Códigos Civiles tratados cuando vimos el sistema de la nulidad relativa, pues tiene este carácter, hemos optado por estudiar separadamente, dadas sus peculiares características e importancia, a un grupo de Códigos Civiles que, en lo que respecta al tema en estudio, hemos optado en denominar como «la corriente de Andrés Bello». Veamos por qué.

Sin duda alguna, en lo que respecta al ámbito latinoamericano, influyó de gran manera en el proceso codificador de este continente el Proyecto de Código Civil elaborado por el insigne intelectual venezolano Andrés Bello. Este Proyecto, que contenía tres normas acerca del contrato de venta de bien ajeno, los artículos 1995, 2003-A y 2003-B, fue fuente para la elaboración de los Códigos Civiles Chileno (1857), Uruguayo (1868), Colombiano (1873), Venezolano (1880) y Ecuatoriano (1887). También tuvo notable influencia sobre el Código Civil Panameño de 1917.

Analicemos por qué es importante la corriente creada por el Proyecto de Andrés Bello.

El Proyecto Bello fue, hasta donde tenemos conocimiento, el primer Proyecto de Código Civil de América Latina (y no podemos asegurar si más allá de nuestro Continente), que establece de manera expresa que el contrato de venta de bien ajeno puede ser un contrato perfectamente válido. Este Proyecto de Código señalaba, en su artículo 1995, que la venta de la cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El Código Civil Chileno recogió esta norma en su artículo 1815, pero con el agregado de que no se extingan por el paso del tiempo. El Código Civil Uruguayo recoge esta norma en su artículo 1669, pero concluye el artículo señalando que esta venta vale, mientras «no se extinga por la prescripción». Los Códigos Colombiano y Ecuatoriano optan por similar conclusión que el Código Civil Chileno, en sus respectivas normas (los artículos 1871 y 1781).

Respecto de este último Código, Barros Errázuriz[108] señala que:

[108] Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, p. 371.

La razón de esta disposición es que nuestra ley, siguiendo la tradición del Derecho Romano, considera la compraventa como un título que produce obligaciones y que confiere un derecho personal para exigir la entrega; pero el contrato no produce el cambio de dominio, el cual sólo se opera una vez efectuada la entrega o tradición, que es el modo de adquirir.

Alessandri y Somarriva[109] comparten los conceptos vertidos por Barros, señalando que como consecuencia del artículo 1815, no podría decirse que para que la compraventa sea válida, se requiera que la cosa vendida sea de propiedad del vendedor. Este autor encuentra la razón de esta disposición, en que según la legislación chilena la compraventa por sí sola no transfiere el dominio, sino que solamente es un título que habilita para adquirirlo.

El Proyecto de Código Civil de Andrés Bello, en el artículo 2003-A, señala que la venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador el dominio de ella desde la fecha de la venta. Esta norma fue adoptada íntegramente por el Código Chileno, en el artículo 1818. Lo propio ocurre con el primer párrafo del artículo 1681 del Código Civil Uruguayo, artículo 1874 del Código Civil Colombiano y el artículo 1785 del Código Civil Ecuatoriano. Según Alessandri y Somarriva, comentando el mencionado artículo 1815 del Código Chileno, a través de esta norma, la venta de cosa ajena produce amplios efectos, como si en realidad fuera de cosa propia. Sin embargo, mantenemos nuestras críticas formuladas en páginas anteriores, cuando nos referimos a normas de la misma naturaleza en Códigos Civiles de otros países.

La tercera y última norma que contiene el Proyecto de Andrés Bello respecto a la venta de bienes ajenos, es el artículo 2003-B, relativo a la consolidación de la propiedad, en el caso de haberse vendido bienes del mencionado carácter. En tal sentido, la aludida norma señala que vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la venta. Esta norma tiene un segundo párrafo que señala que por consiguiente, si el vendedor le vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador. El artículo 2003-B del Proyecto Bello tuvo su primera materialización legislativa a través del artículo 1819 del Código Civil Chileno. Posteriormente, el Código Civil Uruguayo, recogió, aunque no en los mismos términos, el aludido principio, en la segunda parte del artículo 1681. El Código Civil Colombiano repite la norma original en su artículo 1875. El Código Civil Ecuatoriano sólo adopta una parte de la norma, concretamente el primer párrafo de la misma, a través de su artículo 1786.

[109] Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 372-374.

Sin duda alguna, el artículo 2003-B del Proyecto Bello, bajo análisis, es una norma importante, relativa a la consolidación de la propiedad. Es un precepto de avanzada para la época en que se promulgó, y que podríamos calificar como de «economía contractual».

Es interesante observar que el Código Civil Panameño de 1917 también recogió el principio trazado por el artículo 1995 del Proyecto Bello, específicamente, con la redacción del artículo 1815 del Código Civil Chileno, esto, en el artículo 1227. Sin embargo, la norma panameña señala que la venta de bien ajeno es nula para el caso de los bienes inmuebles.

Algo que presentimos, es que esta excepción se debe al sistema panameño de transferencia de propiedad respecto de los bienes inmuebles, con lo cual, de ser así, ese Código estaría retrocediendo conceptualmente, en más de un siglo respecto al particular.[110]

- *Proyecto de Código Civil Colombiano*

Antes de terminar el estudio de los países que siguieron el modelo del Proyecto Bello, cabe señalar que existe un Proyecto de Reforma al Código Civil Colombiano (de la década de 1980), que se aparta —respecto del contrato de venta de bien ajeno— de la redacción del Código vigente, pero que continúa considerando válida entre las partes una convención de estas características. Ello puede ser observado de la lectura del artículo 629 del mencionado Proyecto.

> Artículo 629.- «La venta de cosa ajena es inoponible al propietario de la misma, salvo que medie su ratificación.
> Quien a sabiendas vende cosa ajena y se encontraba en imposibilidad de adquirirla, debe indemnizar al comprador los perjuicios que sufra».

---

[110] Las normas a que hemos hecho referencia, al tratar acerca de la Corriente de Andrés Bello, son las siguientes:

- *Proyecto de Código Civil elaborado por Andrés Bello*

  Artículo 1995.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida».

  Artículo 2003-A.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador el dominio de ella desde la fecha de la venta».

  Artículo 2003-B.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la venta. Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador».

3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble

El criterio que considera al contrato de venta de bien ajeno como susceptible de resolución por incumplimiento tiene larga data en doctrina, a pesar de que recién se plasmó legislativamente en el Código Civil Italiano de 1942.

- *Código Civil Chileno*

  Artículo 1815.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo».

  Artículo 1818.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta».

  Artículo 1819.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición.

  Por consiguiente, si el verdadero propietario la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador».

- *Código Civil Uruguayo*

  Artículo 1669.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por la prescripción».

  Artículo 1681.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta.

  Lo mismo sucede si el vendedor adquiere el dominio de la cosa ajena después de entregada al comprador, y por consiguiente si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella transferido al primer comprador».

- *Código Civil Colombiano*

  Artículo 1871.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo».

  Artículo 1874.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta».

  Artículo 1875.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición.

  Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador».

- *Código Civil Ecuatoriano*

  Artículo 1781.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo».

  Artículo 1785.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal, desde la fecha de la venta».

  Artículo 1786.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mira al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición».

- *Código Civil Panameño de 1917*

  Artículo 1227.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo.

  Tratándose de bienes inmuebles, la venta de cosa ajena es nula».

Sostiene Colmet de Santerre, precursor de esta doctrina,[111] lo siguiente:

> La venta es, ante todo, un contrato que pone a cargo del vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa vendida al comprador; sin duda cuando el vendedor es propietario de esta cosa, si está en un cuerpo cierto, la transferencia de propiedad tendrá lugar inmediatamente […] de ahí que nada se opone a que la venta pueda tener por objeto la cosa ajena, no hay aquí nada de ilícito, ni nada de imposible. Solamente, cuando ello es así, si el vendedor no ejecuta su obligación de transferir inmediatamente la propiedad del objeto vendido al comprador, éste tiene el derecho de demandar la resolución de la venta por causa de inejecución de la obligación. Es así como la venta de cosa ajena es, no nula, sino resoluble.

Esta opinión no es recogida por ningún otro autor.[112]

Foignet señala que Colmet de Santerre estaba equivocado por confundir en su razonamiento la venta y la transferencia de la propiedad de los bienes. Laurent califica su posición de «inadmisible», ya que «el término nulo (en el que se incluye a las nulidades absoluta y relativa) no significa jamás «resoluble», señalando que hay que «tomar la ley tal cual ella es».

Crítica similar formula al respecto Josserand,[113] cuando señala que:

> Tal opinión choca directamente con el texto del artículo 1599, que establece la nulidad y no la resolución de la venta de la cosa ajena; no cuadra con las soluciones jurisprudenciales que indicaremos más adelante, ni con los efectos que la ley hace producir a la venta de la cosa ajena, que constituye sobre todo un justo título para la usucapión de diez a veinte años y juega así un papel que no podría tener un título resuelto.

Esta opinión también es compartida por los Mazeaud,[114] cuando expresan que:

> En verdad, si el legislador no hubiera establecido ninguna disposición relativa a la venta de la cosa ajena, el comprador tendría derecho a pedir la resolución judicial. Pero, precisamente, el artículo 1599 sanciona la imposibilidad de la transmisión, y no la sanciona con la resolución judicial, sino con la nulidad, lo cual es muy diferente.

Para concluir los comentarios sobre esta corriente de opinión, consideramos necesario citar las cuatro razones que Baudry-Lacantinerie[115] da para refutarla.

1) La resolución que se ha llamado una nulidad, no puede ser demandada más que por el comprador (argumento del artículo 1184).

---

111 Colmet de Santerre. Citado por Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 420.

112 Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 417; y Laurent, François. *Op. cit.,* tomo III, p. 108.

113 Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 25.

114 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 92.

115 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo III, p. 95.

2) La acción que la ley atribuye a este efecto dura 30 años: esta es la duración normal de las acciones de resolución.
3) La resolución no existe sino cuando ha sido pronunciada por la Justicia, la que puede conceder una prórroga al vendedor para ejecutar su obligación (argumento del artículo 1184).
4) Si el vendedor deviene en propietario antes de que la resolución haya sido pronunciada, la propiedad pasa inmediatamente al comprador quien ya no podrá, obtener la resolución (argumento del artículo 1138).

De los Códigos Civiles consultados, existen tres: el Código Civil Italiano de 1942, el Código Civil Boliviano de 1976 y el Código Civil Paraguayo de 1987, que optan por el sistema de la resolución del contrato de venta de bien ajeno.

Este sistema creado —hasta donde conocemos— por el primero de los Códigos citados, tiene sus más remotos orígenes doctrinarios en la discusión que sobre el carácter de la nulidad del artículo 1599, se dio en Francia. Para ello, se pueden recordar los conceptos y las críticas que Foignet formula a Colmet de Santerre, único defensor en ese entonces de este criterio.

- Código Civil Italiano de 1942

El Código Italiano de 1942 regula, en sus artículos 1478 a 1480, los supuestos de venta de un bien total y parcialmente ajeno. Sin duda alguna, este Código Civil influyó mucho en las normas correspondientes al contrato de compraventa en el Código Civil Peruano de 1984, motivo por el cual ya hemos comentado algunos aspectos respecto de aquél, cuando tratamos acerca de este último.

Acerca del artículo 1478 del Código Italiano, no vamos a precisar mayores términos, ya que fue ampliamente desarrollado en la mencionada parte relativa al Código Civil Peruano de 1984. Sin embargo, recordaremos aquella norma, sumillada como «Venta de cosa ajena»:

> Artículo 1478.- «Venta de cosa ajena. Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador.
> El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella».

Esta norma tiene los siguientes supuestos y consecuencias:

a) Se celebra un contrato de compraventa.
b) El bien objeto de la prestación en que consiste la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno.
c) El vendedor está obligado a procurar la adquisición de dicho bien al comprador.

d) El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella.

El artículo siguiente (1479), está sumillado como «Buena fe del comprador»:

> Artículo 1479.- «Buena fe del comprador. El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha concluido, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor y si entre tanto el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad.
> Salvo lo dispuesto por el artículo 1223, el vendedor está obligado a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa disminuya de valor o se deteriore; debe además reembolsarle los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato. Si la disminución de valor o el deterioro derivan de un hecho del comprador, del monto indicado se debe detraer la utilidad que el comprador ha obtenido.
> El vendedor está obligado además a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos para la cosa y, si era de mala fe, también los gastos suntuarios».

El artículo, antes transcrito, tiene los siguientes elementos:

a) Se presume la existencia de un contrato de venta de bien ajeno, de acuerdo a las características del artículo 1478.
b) El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha concluído, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor y, si entre tanto, el vendedor, no le ha hecho adquirir su propiedad.
c) Salvo lo dispuesto en el artículo 1223, el vendedor está obligado a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa disminuya de valor o se deteriore.
d) El vendedor está obligado a restituir al adquirente los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato.
e) Si la disminución de valor o el deterioro derivan de un hecho del comprador, del monto indicado se debe detraer la utilidad que el comprador ha obtenido;
f) El vendedor también está obligado a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos para la cosa, siendo indiferente si el vendedor ha actuado con buena o mala fe.
g) Si el vendedor hubiese actuado de mala fe, también deberá reembolsar los gastos suntuarios efectuados por el comprador respecto del bien.

Consideramos que de todos los elementos que contiene el artículo bajo comentario, el más importante es el segundo, ya que es aquél que introduce el sistema de la resolución del contrato. Esta resolución, puede ser interpuesta por el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad de dicho bien.

Para el Sistema Italiano, el vicio que se señala afecta o ataca a un contrato de venta de bien ajeno consiste en la imposibilidad del vendedor de efectuar la transferencia de propiedad del bien al comprador, o más concretamente, en el hecho objetivo de que dicha transferencia no se ha producido. Para ilustrar esta posición citaremos a Messineo,[116] quien señala, refiriéndose al artículo bajo comentario, lo siguiente:

> Por el contrario, si el comprador (aún culposamente) ignoraba en el momento de la conclusión de la venta (el conocimiento posterior no le perjudica: artículo 1147, tercer apartado) el carácter ajeno de la cosa, tiene derecho a la resolución del contrato (artículo 1479, primer apartado), en cuanto él no consigue (hecho sobrevenido) la propiedad de la cosa, que es, para él, la finalidad principal de la compra.

El Sistema Italiano se caracteriza por establecer expresamente la acción mencionada en favor del comprador y en el supuesto ahí señalado y, de este modo, surgiría la interrogante de si otorgando la acción de resolución, y correspondiendo ésta, que por su naturaleza se deriva de un hecho sobreviniente al momento de la celebración del contrato, cabría la posibilidad de demandar la acción de anulabilidad del acto jurídico, derivada del hecho de que alguno de los contratantes incurrió, ya sea en error o en dolo, como vicios de la voluntad, por desconocer que el bien no era de propiedad del vendedor.

Consideramos que esta interrogante admite discusión y, que de optar por el criterio negativo, se estaría limitando, de manera arbitraria, la acción (en este caso, sólo la de resolución del contrato) al comprador, no contemplándose para el vendedor el ejercicio de ninguna acción. Este es el riesgo del sistema de la resolución. Nosotros consideramos más amplio prever también la anulabilidad del acto.

Pero, sin embargo, cabe señalar que el sistema de la resolución tiene algo positivo. Al otorgarse al comprador la acción de resolución por el simple hecho objetivo de que el vendedor ha incumplido con efectuar la transferencia de propiedad del bien, éste se constituye en un elemento objetivo de muy fácil probanza, lo que contrasta con la prueba del error o del dolo. Pero no por esta consideración creemos que la posición que respaldamos deje de tener también solidez técnica, por razones similares a las que expusimos cuando tratamos acerca de la rescisión en el Código Civil Peruano de 1984.

El sistema de la resolución del contrato resulta incompleto, ya que regula, exclusivamente, las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien. No precisa el vicio y la acción correspondiente al contrato de venta de bien ajeno en el que una o las dos partes contratantes desconocían el carácter ajeno del bien.

---

[116] Messineo, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*, tomo V, p. 61.

Por lo demás, respecto de los otros elementos del artículo bajo comentario, debemos señalar que este Código incurre en las mismas omisiones de muchos otros, en el sentido de sólo prever para una de las partes la obligación de restituir los pagos y gastos hechos por la otra, en razón legítima del contrato, olvidando que puede darse el supuesto de que sea la otra parte la que incurra en ellos.

La tercera y última norma que trata sobre el contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil Italiano de 1942, es el artículo 1480, que regula el supuesto y consecuencias de la compraventa de un bien parcialmente ajeno de su vendedor:

> Artículo 1480.- «Venta de cosa parcialmente ajena: Si la cosa que el comprador consideraba de propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior, cuando deba considerarse según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario, igualmente puede obtener sólo una reducción del precio además del resarcimiento del daño».

Consideramos que los elementos de esta norma son suficientemente claros, motivo por el cual nos limitaremos a señalarlos:

a) Se celebra un contrato en el cual el bien objeto de la prestación que es materia de la obligación de dar del vendedor es parcialmente ajeno.
b) El comprador, según el supuesto del artículo 1479, está facultado para demandar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, cuando deba ser considerado, según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario.
c) El comprador, igualmente, podrá obtener sólo una reducción del precio, además del resarcimiento del daño.

- Código Civil Boliviano de 1976

Otro Código Civil que opta por el sistema de la resolución, es el Código Civil Boliviano de 1976. Este cuerpo legislativo contiene tres normas respecto de los bienes ajenos, los artículos 596, 597 y 598.

El artículo 596 sanciona con resolución la venta de los bienes ajenos, si el comprador, al momento de la venta, ignoraba que la cosa tenía tal condición. Se exceptúa el caso en el cual el vendedor antes de la demanda, hubiese hecho adquirir tal calidad al comprador.

Este artículo establece, además, las consecuencias de los casos en los cuales el incumplimiento se deba o no a culpa del vendedor. Además se establece la obligación del vendedor de restituir los gastos útiles y necesarios (mejoras) hechos en el bien y aun los suntuarios, si es que hubiese actuado de buena fe.

Para el caso de venta de un bien ajeno, se da al comprador una opción entre solicitar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, si es que de acuerdo a las circunstancias de celebración del contrato, el comprador no hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario.

Si de acuerdo a las circunstancias resultase lo contrario, el comprador sólo podrá, además del resarcimiento, solicitar la reducción del precio pactado:

> Artículo 598.- «(Conocimiento del carácter ajeno de la cosa) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, sólo puede pedir la restitución del precio cuando no se había convenido en que la venta es a su riesgo y peligro».

El artículo 598 establece una norma bastante particular en lo que se refiere al tratamiento de los bienes ajenos. En virtud de ella se establece que si el comprador tenía conocimiento del carácter ajeno de la cosa, sólo puede pedir la restitución del precio cuando no se había convenido en que la venta era a su riesgo y peligro. Esta norma resulta sumamente interesante ya que es la primera vez (dentro de lo que tenemos conocimiento) que un Código que admite la validez de la venta de los bienes ajenos reduce un problema que en otros Códigos resulta complicado de manera innecesaria, a una fórmula tan sencilla como la que comentamos: simplemente este Código concluye —en otras palabras— en que la venta de bien ajeno en estricto es un contrato perfectamente válido, pues nada obsta para que una persona compre un bien que él y el vendedor conocen perfectamente que es ajeno; y que como consecuencia de la celebración de este acto, y producto de la absoluta o relativa inseguridad contractual que él ofrece, se vea sujeto a los avatares del mismo; pero podría dar lugar a la comisión de ciertas injusticias, como hemos visto en páginas anteriores de este trabajo. El Código Civil Boliviano acuerda que si es que las partes no hubiesen convenido en que la venta es a riesgo y peligro del comprador, éste podrá solicitar la restitución del precio. De lo contrario no podrá hacerlo.

La redacción de la última parte del artículo bajo comentario nos hace recordar el tratamiento legislativo que dan muchos Códigos a la llamada «compraventa de esperanza incierta». Sin duda alguna, la opción tomada por el legislador boliviano nos parece novedosa.

- Código Civil Paraguayo de 1987

El sistema de la resolución, es contemplado por el Código Civil Paraguayo de 1987, el mismo que regula al contrato de venta de bien ajeno en sus artículos 743 a 745.

El artículo 743 señala, como regla general, que los bienes ajenos pueden ser materia de este contrato.

Se establece además, que si al momento de la contratación el bien era ajeno, el vendedor está obligado a procurar su adquisición al comprador. Esta redacción pareciera dar a entender que se está estableciendo la obligación alternativa del vendedor de transferir él mismo la propiedad del bien o hacer que éste llegue a ser de propiedad del comprador por otra vía, la que podría consistir en un contrato que el propietario celebre respecto de aquél. Además, se establece que el comprador adquirirá el dominio del bien en cualquiera de estos dos casos cuando el verdadero propietario ratifique su consentimiento a dicha venta, o cuando el vendedor devenga en sucesor del bien materia del contrato.

Con respecto a la interpretación que hemos señalado, referente a una probable obligación alternativa que surgiría del texto del artículo bajo comentario, esta norma nos hace recordar la última parte del artículo 1478 del Código Civil Italiano, cuyos elementos mencionamos en páginas anteriores.

En el artículo 744 se concede al comprador la posibilidad de demandar la resolución del contrato si al momento de su celebración ignoraba que el bien era ajeno y además con posterioridad a su celebración, el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad en virtud de cualquiera de las posibilidades establecidas en el primer párrafo del artículo 743.

Sin duda alguna, el artículo bajo comentario es prácticamente una transcripción del texto del artículo 1479 del Código Civil Italiano de 1942, predecesor del sistema de la resolución del contrato de venta de bien ajeno, razón por la cual le son de aplicación nuestros comentarios al respecto. Éstos también son extensivos a todo el contenido del artículo 744, ya que como veremos en el párrafo siguiente, se repite casi de manera textual la norma del mencionado Código europeo.

De darse el supuesto de la primera parte del artículo 744, el vendedor estará en la obligación de devolver al comprador el precio, si es que éste hubiese sido pagado, independientemente del estado actual de la cosa, además de los gastos legítimos hechos en razón del contrato, deduciendo éstos de la utilidad obtenida por el comprador, si la disminución del valor o el deterioro del bien son resultado de una acción culposa de éste.

Por último, se señala que el vendedor debe reembolsar además los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa y, si era de mala fe, aun los gastos hechos en mejoras suntuarias.

La única diferencia entre ambas normas (la paraguaya y la italiana), es que el Código latinoamericano sistematiza mejor, en tres incisos, al mencionado artículo.

El artículo 745 contempla el caso de la venta de un bien parcialmente ajeno. Para éste, en el supuesto de haber actuado el comprador creyendo que el bien era de propiedad del vendedor, se le otorga la facultad de demandar la resolución del contrato

y la indemnización correspondiente, en los términos establecidos por el artículo 744, pero sólo en el caso en que la parte que no era de propiedad del vendedor hubiese sido determinante para la contratación. Del artículo bajo comentario, también puede deducirse, que de no ser fundamental, el comprador sólo podrá obtener una reducción del precio y el resarcimiento del daño.

Esta norma también es copia casi textual del artículo 1480 del Código Civil Italiano.

3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno

Por otra parte, tenemos a un grupo de Códigos Civiles que no incluyen norma alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, al que hemos denominado como «El sistema abstencionista». En dichos países, en ciertos casos, ha resucitado la vieja discusión francesa. Nosotros vamos a efectuar un rápido vistazo a dichos cuerpos legislativos en lo que respecta al particular.

El Código Civil Austríaco de 1811 no contiene normas respecto de los contratos sobre bienes ajenos, en cada uno de los contratos nominados a los que otorga tratamiento.

El Código Civil Español regula al contrato de compraventa a partir de su artículo 1445. En lo que a éste concierne, no contiene norma alguna respecto del contrato de venta de bien ajeno. Esta ausencia, sin duda, generó polémica entre los comentaristas de ese cuerpo legislativo. De un lado tenemos a quienes consideraban a esta venta como nula, como es el caso de Modesto Falcón,[117] quien señala lo siguiente:

> La venta de cosas ajenas es nula, porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece, mas con todo esta venta produce ciertos efectos entre vendedor y comprador, según los casos. Si sabía el comprador que el vendedor no era dueño de lo que vendía, cuando se vea obligado a restituir a su legítimo dueño las cosas que compró, no tendrá derecho a reclamar la restitución del precio más que en el caso concreto de que el vendedor se hubiera obligado a la evicción. Si ignoraba el comprador que el vendedor no era dueño de lo que le vendía, tendrá en todo caso derecho a que le reintegre el precio y abonen además los daños y perjuicios. La presunción de ignorancia ampara al comprador, porque es regla general de derecho que la buena fe se presume, mientras no conste lo contrario.

Si el primitivo comprador de una cosa careció de buena fe, porque sabía que no era del vendedor, este hecho, como personal, sólo a él le perjudica; los que después adquieran por título legal aquella cosa, pueden prescribirla. Si una cosa ajena se

[117] Falcón, Modesto. *Op. cit.,* tomo IV, p. 200.

vende y el comprador toma posesión de la misma, habrá de restituirla a su dueño, pero si vuelve a poder del vendedor por cualquier título legal, y éste la vuelve a vender, el primer comprador tiene un derecho preferente sobre el segundo. Lo contrario sucederá, si uno vende a otro cosa ajena y después la vende también su legítimo dueño, el segundo comprador tiene un derecho preferente sobre el primero, porque su título procede del dueño legítimo.

La opinión contraria es sostenida por Colin y Capitant,[118] quienes señalan que:

> En el Derecho Español la compraventa […] no es traslativa de propiedad, sino productora de obligaciones. De ahí que no sea condición esencial, para que la compraventa produzca los efectos que le son propios, que la cosa vendida pertenezca al comprador. Aunque no le pertenezca, nacerá para él la obligación de entregarla y, caso de que no realice la entrega, la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

Pero este es un tema superado en España, tal como manifiesta uno de los más renombrados tratadistas de ese país, Manuel Albaladejo,[119] quien se pronuncia, dentro de lo que significa un mayoritario criterio doctrinal, por la validez de la venta de la cosa ajena; pero bien hace en anotar que aquélla, «[…] a pesar de las contundentes razones que la abonan, no ha sido, sin embargo, enjuiciada siempre con claridad por la jurisprudencia y la doctrina, que a veces, por confusión de conceptos la han rechazado».

Tal vez las palabras de Albaladejo sirvan para entender lo que ha pasado en el Perú y otros países.

Otro Código Civil, en este caso, de los extremadamente importantes que no incluye norma alguna respecto a los bienes ajenos, es el Alemán (B.G.B.).

Sin embargo, los más renombrados comentaristas del Derecho Civil de ese país, Enneccerus, Kipp y Wolff,[120] señalan que se pueden vender no sólo las cosas y derechos propios, sino también, los ajenos; y que en tal caso, si el vendedor no puede procurar las cosas viene obligado a indemnización.

Otros Códigos Civiles que no hacen mención alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, son: el Código Civil Venezolano de 1880; el Código Civil Hondureño de 1906; el Código de las Obligaciones de Suiza de 1912; el Código Civil Chino de 1930; el Código Civil Brasileño de 1916 y el Proyecto de ese mismo país aprobado por la Cámara de diputados en el año de 1984. Sin embargo, esto ya fue precisado en páginas anteriores de este trabajo, motivo por el cual no haremos mayores alusiones sobre el particular.

---

118 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 104 y 105.

119 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 17.

120 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 16.

Para terminar con nuestros comentarios respecto del tratamiento que recibe el contrato de venta de bien ajeno en diversos Códigos Civiles extranjeros, no podemos omitir hacer referencia a una norma bastante interesante, comprendida en el Código Civil Cubano de 1988. Concretamente se trata del artículo 340, literal A. Si bien es cierto que esta norma no regula de manera expresa el contrato bajo comentario, señala, dentro de las obligaciones del vendedor, la de advertir al comprador de los derechos de terceras personas sobre el bien vendido, obligación que, entendemos, comprende el poner en su conocimiento el carácter total o parcialmente ajeno del bien. Esta norma establece además que, si se incumple aquella obligación, el vendedor deberá responder por los daños y perjuicios que ocasione dicho incumplimiento.

De acuerdo al artículo 1371 del Código Civil Peruano, la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. Será factible —por lo tanto— que si en un contrato de venta de bien ajeno, el vendedor no se ha hecho propietario del bien hasta el momento fijado para su entrega, deba al comprador los daños y perjuicios correspondientes, que deberá abonarle si es que se le demanda para tal efecto.

Sin embargo, cabe hacer algunos comentarios acerca de la resolución en materia de la venta de bien ajeno.

En el caso de la compraventa de bienes futuros, regulada en los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil Peruano, es posible pactar este contrato en cualquiera de los modos establecidos por las normas citadas.

El artículo 1534 establece que en el caso de la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Consideramos que sería plenamente factible, en el caso del contrato de venta de bien ajeno que las partes estableciesen un pacto de tal naturaleza, condicionado, no a la existencia del bien, como es obvio, sino al hecho de que el verdadero propietario del bien transfiera su propiedad al vendedor del mismo.

De acuerdo al artículo 1535, cabe la posibilidad, en lo que respecta a la compraventa de bien futuro, de que el comprador asuma el riesgo de la cuantía y calidad del bien. Consideramos que esta norma es privativa de la compraventa de bienes futuros, ya que al desconocerse cuáles serán las características numéricas o cuantitativas y cualitativas de un bien que todavía no tiene las características referidas en relación al contrato, será perfectamente factible —y hasta lógico— poder establecer un pacto de tal naturaleza.

Sin embargo, nos parece interesante detenernos en el caso previsto por el artículo 1536, ya que en este supuesto el comprador no asume, en la compraventa de esperanza incierta, sólo el riesgo de la cuantía y calidad del bien sino también el de su propia existencia, razón por la cual aún si el bien no llegase a «existir» (dentro de lo

que el artículo 1536 entiende por existencia), deberá pagar al vendedor el íntegro del precio pactado por el bien, tal como si éste hubiese llegado a «existir».

¿Acaso cabe un pacto de similares características respecto a la venta sobre bienes ajenos?

Naturalmente que en los mismos términos no, pero cabría introducir teóricamente, para el caso de la venta de bien ajeno, el elemento de la «posibilidad legal de transferir la propiedad».

Tal como en el supuesto del artículo 1536 el comprador puede asumir respecto del bien futuro el riesgo de su existencia, cabría la posibilidad, dentro de lo que significa un contrato de venta de bien ajeno, que el comprador asuma el riesgo de que el vendedor tenga o no, al momento previsto para que opere la transferencia de propiedad del bien la «posibilidad legal de transferir la propiedad» del mismo.

En caso que en una venta de bien ajeno el comprador haya asumido el riesgo citado en el párrafo anterior, de producirse en el momento previsto para que opere la transferencia de propiedad del bien, la imposibilidad legal de transferir dicha propiedad, el comprador se vería en la obligación de cancelar el íntegro del precio del bien, a pesar de recibir nada a cambio.

Sin embargo, no obstante esta posibilidad es admisible teóricamente, resulta difícil se dé en la práctica, ya que si bien sería un contrato aleatorio, se estaría dejando su ejecución, en la inmensa mayoría de casos, subordinada a la exclusiva voluntad de una de las partes, puesto que de ser el contrato uno en el cual el comprador no hubiese asumido el riesgo de la posibilidad legal de transferir la propiedad, el vendedor tendría necesidad de hacer todas las gestiones requeridas para hacerse dueño del mismo; de lo contrario, estaría obligado a resarcir al comprador los daños y perjuicios sufridos por tal incumplimiento, además de verse privado de cualquier contraprestación. En cambio, de haber asumido el comprador el riesgo de la posibilidad de la transferencia de propiedad del bien, un vendedor de mala fe, estaría amparado legalmente para abusar de su posición contractual, ya que se vería beneficiado, pues el no cumplimiento de su obligación, igualmente estaría recompensado por parte del comprador, con la ejecución de una obligación que no tendría correspondencia. Además, en un supuesto de tal naturaleza, el contrato no sería resoluble.

3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984

Únicamente el Código Civil Peruano de 1984 considera que la venta de bien ajeno es rescindible; ello, a través de lo establecido por los artículos 1539 y 1540 de dicho cuerpo legal. El resto de Códigos Civiles, como ha sido visto, se inclinan por estable-

cer las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o, por último, guardan silencio al respecto, con lo que se tendrían que aplicar —en esos casos— los respectivos principios generales.[121]

Ahora nos corresponde el análisis de la singular posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984.

Los elementos planteados por el artículo 1539 son los siguientes:

a) Que se haya celebrado un contrato de compraventa de bien ajeno.
b) Este contrato es rescindible a solicitud del comprador, reuniendo dos supuestos:
   b.1) Si el comprador desconocía que el bien no pertenecía al vendedor.
   b.2) Si el vendedor no ha adquirido el bien antes de la citación con la demanda.

El artículo 1539, dada su redacción y el contenido de las dos normas que lo preceden, plantea una serie de interrogantes que a nuestro entender pueden tolerar más de una respuesta coherente.

Como hemos señalado en su momento, el artículo 1537, que debería ser la norma que contuviese el principio general de la venta de bienes ajenos, no lo contiene, al remitir la regulación de este problema a los artículos 1470, 1471 y 1472, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y estaría, aparentemente, negando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno en estricto, exista dentro de nuestro Código Civil y que siempre debería estar sometido a la regulación de la figura antes mencionada, de cuya naturaleza difiere absolutamente.

Sin embargo, encontramos que el artículo 1539 el Código Civil Peruano trata expresamente de la venta de bien ajeno. Esto nos lleva a plantear dos situaciones:

---

[121] En este sentido podríamos establecer la siguiente relación:

a) Códigos Civiles que sancionan al contrato de venta de bien ajeno con nulidad absoluta:
   Código Civil Francés (artículo 1599), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1327), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1061: sólo aplicable a bienes inmuebles), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679), Anteproyecto Boliviano de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1046), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2124), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1794), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018), Código Civil Belga (artículo 1599), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459).
b) Códigos Civiles que sancionan con nulidad relativa o anulabilidad al contrato de venta de bien ajeno:
   Código Civil Argentino (artículos 1329 y 1330), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483), Código Civil Portugués de 1967; Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911).
c) Códigos Civiles que sancionan con resolución al contrato de venta de bien ajeno:
   Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).
d) Códigos Civiles que sancionan con rescisión al contrato de venta de bien ajeno:
   Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539).

a) A pesar de ser cierto que en el artículo 1539 se trata de la venta de bien ajeno, ésta estaría regulada por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en virtud de ser un pacto por el cual una parte (en este caso el vendedor), se compromete a obtener que otra (el comprador) adquiera la propiedad de un bien, y estar comprendido, por tanto, dentro del supuesto general del artículo 1537.
b) Podría plantearse el caso, dada la redacción del artículo 1539, que éste establezca un supuesto absolutamente distinto del comprendido en los artículos 1537 y 1538, permitiendo el Código Civil que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, y que establezca, para el caso en el cual el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, la posibilidad de que éste pueda demandar judicialmente la rescisión del contrato celebrado.

En adelante el desarrollo de estos criterios:

a) De sostener la primera de las interpretaciones señaladas, llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil Peruano impide que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, haciendo que este contrato no se rija por las reglas propias del contrato de compraventa, sino por las de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

   Podríamos llegar, en tal línea de pensamiento, a elaborar razonamientos nada claros respecto de esta figura, si señaláramos que la norma del artículo 1537 impide que se pacte un contrato de venta de bien ajeno, en estricto.

   Llegaríamos a concluir en situaciones tales que el conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien sería determinante, según la regulación de nuestro Código Civil, para saber si lo que los contratantes han celebrado es una venta de bien ajeno o una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, figura esta última que (por la innecesaria redacción del artículo 1537) habría que aplicar también al caso mencionado en el artículo 1539, en el que comprador y vendedor conocen que el bien es ajeno (ver última parte del artículo 1537).

   Entonces, nos encontraríamos ante la curiosa situación de que:

   a.1) Si ambas partes saben que el bien es ajeno, el comprador no podría solicitar la rescisión del contrato, pero este contrato del cual no podría pedir su rescisión no sería uno de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

   a.2) Si el comprador (por lo menos) desconoce que el bien era ajeno al momento de contratar, sí podría solicitar la rescisión del contrato celebrado, el que sería una venta de bien ajeno.

Estamos constatando cuán perjudicial resulta el haber incluido en el artículo 1537 la norma de remisión a la figura contenida en los artículos 1470 y siguientes.

Llegaríamos al absurdo de que no estaría expresamente legislada la venta de bien ajeno en estricto, es decir, cuando vendedor y comprador saben que el bien es ajeno y desean celebrar un contrato de compraventa y no uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero sí se contempla el caso en el cual el comprador cree que el bien es propio del vendedor y lo compra. Se considera este caso como compraventa y se otorga al comprador la facultad de solicitar su rescisión.

¿Es que acaso el legislador habría preferido legislar como compraventa un supuesto en el cual el comprador no ha expresado, necesariamente, su voluntad verdadera sobre otro en el que ambas partes saben perfectamente que quieren comprar y vender un bien ajeno?

¿Podría acaso entenderse que el artículo 1539 también se está refiriendo a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no a un contrato de compraventa? (Al fin y al cabo esto sería congruente con los artículos 1537 y 1538, precedentes).

b) Consideramos que el segundo de los supuestos que hemos anotado es el correcto.

Después de estudiar el Código Civil Peruano, hemos llegado a la firme convicción de que los artículos 1537 y 1538 regulan la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y que los artículos 1539, 1540, 1541 y 1542, regulan el contrato de venta de bien ajeno.

Lo que ocurre, es que todo el problema y confusión respecto del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil ha sido generado por la indebida, y ya criticada, redacción del artículo 1537 y por el hecho de que el artículo 1538 sea consecuente con éste.

En síntesis, el Código Civil Peruano contiene una doble e innecesaria regulación del problema. Tal vez habría bastado con los artículos 1539 y siguientes. Así todo sería más preciso.

La disposición contenida en el artículo 1409, inciso 2, que prescribe que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos, nos parece determinante para considerar que el resto del Código Civil y más aún, cuando regula lo relativo a los contratos que incluyen prestaciones de dar, debe seguir la misma línea. Sobre todo en el contrato más frecuente que incluye una obligación de dar por excelencia: la compraventa.

Por ello creemos que el artículo 1539, bajo comentario, no está referido, contrariamente a los dos artículos que le preceden, a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; pensamos esto pues se señala que el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, ya no podría plantear la acción de rescisión en caso el vendedor adquiera el bien antes de la citación con la demanda; y es lógico que sea así, pues el vendedor ya estará en aptitud de transferir al comprador la propiedad del bien, pues es a esto a lo que se comprometió en el contrato: a transferirle propiedad él mismo, y no a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Con esto vemos que el Código Civil, dentro de su confusión, llega a contemplar y distinguir ambos modos de adquisición de la propiedad del bien para el comprador.

Otro elemento determinante que veremos más adelante, por el cual se ratifica la tesis de que el artículo 1539 contempla una compraventa y no una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es la prevista reducción de precio del bien, regulada en el artículo 1540.

Entonces llegaríamos a la conclusión que, de acuerdo al artículo 1539, la venta de bien ajeno en estricto, sería válida y que sólo podría ser declarada (a través de una acción de rescisión) si el comprador hubiese creído que el bien vendido era propio del vendedor.

En tal sentido, la mayoría de Códigos Civiles consultados que regulan la venta de bien ajeno en estricto, otorgan al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien una acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato, ya sea ésta, de acuerdo a la regulación general que se da sobre el particular, una de nulidad, de anulabilidad, de resolución o rescisión. En cambio, respecto del comprador que conocía el carácter ajeno del bien, a pesar de que la mayoría de Códigos nada señala, los que sí lo hacen le prohíben interponer cualquier acción destinada a hacer perder eficacia al contrato.

Otro aspecto que muchas veces no se contempla en el tratamiento de este tema, es el caso del vendedor de buena fe, para el cual la mayoría de Códigos no otorgan expresamente acción alguna. Es el caso del Código Civil Peruano.[122]

---

[122] Para poder observar mejor cuál es el tratamiento legislativo que a nivel de los Códigos consultados y de las variantes planteadas se da sobre el particular, hemos elaborado la relación que seguidamente transcribimos:

a) Códigos Civiles que permiten expresamente al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394: anulabilidad); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, si entre tanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso

3.6.1. El problema de la rescisión del contrato

Sobre el tema de la rescisión de la venta de bien ajeno, la doctrina peruana ha asumido dos posiciones distintas: una favorable y una adversa. En adelante, nos referiremos a ambas:

I, a menos que el vendedor antes de la demanda hubiese hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539, a menos que el vendedor adquiera el bien antes de la citación con la demanda: rescisión); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744, si el vendedor no ha hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459: nulidad); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).

b) Códigos Civiles que permiten expresamente al comprador que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

   Ninguno.

c) Códigos Civiles que prohíben expresamente —o por argumento *a contrario*— al comprador que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

   Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394: anulabilidad); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479: resolución); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I: resolución); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539: rescisión); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744: resolución); Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459: nulidad); Proyecto de Reforma de Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).

d) Códigos Civiles que permiten al comprador de un bien ajeno interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia, pero que no distinguen si para interponer tal acción debió desconocer o no el carácter ajeno del bien:

   Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018: nulidad).

e) Códigos Civiles que permiten expresamente al vendedor que desconocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

   Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).

f) Códigos Civiles que permiten expresamente al vendedor que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

   Ninguno.

g) Códigos Civiles que prohíben expresamente al vendedor que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

   Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad).

h) Códigos Civiles que contemplan alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato, pero que no mencionan expresamente quién puede ejercer esa acción:

   Código Civil Francés; Código Civil Peruano de 1852; Código Civil Argentino; Código Civil Nicaragüense de 1903; Anteproyecto de Código Civil Boliviano elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943; Código Civil Portugués de 1967; Código Civil Mexicano de 1927; Código Civil Guatemalteco de 1973; Código Civil Panameño de 1917; Código Civil Belga.

3.6.1.1. Posición favorable a la rescisión del contrato

De acuerdo a lo expresado por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984,[123] la iniciativa de establecer la rescisión de este contrato partió de Manuel de la Puente y Lavalle, quien fuera ponente del título referido al contrato de compraventa en el seno de la comisión reformadora.

En adelante las expresiones de la Comisión Revisora sobre el particular:

Durante los debates para la aprobación de este precepto, el Doctor Jack Bigio Chrem expresó que con motivo de la elaboración del Proyecto de Código Civil de 1981 había intercambiado correspondencia con el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle sosteniendo la conveniencia de que este contrato fuera considerado anulable y no rescindible, tesis que no fue compartida por el Doctor De la Puente quien presentó su anteproyecto, estimando el contrato como rescindible. Igual temperamento siguió el Proyecto de Código Civil de 1981, que incluyó esta figura en el artículo 1569.

Que, con el transcurso de los años y habiendo meditado con detenimiento sobre la materia, consideraba que la solución más aconsejable era la de aceptar la solución del Proyecto de Código Civil de 1981, esto es, la de facultar al comprador a optar por la rescisión del contrato.

Agregó que mantener la solución del artículo 1394 del Código Civil de 1936 de admitir el contrato como anulable, implica necesariamente imponer al comprador la difícil prueba del error o del dolo. Sugirió que el legislador, en aras de proteger el derecho del comprador debería optar por el remedio de la rescisión, por cuanto mediante esta acción la probanza del actor es mucho más simple. Ello se explica en tanto que la anulabilidad exige prueba en relación al dolo o al error y la acción rescisoria la exige sólo en lo relativo al hecho preciso de que el comprador ignoraba que el bien no era de propiedad del vendedor en el momento de la celebración del contrato.

De otro lado, expresó, que la acción rescisoria, por tratarse de una acción personal prescribe en el plazo de 10 años, tal como establece el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil. En cambio, si se establece la acción de anulabilidad ésta se encuentra expedita sólo dentro de los 2 años de la celebración del contrato, de acuerdo al inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.

Indicó, asimismo, que en días recientes le había encargado a la alumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú doña Ana Lucía Camaiora Iturriaga, un estudio comparativo sobre los diferentes plazos de prescripción y caducidad que contenía el quinto Proyecto de Código Civil de febrero de 1984 aprobado por la Comisión Revi-

[123] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *El bien materia de la venta*. Diario oficial *El Peruano*, separata especial, lunes 11 de febrero de 1991, pp. 12 y 13.

sora, a fin de evitar las contradicciones que se habían advertido en el Código Civil de 1936, entre el plazo de prescripción de la acción real (20 años) y los de prescripción adquisitiva de dominio con y sin buena fe (10 y 30 años, respectivamente).

Que al recibir dicho trabajo había reparado, que si la Comisión Revisora proyectaba establecer un plazo de prescripción de 2 años para la acción de anulabilidad del acto jurídico, en la hipótesis de que se trata, de mantenerse la doctrina del artículo 1394 del Código Civil de 1936 de considerar la venta de bien ajeno como anulable, se podría dar el caso que a los 2 años y un día de celebrado el contrato, en la práctica, el comprador no podría solicitar la anulación del contrato por razón de error o dolo, ya que el vendedor estaría en condiciones de deducir exitosamente la excepción de prescripción extintiva.

Que, en tal situación el comprador se encontraría al descubierto, ya que en el caso de los inmuebles, no podría invocar la prescripción adquisitiva, según la cual se requiere una posesión de 5 ó 10 años, según que el comprador tenga buena o mala fe. Que por todo ello, proponía que se le permita plantear la acción de rescisión, que es una acción personal, y siendo la intención de la Comisión Revisora establecer el plazo de ésta en 10 años, dicho plazo concuerda con el plazo máximo de la prescripción adquisitiva de dominio, con lo cual la situación del comprador se encontraría debidamente protegida.

La Comisión Revisora, por las razones expuestas aprobó la propuesta del Doctor Bigio con el voto unánime de los Doctores Fernández Arce, Haya de la Torre, Castro Becerra y Velaochaga Miranda. (En la misma sesión, la Comisión Revisora acordó por unanimidad expresar su agradecimiento y felicitación a doña Ana Lucía Camaiora Iturriaga por la valiosa contribución que había efectuado al país).

Por su parte, el propio De la Puente[124] señalaba, a título de exposición de motivos, lo siguiente:

> Se ha visto que es requisito indispensable para que sea válida la llamada venta de la cosa ajena que el comprador conozca esta situación al momento de celebrarse el contrato. Si el comprador ignora que el bien no pertenece al vendedor en dicho momento, no puede conocer que el vendedor no se está obligando a transferirle la propiedad del bien, que es la finalidad del contrato de compraventa, sino únicamente se está obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño, o sea algo que no depende de su voluntad, por lo cual la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota.

Esto justifica que, en este caso, se conceda al comprador el derecho de pedir, cuando conozca que el bien es ajeno, la rescisión del contrato, para evitar que tenga

[124] De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, p. 210.

que quedar a la espera de que el vendedor le procure la propiedad del bien a través del verdadero dueño. El comprador, en virtud de este derecho de rescisión, puede, en cuanto se entere que el bien no pertenece al vendedor, obtener de inmediato la devolución del precio, si es que lo ha pagado, o liberarse de la obligación de pagarlo, si aún no lo hubiera hecho. El vendedor, por su parte, quedará liberado de su obligación de transferir al comprador la propiedad del bien.

Sobre el particular, Max Arias-Schreiber[125] sostiene lo siguiente:

> Al examinar el artículo 1537 señalamos que tenía un elemento condicionante, cual era que ambas partes supiesen que estaban celebrando un contrato de compraventa de bien ajeno. Pero si el comprador lo ignorase y no supiese, en consecuencia, que su derecho quedaba sujeto en definitiva al asentimiento del verdadero dueño o tercero, la situación se presenta distinta, y distinta es también la solución. Este comprador, en efecto, no tendrá por qué aceptar que su derecho al dominio esté mediatizado y por lo tanto le asiste la facultad de plantear la rescisión de la compraventa, con todos sus consecuentes efectos.

En 1991, cuando aparece la primera parte de la excelente obra de Manuel de la Puente, titulada «El contrato en general», el notable maestro vuelve a referirse al tema de la rescisión.

En tal sentido, y haciendo alusión a los comentarios que efectuáramos sobre el tema de la rescisión en la venta de bien ajeno en nuestro primer trabajo,[126] expresa[127] lo siguiente:

> Se ha sostenido que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía desde ese momento que existía la posibilidad de que el bien fuera ajeno, de tal manera que el hecho de que así sea no ha determinado que el comprador incurra en error.

Sobre la rescisión a que faculta el artículo 1539 en favor del comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato, Manuel de la Puente se volvió a pronunciar en un posterior trabajo,[128] con las siguientes consideraciones:

Puede darse que en el curso del plazo suspensivo inicial a que debe estar sujeto todo contrato de compraventa de bien ajeno, el comprador conozca que el bien es ajeno y que, consecuentemente, el vendedor tendrá que adquirir la propiedad

---

125 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis.* Tomo II, p. 50.

126 Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, p. 178.

127 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 444 y 445.

128 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 83 y 84.

del bien de su verdadero dueño para luego transferirla oportunamente al comprador.

Se ha visto que en la compraventa de bien ajeno el comprador se encuentra en la incertidumbre respecto a si el bien pertenece o no al vendedor.

El conocimiento de la ajenidad del bien hace cesar esa incertidumbre, pero en un sentido desfavorable para el comprador desde que sabrá que el vendedor no está actualmente en aptitud de transferirle directamente la propiedad del bien, sino que dicho vendedor tendrá que seguir el azaroso camino de obtener que el verdadero dueño le adjudique la propiedad del bien, para él, a su vez, transferirla al comprador. Este camino es azaroso por cuanto existe el álea o riesgo de que el verdadero dueño no adjudique la propiedad del bien al vendedor.

Tomando esto en consideración y con la finalidad de paliar el impacto del riesgo que corre el comprador, el artículo 1539 le concede la opción entre mantener la vigencia del contrato de compraventa o solicitar su rescisión, con lo cual el comprador quedará liberado de su obligación de pagar el precio.

La razón por la cual la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la incertidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia desde dicho momento. El bien ya era propio o ajeno del vendedor cuando se celebró el contrato.

Debe tenerse presente que el conocimiento por el comprador durante el plazo suspensivo inicial de la ajenidad del bien no significa que el vendedor haya incumplido su obligación de transferirle la propiedad del bien, desde que esa obligación sólo va a ser exigible al vencimiento de dicho plazo. No cabe, pues, entablar dentro de tal lapso una acción de resolución judicial por incumplimiento del vendedor.

Se ha sostenido que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía al momento de celebrar el contrato que, por razón del principio contenido en el artículo 1409 del Código Civil, en todo contrato de compraventa en que no se indica quién es el dueño del bien existe la posibilidad de que el bien sea ajeno, desde que ello está permitido. Cuando después de celebrado el contrato de compraventa el comprador conoce que el bien es ajeno del vendedor, lo único que ocurre es que se convierte en certeza algo que antes era sólo una posibilidad, pero no que el comprador haya comprado creyendo razonablemente que el bien era propio del vendedor.

3.6.1.2. Posición contraria a la rescisión del contrato

Esta posición nos corresponde, y seguimos creyendo en ella, por los fundamentos que sobre el particular hemos expresado en anteriores investigaciones[129] y en el presente trabajo, por lo que no vamos a incidir sobre el particular.

3.6.2. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta por parte del propietario del bien

Como hemos visto, a pesar de no contener el artículo 1599 del Código Civil Francés ninguna disposición en tal sentido, diversos comentaristas de este Código y la inmensa mayoría de la jurisprudencia francesa del siglo XIX avalaban la posibilidad de que la nulidad establecida por el artículo 1599 para la venta de bien ajeno, fuese subsanada en virtud de la ratificación posterior que hiciese el propietario del bien respecto de dicha venta. Sobre este punto ya señalamos las opiniones de Foignet, los Mazeaud, Planiol y Baudry-Lacantinerie.

Nosotros compartimos la opinión de Foignet en el sentido en que esta solución, si bien tiene bondades en el ámbito práctico, es contraria al Derecho, ya que la confirmación de un acto anulable sólo puede ser efectuada por una de las partes y nunca por un tercero.

En adición a estos comentarios, podríamos sostener que en el caso de producirse la venta de un bien ajeno y que en esa legislación esta figura estuviese atacada de algún vicio que pueda acarrear la invalidez del contrato, la ratificación del propietario, sólo podría revestir, en la mayoría de casos, la forma de un nuevo contrato entre el verdadero propietario y el comprador del contrato original, lo que no impediría que el contrato original haya sido incumplido por parte del vendedor, ya que la propiedad le será transferida al comprador o adquirente en virtud de un segundo contrato. ¿Qué otra forma podría revestir la ratificación del propietario, distinta a la señalada? Creemos que ninguna otra. Por tal razón, ya estaríamos hablando de un segundo contrato y no del original, el mismo que habría sido incumplido.

Hemos podido encontrar algunos Códigos Civiles que sostienen el principio de la ratificación por el propietario, señalando que aquélla salva al contrato del vicio del cual estaba atacado.[130]

---

[129] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, pp. 172-181; y Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, p. 304.

[130] Estos Códigos son los siguientes:

Código Civil Argentino (artículo 1330, primera parte); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 912); Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1064); Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568); Código Civil Colombiano (artículo 1874); Proyecto de Código Civil de

3.6.3. Posibilidad de convalidación del vicio que hace rescindible a la venta de bien ajeno

Como es sabido, el acto anulable es susceptible de confirmación, tema que se encuentra regulado en los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil Peruano.[131]

Sin embargo, no existen normas relativas a la posibilidad de confirmar un contrato rescindible, por parte del contratante que se haya perjudicado en dicho contrato con la existencia del vicio. No obstante, pensamos que resultarían aplicables, por analogía, las normas relativas a la confirmación del acto jurídico.

Por lo demás, si la parte perjudicada dejase transcurrir el plazo de prescripción de diez años que el Código Civil establece para dicha acción (artículo 2001, inciso 1), se estaría produciendo, tácitamente, una confirmación del acto que era rescindible.

Idoneidad del artículo 1539

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Para arribar a la solución del artículo 1539 actual no se requiere sino aplicar los principios que el propio Código Civil recoge en Derecho de Obligaciones y la Parte General de Contratos.[132]

Andrés Bello (artículo 2003-A); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 743, segundo párrafo); Código Civil Ecuatoriano (artículo 1785); Código Civil Chileno (artículo 1818).

Los Códigos Civiles de Costa Rica, Ecuador y Chile, asignan al comprador los derechos de tal desde el momento de la celebración del contrato. El Código de Colombia se los asigna desde el momento de la ratificación por el propietario.

En el Código Civil Peruano de 1984 no se recoge este principio, lo que nos parece acertado por las razones anteriormente señaladas.

[131] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 230.- «Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo».

Artículo 231.- «El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad».

Artículo 232.- «La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma».

[132] En ocasión anterior (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, p. 446) consideramos conveniente proponer la modificatoria del artículo 1539, por un numeral que tuviera la siguiente redacción:

Artículo 1539.- «En los casos de anulación previstos en los artículos 1537 y 1538, la parte contra quien aquélla se declare deberá pagar a la otra una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, si hubiese actuado dolosamente.

Si el contrato fuese anulado, el vendedor deberá devolver el precio recibido; salvo que hubiese actuado dolosamente, caso en el cual deberá reembolsar al comprador el valor que tendría el bien vendido al momento de efectuar dicho pago al comprador.

En caso de que el contrato fuese anulado, el contratante que hubiese pagado indebidamente intereses y tributos del contrato, o efectuado gastos relativos al mismo, tendrá derecho al reembolso de éstos por el otro contratante, salvo que hubiese actuado dolosamente.

En caso de haberse introducido mejoras en el bien, por parte del comprador y el contrato fuese anulado, aquél pierde todo derecho sobre las mismas, si hubiese actuado dolosamente».

Nuestro artículo 1539 preveía que en los casos de anulación contemplados en nuestros artículos 1538 y 1539, la parte contra quien aquélla se declare debería pagar a la otra una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, pero en el exclusivo caso de haber actuado dolosamente. Con esta redacción, pensábamos remediar el gravísimo defecto del actual artículo 1541 del Código Civil, ya que éste establece la obligación para el vendedor de pagar al comprador la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, independientemente de si éste hubiese actuado o no con dolo.

Creíamos que con la redacción del actual artículo 1541 del Código Civil se contravenía lo dispuesto por el artículo 207 del Código Civil, en el sentido de que si un acto es anulado por error, no da lugar a indemnización entre las partes; ya que al haber establecido que ese acto es rescindible y no anulable, la norma del artículo 207, hoy en día no sería de aplicación al caso, dándose la injusticia de un vendedor de buena fe que eventualmente deba pagar indemnización de daños y perjuicios al comprador.

En tal sentido, creíamos que nuestra propuesta de artículo 1539 era justa. Además, considerábamos que debería pagar indemnización de daños y perjuicios cualquier contratante doloso respecto del otro contratante, y no circunscribir dicha obligación al vendedor.

Además proponíamos introducir una disposición en el sentido de que si el contrato fuese anulado, el vendedor debería devolver el precio recibido, pero si hubiese actuado de mala fe, no sólo debería reembolsar el precio recibido, sino el valor que tendría el bien vendido al momento de efectuar dicho pago al vendedor. Esta última inclusión, tenía por sentido impedir se produzca una injusticia respecto del comprador que hubiese viciado su voluntad por dolo del vendedor o de tercero, y evitar asimismo, un enriquecimiento indebido por parte del vendedor.

El actual artículo 1541 del Código Civil establece que el vendedor debe reembolsar al comprador los gastos, intereses y tributos del contrato, efectivamente pagados por el comprador, y todas las mejoras introducidas por éste. Nos parecía inadecuado sólo haber previsto el reembolso de los gastos, intereses y tributos por parte del vendedor, y que le asistiría igual derecho para reclamar su devolución en caso el contrato fuese anulado. Sin embargo, considerábamos necesario y justo impedir que un contratante que hubiese actuado dolosamente se beneficie por un hipotético reembolso de los mismos.

Respecto de las mejoras, nos parecía de equidad considerar que en caso de que el contrato fuese anulado, el comprador doloso perdiera cualquier derecho sobre las mismas.

Pero todos nuestros reparos y temores no ameritaban la creación de una norma, pues la solución se obtiene en virtud de los principios generales de Derecho de Obligaciones y de la Parte General de Contratos.

VENTA DE BIEN PARCIALMENTE AJENO

> Artículo 1540.- «En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio».

Fuentes nacionales del artículo 1540

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936; ni en el Código Civil de 1936.

El tema es abordado por primera vez por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 15:

> Artículo 15.- «Si en el caso del artículo 13 el bien es sólo parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre pedir la resolución del contrato o pedir la reducción del precio. En el primer caso, es de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior».

Luego es tratado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1571:

> Artículo 1571.- «Si en el caso del artículo 1569 el bien es sólo parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre pedir la resolución del contrato o la reducción del precio. En el primer caso, es de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior».

Y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1503:

> Artículo 1503.- «En el caso del artículo 1502, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio».

Fuentes y concordancias extranjeras

Guardan concordancia con lo establecido por el artículo 1540 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Argentino (artículo 1331), el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1064), el Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2569), el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1480), el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 902), el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 597), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 660), el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 745), el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1328) y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 913).[1]

Análisis

1. Supuestos de venta de bien parcialmente ajeno

Son diversos los supuestos que la doctrina nacional entiende como susceptibles de estar comprendidos dentro de los alcances del artículo 1540, bajo comentario.

---

[1] Los textos de los artículos mencionados son los siguientes:

- *Código Civil Argentino:*

  Artículo 1331.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aun respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato».

- *Código Civil Costarricense de 1888:*

  Artículo 1064.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, como perteneciéndole por entero, es válida en cuanto a la parte del vendedor, mas si el comprador ignoraba el vicio de la venta, podrá rescindirla».

- *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

  Artículo 2569.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato.

  Es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo que precede».

- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*

  Artículo 913.- «Si uno de los comuneros hubiera vendido la totalidad del bien, y el acto quedare ulteriormente sin efecto por aplicación de las reglas del condominio, deberá satisfacer los daños y perjuicios al comprador de buena fe».

- *Código Civil Italiano de 1942:*

  Artículo 1480.- «Venta de cosa parcialmente ajena.- Si la cosa que el comprador consideraba de propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior, cuando deba considerarse según las

A continuación, pasaremos revista de los mismos:

1.1. Venta de un conjunto de bienes de los cuales algunos son propios y otros son ajenos

Sobre la pertinencia de este supuesto nos hemos pronunciado Manuel de la Puente y Lavalle[2] y el autor de estas páginas,[3] aunque se han disipado nuestras reservas relativas a considerar a esta hipótesis como una de venta de bien parcialmente ajeno.

---

circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario, igualmente puede obtener sólo una reducción del precio además del resarcimiento del daño».

- *Código Civil Portugués de 1967:*
  Artículo 902.- «(Nulidad parcial del contrato) Si los bienes fueren sólo parcialmente ajenos, y el contrato vale en la parte restante por aplicación del artículo 292, se deben observar las disposiciones anteriores en cuanto a la parte nula y reducirse proporcionalmente el precio estipulado».
- *Código Civil Boliviano de 1976:*
  Artículo 597.- «(Venta de cosa parcialmente ajena).
  Cuando la cosa es sólo parcialmente ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, conforme al artículo anterior, si, de acuerdo a las circunstancias, el comprador no hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario. En caso contrario puede pedir la reducción en el precio además del resarcimiento».
- *Proyecto de Código Civil Colombiano:*
  Artículo 660.- «Si el vendedor, por no ser propietario de la cosa o estar gravada, se encuentra imposibilitado para cumplir la obligación de proporcionarle propiedad o el respectivo derecho al comprador, podrá éste pedir directamente la restitución inmediata del precio aumentado en un 20%, sin necesidad de instaurar previamente la acción de resolución judicial a que se refieren los artículos 472 a 474. Si persevera en el contrato podrá pedir directamente la indemnización de perjuicios.
  Si la cosa pertenecía sólo en parte al vendedor, podrá el comprador ejercer la acción mencionada en el párrafo anterior o pedir una reducción del precio pagado. Esta misma norma se aplicará cuando sobre la cosa existiere un gravamen no denunciado por el vendedor».
- *Código Civil Paraguayo de 1987:*
  Artículo 745.- «Si la cosa que el comprador creía ser de la propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, podrá el comprador pedir la resolución del contrato con el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior cuando, según las circunstancias, deba considerarse que él no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario; e igualmente puede obtener sólo una reducción del precio, además del resarcimiento del daño».
- *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987:*
  Artículo 1328.- «Es válida la venta de cosa total o parcialmente ajena. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador».

[2] De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, p. 211.

[3] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, p. 189; y Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, p. 302.

Respecto a nuestra posición inicial acerca de este punto, ha hecho alusión Manuel de la Puente, cuando ha expresado[4] lo siguiente:

> Castillo no está convencido de la conveniencia de incluir, dentro de los supuestos de compraventa de bien parcialmente ajeno, la primera posibilidad, ya que si bien resulta evidente que lo que priorizaría en un contrato de esta naturaleza sería el hecho de que los bienes estén siendo vendidos como conjunto, y éste debiese ser tomado como un todo, como una unidad, no por venderse los bienes en esta forma, éstos dejarían de tener individualidad propia. No por ello se dejaría de estar vendiendo algunos bienes totalmente propios y algunos otros totalmente ajenos.

1.2. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta en calidad de copropietario con otra(s) persona(s)

Sobre este supuesto también nos hemos pronunciado Manuel de la Puente y Lavalle,[5] y el suscrito.[6]

1.2.1. Contradicción existente entre los artículos 1540 y 978 del Código Civil

El artículo 977 del Código Civil recoge la regla general por la cual se rigen los bienes sujetos a condominio. Esta norma establece que cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos, pudiendo también gravarlos.

Pero la siguiente norma es la que reviste singular importancia en relación al artículo 1539, bajo comentario. Se trata del artículo 978, precepto que señala que 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.

Se entiende que esta norma, al referirse a «acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva», puede comprender actos de disposición, llámense donación o venta del bien en condominio.

Los dos artículos bajo análisis, el 1540 y el 978 prevén, entonces, la posibilidad de que un copropietario venda un bien ejerciendo sobre él derechos que no tenía en exclusividad.

Pero el artículo 1540 combina, a su vez, dos figuras que vienen a ser lo mismo: la venta de la totalidad de un bien en condominio por uno de sus condóminos y que dicho bien tenga el carácter de parcialmente ajeno.

---

4 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. p. 68.

5 De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, p. 211.

6 Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, pp. 189-191; y, Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, p. 302.

Como vemos, estos dos artículos se ocupan, bajo diferente regulación, de un mismo asunto, ya que un bien en condominio es obviamente un bien parcialmente propio y por lo tanto, parcialmente ajeno.

Si la normatividad y efectos de ambos artículos fuese la misma, aparte de la innecesaria doble regulación, no se plantearía ningún problema, pero lamentablemente, ello no es así.

El artículo 978 otorga validez a la venta en esas condiciones, sólo desde el momento en que se adjudica el bien (entiéndase la totalidad del bien) o la parte al copropietario que practicó dicha venta. La adjudicación de la totalidad o de la parte correspondiente, se entendería, según aquello de que haya dispuesto dicho copropietario.

En otras palabras, para el artículo 978, una venta de estas características, en principio no es válida, 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 partición correspondiente. 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.

El problema para los artículos 1539 y 1540 estriba en que el contrato, mientras no se plantee la acción de rescisión, es un contrato que surte efectos. En cambio para el artículo 978, no es válido mientras no se produzcan los supuestos en él contemplados.

Consideramos que el problema derivado del conflicto que plantea uno de los tres supuestos del artículo 1540 y el artículo 978, podría ser solucionado aplicando el principio de especificidad, es decir, que cuando estemos frente a un caso de compraventa de un bien sujeto al régimen de copropiedad, y uno de sus copropietarios venda una parte materialmente individualizada de dicho bien o la totalidad del mismo, sería de aplicación el artículo 978 y cuando nos encontremos frente a cualquiera de los otros dos supuestos pasibles de ser comprendidos por el artículo 1540, éste resultaría aplicable.

Pero mayor será el problema, de acuerdo al artículo 1540, en caso ambas partes contratantes conozcan que el bien en condominio es sólo parcialmente ajeno, con lo que este contrato sería válido desde el momento de su celebración, a diferencia del supuesto del artículo 978, que lo considerará válido sólo desde un probable momento posterior a dicha celebración.

1.3. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra(s) persona(s), pero no en calidad de copropietarios sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien

Para poder precisar aún más estos conceptos, debemos señalar que este supuesto debe ser analizado en función de la finalidad unitaria a la que está destinado un bien con-

siderado en sí mismo o en relación al contrato del cual sea objeto de una prestación. En este sentido, por ejemplo, si lo que se ha pactado es un contrato de compraventa de un televisor antiguo y este aparato está conformado por algunas partes que son de propiedad del vendedor (por ejemplo, la pantalla y todos los transistores) y por otras que no son de propiedad del vendedor (por ejemplo, las patas y el armazón), pero, como vemos, cada una de estas partes está perfectamente individualizada, es obvio que hablamos de un bien parcialmente propio y a la vez, parcialmente ajeno. Pero en este caso, si bien podríamos decir que estamos frente a un contrato en el cual se están vendiendo algunos bienes propios (la pantalla, por ejemplo) y algunos bienes ajenos (las patas), este razonamiento no lo consideramos sostenible, ya que los bienes mencionados no tienen una utilidad práctica de acuerdo a los dos criterios esgrimidos anteriormente, es decir, formando parte del televisor. Este es el bien y no aquéllos.

Sin embargo, debemos admitir que una hipótesis como la descrita sería más de laboratorio que de la práctica cotidiana.

1.4. Venta de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, por parte de uno solo de los cónyuges

Sobre este supuesto no habíamos reparado en nuestras anteriores investigaciones. Sin embargo, vamos a ocuparnos del mismo, dada la enorme importancia teórica y práctica que presenta.

De acuerdo a lo prescrito por el Código Civil Peruano, en su artículo 301,

> Artículo 301.- «En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad».

En el artículo 302 se establece cuáles son los bienes propios de cada cónyuge, en tanto que en el artículo 310 se prescribe que son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

Asimismo, en virtud de lo prescrito por el artículo 311, inciso 1, para la calificación de los bienes (propios o sociales) se requiere la existencia de determinadas reglas, la primera de las cuales informa que todos los bienes se presumen sociales salvo prueba en contrario.

Por otra parte, en el artículo 315 del mencionado cuerpo legal se establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Así, expuestas las normas en vigencia sobre el régimen patrimonial en el matrimonio, queda claro que si alguno de los cónyuges desea disponer (enajenar) un bien propio de la sociedad conyugal, necesariamente deberá contar con el asentimiento del otro cónyuge.

Ahora bien, si uno de los cónyuges procediera a vender por sí solo (es decir, sin intervención expresa o tácita del otro) un bien social, cabría preguntarnos —en primer lugar— si estamos en presencia de una venta de bien parcial o totalmente ajeno; y, en segundo término correspondería cuestionar si es que dicho contrato es nulo o rescindible.

En relación al carácter de un bien social, consideramos que resulta claro que el mismo pertenece a la sociedad conyugal, entendida como una institución autónoma y distinta de los cónyuges, quienes son los representantes de dicha sociedad conyugal. Pero el régimen de propiedad que plantea una sociedad conyugal no es similar al de la copropiedad, así como tampoco se rige por sus mismas reglas, sino por conceptos diferentes y especiales.

Entonces queda claro que si uno de los cónyuges vende un bien de la sociedad conyugal, sin el asentimiento del otro, nos encontraremos en presencia de una venta de bien totalmente ajeno, ya que la persona vendedora no es siquiera parcialmente propietaria de dicho bien, el mismo que pertenece en su totalidad a la sociedad conyugal.

En segundo lugar, trataremos de absolver la interrogante en el sentido de si al producirse el supuesto mencionado, nos encontraríamos frente a un acto nulo o ante uno rescindible.

Pensamos que por más que se quiera, no podría argumentarse la nulidad como consecuencia de lo prescrito en el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil. Dicha norma, si bien imperativa, no establece sanción de nulidad para el acto celebrado en estos términos.

Pensamos que en relación al cónyuge no interviniente, el contrato celebrado no surtiría efecto alguno, pues los contratos sólo surten efecto entre las partes que los celebran y sus herederos (argumento del artículo 1363 del Código Civil, que recoge el antiguo principio romano res inter alios acta). Esto equivale a decir que los efectos de dicho acto celebrado no por la sociedad conyugal, sino por una persona que por sí sola no la representa, resulta equivalente a la venta de un bien totalmente ajeno. Así, si la persona afectada no hubiese sufrido despojo del bien, dicho acto no le afectaría en la práctica. Si hubiese sido despojada del mismo, podría intentar interponer una acción reivindicatoria para recuperar el bien, ya que esta acción no constituiría un acto de desposesión, sino un acto de administración de los bienes de la sociedad, para cuyos efectos se encuentra facultado cualquiera de los cónyuges, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del artículo 314 del Código Civil.

En relación a los derechos del comprador perjudicado, estos son los mismos que otorga el artículo 1539 y los complementarios establecidos en el artículo 1541 del Código Civil Peruano, de los cuales nos ocupamos oportunamente a lo largo de este trabajo.

Finalmente, consideramos que para evitar problemas de orden interpretativo, hubiera sido conveniente que la redacción del artículo 315 del Código Civil fuese distinta, tema del que nos hemos ocupado en una anterior investigación.[7]

Por último, debemos expresar nuestra opinión favorable a que el artículo 315 no sancione con nulidad la omisión de la participación del cónyuge en la celebración del contrato. La práctica enseña que si ese fuese el caso, más del 90% de contratos de compraventa de este tipo serían nulos por celebrarse sin autorización ni participación del otro cónyuge.

De otro lado, independientemente de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 315, en el sentido en que lo establecido en el primer párrafo de la norma no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges, debemos decir que de sólo analizar la eventualidad de que se exigiera la participación de ambos cónyuges en caso de adquisición de bienes, tal situación sería absolutamente contraria a las necesidades del tráfico mercantil.

Por último, podríamos pensar que el supuesto del primer párrafo del artículo 315 del Código Civil sería uno de falta de legitimación para obrar; ello, pues las nulidades se encuentran taxativamente enumeradas por el Código Civil, de ahí que, como ha

---

[7] En nuestra obra «Tentaciones académicas» (Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil Peruano de 1984*, tomo II, pp. 364-365) expresamos las siguientes consideraciones sobre el particular, fundamentalmente en torno a una eventual modificación del artículo 315 del Código Civil:

Artículo 315.- «Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere de la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

Si se contraviniera lo estipulado en este artículo, el acto será ineficaz».

Fundamento.- Con el último párrafo que agregábamos al artículo 315, buscamos evitar erróneas interpretaciones acerca de la naturaleza de los actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad conyugal por parte de uno solo de los cónyuges.

Además evitaríamos el problema de concordancia que existe actualmente entre este numeral y el artículo 1540 del Código Civil, que advirtiéramos en el año 1990 en nuestra obra «Los contratos sobre bienes ajenos» (Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, p. 190 y 191), en la eventualidad de que podamos considerar que un contrato de esta naturaleza sea una venta de bien parcialmente ajeno o una venta de bien totalmente ajeno, actos que, como sabemos son válidos, pero pueden llegar a ser ineficaces.

sido dicho, el acto sería ineficaz respecto del cónyuge que no participó en su celebración, pero no sería nulo.

2. Opción del comprador entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio

Como hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, el Código Civil Peruano, en sus artículos 1537 y 1538 no contempla la venta de bien ajeno. Contiene en ellos la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y la novación legal de la promesa en una compraventa. Pero en los artículos 1539 y 1540 sí regula al contrato de venta de bien ajeno.

Sería absurdo pensar que los artículos 1539 y 1540 tratan acerca de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

La opción del comprador ignorante de que el bien era ajeno está entre demandar judicialmente la rescisión del contrato de compraventa que ha celebrado y demandar judicialmente la reducción del precio del bien. Esta reducción es del precio del bien, por lo que no podría referirse a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero de la que no se podrá tomar ninguna referencia para efectuar dicha reducción en el monto contractualmente convenido, ya que el precio del bien sería establecido en un segundo contrato, éste sí de compraventa, celebrado entre el tercero y el promisario.

Pero ahora nos enfrentamos a otro problema: ¿A cuál de los tres supuestos señalados sería aplicable la facultad de reducción del precio del bien?

Sin duda alguna podría serlo para los casos en que parte de la totalidad de bienes vendidos sean ajenos y parte no (primer supuesto) y para el caso en que parte materialmente determinada sea propia y otra, de igual condición, ajena (tercer supuesto).

Pero para el caso en que el bien vendido se halle en situación de copropiedad, la facultad del artículo 1540 sería inaparente, ya que está destinada a que el comprador, al solicitar la reducción del precio, lo haga para, por un precio menor, tener la seguridad de recibir en propiedad la parte del bien o de los bienes sobre los que contrató, que en realidad le pertenezcan al vendedor y, de este modo, no correr ningún riesgo de imposibilidad material de cumplimiento futuro respecto de aquella parte del bien o de los bienes que al momento de la contratación no pertenecen al vendedor.

En el caso de los bienes sujetos al régimen de copropiedad, al comprador no le otorgaría mayor ventaja (o una ventaja definitiva) obtener la reducción del precio pactado, ya que de vender el copropietario una parte materialmente determinada del bien o la totalidad del mismo, según las normas relativas a la partición, para que dicha operación sea válida sería necesario que se le adjudique en propiedad la parte material vendida o la totalidad del bien, de ser el caso. Antes, el bien continuaría

siendo indiviso y el comprador no tendría ninguna seguridad respecto de que posteriormente el vendedor le pueda transferir su propiedad.

El artículo 1540 contempla, al igual que el numeral 1539, la posibilidad de solicitar judicialmente la rescisión del contrato. Aquí también son aplicables los comentarios que sobre la rescisión hicimos cuando tratamos acerca de la última norma citada. A este respecto el Código Civil Peruano de 1984 no es el único que contempla u otorga la facultad al comprador que desconocía el carácter de parcialmente ajeno del bien, de demandar judicialmente la rescisión del contrato. En este sentido el Código Civil Costarricense de 1888, en su artículo 1064, es del mismo parecer.[8]

3. Magnitud de la parte ajena del bien para que proceda la rescisión del contrato

Uno de los puntos sobre los cuales no se pronuncia el artículo 1540 del Código Civil Peruano, es el relativo a la magnitud que debe tener la parte ajena del bien en relación a la integridad del mismo.

Estimamos que dada la importancia que tiene el hecho de ser propietario de la integridad de un bien y, por tanto, poder ejercer a plenitud los derechos que ello implica, no se podría hablar aquí de porcentajes o fracciones que resulten necesarios para demandar la rescisión del contrato.

---

[8] Seguidamente, haremos una enumeración de los Códigos Civiles que contemplan el contrato de venta de un bien parcialmente ajeno, según la causal de invalidez o de ineficacia que se establece para el particular:

a) Códigos Civiles que sancionan con la nulidad total el contrato de venta de bien parcialmente ajeno:
Código Civil Argentino (artículo 1331); Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2569); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 902, cuando se demuestra que el contrato no hubiera sido concluido por la parte viciada).

b) Códigos Civiles que sancionan con resolución el contrato de compraventa de una cosa parcialmente ajena, cuando la parte ajena haya sido determinante para la celebración del contrato:
Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1480); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 597); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 745).
Estos Códigos Civiles también otorgan al comprador el derecho a solicitar la respectiva indemnización.
Para cuando la parte ajena no haya sido determinante en la celebración del contrato, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1480) sólo concede al comprador la posibilidad de solicitar la reducción del precio, además del resarcimiento del daño; en tanto el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 509) y el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 745), también conceden similar acción.

c) Códigos Civiles que establecen expresamente la validez del contrato de compraventa de un bien parcialmente ajeno:
Código Civil Portugués de 1967 (artículo 902, salvo cuando se demuestre que el contrato no hubiera sido concluido sin la parte viciada); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1328).

En este sentido bastará que una parte del bien, por más mínima que fuere, sea ajena, para que proceda dicha rescisión, la misma que (a diferencia del problema planteado en el caso del artículo 1533, referido a la compraventa de bienes parcialmente pasados) nunca podría ser calificada de arbitraria o de que configure un supuesto de abuso del derecho.

Concluyendo nuestro análisis del artículo 1540, citamos aquella Ejecutoria Suprema de fecha 6 de abril de 1995, según la cual:

La venta hecha por el cónyuge de un bien de propiedad de la sociedad conyugal, no está afectada de nulidad. El acto jurídico traslativo estaría limitado a la cuota o parte que le correspondería cuando se liquide el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por lo que la venta estaría sujeta a un plazo indeterminado.[9]

Idoneidad del artículo 1540

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Nuestra derogatoria se inspira en que se llegaría a similar solución en virtud de los principios generales que contiene el propio Código Civil.

9 Ledesma Narváez, Marianella. *Ejecutorias*, tomo II, pp. 38 y 39.

Otras consecuencias de la venta de bien ajeno

> Artículo 1541.- «En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.
> Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste».

Fuentes nacionales del artículo 1541

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936.

El tema fue abordado por primera vez en el Código Civil de 1936, artículo 1394:

> Artículo 1394.- «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios».

Luego en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, artículo 14:

> Artículo 14.- «En el caso de la resolución a que se refiere el artículo anterior, el vendedor deberá devolver al comprador el precio que haya recibido, aun cuando el bien disminuya su valor o se deteriore. Además, el vendedor deberá indemnizar al comprador los perjuicios que haya sufrido y reembolsarle los gastos e impuestos del contrato que efectivamente haya pagado y todas las mejoras introducidas por él».

En el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1570:

> Artículo 1570.- «En el caso de la resolución a que se refiere el artículo anterior, el vendedor deberá devolver al comprador el precio que haya recibido, aun cuando el bien disminuya su valor o se deteriore. Además, el vendedor deberá indemnizar al comprador por daños y perjuicios que haya sufrido y reembolsarle los gastos e impuestos del contrato que efectivamente haya pagado y todas las mejoras introducidas por él»

Y en el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1504:

> Artículo 1504.- «En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1502 y 1503, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos. Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste».

Análisis

1. Obligaciones que surgen de los supuestos de rescisión de la venta de bien total o parcialmente ajeno

Podríamos considerar a los siguientes como elementos constitutivos del artículo 1541 del Código Civil Peruano:

a) Debe haberse producido alguno de los supuestos de demanda judicial de rescisión del contrato a que se refieren los artículos 1539 y 1540.
b) El vendedor debe restituir al comprador el precio recibido.
c) El vendedor debe pagar al comprador la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.
d) El vendedor debe pagar al comprador los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por este último.
e) El vendedor debe reembolsar al comprador todas las mejoras introducidas por éste en el bien.

La norma contenida en este artículo tiende a restablecer el equilibrio contractual en caso el comprador, que hubiese ignorado el carácter de total o parcialmente ajeno del bien, se hubiese visto perjudicado en alguno de los supuestos contemplados en los elementos (b) a (c) del artículo 1541, antes señalados.

Ya el artículo 1349 del Código Civil Peruano de 1936 contenía una disposición en el sentido en que el comprador que había contratado desconociendo el carácter

ajeno del bien, podía demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios.[1]

1.1. Obligación del vendedor de restituir al comprador el precio recibido

Si bien es cierto que el Código Civil impone al vendedor la obligación de devolver el precio recibido, en caso se rescinda el contrato, entendemos que hubiera sido de justicia establecer que en caso hubiese actuado de mala fe, no sólo deba devolver el precio, sino el valor que tendría el bien al momento de efectuar dicho pago al comprador. Esto tendría el sentido de impedir una injusticia derivada de una eventual desvalorización de la moneda y evitar, asimismo, un enriquecimiento indebido por parte del vendedor.

En otras palabras, consideramos que si el vendedor hubiera actuado de buena fe, debería imponérsele una obligación de carácter netamente nominalista, en tanto si hubiese actuado de mala fe, ella debería tener carácter valorista.

1.2. Obligación del comprador de restituir el bien (en caso de haberlo recibido) al vendedor o a su verdadero propietario

Esta es una consecuencia lógica y natural de la rescisión producida, ya que cuando un contrato se rescinde se trata de volver las cosas al estado en que se encontraban al momento de su celebración. En tal sentido es que el comprador deberá entregar el bien, ya sea al vendedor que no era propietario del mismo (en caso no se identifique al verdadero propietario) o al propietario del bien (en el supuesto que sea

---

[1] Algunos de los Códigos consultados se pronuncian en favor de imponer al vendedor la obligación de restituir el precio recibido. En tal sentido, encontramos los Códigos siguientes:

Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo); Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1794); Proyecto Boissonade de Código Civil Japonés de 1890 (artículo 679); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 894); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso 2); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).

Respecto a la obligación del vendedor de reembolsar al comprador los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por este último, encontramos los siguientes Códigos Civiles:

Código Civil Argentino (artículo 1329); Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo); Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).

Respecto a la obligación del vendedor de reembolsar todas las mejoras introducidas por éste en el bien, encontramos los siguientes Códigos:

Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 901); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso III); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).

conocido fehacientemente), ya que es esta persona a quien le corresponde poseerlo, salvo casos excepcionales, como podría ser el supuesto en el cual se esté discutiendo judicialmente la propiedad del bien entre el vendedor y un tercero, hipótesis en la que procedería la consignación.

1.3. Obligación del vendedor de pagar al comprador una indemnización por los daños y perjuicios causados

Esta obligación que la ley impone al vendedor, naturalmente supone que el mismo haya actuado con culpa leve, culpa inexcusable o dolo, vale decir que exista causa imputable al vendedor. Resulta evidente que si dichos daños y perjuicios se hubiesen causado en ausencia de culpa (por causa no imputable), no debería resarcimiento alguno.

No debemos olvidar, por más que se trate de un supuesto excepcional, que dichos daños y perjuicios también podrían haber sido ocasionados por causa imputable al comprador, caso en el cual sería este contratante el responsable de la indemnización de los daños y perjuicios.

Finalmente, podríamos encontrarnos ante el supuesto de concurrencia de culpas, caso en el cual se aplicarían las consecuencias previstas por el artículo 1326 del Código Civil Peruano, norma que establece que 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.

Es necesario recordar, que si se hubiese previsto como acción para lograr la invalidez del acto la de anulabilidad y se tratase de un supuesto de error, resultaría aplicable lo previsto por el artículo 207 del propio Código, en el sentido en que la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.

1.4. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador los gastos del contrato en que este último hubiese incurrido

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1541 del Código Civil, el vendedor debe reembolsar al comprador los gastos del contrato en que este último hubiese incurrido, norma que nos parece de justicia.

Sin embargo, creemos inadecuado el que sólo se haya previsto el reembolso de dichos gastos pagados por el comprador. Consideramos que podría ocurrir también que fuese el vendedor quien hubiera pagado dichos gastos, y que le asistiría igual derecho para reclamar su devolución en caso el contrato fuese anulado o rescindido.

Sin embargo, consideramos necesario y justo impedir que un contratante que hubiese actuado dolosamente se beneficie por un hipotético reembolso de los mismos.

Finalmente, debemos agregar que estas expresiones relativas al tema del reembolso de los gastos, las hacemos extensivas al reembolso de los intereses y tributos del contrato, efectivamente pagados, razón por la cual cuando analicemos esos puntos omitiremos referirnos al particular.

1.5. Obligación del vendedor de pagar al comprador intereses legales

Nos parece adecuado el que se haya establecido la obligación de pago al comprador de los intereses legales, puesto que ellos, teniendo la calidad de compensatorios, deberán suplir la imposibilidad que tuvo el comprador de hacer uso de ese dinero desde el momento en que pagó el precio.

1.6. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador el monto pagado por éste por concepto de tributos relativos al contrato

Entendemos que el Código Civil en la norma bajo comentario, está haciendo alusión a todos los tributos que hubiera tenido que pagar el comprador, dependiendo de la naturaleza de la operación.

1.7. Obligación del vendedor de pagar al comprador el valor de todas las mejoras que éste hubiere introducido en el bien

Resulta adecuado que el artículo 1541 establezca la obligación del vendedor de reembolsar al comprador el valor de todas las mejoras que éste hubiere introducido en el bien.

Sin embargo, estimamos que habría que distinguir los casos en que dicho vendedor haya actuado con buena o mala fe. Creemos que de haber actuado de mala fe debería reembolsar solamente el valor de las mejoras necesarias y útiles, y el de las de recreo, en la medida en que no pudiesen ser retiradas del bien sin destruirlas.

Si el vendedor hubiera actuado de buena fe, debería reembolsar solamente el valor de las mejoras necesarias y útiles que hubiese introducido el comprador.

A todo ello debemos agregar que si el comprador hubiera actuado de mala fe, el vendedor (independientemente de su actuación de buena o mala fe) sólo estaría obligado al reembolso de las mejoras necesarias y útiles, pero nunca de las de recreo.

1.8. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por evicción

Este punto resulta en extremo interesante, pues nos permite analizar la relación existente entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción.

Como se recuerda, la evicción es la privación total o parcial, temporal o definitiva que sufre el adquirente como consecuencia de un fallo que reconoce un mejor derecho de tercero sobre el adquirido. Al producirse esta situación el adquirente tiene derecho de exigir al transferente que sanee su título a fin de que pueda gozar adecuadamente de la propiedad, posesión o uso del bien que ha adquirido.

Nuestro Código Civil otorga un tratamiento específico al tema del saneamiento por evicción, en sus artículos 1491 a 1502, definiendo en ellos el ámbito de dicha figura.

La venta de bien ajeno constituye un contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, con la particularidad de que dicho bien con la transferencia, no pertenece —en propiedad— al vendedor al momento de la celebración del contrato.

En nuestros libros «Los contratos sobre bienes ajenos»[2] y «El bien materia del contrato de compraventa»,[3] hicimos referencia a una serie de contratos típicos en los cuales podríamos aplicar la teoría de la contratación sobre bienes ajenos; concretamente: la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el arrendamiento, el comodato y el depósito.

De estos contratos, sólo los seis primeros implican o pueden generar la obligación de una de las partes de transferir a la otra, ya sea la propiedad, el uso o el goce de un bien. En este sentido, a dichos contratos podrían aplicarse las normas relativas al saneamiento por evicción.

Como vemos, el ámbito comprendido por los contratos antes mencionados no escapa a los efectos jurídicos que concurren en los temas que nos ocupan, vale decir, el de la contratación sobre bienes ajenos y el del saneamiento por evicción.

Consideramos que la relación existente entre ambos temas es intensa e importante.

La evicción —como lo precisáramos anteriormente— es entendida como la privación, por fallo firme, de los derechos que tiene el adquirente a la propiedad, posesión, uso o goce del bien materia de los contratos mencionados, el mismo que puede tener carácter de futuro, ajeno, afectado en garantía, embargado o sujeto a litigio; ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1409 del Código Civil.

---

[2] Castillo Freyre, Mario. «*Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: Concytec, 1990.

[3] Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XIII, 1992.

Sólo después de producida la evicción es que recién nace la obligación de saneamiento, según la cual queda el transferente sujeto a indemnizar al adquirente por todo lo que éste pueda haber sufrido como desmedro, incluyendo la reparación de los daños y perjuicios, en su caso.

En ese sentido, no existe saneamiento sin previa evicción; no obstante, puede haber evicción sin saneamiento. La evicción es —por lo general— consecuencia de la acción reivindicatoria de un tercero; y el saneamiento, por su parte, es efecto de la evicción.

¿En qué podría consistir el mejor derecho del tercero sobre el bien adquirido por el contratante evicto?

Pues, como debe constituirse en una perturbación jurídica de alguno de los derechos adquiridos por el contratante, podría ser:

a) El mismo derecho de propiedad.
b) El derecho de posesión del bien.
c) El derecho de usufructo sobre el bien, como sería una servidumbre de paso, por ejemplo.
d) Algún embargo.
e) Algún derecho real de garantía.
f) Cualquier derecho adicional que implique una perturbación de Derecho de la tranquila, plena y pacífica posesión del bien por parte del referido contratante.

De lo antes expuesto, podemos constatar fácilmente, que el tema del saneamiento por evicción tendrá relación directa con el de la contratación sobre bienes ajenos, cuando el bien que adquiera en posesión, usufructo o propiedad el contratante evicto haya sido un bien ajeno respecto de quien se lo transfirió por cualquiera de los títulos mencionados; y sea justamente por tratarse de un bien ajeno, que el verdadero propietario del mismo ejercite una acción (que en la mayoría de veces se tratará de una acción reivindicatoria) para recuperar la plena propiedad sobre el bien cuya posesión, usufructo o propiedad ha sido transferida indebidamente a otra persona.

Resulta evidente que de haber ocurrido uno de los supuestos antes mencionados, no será fácil para el propietario desposeído del bien, reclamarlo.

Si se tratase de un bien mueble y salvo que hubiera sido adquirido con infracción de la ley penal o si se tratare de un bien perdido, como la posesión vale título, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 948 del Código Civil, quien lo hubiese comprado, habría también adquirido la propiedad del mismo, siempre y cuando hubiera actuado de buena fe. De ser uno de estos supuestos o, inclusive, si el bien hubiese sido adquirido con infracción de la ley penal o perdido, pero luego hubiese sido vendido en una tienda o establecimiento comercial, el comprador adquirirá la

plena y segura propiedad del mismo, ya que dicho bien se convertirá en irreivindicable (argumento del artículo 1542). De modo tal que tratándose de bienes muebles, será muy difícil plantear la acción reivindicatoria de los mismos y tener éxito en dicho proceso. Exceptuamos, sin embargo, de esta generalización el caso de los bienes registrados, para los que se deberán aplicar otros criterios, tal como es analizado por nosotros cuando —en otra investigación— tratamos acerca del problema que se suscita en nuestro Código Civil en el tratamiento de la concurrencia de acreedores, la transferencia de propiedad y los Registros Públicos.[4]

Para el caso de los bienes inmuebles, siempre y cuando éstos hayan estado debidamente inscritos a nombre del verdadero propietario en los Registros Públicos, será factible la reivindicación de los mismos; de lo contrario, de no haber tenido su inscripción en regla, se derivarán los problemas relativos a la concurrencia de acreedores.

Entonces, si el bien que fue adquirido en uso, usufructo o propiedad era ajeno y su propietario entabla un proceso judicial contra el mencionado adquirente por tener un anterior y mejor derecho sobre el mismo, y tiene éxito en su pretensión, ocurrirá que el adquirente contractual de dicho bien se verá privado —total o parcialmente— del derecho que le hubiese sido transmitido en apariencia.

Es en este punto donde encontramos —de manera más certera— la relación existente entre la contratación sobre bienes ajenos y el saneamiento por evicción.

Ahora bien, como sabemos, existen reglas generales para la regulación del tema de la contratación sobre bienes ajenos, concretamente el artículo 1409, inciso 2 del Código Civil, que permite la contratación sobre esta clase de bienes. También existe una regulación particular para el caso de cuatro contratos sobre bienes ajenos: la compraventa (artículos 1537 a 1542), la permuta (artículo 1603, por adopción de las normas de la compraventa), la donación (artículo 1627) y el arrendamiento (artículo 1671), preceptos sobre los que no nos vamos a ocupar, pues fueron materia de extenso tratamiento en nuestra antes citada obra «Los contratos sobre bienes ajenos».

Pero también tenemos los artículos ubicados dentro de las normas relativas a los contratos en general (por tanto, también de aplicación a los mencionados contratos típicos) que regulan el tema del saneamiento por evicción.

No es nuestra intención realizar un estudio a profundidad acerca del saneamiento por evicción, ya que dicho tema podría ser, fácilmente, materia exclusiva de una extensa investigación particular. Lo que buscamos en este punto es analizar el tema

[4] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.,* primera parte, tomo I, 1994, pp. 486 y ss.

del saneamiento por evicción relacionándolo directamente con el de la contratación sobre bienes ajenos y, en especial, con el contrato de venta de bien ajeno.

Dentro de tal orden de ideas, en adelante abordamos las relaciones existentes entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción, estableciendo las semejanzas y diferencias existentes entre ambas figuras a la luz de nuestro Código Civil.

1.8.1. Posibilidad de trato entre el comprador de lo ajeno y el propietario del bien

El artículo 1493 del Código Civil, referente al saneamiento por evicción (que como sabemos se produce cuando el adquirente de un bien es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión del mismo por efecto de una sentencia que reconoce a un tercero un mejor derecho sobre él, naciendo como consecuencia obligaciones para el vendedor), estipula la posibilidad del comprador de evitar la evicción mediante un pago que hace al tercero que alega mejor derecho, librando de esa manera al transferente de las consecuencias del saneamiento, salvo gastos del adquirente y la indemnización correspondiente de daños y perjuicios cuando haya habido dolo o culpa.

En la venta de bien ajeno en la cual el comprador desconocía, al momento de la celebración del contrato, el carácter ajeno del bien, habiendo tomado conocimiento de dicho carácter con posterioridad a su conclusión, el Código Civil no otorga expresamente al comprador la facultad de tratar directamente con el propietario, pagándole el precio del bien para salvar la responsabilidad del vendedor; sin embargo, consideramos que no existe fundamento alguno para rechazar en la práctica esta posibilidad.

Resulta evidente que en el supuesto en que el comprador conocía, al momento de la celebración del contrato, el carácter ajeno del bien, no procedería la acción de saneamiento por evicción.

1.8.2. Derecho a exigir el saneamiento por evicción o la indemnización de daños y perjuicios

El artículo 1500 del Código Civil señala las situaciones en las cuales se puede considerar que el adquirente pierde todo derecho a exigir el saneamiento. Entre ellas, el inciso 4 priva al adquirente de optar por dicha acción cuando al celebrar el contrato conocía que el bien era litigioso o ajeno.

La posición del Código Civil Peruano, en lo que al contrato de venta de bien ajeno respecta, se basa en el criterio de que sólo quien ha actuado en la ignorancia de que compraba un bien ajeno, puede exigir que se reparen íntegramente los daños y perjuicios y se le restituya el íntegro del precio pagado.

Aprovechamos lo dicho con relación al precio para resaltar que nuestro Código, al referirse al contenido de la evicción, no lo hace en función al precio, sino al valor del bien, punto sobre el que trataremos en un apartado posterior.

El Código Civil Argentino en su artículo 2106 prescribe que:

> Artículo 2106.- «Cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar al enajenante por efectos de la evicción que sucedía, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida».

Se considera, en definitiva, como peligro de evicción, la naturaleza ajena del bien; por lo tanto, si conocía de esta situación pre-existente, nada podría reclamar. Sin embargo, el Código Argentino ofrece una salida al comprador que de todas maneras se perjudica con la evicción, cual es que previamente haya pactado que, pese a conocer del peligro de evicción, procedía en su caso la acción correspondiente.

1.8.3. Posibilidad de planteamiento de la acción de saneamiento por evicción en la venta de bien ajeno

Consideramos que en la venta de bien ajeno también habría la posibilidad de ejercer la acción de saneamiento por evicción, cuando el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato se vea privado de su derecho por el verdadero propietario, en virtud de una sentencia judicial.

Sin embargo, para el caso materia de análisis, que es contemplado por los artículos 1500, inciso 4 y 1539 del Código Civil Peruano, no procede el saneamiento desde el momento en que el comprador conocía del carácter ajeno del bien.

1.8.4. Evicción parcial y venta de bien parcialmente ajeno

Encontramos una diferencia muy importante respecto a las acciones que se conceden en uno y otro caso cuando se trata de evicción parcial o de venta de un bien parcialmente ajeno.

En el primero de los casos (saneamiento por evicción), se otorga la acción de resolución, cuando la parte del bien cuyo derecho se pierde, es de tal importancia con respecto al todo que lo haga inútil para la finalidad de la adquisición. En el segundo de los casos (venta de bien parcialmente ajeno), se otorga al comprador de buena fe la posibilidad de rescindir el contrato o demandar la reducción del precio (artículo 1540).

1.8.5. Importancia de la magnitud de la pérdida para el ejercicio de la acción en los casos de evicción y de venta de bien parcialmente ajeno

En el caso del saneamiento por evicción parcial se contempla la posibilidad de que el adquirente demande la resolución del contrato si la parte del derecho sobre la que

ha recaído dicha evicción fuese de tal importancia con respecto al todo que lo haga inútil para la finalidad de la adquisición (artículo 1501). Sin embargo, en el caso del contrato de venta de bien parcialmente ajeno no se establece el requisito de la magnitud de la pérdida, contemplándose simplemente la opción que tiene el comprador entre demandar la rescisión del contrato o solicitar la reducción del precio.

El Código Civil Argentino en su artículo 2125, al referirse a la evicción parcial, señala una alternativa. Así, el comprador puede optar por la rescisión o por la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso. Respecto a la solución que establece el Código Civil Argentino, Spota precisa que tal derecho a la rescisión debe mantenerse dentro del plano de la institución, es decir, sin abuso del derecho.

1.8.6. Acciones de rescisión o resolución del contrato

Observamos que para el caso del contrato de venta de bien total o parcialmente ajeno (artículos 1539 y 1540) el Código contempla la acción de rescisión del contrato por considerar que el desconocimiento del carácter ajeno del bien es un vicio coexistente o concomitante al momento de la celebración del mismo.

Sin embargo, en el saneamiento por evicción observamos que para la evicción parcial se contempla la acción de resolución del contrato, mas no se contempla acción alguna para el supuesto en que la evicción sea total. Sin embargo, entendemos que la acción aplicable también sería la de resolución, pues el vicio que afecta al contrato es de ocurrencia posterior a su celebración (el fallo administrativo o judicial firme que prive del derecho de propiedad al comprador de lo ajeno).

Respecto a la acción otorgada por el Código Civil en la venta de bien ajeno, cuando el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, manifestamos en nuestros anteriores trabajos una opinión en sentido favorable a la anulabilidad del contrato y adversa a la rescisión del mismo.

1.8.7. Precio o valor

Observamos que el artículo 1501 se refiere al derecho del adquirente (comprador) de recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho pierda; mientras que en el artículo 1540 puntualiza que el comprador tiene derecho, como segunda posibilidad, a la reducción del precio.

Comprendemos que las diferencias entre uno y otro término resultan muy sutiles a la vista; sin embargo, el concepto de valor abarca una esfera más amplia, pudiéndose incluir en él situaciones comprendidas en una cotización de mercado o que impliquen circunstancias muchas veces hasta de carácter subjetivo.

Ahora bien, de acuerdo a lo que señalamos en nuestras anteriores investigaciones al analizar el artículo 1541 del Código en materia de compraventa de bien total o

parcialmente ajeno, debió establecerse la devolución —por parte de quien vendió lo ajeno— del valor del bien, y no del precio del mismo, tal como ha sido contemplado en el mencionado artículo, situación que haría tener un régimen uniforme a ambos supuestos.

1.8.8. Venta de un bien en copropiedad del cual una parte es ajena o de varios bienes interdependientes de los cuales uno o varios son ajenos

El artículo 1502, referente al saneamiento por evicción, hace mención expresa a la facultad de resolución por la que puede optar el adquirente cuando se le transfieran dos o más bienes interdependientes o en conjunto, si por razón de la evicción pierde derecho sobre alguno de ellos.

En la venta de bien ajeno (artículo 1540) no se hace referencia expresa al caso de bienes en copropiedad o a aquéllos adquiridos en conjunto siendo alguno(s) ajeno(s). En todo caso —lo recordamos—, creemos que dentro del concepto de parcialmente ajeno se pueden determinar hasta tres supuestos:

a) La venta de un conjunto de bienes, de los cuales algunos son propios y otros son ajenos.
b) La venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta en calidad de copropietario con otra(s) persona(s).
c) La venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra (s) persona (s), pero no en calidad de copropietario sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien, sin haberse efectuado la independización del mismo.

1.8.9. Plazos de prescripción o caducidad

En el caso del saneamiento por evicción encontramos dentro de las causales por las cuales el adquirente pierde el derecho a pedir el saneamiento, la del artículo 1500, inciso 5, por la que dicho derecho no puede ejercitarse si una vez transcurrido un año, desde la fecha de la evicción, no se demandó el saneamiento.

Consideramos importante este supuesto porque involucra un castigo a la negligencia del comprador que, facultado por la evicción, nada hace por reparar dicha situación dentro de un lapso más o menos considerable.

En la venta de bien ajeno no hallamos plazo de caducidad para la acción de rescisión. Así, ésta puede interponerse en cualquier momento, a partir de cuando el comprador de buena fe tenga conocimiento de la naturaleza del carácter ajeno del bien, hasta el plazo de prescripción de dicha acción, que al ser una acción personal es de 10 años (artículo 2001, inciso 1).

1.8.10. Finalidad para la que se adquirió el bien

Respecto a la finalidad para la que se adquirió el bien, hay una diferencia importante entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción.

El artículo 1495, inciso 1, prescribe que el saneamiento comprende el valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; mientras que el artículo 1541 señala que en el caso de rescisión de la venta de bien ajeno, ésta incluye, entre otros deberes, la restitución al comprador del precio recibido, sin estipular que dicho precio sea en función de la finalidad para la que el bien fue adquirido.

Ello contribuye a reforzar nuestra opinión en el sentido en que el concepto de valor comprende un marco interpretativo más amplio, el mismo que podría incluir el destino y hasta los elementos objetivo y subjetivo de la causa de adquisición del bien.

1.8.11. Intereses

En el artículo 1495, inciso 2, relativo al saneamiento por evicción, se estipula el momento a partir del cual los intereses comenzarán a contarse para determinar el pago a realizar (vale decir, desde la fecha en que se expide la sentencia que resulta firme); y además se consideran como tales a los intereses legales.

En el artículo 1541 referente a la venta de bien ajeno, por el contrario, se hace mención a los intereses del contrato, y no se señala desde qué momento se cuentan, determinándose que son los efectivamente pagados por el comprador. Esto puede llevar a diferentes interpretaciones, como la que nos conduce a pensar, sobre la base de esta última apreciación, que se trata de los que se pagaron desde la celebración del contrato y durante el tiempo en el que supuestamente la obligación de transferir la propiedad por parte del vendedor debía cumplirse (supuesto de la compraventa a plazos).

Es necesario resaltar, aparte de la diferencia antes mencionada, la existente entre uno y otro artículo respecto al tipo de interés. Así, el numeral 1495, inciso 2, prescribe que deben ser los intereses legales, en tanto que el artículo 1541 hace referencia a los intereses emanados del contrato, que no pueden ser otros que los convencionales. Evidentemente, a falta de un monto pactado de intereses, pero habiéndose establecido la existencia de éstos, regirá la tasa del interés legal.

La razón de haberse señalado el interés legal en el artículo 1495, inciso 2, reside en el hecho de que al ser la evicción sobreviniente al contrato celebrado, no pudieron haberse pactado intereses respecto a ella.

1.8.12. Mejoras

En ambos casos, tanto en la venta de bien ajeno como en el saneamiento por evicción, se incluye el pago de las mejoras. En el artículo 1541, relativo a la venta de bien ajeno, se hace alusión a la totalidad de las mejoras; mientras que en el artículo 1495, inciso 6, referente al saneamiento por evicción, se alude a todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente no abonadas por el evincente. El hecho de que en el caso de la venta de bien ajeno no se mencione el elemento de la buena fe del comprador, es indiferente, ya que éste resulta un supuesto fundamental para interponer cualquier acción derivada de la venta de un bien ajeno, lo que nos lleva a afirmar que el tratamiento dado a las mejoras es similar en ambos casos (saneamiento por evicción y venta de bien ajeno).

1.8.13. A quiénes corresponde el pago de las mejoras

En cuanto al pago de las mejoras, habría que añadir una diferencia más en función de a quiénes corresponde pagarlas.

En el supuesto del artículo referente al saneamiento por evicción (1495, inciso 6), la ley señala que son pagadas o por el transferente o por el tercero que tiene un mejor derecho, debiendo hacerse las compensaciones correspondientes en caso que este último lo haya hecho. En la venta de bien ajeno, es efecto de la rescisión del contrato el pago de las mejoras (artículo 1541), pero quien lo hace es el transferente, no el verdadero propietario. Sin embargo, creemos que al no haber disposición en contrario, también sería de aplicación lo establecido en el artículo 1496 —referente al saneamiento por evicción— precepto que señala que si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido hechas por el transferente, su valor será considerado a cuenta de lo que tenga que pagar éste a aquél.

1.8.14. Frutos y costas

En el artículo 1495, inciso 3, relativo al saneamiento por evicción, se hace mención a los frutos; mientras que en el numeral 1541, referente a la venta de bien ajeno, no hay estipulación alguna al respecto. Tampoco se considera en este último a las costas, lo que resulta totalmente congruente, puesto que sí es dable mencionarlas en el saneamiento por evicción, si tenemos en cuenta que éste procede ante la privación total o parcial del derecho de propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de una resolución judicial o administrativa firme.

Nuestro Código estipula, en el artículo 1495, inciso 3, la alternativa de devolver los frutos devengados por el bien durante el tiempo que los poseyó de buena fe, o su valor si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.

1.8.15. Indemnización de daños y perjuicios

Es regla general que una vez producida la evicción, el vendedor deba indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el comprador.

Al respecto señala Borda que es indiferente la buena o mala fe del enajenante, puesto que la indemnización no depende de su conocimiento sobre la pertenencia del bien, sino que dicha obligación tiene su origen en la obligación de asegurar al comprador la veracidad de los derechos transmitidos. Por el contrario, sí resulta imprescindible determinar la buena o la mala fe del comprador, ya que sólo quien desconoce el carácter ajeno del bien (en su caso) puede reclamar una reparación integral. Mas no lo podrá hacer quien conociera de esta situación, al que sólo se le restituirá el precio porque éste, al celebrar el contrato, acepta el riesgo al que su derecho está sujeto.

Sobre el tema del tratamiento distinto entre los artículos 1495, inciso 7 y 1541, podemos decir que en el primero de los preceptos nombrados, se hace la precisión de que éstos se deberán sólo cuando el transferente incurra en dolo o culpa al celebrar el contrato. En el segundo no se sanciona la culpa, ni el dolo, porque este artículo está referido a los casos de los numerales 1539 y 1540, en los que se supone el desconocimiento por parte del comprador del carácter ajeno del bien y, en tal sentido, se considera que el vendedor ni siquiera lo conocía.

Concluimos señalando que en ambos supuestos, el comprador perjudicado podrá demandar a su correspondiente vendedor, la indemnización de daños y perjuicios.

1.8.16. Derecho controvertido

En la venta de bien ajeno lo que está en discusión es el derecho de propiedad del bien. En el saneamiento por evicción se discute la procedencia y el monto de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al comprador, por haberse visto privado del uso, la posesión o la propiedad del bien en virtud de una resolución administrativa o judicial firme.

1.8.17. Requisito para la procedencia de las acciones

El planteamiento de la acción de rescisión, en la venta de bien ajeno, no implica la preexistencia de una sentencia judicial o resolución administrativa firme que prive del derecho de propiedad al comprador. Para el saneamiento por evicción, es requisito indispensable la existencia de una sentencia o resolución judicial o administrativa firme.

1.8.18. Necesidad o no de la perturbación de algún derecho

El saneamiento por evicción se produce cuando hay una perturbación de algún derecho (propiedad, posesión, uso o goce). En la venta de bien ajeno la acción de rescisión se ejercita, no necesariamente cuando existe una perturbación sobre el derecho del comprador, sino que se puede dar antes, en previsión de una perturbación posterior.

Con esta diferencia, damos por concluido el análisis de las situaciones que separan a una y otra figura en nuestro ordenamiento civil, y las eventuales alternativas de solución a los problemas que de ellas puedan surgir.

1.9. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por hecho propio del transferente

Finalmente, resulta obvio que, de ser el caso, resultarán aplicables al tema de la venta de bien ajeno las obligaciones impuestas por las normas de saneamiento por hecho propio del transferente,[5] todo ello, claro está, si los actos ejecutados por el transferente en perjuicio del adquirente, lo han sido con posterioridad o de modo coetáneo al momento de la celebración del contrato.[6]

2. El contrato de venta de bien ajeno, según el conocimiento o desconocimiento de las partes respecto del carácter ajeno del bien

Luego de haber analizado el tema de la venta de bien ajeno y la normatividad que al respecto otorgan los artículos 1537 a 1541 del Código Civil Peruano, resulta imprescindible

---

[5] Los referidos numerales tienen el siguiente texto:

Artículo 1524.- «El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, o reduce sus cualidades para ese efecto».

Artículo 1525.- «En razón del saneamiento por hecho propio del transferente, el adquirente puede ejercer las acciones previstas en los artículos 1511 y 1513. Estas acciones son excluyentes».

Artículo 1526.- «Los plazos de las acciones de que trata el artículo 1525 son los indicados en el artículo 1514».

Artículo 1527.- «Si el transferente entabla acción judicial destinada a enervar cualesquiera de los derechos sobre el bien que corresponden al adquirente en virtud del contrato, tiene éste la facultad de deducir la excepción de saneamiento, cuyo objeto es poner definitivamente fin al juicio».

Artículo 1528.- «Es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo.

Sin embargo, puede ser válida, a juicio del juez, la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación debe expresarse en el contrato».

[6] Para mayor ilustración acerca del tema del saneamiento por hecho propio del transferente, recomendamos al lector la consulta de dos obras de Manuel de la Puente y Lavalle (De La Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Tomo II, pp. 348-358; y, De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, tomo VI, pp. 561-595).

referirnos a los supuestos y consecuencias que se pueden presentar en relación al conocimiento o desconocimiento que tengan los contratantes del carácter ajeno del bien.

En adelante, el mencionado análisis:

2.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien

Como analizamos oportunamente cuando vimos los elementos y alcances del artículo 1537, esta norma plantea ciertos equívocos, dada su redacción y ubicación. Pero también concluimos en que el mencionado artículo no regula un caso de venta de bien ajeno, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por lo tanto, y apoyándonos en el artículo 1409, inciso 2, que permite, en general, la contratación sobre bienes ajenos, podemos llegar, como primera conclusión, a que en el supuesto que nos ocupa, el contrato sería perfectamente válido, y al no darse o no presentarse ninguno de los vicios de la voluntad, como es el caso del error o del dolo, ni tampoco ningún supuesto legal de rescisión, este contrato no podría ser atacado en su validez o eficacia. Naturalmente, podría resolverse, si de acuerdo a lo establecido por el artículo 1371, con posterioridad al momento de su celebración, sobreviene una causal que permita ejercitar la mencionada acción a alguna de las partes. Pero esto último es algo natural en todo contrato y no privativo de uno de venta de bien ajeno.

Obviamente, quienes contraten en estas condiciones, sabiendo ambas partes que el bien es ajeno, lo están haciendo en virtud de su libre voluntad, y dentro del marco jurídico que impone nuestra legislación civil.

Por lo general quienes contraten en tales términos, lo harán en la creencia o confianza de que el vendedor llegará a hacerse propietario del bien vendido, entre el momento de la celebración del contrato y el momento previsto para la entrega del bien y la transferencia de su propiedad.

Pero cabe la posibilidad de que el vendedor no llegue a hacerse propietario del bien en ese lapso. En este caso deberá responder frente al comprador por los daños y perjuicios que irrogue su incumplimiento a este último, ya que no podrá acogerse a lo estipulado por el artículo 1317, en el sentido en que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación por causas no imputables, ya que en este caso, al asumir expresamente la obligación de transferir la propiedad de un bien que sabía que era ajeno, ha asumido la existencia del peligro derivado de una hipotética imposibilidad de no ejecutar la mencionada obligación.

Vale decir, que de no producirse la entrega y transferencia de propiedad del bien en el plazo estipulado, el comprador podría demandar al vendedor la resolución del

contrato, de acuerdo a lo previsto por el ya mencionado artículo 1371 y por el artículo 1428, a la par que demandar la respectiva indemnización de daños y perjuicios, en virtud de lo previsto por el artículo 1317, además de lo señalado por el propio artículo 1428.

Un contrato de venta de bien ajeno en el cual ambas partes conocen tal carácter del bien, reviste desde el momento de su celebración, el peligro de que el vendedor no ejecute la obligación de transferir la propiedad del bien. Es por ello, que nosotros consideramos que en casos como el que es materia de análisis, si es que el comprador estaba obligado a cumplir en primer lugar con su prestación, y luego el vendedor en obligación de, posteriormente, transferir la propiedad del bien, el comprador no podría interponer la excepción de caducidad de término, prevista en el artículo 1427 del Código Civil Peruano, ya que en un contrato de tales características, el peligro de incumplimiento de la prestación a cargo del vendedor, no habrá surgido con posterioridad a la celebración del contrato, sino coetáneamente a la celebración del mismo.

Pero si las prestaciones debieran ser ejecutadas simultáneamente, es obvio que gozaría del derecho de deducir la excepción de incumplimiento.

Sin embargo, admitimos que este es un tema sumamente discutible.

2.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce y el vendedor conoce el carácter ajeno del bien

Sin duda alguna, este es el caso que ha sido regulado de una manera más detallada no sólo por el Código Civil Peruano, sino por la mayoría de Códigos Civiles consultados para la realización de este trabajo. Tal vez sea el más regulado porque se considera que es la hipótesis más frecuente en la práctica; pero con ello se está cometiendo el grave error de partir, en la regulación del contrato de venta de bien ajeno, de aquellos casos en los que la venta o la voluntad de alguno de los contratantes están afectadas de algún vicio, y no hacerlo, en cambio, desde el supuesto en el cual ambas partes sepan que el bien es ajeno, hipótesis que hemos visto en el punto anterior.

El Código Civil Peruano de 1984 dedica la mayor parte de su regulación respecto del contrato de venta de bien ajeno, al caso en el cual el comprador desconoce el carácter ajeno del bien. Se trata, como hemos visto anteriormente, de los artículos 1539, 1540 y 1541. Aquí no vamos a reiterar términos ya expresados respecto de estas normas, sino que nos limitaremos a efectuar un análisis de las consecuencias que traería el hecho de que en un contrato de tales características, el comprador lo celebre con desconocimiento del carácter ajeno del bien.

En primer lugar, y de acuerdo a lo previsto por el artículo 1539, el contrato será rescindible a solicitud de dicho comprador, a menos que el vendedor adquiera la propiedad del bien antes de la citación con la demanda.

Si el bien sólo fuera parcialmente ajeno, en virtud del artículo 1540, dicho comprador podrá optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Además, en virtud de lo establecido por el artículo 1541, si es que el comprador ha demandado la rescisión del contrato, el vendedor le deberá restituir el precio recibido, y pagar la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, de ser el caso; además de reembolsarle los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste.

Como podemos apreciar, no es difícil deducir o establecer las consecuencias que se derivarían del supuesto en el cual se celebre el contrato de compraventa con desconocimiento del comprador y conocimiento del vendedor respecto del carácter ajeno del bien, ya que aquellas están expresamente establecidas por las normas del Código Civil.

Por último, cabe recordar que, si bien con poco criterio técnico, pero sí práctico, se otorga a dicho comprador la acción de rescisión del contrato, esta acción beneficia a dicho comprador más que si se le hubiese otorgado la acción de anulabilidad del acto jurídico, sobre todo en cuanto a su plazo de prescripción y, en menor medida, respecto de la facilidad de su probanza.

Sin duda, como señalamos en alguna oportunidad, en un contrato de estas características, lo más frecuente es que el comprador haya incurrido en error in cualitate, pero, sobre todo, que el vendedor haya actuado dolosamente ocultando el carácter ajeno del bien, o aparentando que sea propio. Dado lo anteriormente dicho, cabría al comprador ejercitar la acción de anulabilidad del acto jurídico, en virtud de lo establecido por los artículos 201 y 210 del Código Civil. Pero, sin embargo, al haberse otorgado al comprador la acción de rescisión del contrato, por serle ésta más conveniente que la de anulabilidad, será poco frecuente que opte por la segunda acción.

Pero entendemos que a pesar de no preverse expresamente la acción de anulabilidad para el caso bajo comentario, ésta podría ejercitarse, en virtud de las normas generales de acto jurídico.

2.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter

Este supuesto tal vez sea, en la práctica, el menos frecuente, ya que es difícil que una persona venda un bien, que crea que es suyo, pero que en realidad no le pertenezca; pero, además, será aún más raro que en un contrato de tales características, el com-

prador o adquirente, sí conozca el carácter ajeno del bien. Raro, pero no imposible de ocurrir en la práctica.

Concretamente, este caso de excepción no ha sido regulado por el Código Civil Peruano, así como tampoco por las demás legislaciones consultadas.

Un supuesto típico en el cual el vendedor pueda desconocer el carácter ajeno del bien, es el caso en que una persona venda a otra uno o varios bienes que ha creído haber heredado de otra en virtud de un título que tiene visos de juridicidad, pero que luego se declara nulo o ineficaz, es decir, el caso conocido en doctrina como la venta de bienes por parte del heredero aparente. Y tampoco será imposible que dichos bienes sean adquiridos maliciosamente por alguien que conozca el verdadero carácter de los bienes y el hecho de que el título de heredero que aparentemente ostenta el vendedor, luego sea susceptible de ser declarado nulo.

El ejemplo del párrafo anterior puede ser extensivo, en su naturaleza, a otros supuestos similares. Por ello, en este momento, queremos preguntarnos si es que un vendedor como el citado, no merece protección legal alguna. Consideramos que sí la merece.

El haber contemplado sólo normas protectivas del comprador de buena fe que desconocía el carácter ajeno del bien (situación común en los Códigos de nuestra tradición jurídica), puede hacer suponer que dicha protección no favorece al vendedor de similar condición. Pero esto es sólo parcialmente cierto. Lo que ocurre es que el vendedor de tales características no se verá amparado por las normas específicas de los artículos 1537 a 1541, es decir, que no podrá, en ningún caso, entablar una acción de rescisión del contrato frente al comprador que sí conocía el carácter ajeno del bien. Pero sí podría demandar la anulación del acto jurídico celebrado, en virtud de lo dispuesto por los artículos 201 y 210 del Código Civil, ya sea si incurrió en error o en dolo, respectivamente.

Pero esto pone en evidencia que, en similares condiciones, el vendedor no estará igualmente protegido que el comprador, lo cual es —a todas luces— injusto.

De otro lado, ¿por qué el vendedor deberá ejercitar necesariamente una acción distinta a la que preferentemente se contempla para el comprador? Esto se debe a una técnica inadecuada del Código Civil sobre el tema bajo comentario.

2.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien

Este caso, al igual que el antes tratado, es de dación poco frecuente, pero sin embargo, será más factible de presentarse, ya que aquí no se requiere que el comprador conozca el carácter ajeno del bien vendido. Es claro que como ninguna de las dos partes

conoce el carácter ajeno del bien, ninguna de ellas podrá haber actuado de manera dolosa, por lo que esta opción quedaría descartada.

Es evidente que el caso más frecuente será aquél en el cual ambas partes hayan incurrido en error in cualitate.

Sin duda, este es el caso en el cual podremos graficar de la mejor manera posible las injusticias y la falta de equidad que encierra el tratamiento legislativo del Código Civil Peruano al respecto.

En un supuesto de esta naturaleza, el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, gozará de todas las acciones que en su favor se contemplan en los artículos 1539 a 1541 y que fueran comentadas cuando abordamos el caso del parágrafo (b) de esta relación, es decir, aquél en el cual el comprador desconoce y el vendedor conoce el carácter ajeno del bien. Pero mientras el comprador gozará de todas esas prerrogativas, el vendedor no cuenta con ninguna específica.

Esto, naturalmente, no equivale a decir que no tenga ninguna acción; lo que ocurre, es que podrá plantear sólo las previstas para anular en general los actos jurídicos, por haber viciado su voluntad por efectos de dolo o de error, como en este caso.

3. Bienes susceptibles de estar comprendidos en las cuatro hipótesis anteriormente desarrolladas

Previamente a abordar el tema planteado, consideramos necesario recordar cuál es el tratamiento que el Código Civil Peruano de 1984 otorga al respecto, a manera de disposiciones generales sobre Registros Públicos.

En virtud del artículo 2012, se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. La norma siguiente, el artículo 2013, señala que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. Por último, el artículo 2014 establece que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Se señala además que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

El contenido de las normas antes citadas nos servirá, sobre todo, para efectos de ver la situación de los bienes inmuebles.

3.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor conoce dicho carácter

3.1.1. Bienes muebles no registrables

En este supuesto, si el bien es entregado (se ha hecho tradición del mismo) al comprador, este último, adquirirá su propiedad, en virtud de lo establecido por el artículo 948, salvo que el bien sea uno perdido o adquirido con infracción de la ley penal.

Sin embargo, en virtud de lo establecido por el artículo 1542, aun si el bien haya sido uno perdido o adquirido con infracción de la ley penal, el comprador adquirirá su propiedad, si es que es adquirido en una tienda o en un local abierto al público, y si es amparado con factura o póliza del vendedor, ya que en supuestos como éste, el ex-propietario del bien no podrá reinvindicarlo, tal como veremos cuando nos ocupemos del artículo 1542.

3.1.2. Bienes inmuebles

En esta ocasión, debemos hacer una subdivisión, entre aquellos bienes inmuebles que por lo menos han sido registrados en los Registros Públicos y aquéllos que nunca lo han sido.

3.1.2.1. Inmuebles registrados

3.1.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

En este supuesto, el comprador adquiriente está amparado en virtud del contenido del artículo 2012 del Código Civil.

También lo respalda lo dispuesto por el artículo 2013.

Naturalmente, su buena fe se presumirá mientras no se pruebe la inexactitud del registro (artículo 2014, segundo párrafo), es decir, mientras no se demuestre que de los títulos o documentos que obrasen en los Registros Públicos se pudiese deducir que los datos que aparecen en el libro o ficha correspondientes a la titularidad del bien, son falsos.

3.1.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este caso nunca podría presentarse, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 2012, se presume, sin admitir prueba en contrario, que el comprador conocía tal situación.

3.1.2.2. Inmuebles no registrados

En este supuesto, el comprador podrá desconocer el carácter ajeno del bien, y tal desconocimiento será reconocido por la ley y, de este modo, podrá acogerse a las acciones que el Código Civil establece en su favor y que ya comentamos oportunamente.

3.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien

3.2.1. Bienes muebles

En este supuesto, el comprador adquirirá la propiedad del bien, si es que el vendedor ha hecho tradición del mismo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 948, y con las salvedades en él establecidas. Naturalmente, para que pueda darse este supuesto, no debe tratarse de bienes perdidos ni adquiridos con infracción de la ley penal.

Pero, por lo general, el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, estará protegido por la presunción legal del artículo 912.

3.2.2. Bienes inmuebles

3.2.2.1. Inmuebles registrados

3.2.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

Sin duda alguna, éste será un supuesto de escasa dación en la práctica; sin embargo, debemos señalar que nada obsta para que se dé el caso en que a pesar de que el bien figura inscrito en el registro a nombre del vendedor, ambas partes tengan conocimiento de que en realidad no pertenece a este último.

Naturalmente, en este supuesto no tendrán efecto ni protegerán al comprador (de llegarse a demostrar que tenía conocimiento del carácter ajeno del bien), las presunciones legales establecidas por los artículos 2012 y 2014 del Código Civil.

3.2.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este supuesto sería imposible de presentarse, en virtud de la presunción establecida en el artículo 2012.

3.2.2.2. Inmuebles no registrados

En este caso, al no encontrarse registrado el bien inmueble, no será poco frecuente que ambas partes desconozcan tal condición, por haber incurrido en error.

Será usual en casos como el tratado, que el vendedor haya incurrido en error de derecho. En este supuesto ambos contratantes podrán ejercer las acciones comentadas en páginas anteriores, cuando tratamos sobre el tema materia de análisis en el punto relativo al contrato de venta de bien ajeno según el conocimiento o desconocimiento de las partes respecto al carácter ajeno del bien.

3.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter

3.3.1. Bienes muebles

Este supuesto es susceptible de presentarse, tal como hemos visto al tratar el punto respectivo en páginas anteriores.

3.3.2. Bienes inmuebles

3.3.2.1. Inmuebles registrados

3.3.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

De todos los supuestos susceptibles de presentarse dentro del comentado acápite 3.3, a nuestro entender, éste será el de más común ocurrencia.

Naturalmente, que en este caso, el comprador no gozará de la protección otorgada por los artículos 2012 y 2014 del Código Civil.

3.3.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este supuesto no podrá presentarse, en virtud de la presunción establecida en el artículo 2012 del Código Civil, específicamente, en lo que respecta al vendedor.

3.3.2.2. Inmuebles no registrados

Este caso es factible de presentarse, y se regirá por lo mencionado en páginas anteriores.

3.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien

3.4.1. Bienes muebles

En bienes de esta naturaleza, es perfectamente factible la dación de este supuesto. Naturalmente que el comprador no se verá amparado por la presunción del artículo 948.

3.4.2. Bienes inmuebles

3.4.2.1. Inmuebles registrados

3.4.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

La dación de este supuesto es factible, y el comprador no estará protegido por la ley, pudiendo el propietario del inmueble ejercer contra él la acción reivindicatoria, en virtud de lo dispuesto por los artículos 923 y 927 del Código Civil.

3.4.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este supuesto también es factible, siendo de aplicación para el mismo nuestros comentarios hechos en el punto inmediato anterior.

Idoneidad del artículo 1541

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Estimamos que la solución que plantea esta norma es idéntica a la que se arriba en virtud de los principios generales del propio Código Civil Peruano. De ahí que la misma resulta innecesaria.

Compraventa de bienes muebles en tiendas o establecimientos abiertos al público

> Artículo 1542.- «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

Fuentes nacionales del artículo 1542

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936; ni en el Código Civil de 1936.

Es dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936 que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, aborda el tema en su artículo 16:

> Artículo 16.- «No son reivindicables los bienes vendidos por vendedores profesionales en tiendas o locales abiertos habitualmente al público, sin perjuicio de los derechos del propietario de los bienes vendidos para ejercitar las acciones que puedan corresponderles contra el que las vendiere indebidamente».

Luego lo hace el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1572:

> Artículo 1572.- «No son reivindicables los bienes vendidos por vendedores profesionales en tiendas o locales abiertos habitualmente al público, sin perjuicio de los derechos del propietario de los bienes vendidos para ejercitar las acciones que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1505:

> Artículo 1505.- «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor; queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que corresponda contra quien los vendió indebidamente».

Análisis

El artículo 1542 del Código Civil Peruano, presenta los siguientes elementos:

a) Debe haberse celebrado un contrato de compraventa.
b) El bien objeto de la prestación en que consiste la obligación del vendedor en este contrato, es un bien mueble ajeno.
c) El bien es vendido en una tienda o un lugar abierto al público.
d) La mencionada venta está amparada por una factura o por una póliza del vendedor.
e) Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente.

Este artículo constituye una norma bastante especial, pues, como vimos, no tiene antecedentes en la legislación civil de nuestra tradición jurídica, sino que está inspirada en el artículo 82 del Código de Comercio Peruano de 1902, el mismo que se basa en el artículo 85 del Código de Comercio Español.

1. Ámbito de aplicación de la norma

Podríamos señalar que el artículo bajo comentario no constituye una norma general para los casos de venta de bienes ajenos, sino la regulación de un caso particular o modalidad de excepción para el supuesto de venta de bienes ajenos, específicamente, cuando éstos se venden en lugares tales como tiendas o establecimientos abiertos al público.

Adicionalmente, el artículo 1542 no está destinado a regular las relaciones obligacionales entre comprador y vendedor del bien ajeno, ya que se constituye en una norma destinada, como veremos más adelante, a otorgar seguridad jurídica al comprador que en los locales mencionados en el párrafo anterior ha adquirido bienes ajenos.

2. Diferencias y semejanzas con el artículo 948 del Código Civil

Consideramos indispensable señalar que esta norma no especifica si el carácter de irreivindicable favorece al adquirente de buena o mala fe. El texto del artículo 1542 no hace ninguna distinción respecto de aquel comprador que adquiere el bien con conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien. Al no hacerse tal especificación, la aludida norma estaría otorgando protección al adquirente de mala fe, es decir, a aquél que compró conociendo el carácter ajeno del bien.

Con esta disposición, el Código Civil estaría yendo contra el antiguo principio jurídico de que la ley no debe amparar a quien actúa de mala fe. Adicionalmente, esta norma podría constituirse en una injusta excepción a lo establecido en el artículo 948. Como recordamos, este precepto establece que quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo; ya que mientras el artículo transcripto exige el requisito de la buena fe, el artículo 1542 no lo hace. Además, la norma del artículo 948 exceptúa de la regla contenida en el mismo a los bienes perdidos y a los adquiridos con la infracción de la ley penal; bienes que de acuerdo al artículo 1542 podrían ser adquiridos en propiedad por alguien que aun de mala fe los compre en tiendas o establecimientos abiertos al público.

En la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984[1] se señala que se trata de un caso en que al comprador le es indiferente si el vendedor es propietario o no de la cosa vendida, ya que le basta actuar por quien tiene la apariencia jurídica de ser propietario. Además establece que se trata de evitar que la expectativa y la confianza del comprador sean defraudadas imponiendo su adquisición de propiedad por encima de los intereses de terceros, aunque se trate del anterior propietario.

3. Aplicación práctica

Nosotros estamos total y absolutamente de acuerdo con que se den todas las protecciones del caso a quien, bajo los requisitos contemplados por el artículo 1542, compra un bien en alguna tienda o local abierto al público, pero siempre y cuando, a quien se esté protegiendo, sea una persona que desconozca el carácter ajeno del bien. Lo que planteamos, es que se presuma que quien adquiere bajo las condiciones establecidas en el artículo 1542, es un adquirente de buena fe y que, por lo tanto, debe estar protegido su derecho de propiedad, por sobre aquél del anterior propieta-

[1] Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984. Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.,* pp. 13 y 14.

rio. Sin embargo, consideramos de justicia el que esta presunción admita prueba en contrario por parte del anterior propietario, que se halle interesado en reivindicar el bien cuya posesión ha perdido. De esta forma, la interpretación del artículo 1542, no sólo mantendría un carácter de justicia, sino que aún sería una norma más justa, evitando —de este modo— se den casos que a nuestro entender el Derecho, en lugar de proteger, debe repugnar.

En tal sentido, no estamos de acuerdo con que el artículo 1542 pueda considerarse concordante con la regla general del artículo 948, en el sentido en que quien compra en las condiciones establecidas en el artículo 1542, debe actuar de buena fe o en la creencia de que está adquiriendo del verdadero dueño, para obtener la protección establecida por la última de las normas citadas.

Aparte de no contar con ningún elemento que nos pueda llevar a efectuar la afirmación antes mencionada, que es recogida en la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil, existe un argumento, a nuestro entender definitivo, en el sentido de respaldar nuestra posición: el principio jurídico por el cual cuando existe un conflicto entre una norma general y una específica, prima la específica. En el caso materia de análisis, el artículo 948 constituye una norma general, ya que regula en forma amplia aquellos casos en los cuales se produce la transferencia de posesión de una cosa mueble por parte de un depositario infiel, mientras que el artículo 1542 regula el caso específico de la venta de bienes ajenos en tiendas o locales abiertos al público. Además, como hemos señalado en líneas anteriores, el supuesto del artículo 1542 es más amplio, ya que además de comprender a los bienes de que trata el artículo 948 incluye aquellos perdidos y a los adquiridos con infracción de la ley penal, pues el artículo 1542 no establece —en absoluto— las restricciones contenidas en la última parte del artículo 948.

Como hemos señalado, el artículo 1542, bajo comentario, está inspirado en el artículo 85 del Código de Comercio Español. Respecto de esta norma, según refiere el tratadista de esa nacionalidad Fernando Melón Infante,[2] no existe unanimidad de criterio dentro de los mercantilistas españoles respecto de si el artículo 85 antes mencionado, exige el presupuesto de la buena fe por parte del comprador. En tal sentido, hace una interesante referencia a las dos corrientes doctrinarias sobre el particular: la doctrina negativa, que expresa que no es necesaria la buena fe del comprador, que es sostenida por Joaquín Garrigues, y la doctrina afirmativa, que considera que el precepto en cuestión no puede desplegar su eficacia si el adquirente no ha actuado con buena fe.

---

[2] Melón Infante, Fernando. *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958, pp. 120 y ss.

De otro lado, debemos señalar que estamos de acuerdo con las bondades de haber utilizado en el segundo párrafo el término «perjudicado» y no el de «propietario», compartiendo las razones que sobre el particular expresa la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 en su Exposición de Motivos. Esto, naturalmente, dentro de la perspectiva de la redacción actual.

Salvo nuestros comentarios adversos a interpretar en sentido amplio la protección legal que otorga el artículo 1542, consideramos que los elementos y requisitos establecidos para que rija la protección del artículo bajo comentario, tales como el requisito de que el contrato de compraventa se haya celebrado en una tienda o en un lugar abierto al público y que la mencionada venta esté amparada por factura o por una póliza del vendedor, son adecuados.

Naturalmente, el ámbito de aplicación del artículo 1542, no será del todo amplio y así se ha querido que sea, pues se exige que la venta esté acompañada por factura o por póliza del vendedor, que, como sabemos, constituyen documentos suficientes, dada su legalidad, para demostrar, en el primero de los casos, que el establecimiento que los vende es uno que reúne los requisitos fijados para su funcionamiento, y en el segundo, para acreditar que los objetos muebles vendidos son legítimos y no de procedencia ilegítima o de contrabando. Sin embargo, de los documentos mencionados en el primer párrafo del artículo 1542, es decir, las facturas o pólizas del vendedor, sólo las pólizas acreditan fehacientemente que la procedencia de los bienes vendidos sea legal.

4. Concepto de establecimiento comercial

Según apunta Joaquín Garrigues,[3] se llama también «establecimiento», a aquel lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil. El establecimiento es la base inerte, estática de una empresa.

La Real Academia de la Lengua[4] define al establecimiento como el lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión.

Por su parte, Guillermo Cabanellas[5] apunta respecto al establecimiento comercial, y citando el artículo 85 del Código de Comercio Español (Fuente del Código de Comercio Peruano), que la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de Derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario,

---

[3] Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, séptima edición, tomo I, 1984, p. 206.

[4] Real Academia de la Lengua. *Op. cit.,* tomo I, p. 600.

[5] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo III, p. 89.

de los objetos vendidos, para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente.

5. Concepto de tienda

Guillermo Cabanellas[6] define el término «tienda» como sinónimo de establecimiento mercantil dedicado a las ventas por menor, especialmente, el de comestibles o mercadería.

Asimismo, destaca la definición de las tiendas abiertas al público, como aquéllas que establecen los comerciantes inscritos o los no inscritos, siempre que permanezcan abiertas al público por espacio de 8 días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local mismo, o por avisos repartidos al público, o insertos en los diarios de la localidad.

Apunta —además— que las monedas con que se hagan los pagos en las tiendas abiertas al público no son reivindicables; y, como operaciones mercantiles, se suponen en principio hechas al contado las que en las mismas se realicen.

En similares términos se expresa la Real Academia de la Lengua.[7]

6. Concepto de local abierto al público

Respecto al término «local», Guillermo Cabanellas en su Diccionario enciclopédico de Derecho Usual,[8] destaca a éste como sinónimo de establecimiento comercial o industrial.

7. Concepto de factura

Juan Ramírez Gronda[9] define a la «factura» como aquella cuenta del costo, clase, cantidad, calidad y demás referencias de las mercaderías que se remiten.

Guillermo Cabanellas,[10] por su parte, apunta que en Derecho Mercantil la factura es la relación de mercaderías que constituyen el objeto de una remesa, venta u otra operación comercial. Vale decir, resulta ser la cuenta detallada, según número, peso, medida, clase o calidad y precio, de los artículos o productos de una producción mercantil.

---

6 *Ibidem*, tomo VIII, p. 89.

7 Real Academia de la Lengua. *Op. cit.*, tomo II, p. 1307.

8 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo V, p. 224.

9 Ramírez Gronda, Juan. *Diccionario jurídico*. Buenos Aires: Editorial Claridad, séptima edición, 1982, p. 151.

10 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo IV, p. 6.

Asimismo, el citado autor destaca el concepto teórico y la índole jurídica de la factura.

En primer término apunta que para Bollaffio y colaboradores, por factura se entiende la nota o detalle de las mercaderías vendidas que el vendedor remite al comprador, con la precisa y detallada indicación de su especie, calidad, cantidad y precio; y con todas aquellas otras que puedan servir o ser necesarias tanto para individualizar las mercaderías mismas como para determinar el contenido y las modalidades de ejecución de un contrato.

Por último, sostiene Cabanellas que la factura no constituye en si un recibo ni una intimación de pago, aunque sí integra la constancia de una deuda pendiente. Pese a ciertas declaraciones impresas de algunos comerciantes, recibido el importe de las mercaderías facturadas, o pagadas en alguna otra forma, cabe extender válido recibo en la factura, cualquiera sea la salvedad que al pie conste, si la fórmula firmada es expresiva.

Asimismo, la Real Academia de la Lengua,[11] anota que la factura es la relación de los objetos o artículos comprendidos en una venta, remesa u otra operación de comercio; en ese sentido, resulta ser la cuenta detallada de cada una de estas operaciones, con expresión de número, peso o medida, calidad y valor o precio.

8. Concepto de boleta

Destaca Guillermo Cabanellas[12] que el término «boleta» en América del Sur es el sinónimo de factura mercantil, es decir el comprobante de ciertas operaciones.

9. Concepto de póliza

Para Juan Ramírez Gronda,[13] «póliza» es el documento en el que se hacen constar las condiciones de un contrato: póliza de seguro, póliza de fletamento, etc.

Por la etimología latina, el vocablo significa promesa. Al respecto, anota Guillermo Cabanellas[14] que la póliza constituye el documento probatorio de diversos contratos, mercantiles por lo general.

Asimismo, la define como la libranza u orden de percibir o cobrar alguna suma de dinero. Es la guía que declara legítimos ciertos géneros o mercaderías y, por tanto, libres del concepto de contrabando.

---

[11] Real Academia de la Lengua. *Op. cit.,* tomo I, p. 626.

[12] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo I, p. 507.

[13] Ramírez Gronda, Juan. *Op. cit.,* p. 226.

[14] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo VI, p. 309.

10. Imposibilidad de reivindicación

De presentarse el supuesto del artículo 1542, y estar amparado el comprador por la protección brindada por esta norma, dicho comprador se habría convertido en propietario del bien; y, en tal sentido, su derecho de propiedad será firme.

Esto significa que quien era propietario del bien (bien vendido por el vendedor no propietario), dejó de tener tal calidad. La propiedad se extinguió para él.

De ahí que dicho ex-propietario se encuentre, jurídicamente hablando, en imposibilidad de reivindicar el bien (ya que la reivindicación es un atributo del propietario —argumento del artículo 923 del Código Civil Peruano— y él dejó de ser propietario).

11. Acciones civiles que tiene el comprador perjudicado contra el vendedor

De presentarse todos los requisitos establecidos para que rija lo dispuesto por el artículo 1542, bajo comentario, el comprador —al estar protegido por esta norma— no tendría nada que reclamar del vendedor de lo ajeno, en la medida que no habría sufrido perjuicio alguno.

De lo contrario, si el bien pudiera ser reinvindicado por su propietario, tendría contra el vendedor todas las acciones que corresponden en virtud de la normatividad del saneamiento por evicción y la venta de bien ajeno (artículos 1539 a 1541 del Código Civil); además de las disposiciones generales de Derecho de Obligaciones y Contratos que le fueren aplicables.

De otro lado, debemos señalar que estamos de acuerdo con las bondades de haber utilizado en el segundo párrafo el término «perjudicado» y no el de «propietario», compartiendo las razones que sobre el particular expresa la Comisión Revisora en su Exposición de Motivos. Esto, naturalmente, dentro de la perspectiva de la redacción actual.

12. Acciones penales existentes contra el vendedor

Según señala el artículo 1542 del Código Civil, queda a salvo el derecho del comprador para ejercitar la acción penal correspondiente contra el enajenante que efectuó la venta de manera indebida.

En ese sentido, sanciona el Código Penal que quien vende un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de 3 años y con treinta a noventa días multa (artículo 194 del Código Penal).

La compra de bien propio

1. Consideraciones generales

Antes de concluir con el análisis de la venta de bien ajeno y del bien materia del contrato de compraventa, debemos reparar en la denominada «compra de bien propio», supuesto que no se halla contemplado en el Código Civil de 1984.

Puede decirse en relación al tema de la compra de bien propio, que existe una posición tradicional que se manifiesta por su nulidad, considerándolo un acto de objeto jurídicamente imposible.

Dentro de este orden de ideas es que, como se aprecia, la inmensa mayoría de la legislación y doctrina de nuestra tradición jurídica no aborda el particular, y los pocos Códigos Civiles o autores que sí lo hacen, la consideran nula. Sólo existe un reducido sector de profesores que en lo que puede apreciarse como un alambicado razonamiento, pletórico de hipótesis más de «laboratorio» que de la vida real, estiman que un contrato de estas características podría ser válido en determinadas circunstancias.

Sin embargo, podemos apreciar que la estructura tradicional del tema se basa en consideraciones meramente teóricas y en el supuesto base de asumir que un acto de esta naturaleza es prácticamente absurdo, inusual y hasta exótico. Nosotros al abordar el tema en nuestra obra «El bien materia del contrato de compraventa»[15] nos ceñimos a analizarlo dentro de los cánones habituales de la doctrina y legislación. No obstante, con el paso de los años advertimos que dada la peculiar realidad de nuestro país, este tema ofrece una riqueza muy grande, a la vez que una importancia práctica ignorada en casi todos los países.

Como es sabido, el Perú ha sufrido y sufre en las últimas décadas muchos problemas de orden socio económico, los mismos que han llevado paulatina, pero inexorablemente, a que la delincuencia prolifere a niveles antes inimaginables. Y nos estamos refiriendo a la delincuencia común y no a la delincuencia terrorista, cuya sola presencia constituyó una de las mayores lacras por las que ha padecido nuestro país.

No deja de ser asunto común el que la delincuencia actúe con impunidad en muchos campos, y que —dadas las limitaciones presupuestales existentes— los esfuerzos de las autoridades se centren en combatir el tipo de delincuencia que afecta en mayor grado la seguridad del Estado o la vida e integridad física de las personas.

Podríamos decir que, en cierta forma, la delincuencia que se ocupa de robar, por ejemplo, autopartes, a los vehículos estacionados en la vía pública, ha dejado de ser

[15] Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XIII, 1992.

preocupación principal de las autoridades. Ésta ha proliferado tanto que en la ciudad de Lima (y sólo por hablar de la capital del Perú) existen amplias zonas en donde se comercializan artículos fruto de actos delincuenciales. El ejemplo más representativo y conocido era la zona llamada Tacora, comprendida en varias cuadras de la avenida Aviación, en el distrito de La Victoria y parte del Cercado de Lima, entre las avenidas México y Grau, lugar donde en plena vía pública se habían instalado de manera permanente miles de comerciantes que se dedicaban a la labor de receptación de autopartes, lo que equivale a decir que se dedicaban a comprar a otros delincuentes las piezas de los vehículos que han sido obtenidas de manera ilícita, o, incluso (aunque en menor medida) son ellos mismos los que han robado dichas piezas.

Hace algunos años dichos comerciantes fueron desalojados de la vía pública, lo que no equivale a decir que hayan sido desterrados, pues prosiguen realizando sus ilícitas actividades desde los inmuebles aledaños.

Todo Lima, empezando por las autoridades policiales, el Ministerio Público, el Poder Judicial y la ciudadanía, en general, conoce de la existencia de este mercado negro; y todo Lima acude a él. Son raros los casos en que la Policía Nacional realiza operativos en estas zonas, dada la gran cantidad de «comerciantes» (delincuentes) y la escasez de recursos y personal que debería encargarse de la solución del problema.

La gran cantidad de robos de autopartes que ocurre en nuestra capital ha obligado desde hace varias décadas a que los propietarios de los vehículos, que se han visto perjudicados por esta situación, tengan que optar entre dirigirse a una tienda de autopartes y repuestos, para comprar una pieza original, en sustitución de la robada, o recurrir al mercado negro para adquirir una de procedencia ilícita. Es evidente que el primer camino es el único legal, pero también es cierto que los repuestos nuevos de los automóviles tienen, en la mayoría de casos, un costo tan alto que resulta difícil para el propietario perjudicado adquirir uno.

A todo ello, hay que agregar el hecho de que en el Perú no existe un régimen de seguro obligatorio (contra robos) para los vehículos de uso particular, y a pesar de que los porcentajes han aumentado en los últimos años, todavía sigue siendo reducida la proporción de automóviles que cuenten con un seguro que cubra este tipo de siniestros.

No debemos olvidar tampoco que desde que se permitió el ingreso o importación al Perú de vehículos usados, muchos de ellos han sido traídos por las empresas importadoras sin un adecuado y paralelo servicio técnico, así como tampoco un stock de repuestos suficiente. Es más, en algunos casos, ni siquiera se preocuparon de traer repuestos para los vehículos usados que se importaron. Y lo más grave de todo, es que ello no sólo ocurrió con automóviles de segunda mano, sino con marcas que recién se instalaban en el mercado nacional, algunas de las cuales no tuvieron éxito y

sus importadores dejaron de traer dichos vehículos, los mismos que nunca contaron con respaldo técnico y de repuestos.

Por estas circunstancias es que resulta bastante frecuente el que cuando una persona sufre el robo de una parte de su vehículo, como, por ejemplo, llantas, faros, parabrisas, radios, etc., no vaya a adquirirlos a una tienda de artículos de repuestos nuevos, sino que recurra al mercado negro, en donde los precios son sustancialmente menores y los artículos son los mismos, llegando a costar varias veces menos.

Dentro de este contexto, el que vende y el que compra un artículo de procedencia ilícita está cometiendo delito de receptación, contemplado en el artículo 194 del Código Penal Peruano.[16]

Más allá de la situación práctica de que éste es un delito con una pena muy benigna y que —al ser menor de cuatro años— nunca implicaría privación efectiva de la libertad, quien compra un bien en estas condiciones, no siendo una persona que se dedique habitualmente a las actividades delictivas, sino un ciudadano común y corriente que desea adquirir un bien similar a aquél que se le ha robado, está cometiendo un acto delictivo.

Dado el texto de la norma penal, y en razón de que ella no distingue si quien adquiere ese bien es o no propietario del mismo, podría entenderse que el supuesto del Código Penal comprende a todas las personas que se encuentren enmarcadas en el mismo, más allá de si el bien que desean adquirir o recuperar pertenece a un tercero o le pertenece a la misma persona que desea recuperarlo.

Si bien el Código Penal en su artículo 194 no efectúa la distinción pertinente, entendemos que no podría considerarse como delincuente (receptador) a aquella persona que, por esas coincidencias que tiene la vida, acude al mercado negro y adquiere a título oneroso exactamente el mismo bien que le fue robado. Y esta situación ocurre a menudo, ya que cualquiera de nosotros ha escuchado, por lo menos alguna vez en la vida, el relato de algún amigo o conocido a quien le ha pasado un trance similar.

Si hay algo que en lo personal me queda claro es que en el plano moral a esa persona no podría considerársele como un delincuente, pues aquello que está adquiriendo es, precisamente, un bien que él mismo sabe que es suyo (esto, por tratarse de alguna luna, faro, espejo o similar, en donde se encuentre marcado el número de placa del vehículo, o porque tenga alguna seña especial que haga convicción en dicha persona de que se encuentra frente a un objeto de su propiedad). Se trata de alguien

[16] Consideramos muy ilustrativo el análisis efectuado respecto de este delito por Luis Alberto Bramont-Arias Torres (Bramont-Arias Torres, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Lima: Editorial San Marcos, 1994, pp. 255-258).

que sabe que la existencia de las vías legales para recuperar el bien sólo existen en el plano teórico.

Es cierto que esta persona podría recurrir a formular una denuncia a la comisaría más cercana, en el sentido en que ha detectado quién tiene el objeto robado (vamos a manejar el ejemplo que se trate de un faro). Pero, dicha persona no podría esperar que luego de formulada su denuncia en la comisaría, los efectivos policiales monten un operativo de inmediato, destinado a capturar al receptador y recuperar el bien que le fue arrebatado. El ciudadano sabe perfectamente que ello no va a ocurrir. También sabe que si ingresara la policía a esta zona, es casi seguro que el faro vaya a ser escondido en cualquier lugar de la misma y que ni la propia autoridad policial pueda recuperarlo.

Es obvio también que dicho ciudadano honesto sabe que no podrá hacer justicia por mano propia, no sólo porque ésta constituye una regla general en el ejercicio de los derechos subjetivos, sino también porque si intentara hacerlo, simplemente lo matarían.

Resultaría risible, también, que dicho hombre honesto inicie ante el Poder Judicial una acción reivindicatoria para recuperar la posesión de ese bien del cual sigue siendo propietario, pero que lo ha perdido por efecto del robo. Digo que sería risible, porque, en primer lugar, no conocerá la identidad del delincuente que tiene el bien en su poder, y, aun la conociese, ya podríamos imaginar cómo se le podría notificar la demanda y dónde se efectuaría dicha notificación; a todo lo cual habría que agregar la situación objetiva de que nada ganaría con este proceder, ya que el delincuente, apenas conozca del proceso judicial, desaparecerá conjuntamente con el bien. De este modo, el ciudadano habrá incurrido inútilmente en gastos judiciales y de abogado.

Por todo lo antes expuesto, es que las vías legales, si bien en el plano teórico están abiertas, en la práctica están cerradas, y casi por completo. A ello habría que agregar la consideración de que en el plano teórico ese ciudadano sigue siendo propietario del bien, pero en la práctica, será un propietario sólo de nombre, pues no podrá ejercer ninguno de los atributos establecidos por el artículo 923 del Código respecto al propietario, cuando expresa dicha norma que:

> Artículo 923.- «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

Entonces, podríamos hacernos la pregunta de si dicha persona sigue siendo o no propietaria del bien. A pesar de que desearíamos contestar negativamente, no podemos hacerlo, y debemos afirmar que sigue siendo propietario, más allá de que nuestra

respuesta pueda no concordar con lo que ocurre en la realidad. Jurídicamente y a pesar de todo, sigue siendo propietario del faro que le han robado.

De esta forma, si tal persona desea recuperar ese objeto del receptador, estaríamos hablando de un objeto que todavía le pertenece en propiedad, razón por la cual podríamos plantearnos la pregunta de si estaría celebrando con el delincuente un contrato de compra de bien propio.

2. Naturaleza jurídica

En este supuesto, consideramos que podrían esgrimirse válidamente diversas posiciones, todas las cuales tienen asidero legal y lógica jurídica, independientemente de que concordemos o no con ellas:

2.1. Se trata de una compraventa nula por tener objeto jurídicamente imposible

El tema de la compra de bien propio es uno que no ha sido considerado en nuestro Código Civil vigente, así como tampoco en el Código Civil que le precedió.

Sin embargo, estas omisiones no significan que sea un punto absolutamente irrelevante. Por lo menos en teoría se plantean algunas interrogantes sobre el mismo, que sería interesante recoger.

En lo que respecta a la codificación extranjera y nacional consultada, resulta absoluta la mayoría de cuerpos legislativos y proyectos que soslayan el tema,[17]

[17] Códigos Civiles consultados que no dan tratamiento a la compra de bien propio:
Código Civil Francés, Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Argentino, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Hondureño de 1906, Código de las Obligaciones de Suiza, Código Civil Brasileño de 1916, Código Civil Panameño de 1917, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil Mexicano de 1927, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Código Civil Chino de 1930, Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Italiano de 1942, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987, Código Civil de la Provincia de Québec.

pero sin embargo existe un reducido número de los mismos que legisla sobre el particular.[18]

---

[18] Códigos Civiles que regulan el tema de la compra de bien propio:

- *Código Civil Peruano de 1852:*
  Artículo 1326.- «No hay venta de lo ajeno, ni compra de lo propio».
  Artículo 1328.- «El que hubiere comprado lo suyo por haberlo creído de otro, nada adquiere por este contrato; y tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio».
- *Código Civil Chileno:*
  Artículo 1816.- «La compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.
  Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición.
  Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes».
- *Código Civil Salvadoreño de 1860:*
  Artículo 1619.- «La venta de cosa ajena y la compra de cosa propia no valen; el comprador que ignoraba el vicio del contrato, en el primer caso, tiene derecho a los daños y perjuicios, aun contra el vendedor de buena fe; en el segundo, podrá pedir que se le restituya el precio».
- *Código Civil Uruguayo:*
  Artículo 1670.- «La compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella».
- *Código Civil Colombiano:*
  Artículo 1872.- «La compra de cosa propia no vale; el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.
  Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición, pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición.
  Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes».
- *Código Civil Ecuatoriano:*
  Artículo 1782.- «La compra de cosa propia no vale; y el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella».
  Artículo 1783.- «Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición. En estos casos, no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición.
  Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes».
- *Código Civil Nicaragüense de 1903:*
  Artículo 2574.- «La compra de cosa propia no vale, el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.
  Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar

Resulta interesante observar de la nota anterior que todos los Códigos y Proyectos mencionados en ella la consideran nula o sin valor; como también anotar que los Códigos Civiles Chileno (artículo 1816), Colombiano (artículo 1872), Ecuatoriano (artículo 1783) y Nicaragüense de 1903 (artículo 2574), admiten pacto en contrario de todo lo establecido respecto de la compra de cosa propia, dentro de lo que está, evidentemente, la nulidad del mencionado contrato.

De esa relación también podemos observar que todos los Códigos que contemplan la compra de cosa propia, a excepción del Segundo Anteproyecto de Libro Quinto del Código Civil del Perú, de 1926, consideran expresamente el derecho de restitución de lo pagado por el comprador.

Notamos además que los Códigos Civiles que siguieron el Proyecto de Andrés Bello, consideran que los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos supuestos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición. Es el caso del Código Civil Chileno (artículo 1816), del Código Civil Colombiano (artículo 1872), del Código Civil Ecuatoriano (artículo 1783) y del Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2574).

Contemplan expresamente el derecho del comprador que ignoraba el carácter propio del bien, de demandar al vendedor el abono de los daños y perjuicios sufridos: el Código Civil Salvadoreño (artículo 1619) y el Código Civil Guatemalteco (artículo 1794). La diferencia es que en el caso del Código Salvadoreño, el comprador tiene derecho a la mencionada acción aun si el vendedor hubiese sido de buena fe; en el caso del Código Guatemalteco, sólo la podrá ejercer contra el vendedor que hubiera actuado de mala fe.

---

la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador; sino vencido el plazo o cumplida la condición.

Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulación expresa de los contratantes».

- *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*
  Artículo 384.- «No hay venta de lo ajeno, ni compra de lo propio».
- *Código Civil Guatemalteco de 1973:*
  Artículo 1794.- «Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe.

  El que comprare lo suyo por haberlo creído de otro, tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio».
- *Proyecto de Código Civil Colombiano:*
  Artículo 630.- «La compra de cosa propia no vale. El comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella».

Así como la totalidad de los Códigos y proyectos consultados que se pronuncian sobre el particular consideran nula la compra de bien propio, la doctrina procede en igual sentido.[19]

2.2. Se trata de una compraventa nula por tener fin ilícito

Considerar a la compra de bien propio como un acto nulo por tener fin ilícito, implicaría asumir que el comprador (propietario del bien) es un delincuente, susceptible de ser tipificado dentro del delito de receptación. Sin embargo, tal como fue dicho por nosotros al esbozar algunos comentarios sobre este delito, estimamos que quien desea recuperar ese bien que le pertenece, ante la imposibilidad práctica o material

---

[19] Para ello, basta observar las siguientes opiniones:

Aubry y Rau (Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 335) señalan que es necesario que pueda ocurrir, en provecho del comprador, la transmisión de propiedad de la cosa vendida: si el comprador era ya propietario de esta cosa, la venta se consideraría como no ocurrida.

Barros Errázuriz (Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, p. 372) establece que la compra de cosa propia no vale; porque siendo la venta un título traslaticio de dominio, carece de objeto comprar una cosa cuyo dominio pertenece de antemano al comprador. Si ignorando el comprador que es dueño, se efectuare la compra, tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.

Para Alessandri y Somarriva (Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.,* tomo IV, p. 372), la cosa comprada no debe ser una cosa propia, pues no vale la compra de cosa propia porque una compra así carecería de causa para el comprador, no se vería el interés jurídico o psicológico, que podría tener una persona para comprar una cosa propia.

Por su parte, Enneccerus, Kipp y Wolff (Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.,* vol. I, tomo II, pp. 157 y 158) opinan que si compro una cosa que me pertenece, el contrato seguirá siendo nulo aunque posteriormente yo cese de ser propietario. Pero el contrato será válido si se concluye, expresa o tácitamente, para el caso de que más tarde la prestación sea posible […]; lo mismo si la prestación se promete bajo otra condición suspensiva o bajo término inicial y antes (o simultáneamente, cosa que la ley alemana no señala especialmente por ser evidente) de su cumplimiento o llegada se convierte en posible.

En el Perú, León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo III, p. 6), apoyándose en lo dicho por Enneccerus, Kipp y Wolff, señala lo siguiente:

«La cosa no tiene por qué ser del vendedor, pues se permite la venta de cosa ajena (artículo 1394); pero no cabe compra de cosa propia, toda vez que lo esencial en la venta es la asunción de la obligación por el vendedor de transferir el dominio de una cosa al comprador, y esto no puede tener efecto, esto es, realizarse, si ya el presunto comprador es dueño de esa cosa, de suerte que no puede haber en su persona pretensión crediticia alguna».

El profesor Ernesto Clemente Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 242 y 243) sostiene similares términos, pero hace la salvedad de que esto es así sólo en principio, pues caben hipótesis de excepción:

«En principio, no cabe duda de que la compra de cosa propia no puede producir efecto alguno, debiendo ser declarada inválida. Cuando ninguna de las prestaciones que el contrato genera han sido cumplidas, la cuestión es bastante simple. En efecto, ni comprador ni vendedor podrán exigir el cumplimiento de las prestaciones invocando la existencia del contrato, pues éste no puede producir efecto alguno».

de recurrir a las vías que prescribe la ley (justamente por la ineficiencia del funcionamiento del propio sistema jurídico a este respecto) no puede ser calificado como un receptador. Ello resultaría ilógico a la vez que injusto.

2.3. Se trata de un contrato atípico válido a través del cual el poseedor del bien se obliga a transmitir dicha posesión al propietario del mismo

De acuerdo a lo establecido por el artículo 922, inciso 4, in fine, del Código Civil Peruano, la posesión se extingue, entre otros supuestos, por pérdida del bien.

Esta norma debe ser concordada con aquello que establece el inciso 2 del artículo 1137 del propio Código, cuando señala que la pérdida del bien puede producirse, entre otras causales, por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, «aun teniéndolas, no se pueda recobrar».

En ocasión anterior[20] manifestamos que la imposibilidad a que hace referencia esta norma, no tiene que ser absoluta, pues bastará que sea de carácter relativo, pero que implique la realización de esfuerzos más que extraordinarios y sumamente gravosos para lograr tales fines.[21]

Dentro de tal orden de ideas, podría entenderse que un pacto como aquél sobre el cual venimos tratando, sería un contrato atípico, destinado a recuperar la posesión perdida del bien, o, si se quiere expresar de otro modo, recuperar la posesión del bien que se ha perdido.

Sin embargo, debe tenerse cuidado —dentro de este criterio interpretativo—, pues en el ordenamiento legal peruano también existe el artículo 904, norma que

---

[20] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.,* primera parte, tomo II, pp. 22 y 23.

[21] Consideramos pertinente, recordar las expresiones que en dicha obra vertimos Felipe Osterling y quien escribe estas páginas:

«Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil Peruano, puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese comprometido frente a otro —compañero de aventuras— a entregarle su reloj, un 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 de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, 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, por lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

Creemos también que ilustrarían el segundo supuesto del inciso segundo bajo comentario, la obligación de dar un barco que luego se ha hundido —como sería el caso del 'Titanic'—, o el de una nave antes de haber sido capturada por el enemigo —como sería el caso de nuestro Monitor 'Huáscar'—. Si bien es cierto que ninguna de las dos hipótesis anotadas constituye una imposibilidad absoluta, la primera pasaría por realizar una inversión infinitamente grande; en tanto que la segunda significaría, además, una guerra externa, lo que —a todas luces— haría desproporcionados los medios para lograr el objetivo deseado».

establece que «Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera». Decimos esto, pues de ser este el supuesto, no habría pérdida de la posesión, ni mucho menos pérdida del bien.

2.4. Se trata de una transacción

Conforme a lo prescrito por el artículo 1302 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1302.- «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.
>
> Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.
>
> La transacción tiene valor de cosa juzgada».

Es sabido que cuando la ley hace referencia a un asunto dudoso, no se excluye del ámbito de aplicación de este término a aquellos casos en los cuales si bien no exista duda por parte de alguno de los sujetos que se encuentran en conflicto (vale decir que dicho sujeto tenga muy claras las cosas respecto al tema y que a aquél le asista plenamente su derecho), estemos ante una situación conflictiva que conduzca o pueda conducir a la existencia de posiciones hasta cierto punto insalvables, las mismas que podrían solucionarse a través de un acto transaccional.

Dentro de este orden de ideas, podría entenderse que si el propietario de un bien desea recuperar la posesión del mismo (a pesar de saber que quien va a ser la otra parte en la transacción posee el bien de manera ilegítima y sin derecho alguno que le asista) podrá, ante la imposibilidad práctica de hacer algo distinto, o ante el problema de las dificultades económicas que surjan para su recuperación, y luego de realizar un análisis de costo-beneficio, efectuar un acuerdo transaccional con esa otra parte, y —de esta forma— recuperar los plenos derechos que le corresponden sobre el bien.

2.5. Se trata de una compra de bien propio, en estricto

Respecto de los supuestos en los cuales puede considerarse válido un contrato de compra de bien propio, Wayar[22] citando a Alessandri Rodríguez, señala que se pueden mencionar tres hipótesis: «a) cuando una persona compra una cosa que posee

[22] Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 244.

en condominio con otras; b) cuando se compra una cosa de la que se tiene dominio imperfecto; c) cuando se compra una cosa bajo condición de que deje ser propia».

Wayar intenta dar solución a estos supuestos de la siguiente manera:

En el primer caso, se trataría de la venta de una cosa en condominio y serían de aplicación las reglas ya estudiadas sobre esta materia […]. El segundo caso, podría constituirse cuando el usufructuario, que carece de la nuda propiedad, compra la cosa con el fin de unificar el dominio desmembrado. No creemos que tales hipótesis planteen serios problemas interpretativos, debiendo resolverse —mutatis mutandis—, de conformidad con las reglas que regulan la compra de las cosas parcialmente propias.

El tercer caso se daría cuando el titular de un dominio resoluble desea adquirir la cosa para evitar que se lo prive de ella en el supuesto de que la resolución se opere. En opinión de López de Zavalía, nada hay de irrazonable en esta contratación que, por el contrario, puede resultar sumamente previsora.

2.6. Nuestra posición

El tema de la compra de bien propio es uno que si bien mereció la atención de los cuerpos normativos de la antigüedad, como es el caso de la Ley de Partidas, no merece, como hemos señalado, tratamiento en nuestra legislación civil desde el Código de 1852, el cual, en su artículo 1326, señalaba que no había venta de lo ajeno ni compra de lo propio.

Manuel Augusto Olaechea consideró pertinente, en una primera instancia, incluir la norma que acabamos de citar, dentro de su Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, terminado de elaborar en 1926 (el artículo 384), pero luego esta norma fue eliminada y no pasó al Proyecto de Código de 1936 ni al Código que se promulgó ese mismo año. En el texto del ejemplar del Segundo Anteproyecto que fue usado por Olaechea para los trabajos de la Comisión Reformadora del Código de 1852, figura tachado, de puño y letra, el artículo 384, con una anotación al margen, por la que lo considera «innecesario».

La opinión de Olaechea, se inserta, como se ha visto, dentro del criterio mayoritario de la doctrina y legislación extranjera, y fue seguida por el Código Civil de 1984, el que nada dice sobre el particular.

Observamos que el tema de la compra de bien propio, ha sido desechado como uno de discusión doctrinaria, justamente por ser considerado como inútil en la práctica. Reconocemos la validez de esta tendencia de opinión. Pero sin embargo, en teoría sí reviste aspectos bastante interesantes, que trataremos de exponer a continuación.

Como hemos podido apreciar, la mayoría de autores consultados que hemos citado anteriormente, consideran a este contrato como nulo y no dicen algo más al respecto, salvo los casos de Enneccerus, Kipp y Wolff, León Barandiarán y Wayar.

Creemos interesante, recogiendo las opiniones de estos tres últimos y abonando otras propias, apuntar algunos supuestos que se pueden pensar como que constituyen casos de compra de bien propio, y tratar de ver si en realidad lo son o no.

A continuación nuestros comentarios:

2.6.1. Si el comprador, el vendedor o ambas partes desconocen que el bien vendido es propio del comprador

Teóricamente es posible que se produzca la transferencia de la propiedad, ya que como vimos al tratar acerca del contrato de venta de bien ajeno, por medio de este contrato el vendedor sólo se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y no la transfiere en virtud del acto jurídico mismo.

Por esta razón es que consideramos anteriormente que el contrato de venta de bien ajeno no es nulo (salvo que se produzca alguna causal distinta que haga que el acto lo sea). Y, por la misma razón, decimos ahora que el contrato de compra de bien propio no es nulo, sino en un supuesto de excepción (que veremos más adelante) por el solo hecho de que el bien tenga tal carácter.

2.6.2. Si ambas partes conocen, al momento de la celebración del contrato, el hecho de que el bien pertenece en propiedad al comprador

En este punto, podemos pensar varios supuestos:

2.6.2.1. Si se compra un bien propio y el contrato es uno puro y simple

En este caso, el acto sí sería nulo, porque ambas partes estarían, de manera consciente, celebrando un acto puro y simple que, como contrato típico, está destinado a que el vendedor se obligue a transferir la propiedad de un bien que, es consciente de que dado el acto celebrado y el hecho de que la propiedad del bien pertenece, justamente a aquél a quien supuestamente se la tiene que transferir, el acto podrá ser considerado como uno de prestación imposible, por lo que sería nulo, por tener un objeto jurídicamente imposible, en virtud de lo establecido por el artículo 219 inciso 3, ya que el comprador no podrá adquirir una propiedad de la que ya es dueño.

Recalcamos que el supuesto que hemos analizado es uno en el cual en el contrato no se establece ningún elemento adicional que pudiera llevar a pensar que lo que han buscado las partes es algo distinto a obligarse en los términos de una compraventa común y corriente, es decir, que genere los mismos efectos que si el bien fuera de propiedad del vendedor.

2.6.2.2. Si el comprador de bien propio tiene la propiedad del mismo bajo una condición resolutoria o un plazo resolutorio, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor

En este caso, será evidente que el comprador podrá adquirir la propiedad futura del bien, es decir, a partir de cuando caduque dicho plazo o se produzca la condición (si ésta llega a verificarse).

Así, sí se entenderá que la prestación de la obligación del vendedor en el contrato celebrado, es posible.

Este acto será plenamente válido.

2.6.2.3. Si un bien se encuentra en litigio entre dos partes, y una de ellas paga a la otra una cantidad de dinero con el propósito expreso de que se termine el pleito sobre el bien

Debemos señalar, ante todo, que este no es el típico supuesto de compraventa de bien litigioso, pues en el caso típico el litigio sobre el bien (se entiende referido en este extremo, sobre la propiedad del bien) se da entre el vendedor del mismo y un tercero; no respecto de quien desea adquirir el bien (el comprador).

Este supuesto, nos resistimos a considerarlo como una compraventa; más bien, creemos que se trataría de un contrato de transacción, por el cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil Peruano de 1984, «[…] las partes, haciéndose transacciones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado […]».

2.6.2.4. Cuando se compra la parte ajena de un bien parcialmente propio y parcialmente ajeno

Consideramos que es evidente que no estamos frente a un supuesto de compra de bien propio, pues la porción indivisa adquirida no tenía tal carácter, a pesar de que parte del bien sí era propia; pero, precisamente, era propia la porción sobre la que no recayó la compra.

2.6.2.5. Cuando se compra la totalidad de un bien del cual una parte es propia del comprador y otra le es ajena

Este sí es un supuesto que presenta problemas.

Consideramos, en orden a nuestra opinión respecto de los casos antes mencionados, que debería seguirse el siguiente razonamiento:

- Si el comprador, el vendedor o ambas partes desconocen el carácter parcialmente ajeno del bien, el acto es anulable. Si el comprador que desconocía el

carácter propio del bien opta por conservar el contrato (la relación jurídica), tendría derecho a que el precio se reduzca proporcionalmente al valor que sobre el total del mismo representa la parte ajena del bien.

- Si ambas partes conocen al momento de la celebración del contrato el hecho de que el bien pertenece parcialmente en propiedad al comprador; y el contrato es puro y simple, entonces, el acto debería ser nulo respecto de la parte propia y válido respecto de la ajena, debiendo abonar el comprador solamente el precio correspondiente a esta última.
- Si ambas partes conocen al momento de la celebración del contrato el hecho de que el bien pertenece parcialmente al comprador; y si el comprador tiene la propiedad parcial del mismo bajo una condición resolutoria o un plazo resolutorio, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor, consideramos que en este caso el acto sería plenamente válido.

2.6.2.6. Si sobre el bien recayesen determinados derechos reales que implicasen una desmembración del derecho de propiedad, como es el caso de la posesión, del uso, del disfrute o de ambos (usufructo), o se hubiese constituido sobre el mismo algún derecho real, como es el caso del derecho de superficie, o una servidumbre

Consideramos sería factible sostener que si el propietario del bien desea recuperar la plena propiedad sobre éste, y abona a quien goza de alguno de esos derechos una suma de dinero con tal propósito, no podríamos hablar de que estamos frente a un contrato de compraventa, sino simplemente frente a un contrato de recuperación o extinción, a título oneroso, de uno de los atributos de la propiedad, o a la extinción convencional de un derecho real, que hubiese sido constituido con anterioridad sobre dicho bien.

Pero como la compraventa tiene por objeto la transmisión de la propiedad, no es el caso de ninguno de estos supuestos.

Sin embargo, las consideraciones esgrimidas por la doctrina en favor de algunos supuestos de validez de la compra de bien propio, debemos reconocer que son elaboraciones teóricas bastante forzadas, ya que —como dijimos oportunamente— en la práctica situaciones de esta naturaleza resultarán sumamente inusuales.

2.7. Podría llegar a tratarse de una compraventa de bien ajeno, en caso quien venda ya se hubiera hecho propietario del bien

Aunque la denominación de este último criterio parezca no tener relación con el tema de la compra de bien propio, consideramos que habrán casos en los cuales ambas figuras revestirán ciertas similitudes.

Es regla general que si un propietario es despojado ilegal o ilícitamente de la posesión de un bien que le pertenece, no pierde la propiedad del mismo. Esto, salvo que quien haya efectuado el despojo adquiera por prescripción adquisitiva dicha propiedad, luego de haber transcurrido los plazos establecidos por la ley para la prescripción adquisitiva sin justo título y con mala fe.

De otro lado, no debemos olvidar que si la persona que se ha apropiado del bien de manera lícita celebra un acto con un tercero a través del cual busca transferirle la propiedad del bien, dicho acto no surtirá eficacia si el tercero adquirente tuviera mala fe, pero sí la adquiriría en caso tuviera buena fe, en virtud de lo establecido por el artículo 912 del Código Civil, norma que prescribe lo siguiente:

> 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».

En ese sentido, si alguien hubiese adquirido la posesión de buena fe, se haría propietario del bien, a pesar de su procedencia ilícita.

Debe excluirse de este caso al supuesto comprendido en el artículo 948 del Código Civil, relativo al depositario infiel, norma que establece que:

> Artículo 948.- «Quien de buena y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal».

Sin embargo, sí estaría comprendido aquél que adquiere en virtud a lo prescrito por el artículo 1542 del Código Civil, precepto que establece que:

> Artículo 1542.- «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

En conclusión, dada la variedad de posiciones existentes en relación al tema, y teniendo cada una de ellas asidero legal, resulta imposible expresar nuestra adhesión exclusiva a una de ellas, ya que no todas tratan sobre un único supuesto, y en consideración a que cada una tiene alta dosis de verdad.

Idoneidad del artículo 1542

> Artículo 1542.- «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público, amparados con facturas o pólizas del vendedor, sólo son reivindicables si el propietario demuestra que el comprador tuvo pleno conocimiento del carácter ajeno del bien respecto del establecimiento vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

Fundamento

Respecto de nuestro artículo 1542, podemos decir que se halla destinado a reemplazar al actual artículo de la misma numeración, en el que está inspirado.

Cuando analizamos el actual artículo 1542,[23] efectuamos ciertos comentarios en el sentido en que esta norma entraba en contradicción con el principio de protección exclusiva al adquirente de buena fe, contemplado en el artículo 948 del Código Civil Peruano. En base a ésta y a las demás consideraciones allí esgrimidas, es que hemos redactado nuestro artículo 1542.

Con esta norma buscamos generar una hipótesis mucho más equitativa en lo que respecta a la posibilidad que se concede al propietario o perjudicado para reivindicar su bien, y también el retiro de la eventual protección al comprador que adquirió el bien con pleno conocimiento de su carácter de ajeno.

Consideramos que con nuestra propuesta no estamos desprotegiendo al comprador que adquirió el bien con pleno desconocimiento de su carácter de ajeno, ya que si así fuese, y su compra estuviese rodeada de todas las circunstancias que hagan suponer al común de las personas que el bien puesto en venta es uno de legítima procedencia, el propietario o perjudicado, prácticamente se verá imposibilitado de demandar judicialmente la reivindicación de su bien, ya que a él corresponderá la prueba en el sentido en que dicho comprador conocía plenamente el carácter ajeno del mismo. Y, como es obvio, para demostrar una afirmación de esta naturaleza, harían falta elementos probatorios cuya obtención sería muy difícil.

Con esto, lo que buscamos es no otorgar protección a quien conociendo al vendedor se colude con éste, para, a través de una venta facturada en el establecimiento de este último, obtener la legitimación y la propiedad sobre un bien de dudosa o

[23] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*, p. 442.

ilegítima procedencia, casos en los cuales la probanza de los hechos tendría, en todo caso, mayores posibilidades de éxito.[24]

[24] En ocasión anterior pensamos proponer la regulación legislativa de la compra de bien propio. Ello lo consideramos ahora inútil. Sin embargo, anotamos la que fue nuestra propuesta de entonces (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, pp. 443 y 444):

Artículo 1542-A.- *«Si al momento de la celebración del contrato ambas partes conocen que el bien es propio del comprador, y el contrato es puro y simple, el acto es nulo.*

Si en el supuesto de conocer ambas partes el carácter propio del bien, el comprador tiene la propiedad del mismo bajo condición resolutoria o sujeta a un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor, el contrato es válido».

Tal como señalamos al analizar el tratamiento de este supuesto en la doctrina y legislación extranjera y nacional, es uno sobre el cual, de manera casi uniforme, no se discute ni trata. La excepción la constituyen unos cuantos Códigos Civiles que la declaran nula, pero con posibilidad de pactar en contrario, sobre todo los que siguieron al Proyecto de Andrés Bello.

Del análisis que efectuamos sobre el particular, en la mencionada obra, extrajimos dos conclusiones, a nuestro entender importantes, que tradujimos en la norma materia de nuestra tentación académica vencida, en el sentido de que si al momento de la celebración del contrato ambas partes conocen que el bien es propio del comprador, y el contrato es puro y simple, el acto es nulo por tener un objeto jurídicamente imposible; y que si ambas partes, conscientes de que el bien pertenece al comprador, contratan, y el comprador tiene la propiedad del mismo bajo condición resolutoria o sujeta a un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor, el contrato se consideraría válido.

Creíamos que los dos supuestos antes mencionados eran los únicos de compra de bien totalmente propio que merecen regulación legislativa. Sin embargo, hoy pensamos distinto, ya que el tema obtiene similar solución en base a las normas de Acto Jurídico, en especial el artículo 140 del Código Civil Peruano, además de que ellos no constituyen las únicas hipótesis pasibles de presentarse en la práctica.

Por otra parte, también en ocasión anterior pensamos en la conveniencia de regular la compraventa de bien litigioso. Ello lo consideramos ahora inútil, debido a la existencia de la norma general prevista en el artículo 1409, inciso 2, del Código Civil, que contempla la posibilidad de contratar sobre bienes de esta clase. Sin embargo, anotamos la que fue nuestra propuesta de entonces (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*, pp. 446 y 447):

Artículo 1542-B.- *«Si se vende un bien sujeto a litigio, se entenderá el contrato sujeto a la condición suspensiva de que finalizado el litigio, quede libre de la perturbación materia de la litis; a menos que el comprador haya asumido el riesgo de las resultas del litigio, caso en el cual el contrato se considerará aleatorio.*

Si hubiese alguna duda sobre si el contrato es conmutativo o aleatorio, se aplicarán los criterios de interpretación establecidos por el artículo 1536-A».

Considerábamos que cuando se vende un bien litigioso, al igual que en los supuestos de compraventa de bienes futuros y sujetos al peligro de dejar de existir, debe tenerse como premisa que el contrato es conmutativo, dada la naturaleza de la compraventa. Por ello, para el caso de la compraventa de un bien sujeto a litigio, en virtud de nuestro artículo, considerábamos a dicho contrato como uno sujeto a la condición suspensiva de que luego de finalizado el litigio, quede el bien objeto de la prestación del vendedor libre de la perturbación materia de la *litis*; a menos que el comprador hubiera asumido el riesgo de las resultas del litigio, caso en el cual el contrato se consideraría aleatorio.

Al igual que lo que habíamos previsto en el numeral respectivo, remitíamos a las normas de nuestro artículo referido a los criterios a seguir para saber si un contrato de venta de bien futuro es conmutativo o aleatorio, si es que hubiesen dudas acerca de la naturaleza de un contrato de compraventa de bien litigioso.

Capítulo Tercero

El Precio

1. Requisitos

La doctrina de nuestra tradición jurídica coincide —mayoritariamente— en que son cuatro los requisitos que debe reunir el precio, a saber:

1.1. Que consista en dinero o signo que lo represente

Sobre este particular nos hemos referido en nuestro análisis del artículo 1531 del Código Civil, norma relativa al precio mixto. En tal virtud, remitimos al lector a lo ahí expresado.

1.2. Que sea verdadero

Constituye el segundo requisito del precio, que sea verdadero, vale decir, que en realidad exista. Con estas palabras no nos estamos refiriendo al monto del mismo, sino a que en verdad los contratantes hayan pactado un precio, y que ese precio señalado sea el realmente convenido por ellos, vale decir, que todo precio cuya existencia real no concuerde con lo expresado en el contrato, dejará de ser un precio verdadero o real, para convertirse en uno disimulado o ficticio. Estas consideraciones nos llevarán a distinguir el tema del precio serio con respecto al precio verdadero, ya que la seriedad tiene que ver directamente con el monto del mismo, mientras que la veracidad está en directa relación con la real existencia del precio.[1]

Precio verdadero es el realmente establecido, no siendo ficticio o disimulado. En la doctrina consultada se establecen claramente dos tendencias de opinión: una primera que 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 una segunda, absolutamente minoritaria, que no admite para ningún supuesto dicha posibilidad.

---

[1] El tema es desarrollado por nosotros de manera exhaustiva en una anterior investigación (Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, pp. 363-385), razón por la cual remitimos al lector a lo ahí mencionado.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la primera posición, que, por lo demás, es aquella que recoge el Código Civil Peruano, de cuya normatividad, podemos extraer las siguientes pautas:

a) De acuerdo al texto original del Código Civil, si el bien es mueble y su valor no excede de treinta veces el sueldo mínimo vital mensual vigente en el momento y lugar en que se celebre el contrato, no se requerirá ninguna formalidad especial para su validez (argumento del artículo 1623). Sin embargo, el Código Procesal Civil, vigente a partir del 28 de julio de 1993, estableció que la donación de los bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no excede del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato.

b) En virtud del precepto original del Código Civil, si el bien es mueble y su valor excede de treinta sueldos mínimos vitales, hasta un máximo de ciento cincuenta sueldos mínimos vitales, el contrato deberá haberse celebrado por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, debiéndose especificar en el instrumento los bienes que se donan (argumento del artículo 1624).

   Con la reforma introducida en 1993, el artículo 1624 del Código Civil establece ahora que si el valor de los bienes muebles excede el límite del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebra el contrato, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, debiéndose especificar y valorizar los bienes que se donan.

c) De conformidad con lo expresado por el Código de 1984, si el bien es mueble y su valor excede los ciento cincuenta sueldos mínimos vitales, así como si es inmueble (de cualquier valor), el contrato deberá haberse celebrado 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 (argumento del texto original del artículo 1625).

   En virtud a las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil al Código Civil, en 1993, el artículo 1625 de este último cuerpo legal establece actualmente que la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

1.3. Que sea serio

El tema es desarrollado por nosotros de manera exhaustiva en una anterior investigación,[2] razón por la cual remitimos al lector a la consulta de dicha obra.

El tercer requisito del precio para la plena validez del contrato de compraventa, es que sea serio. Esta situación nos plantea algunos problemas en lo que respecta al monto del precio, que será necesario analizar en detalle en las siguientes páginas, en las que veremos los supuestos de precio suficiente, irrisorio, desproporcionado, vil, justo, bajo y lesivo.

Ninguno de los Códigos Civiles consultados hace mención al precio serio, posición que es justificada por Marcadé,[3] quien sostiene lo siguiente:

> El Código requiere que haya un precio, él no se toma la molestia de decir que este precio sea serio; si se le pide, es porque el buen sentido dice que la ley no se ocupa sino de las cosas serias, no se puede invocar los efectos legales de una venta sino cuando se ha vendido seriamente, como no se puede invocar los efectos legales de una permuta o de un arrendamiento sino cuando se ha permutado seriamente o arrendado seriamente. Más aún que aquí no hay nada de particular en la venta, y este contrato, como todo otro contrato, es serio todas las veces que se ha considerado como un negocio (necio o conveniente poco importa), que allí se haya estipulado de veras.

La doctrina se encarga de establecer algunos criterios acerca del precio serio, pero disentimos del parecer general asumido por ella, ya que tiende a identificar el tema de la seriedad del precio con el de su veracidad, supuestos que pensamos tienen diferentes ámbitos.[4]

Hemos establecido que dicha seriedad debe entenderse referida al monto del precio. Entonces, será o no serio en razón de la relación que guarde con el justo precio. En tal sentido, hemos definido una serie de conceptos que nos harán ver cuándo el precio reviste este requisito y cuándo no.

El precio justo, equivalente o equilibrado es el que refleja exactamente el valor del bien. Pensamos que al tratar acerca de los valores del bien materia de un contrato de compraventa, el precio justo sólo es un punto 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.

---

2 Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, pp. 363-385.

3 Marcadé, V. *Op. cit.,* tomo VI, p. 182.

4 López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 70; Demante, A. M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 33; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 88 y 89; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 128; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 189 y 190.

Al no existir una precisión ni legislativa ni doctrinaria respecto de qué debe entenderse por precio proporcionado, y para evitar mayores discusiones sobre el particular, consideramos sería aquél que no supere, ni por exceso ni por defecto, en más de 1/5 del precio justo. Resulta evidente que desproporcionado será el precio que excede dicho porcentaje.

Precio bajo es el 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.

A pesar de no ser el de la lesión un tema privativo del contrato de compraventa, hemos considerado necesario tratar acerca del precio lesivo, entendiendo por tal a aquél que presenta una desproporción respecto del valor del bien mayor a las 2/5 partes, por exceso o por defecto. Resulta obvio que este precio se regirá por las normas relativas al Título IX de la Sección Primera del Libro de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil.

Respecto del tratamiento de la lesión, éste es regulado por una cantidad apreciable de Códigos Civiles. Unos lo contemplan en la Parte General de Contratos o Actos Jurídicos; y otros, en el título referente al contrato de compraventa. El caso peruano se adscribe a la primera tendencia.[5]

En el Derecho Peruano, la lesión presenta tres elementos constitutivos: dos de carácter subjetivo y uno de carácter objetivo.

Respecto del elemento de carácter objetivo, algunos Códigos Civiles se inclinan por establecer como porcentaje de desproporción —entre el valor de las prestaciones— el de más de 7/12; otros, más de 1/2; un Código, 1/2; otro, más de 1/4; y el Código Civil Peruano de 1984, más de 2/5; existiendo además un grupo de Códigos Civiles que no fijan un porcentaje necesario para que se considere habida la desproporción, estableciendo algunos que la desproporción (ventaja para el lesionante o perjuicio para el lesionado) tiene que ser manifiesta, excesiva, evidente o injustificada.[6]

---

[5] Los siguientes Códigos Civiles consultados regulan el tema de la lesión, tanto en la parte general de actos jurídicos o contratos como en el título del contrato de compraventa:

Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Civil Colombiano.

[6] Los siguientes Códigos consultados establecen como porcentaje necesario de desproporción entre las prestaciones para que se configure el vicio de lesión, más de los 7/12:

Código Civil Francés (artículo 1674), Código Civil Belga (artículo 1674).

Los siguientes Códigos Civiles consultados establecen como porcentaje necesario de desproporción entre las prestaciones para que se configure el vicio de lesión, más de 1/2:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2067), Código Civil Chileno (artículo 1889), Código Civil Colombiano (artículo 1947), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1855), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 394: en el caso de lesión en el contrato de

En lo referente a los supuestos de carácter subjetivo que configuran el vicio de lesión, aquéllos se refieren a dos casos distintos y complementarios: a la acción del lesionante y a la situación del lesionado.

En lo referente a la acción del lesionante, unos Códigos hacen mención a su superioridad económica, psicológica o intelectual; otros, a la explotación del lesionante de alguna cualidad del lesionado; otros, al aprovechamiento del lesionante de alguna cualidad del lesionado; y, por último, existe un proyecto de Código que alude al abuso del lesionante de alguna cualidad del lesionado.

---

compraventa), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1439), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso II), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 687).

Debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1852 establece dos porcentajes distintos: más de 1/2 si es el vendedor el lesionado; y más de 3/2, si es el comprador el lesionado.

Por otro lado, sólo el Código Boliviano de 1831 (artículo 1086) establece como porcentaje necesario de desproporción entre las prestaciones para que se configure el vicio de lesión, el de 1/2.

El Código Civil Español establece como porcentaje de desproporción en los casos de lesión en él contemplados, el de más de 1/4.

El Código Civil Peruano de 1984, es el único de los Códigos consultados que establece como porcentaje necesario más de los 2/5.

Asimismo, existen Códigos Civiles que no establecen un porcentaje determinado para que se configure el vicio de lesión:

Código Civil de la Provincia de Québec, Código Civil Argentino (artículo 954), Código Civil Alemán (artículo 138), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 33), Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 22, para los contratos en general), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710), Código Civil del Líbano (artículos 213 y 214), Proyecto de Código Civil de Francia (artículo 18), Proyecto de Código de Brasil (artículo 155), Reforma de Código Civil de Bélgica (artículo 1118), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

Un grupo de Códigos Civiles hace referencia a que la desproporción, ventaja para el lesionante o perjuicio para el lesionado, tiene que ser manifiesta:

Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 33), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso I), Proyecto de Código Civil para Francia (artículo 18), Proyecto de Código Civil del Brasil (artículo 155), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17 hace referencia a que la ventaja obtenida por el lesionante tiene que ser excesiva).

Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que la ventaja obtenida por el lesionante tiene que ser evidente:

Código Civil Argentino (artículo 954, primer párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118).

Los siguientes Códigos Civiles consultados hacen referencia a que la ventaja obtenida por el lesionante tiene que ser injustificada:

Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

En lo que respecta a la situación del lesionado, la diversidad de criterios es igualmente amplia. Unos Códigos apuntan hacia el estado de necesidad o a la necesidad extrema o apremiante del lesionado; otros hacen referencia a la miseria extrema del lesionado; un tercer sector alude a la penuria económica del lesionado; un cuarto, a su ligereza; un quinto a su inexperiencia; otro a su ignorancia; y, por último, un Código hace referencia a la senilidad del lesionado.[7]

---

[7] El Código que hace referencia a una superioridad económica, psicológica o intelectual es el Proyecto de Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118).

Existen Códigos Civiles que hacen referencia a la explotación del lesionante de alguna cualidad del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954, primer y segundo párrafos), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 2), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso I), Proyecto de Código Civil de Francia (artículo 18), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

Existen otros Códigos Civiles que hacen referencia al aprovechamiento del lesionante de alguna cualidad del lesionado:

Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448, primer párrafo), Código Civil Peruano de 1984 (artículos 1447 y 1448).

El Proyecto del Código Civil de Bélgica (artículo 1118, primer párrafo), hace referencia al abuso del lesionante de alguna cualidad del lesionado.

Existen Códigos que hacen referencia al estado de necesidad o a la necesidad extrema o apremiante del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 33), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448, primer párrafo), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 2), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso I), Código Civil Peruano de 1984 (artículos 1447 y 1448), Proyecto de Código Civil del Brasil (artículo 155), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

El Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17) hace referencia a la miseria extrema del lesionado.

Por otro lado, existen Códigos Civiles que hacen referencia a la penuria económica del lesionado:

Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21, primer párrafo), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2), Proyecto de Código Civil de Francia (artículo 18).

Asimismo, existen Códigos Civiles que hacen referencia a la ligereza del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21, primer párrafo), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 21), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118, primer párrafo), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671, primer párrafo).

Por otro lado, existen Códigos Civiles que hacen referencia a la inexperiencia del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21, primer párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17, primer párrafo), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74, primer párrafo), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1719, inciso 2: hace referencia a la inexperiencia en los negocios),

Se presume la existencia de la lesión, admitiéndose prueba en contrario, cuando la desproporción entre el valor de las prestaciones fuere igual o superior a los 2/3.

Consideramos que debe tomarse como momento de apreciación de la desproporción entre las prestaciones aquél de la celebración del contrato (por tratarse de un vicio de origen). Sin embargo, compartiendo el criterio plasmado en el artículo 954, cuarto párrafo, del Código Civil Argentino, pensamos que dicha desproporción deberá subsistir al momento de la ejecución de las prestaciones.

Creemos que la acción de rescisión del contrato por existencia del vicio de lesión resulta alternativa a aquella que está dirigida al reajuste del precio fijado para la prestación.

En tal sentido, debemos señalar que la legislación consultada asume tres posiciones: una primera que sostiene que el comprador deberá devolver el bien o retenerlo, ejecutando de inmediato lo que reclama el demandado en exceso o defecto; una segunda que establece que el comprador deberá devolver el bien o completar el justo precio con deducción o aumento de un décimo; y una tercera que prescribe que la acción de nulidad se convierte en de reajuste por acceder el demandado a completar o restituir el valor solicitado.

En criterio compartido unánimemente por la doctrina consultada y de manera expresa por un importante sector de la legislación, en el Perú la acción por lesión es irrenunciable.

En lo que respecta al plazo de caducidad de la acción por lesión, los Códigos Civiles consultados asumen tendencias distintas: unos sostienen que será de seis meses; otros de un año; otro grupo, de dos años; un cuarto sector, de cuatro años; y el Código Civil Argentino, de cinco años; mientras que existe un grupo reducido de Códigos que no establece plazo alguno. El Código Civil Peruano de 1984 presenta una peculiar posición, ya que contempla dos plazos de caducidad: a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato (artículo 1454).[8]

Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 2), Proyecto de Código Civil para Francia (artículo 18), Proyecto de Código Civil de Brasil (artículo 155, primer párrafo), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118, primer párrafo).

También existen Códigos Civiles que hacen referencia a la ignorancia del lesionado:

Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17, primer párrafo), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso 1).

El Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2), hace referencia a la simplicidad de espíritu del lesionado.

Finalmente, hace referencia también a la senilidad del lesionado, el Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2).

[8] Existe un Código Civil que sigue la tendencia del plazo de seis meses:

Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1440).

La acción por lesión resulta improcedente en dos supuestos: cuando haya habido transacción; y en las ventas hechas por remate público. Este último criterio es compartido por un apreciable grupo de Códigos Civiles.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1456 del Código Civil Peruano, el lesionado no podrá interponer la acción por lesión si es que el ex copropietario hubiese enajenado bienes por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados.

El supuesto de excesiva onerosidad de la prestación es susceptible de plantearse en lo que respecta al precio del contrato de compraventa, siempre y cuando, estemos frente a una compraventa cuyo pago del precio hubiese sido pactado a plazos o diferido por cualquier razón.

La doctrina se pronuncia señalando que debe entenderse por vil al precio excesivamente desproporcionado. Sin embargo, el no establecer parámetros objetivos para tal efecto, causa algunos problemas. En tal sentido, proponemos una definición (sólo teórica) del mismo que aclare conceptos. Así, creemos que precio vil es aquél que presenta, por defecto, una desproporción mayor del 1,000% con el valor del bien.

Similar situación de indefinición que aquella que se presenta con el precio vil se da en lo referente al precio usurario. Es así, que por las mismas consideraciones efectuadas en el párrafo anterior, buscamos precisar conceptos. En tal sentido, precio usurario sería aquél que presente, por exceso, una desproporción mayor del 1,000% con el valor del bien.

Debemos reiterar que los porcentajes anotados para efectos de nuestra exposición de los precios vil y usurario son enteramente arbitrarios y —obviamente— reco-

---

Hay Códigos Civiles que se adhieren a la tendencia de un año:

Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 22: para los contratos en general), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74).

Por otro lado, tenemos otro grupo de Códigos Civiles que señala como plazo, dos años:

Código Civil Francés (artículo 1676), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1088), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1561), Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 396: para el contrato de compraventa en particular).

Puede mencionarse también a otro grupo de Códigos que señala un plazo de cuatro años:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2074), Código Civil Chileno (artículo 1896), Código Civil Colombiano (artículo 1954), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1863), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 695).

El Código Civil Argentino (artículo 954, cuarto párrafo) dispone un plazo de cinco años.

Finalmente, tenemos los Códigos Civiles que no establecen plazo alguno:

Código Civil de la Provincia de Québec, Código Civil Alemán, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil del Imperio de Etiopía, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil del Líbano, Código Civil Boliviano de 1976, Proyecto de Código Civil del Brasil, Reforma del Código Civil de Bélgica, Código Civil Paraguayo de 1987.

nocemos la posibilidad de sostener la conveniencia de creer en cifras distintas, o, simplemente, de no considerar ninguna en especial.

Estimamos 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).

1.4. Que sea cierto

1.4.1. Delimitación conceptual

El tema de la certidumbre del precio resulta de gran importancia dentro de la problemática que estamos analizando.

La certidumbre en el precio puede, a nuestro entender, estar referida a varios elementos, pero fundamentalmente, a aquél consistente en que (al momento de la celebración del contrato) el señalamiento del monto del mismo no dependa de la voluntad de sólo uno de los contratantes, vale decir, que se trate de un precio determinado o determinable al momento de la celebración del contrato.

En tal sentido, vamos a comenzar el tratamiento de este tema abordando el relativo a la propia denominación de «precio cierto», para luego tratar acerca de las posibilidades del mismo, vale decir, los supuestos de precio determinado y precio determinable.

El Código Civil Peruano no hace referencia a la necesidad de que el precio sea cierto, al igual que la mayoría de cuerpos legislativos consultados. Sin embargo, existe un conjunto de Códigos Civiles que sí hacen mención a la certidumbre en el precio.[9]

[9] Los siguientes son los Códigos Civiles que hacen referencia a la necesidad de que el precio a pagar sea cierto: Código Civil Argentino (artículos 1323, 1349 y 1353), Código Civil Español (artículos 1445, 1447, 1448), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículos 2530, 2537 y 2538), Código Civil Hondureño de 1906 (artículos 1605, 1607 y 1608 —en dos oportunidades—), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1122), Código Civil Panameño de 1917 (artículos 1215, 1217 y 1218 —en dos oportunidades—), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2101), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículos 1334, 1336 y 1337 —en dos oportunidades—), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículos 902 y 922), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043 —en dos oportunidades—), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 754).

Son numerosos los autores que hacen referencia a la necesidad de que el precio del contrato de compraventa sea cierto, en el sentido en que esté determinado o sea absolutamente determinable, sin necesidad de nuevo acuerdo de las partes.[10]

Tal como será analizado por nosotros a lo largo de este trabajo, y compartiendo el criterio adoptado por la doctrina consultada, consideramos indispensable que un contrato de compraventa tenga un precio determinado (por voluntad de las partes o por existir un precio legal) o determinable. De no existir un precio que revista alguna de estas dos características, el contrato será nulo (hecha la salvedad del supuesto en el cual, no habiendo fijado las partes el precio, deba entenderse regir el habitual de venta del vendedor).

Dentro de los supuestos de precio determinable que analizaremos posteriormente, se encuentran: el de la determinación del precio dejada a tercera persona; el precio determinable dejado al común de mercado, plaza o Bolsa; la venta por el precio que otro ofrezca por el bien; la venta por el precio que tenga otro bien cierto; la venta por el precio de costo del bien; la venta por el precio de adquisición del bien por el vendedor; la venta por precio equivalente a la cantidad de dinero que haya en un lugar determinado; la venta por el precio equivalente a lo que vale el bien que se vende; la venta por el precio equivalente a aquél en el cual otra persona venda un bien; la venta por el precio dejado al resultado de algún número de lotería; la venta por precio dejado al monto en el cual el vendedor vende en un día determinado; la venta por el precio que resulte de posterior tasación del bien; la venta por precio dejado al resultado de una subasta pública; la venta por precio dejado a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú.

Por último, también analizaremos la venta dejada al justo precio, punto sobre el cual se discute su validez.

1.4.1.1. Precio determinado

El contrato es definido por el Código Civil Peruano, en su artículo 1351, como «el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial», lo que equivale a decir que para que exista contrato, tiene que haber consentimiento de las partes, y que este consentimiento debe versar acerca de

10 En este sentido, puede apreciarse el parecer de Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, pp. 17 y 18; Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 49; Sanojo, Luis. *Op. cit.,* tomo III, p. 274; Fernández Elías, Clemente. *Op. cit.,* tomo II, p. 257; Falcón, Modesto. *Op. cit.,* tomo IV, p. 202; Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 558; Lafaille, Héctor. *Op. cit.,* tomo II, p. 65; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 156; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 238; Albaladejo, Manuel. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 21; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 266; Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, pp. 116 y 117; y Borda, Guillermo A. *Manual de contratos*, p. 197.

la totalidad de aquello sobre lo que se busca contratar. Así lo establece el artículo 1359, al expresar que «no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria».

Este último principio equivale a decir que en cualquier contrato, mientras las partes no se hubiesen puesto de acuerdo en todos y cada uno de sus elementos, simplemente, no habrá contrato, ya que no se contará con el presupuesto fundamental del mismo: el consentimiento.

En el caso del contrato de compraventa, dada la definición que le es otorgada en el artículo 1529 del Código Civil Peruano, resulta claro que sus dos elementos esenciales-especiales, vale decir, los objetos de las principales prestaciones del comprador y vendedor son, respectivamente: el precio a pagar y el bien cuya propiedad se va a transferir. De ahí que, en el caso del precio, nunca estaríamos frente a un caso dudoso, vale decir, ante un supuesto en el cual, por ser el elemento sobre el cual no hubiese acuerdo, uno de carácter secundario, nos preguntásemos si habría o no contrato.

La posición adoptada por el Código Civil Peruano, como señala De la Puente[11] constituye «un tema que ha dividido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia mundiales, cual es el contenido que debe tener el acuerdo de declaraciones de voluntad para llegar a ser contrato».

El propio De la Puente,[12] sostiene que en el caso del contrato de compraventa, la situación es clara respecto de sus elementos esenciales, cuando expresa que:

> No obstante que es bastante difícil establecer, como regla general, cuáles sean los elementos esenciales de cada contrato, la labor se facilita tratándose de los contratos que tienen definición legislativa, como ocurre en los contratos típicos considerados por el Código Civil Peruano, o definición doctrinal o jurisprudencial, en el caso de los contratos típicos sociales. Así, por ejemplo, dado que el artículo 1529 del Código Civil define la compraventa como el contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar el precio en dinero, serían elementos esenciales de este contrato el bien y el precio.

De todo lo antes expuesto podemos concluir que, teniendo las disposiciones legales citadas, existe la necesidad de que, al ser el precio uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa, para que se considere celebrado un contrato de esta naturaleza, será necesario, en principio (y luego diremos por qué), que ambas partes contratantes determinen el precio al momento de la celebración de dicho contrato.

---

[11] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo I, p. 391.

[12] *Ibidem*, p. 392.

Esto nos lleva al tema del precio determinado o, como dicen algunos, a la determinación como uno de los requisitos esenciales que debe reunir el precio en este contrato.

El Código Civil Peruano, siguiendo una tradición del proceso codificador nacional, no incluye una norma específica que establezca la necesidad de que el precio esté determinado para poder celebrar un contrato de compraventa. En sentido inverso a estos Códigos, se pronuncia un buen número de Códigos Civiles extranjeros, los que sí hacen mención expresa a la necesidad de que el precio esté determinado por las partes.[13]

A pesar de no ser el requisito de la determinación del precio uno mencionado en la totalidad de Códigos Civiles y proyectos consultados, sí existe unanimidad en doctrina sobre este tema, ya que es innumerable la cantidad de autores que se manifiestan por tal requisito como imperativo.[14]

1.4.1.2. Precio determinable

Si bien es cierto que será necesario que las partes contratantes determinen el precio de la compraventa, esta determinación, puede también revestir un carácter más flexible, vale decir, que ellas, a pesar de no haberlo fijado, hayan establecido los requisitos necesarios para su posterior determinación. Esto es lo que la doctrina conoce como precio determinable.

---

[13] Los siguientes Códigos Civiles tratan acerca de la necesidad de que el precio esté determinado por las partes, como principio fundamental de fijación del precio:
Código Civil Francés (artículo 1591), Código Civil Belga (artículo 1591), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1012), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1979), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1597), Código Civil Chileno (artículo 1808), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1612), Código Civil Uruguayo (artículo 1666), Código Civil Colombiano (artículo 1864), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1774), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1056), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670), Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 329), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 297), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 922), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 611), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 754), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 634).

[14] En este sentido podemos apreciar las expresiones de Marcadé, V. *Op. cit.,* tomo VI, p. 179; Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 337; Sanojo, Luis. *Op. cit.*, tomo III, p. 273; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 79-81; Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo II, p. 339; Planiol, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, p. 468; Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, pp. 366 y 367; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.,* tomo IV, p. 375; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours […]*, tomo II, p. 444; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, pp. 140 y 141; León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, pp. 16 y 17; Barbero, Domenico. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 16 y 17; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, pp. 156 y 157; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, tomo I, pp. 74, 75 y 78; Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, p. 65; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 268 y 269.

De los Códigos Civiles y proyectos consultados, hemos hallado un pequeño grupo de los mismos que hace referencia expresa a la posibilidad de que el precio sea determinable, siempre y cuando se señalen los elementos necesarios para su posterior determinación.[15]

Sobre este particular se expresan los Mazeaud[16] y Boissonade.[17]

Consideramos que el requisito de la determinación del precio es, sin lugar a dudas, uno de los fundamentos de la existencia misma del contrato de compraventa, razón por la cual de no contar con la presencia de este elemento, simplemente no estaríamos frente a una compraventa; es más, ni siquiera estaríamos frente a un contrato, pues no se habría producido el consentimiento de las partes sobre todos los elementos del contrato celebrado.

Pero para que exista la certidumbre en el precio, no resulta necesario que las partes se hayan puesto de acuerdo sobre el monto del mismo, sino que bastará que ellas hayan acordado su posterior forma de determinación, sin necesidad de intervención de los propios contratantes, ya que de haber esta necesidad, no se consideraría que se ha producido un acuerdo integral sobre el acto a celebrar. Este es el supuesto del precio determinable, que puede revestir múltiples formas, tal como veremos más adelante en este trabajo. Dos de ellas son: la determinación del precio por un tercero y el dejar el señalamiento del mismo referido al valor de ciertos índices.

Sin embargo, adelantándonos al punto, debemos señalar que consideramos que cuando por las más diversas circunstancias no ocurriese o no se pudiera dar esta determinación futura del precio, simplemente al acto o contrato le faltaría uno de sus elementos esenciales para ser tal, vale decir, tendrá las consecuencias de como si nunca se hubiese celebrado, ya que no será capaz de surtir efecto alguno.

---

[15] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que para que el precio se considere determinado, basta con señalar los elementos necesarios para su posterior determinación:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1979, segundo párrafo), Código Civil Chileno (artículo 1808, segundo párrafo), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1612, segundo párrafo), Código Civil Colombiano (artículo 1864, segundo párrafo), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1774, segundo párrafo), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1056), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, primer párrafo).

[16] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, pp. 141 y 142.

[17] Boissonade, G. *Op. cit.,* tomo III, p. 211.

Precio dejado a la determinación exclusiva de una de las partes

> Artículo 1543.- «La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes».

Fuentes nacionales del artículo 1543

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. En cambio, el tema sí es abordado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 1011:

> Artículo 1011.- «El precio de la venta debe determinarse y designarse por las partes. Sin embargo, puede dejarse al arbitrio de un tercero, y si este no quiere o no puede hacer la estimación, no hai venta».

Por el Código Civil de 1852, artículo 1311:

> Artículo 1311.- «No hay venta de cosas alternativas, si no se fija el precio común ó el de cada una de ellas, y si no se deja la elección á uno solo de los contratantes».

El Proyecto de Código Civil de 1890 no trató el tema.

Por su parte, la materia no registra antecedentes en Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; así como tampoco en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 17:

> Artículo 17.- «Es nula la compraventa cuando la determinación del precio se deja al solo arbitrio de una de las partes».

Por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1573:

> Artículo 1573.- «Es nula la compraventa cuando la determinación del precio se deja al solo arbitrio de una de las partes».

Y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1506:

> Artículo 1506.- «La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes».

Análisis

Si bien el precio puede llegar a convenirse en calidad de determinable, la determinación del mismo «nunca puede» encontrarse librada a la mera voluntad de una de las partes contratantes.

Este principio ha sido recogido por el Código nacional en el artículo 1543, bajo comentario, cuando sanciona con nulidad a un acto de estas características.

Debemos señalar además que resulta unánime el parecer de la doctrina consultada.[1]

---

[1] En tal sentido: De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, p. 213; Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, p. 20.; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 202; Valverde y Valverde, Calixto. *Op. cit.,* tomo III, p. 322; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.,* tomo IV, p. 375; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* tomo IV, p. 79; y Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 256.

Sobre este tema se ha vuelto a manifestar Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. pp. 101-102), expresando las siguientes consideraciones:

«Este artículo obedece al mismo principio que informa el artículo 172 del Código Civil, según el cual es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

Wayar sostiene que la nulidad se justifica plenamente porque, en este caso, la obligación de una de las partes estaría sujeta a una condición *potestativa*. En efecto, si es el vendedor quien, a su arbitrio, fije el precio, la obligación del comprador de pagarlo dependerá exclusivamente de su acreedor, a la inversa, si es el propio comprador quien fija el precio, no cabe duda que tal obligación depende de su sola voluntad.

Como dice Manresa, la razón del precepto es obvia y no necesita explicación, pues desde el momento en que la fijación del precio queda al arbitrio de uno de los contratantes, no se puede estimar que el otro ha consentido en él, ya que no es posible consentir en aquello que no nos es previamente conocido. Sin embargo, agrega, si señalado el precio arbitrariamente por una sola de las partes, por haberse reservado esta facultad, la otra lo acepta y con él se conforma, entonces estamos fuera de lo que la ley prohíbe, y existiendo verdadero consentimiento acerca del precio y suponiendo que también lo haya respecto de la cosa, tendremos una verdadera compraventa.

No llego a convenir con esta posición de Manresa, que es compartida, entre otros, por Badenes y Rubino, desde que el artículo 1543 del Código Civil Peruano sanciona con nulidad originaria el dejar la determinación del precio al arbitrio de una de las partes, por lo cual no existe contrato de compraventa.

El principio recogido por el artículo 1543 del Código Peruano y por el artículo 1355 del Código Civil Argentino, registra múltiples antecedentes en la legislación extranjera, los que también sancionan con nulidad a un pacto de esta naturaleza.[2]

La excepción está constituida por el Código Civil Alemán, el cual en su numeral 315 señala que:

> Artículo 315.- «Si la prestación debe ser determinada por uno de los que concluyen el contrato, en la duda ha de entenderse que la determinación ha de realizarse según juicio equitativo. La determinación se realiza por declaración frente a la otra parte. Si la determinación debe realizarse según juicio equitativo, la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte si es conforme a la equidad. Si no es conforme a la equidad, la determinación se efectúa por sentencia; lo mismo vale si la determinación es demorada».

Y por el Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, el cual sí admite que el precio sea dejado al arbitrio de uno de los contratantes, pero en caso de ser contestado (impugnado), el juez lo determinará (artículo 297).

Más allá de todo lo expuesto hasta este punto, estimamos conveniente esbozar un planteamiento distinto frente a quienes plantean la nulidad de un contrato de estas características.

Nos referimos a aquella posición que —dada la frecuencia con la que se celebra el acto—, intente salvar su nulidad, entendiendo que todavía no se ha celebrado el contrato, cuando una de las partes usualmente entrega a la otra el bien y le mani-

---

La posterior conformidad de la otra parte al precio unilateralmente fijado podrá dar lugar a la celebración de un nuevo contrato de compraventa pero no convalidar el que ha nacido nulo.

Obsérvese que no es el caso de aplicación del artículo 1360 del Código Civil, según el cual es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, pues en el caso de dejar la determinación del precio al arbitrio de una de las partes no hay ninguna reserva, pues se conviene desde el momento del acuerdo de voluntades que el precio lo fijará una de las partes, y este solo convenio determina la nulidad del contrato».

[2] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que la determinación del precio nunca puede ser dejada a una de las partes contratantes:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1981, segundo párrafo), Código Civil Chileno (artículo 1809, segundo párrafo), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1613), Código Civil Uruguayo (artículo 1666), Código Civil Argentino (artículo 1355), Código Civil Colombiano (artículo 1865), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1775, segundo párrafo), Código Civil Español (artículo 1448, segundo párrafo), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2539), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1609), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1129), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1219), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2108), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1338), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 925), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, quinto párrafo), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1543), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 489).

fiesta su intención de vendérselo al precio que señale la parte que lo recibe. En este supuesto podríamos entender que nos encontramos ante una invitación a ofrecer, considerando oferente al eventual futuro comprador (cuando éste formule su oferta de compra) y destinatario de la oferta al proponente (eventual futuro vendedor), cuando recibe dicha oferta.

Dentro de tal orden de ideas, sólo habría contrato en la medida en que quien desea vender el bien acepte el precio propuesto por quien desea comprarlo. De esta forma, podríamos encontrar una salida a la nulidad planteada por el artículo 1543 del Código Civil Peruano, entendiendo, naturalmente, que las partes han procedido en el sentido expuesto.

Sin embargo, resulta evidente que si las partes hubiesen entendido que ya han celebrado el contrato de compraventa, habiéndose dejado la determinación del precio al arbitrio exclusivo de una de las partes, el contrato sería nulo.

Sobre el artículo bajo análisis, hemos hallado una Ejecutoria Suprema de fecha 3 de junio de 1997,[3] cuyo texto explica que: «Si bien es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, no se puede requerir el cumplimiento de dicha obligación, si las partes no han determinado el precio que debería pagar el vendedor».

[3] Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia actual*, tomo I, p. 209.

Determinación del precio dejada a la decisión de tercera persona

> Artículo 1544.- «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408».

Fuentes nacionales del artículo 1544

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

En cambio, el tema sí es regulado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 1011:

> Artículo 1011.- «El precio de la venta debe determinarse y designarse por las partes. Sin embargo, puede dejarse al arbitrio de un tercero, y si este no quiere o no puede hacer la estimación, no hai venta».

Y el Código Civil de 1852, en su artículo 1318:

> Artículo 1318.- «Es válida la venta aunque no se haya convenido en el precio, si en el contrato se nombra una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede ó no quiere determinarlo, caduca la venta».

El Proyecto de Código Civil de 1890 abordó dicha materia en los artículos 1678 y 1679:

> Artículo 1678.- «El precio es cierto, cuando las partes lo fijan en una suma determinada; cuando dejándose la designación al arbitrio de un tercero nombrado por los contratantes éste lo fija; cuando se refiere al de otra cosa conocida por las partes, ó cuando se conviene en que sea el que la cosa tenga en lugar y tiempo determinados.— Cuando la persona designada para fijar el precio, no puede ó por cualquiera otra causa, no llega á determinarlo, á instancia de parte lo fija el juez del lugar donde está la cosa vendida, por sí solo ó con el auxilio de peritos, si son necesarios en su concepto».

> Artículo 1679.- «Cuando la persona designada conforme al artículo anterior señala el precio de la cosa vendida, ese precio es invariable; y los efectos del contrato se retrotraen á la fecha en que se celebró».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordaba el tema en el artículo 1318:

> Artículo 1318.- «Es válida la venta aunque no se haya convenido en el precio, si en el contrato se nombra una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede ó no quiere determinarlo, caduca la venta».

En tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el numeral 376:

> Artículo 376.- «Es válida la venta aunque no se haya convenido en el precio, si en el contrato se nombra una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede o no quiere determinarlo, caduca la venta».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, abordaba la materia en el artículo 1376:

> Artículo 1376.- «Es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere determinarlo, caduca la venta».

Y el Código Civil de 1936, en el artículo 1387:

> Artículo 1387.- «Es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere determinarlo, caduca la venta».

Ya dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató sobre el particular en el artículo 18:

> Artículo 18.- «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos [...] y [...]».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1574:

> Artículo 1574.- «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1424 y 1425».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1507:

> Artículo 1507.- «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1372 y 1373».

Análisis

1. Historia

Según Troplong, el criterio predominante al respecto en el Derecho Romano, era el que se inclinaba por la nulidad de un contrato de estas características.[1]

Sin embargo, esta opinión no es del todo compartida por Badenes Gasset, quien, admitiendo las diferencias iniciales acerca del problema en Roma, concluye en que a través de una decisión de Justiniano, quedó imperante el criterio de la validez.[2]

El Código Civil Peruano contempla de manera expresa que la determinación del precio puede ser dejada a un tercero. Tal planteamiento lo efectúa en su artículo 1544.

En tal sentido, el Código Peruano se adscribe a una corriente legislativa mayoritaria dentro de nuestra tradición jurídica, por la cual se contempla de manera expresa la posibilidad de que la determinación del precio en el contrato de compraventa sea hecha por un tercero.[3]

---

[1] Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, pp. 205 y 206.

[2] Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, pp. 240 y 241.

[3] Los siguientes Códigos Civiles hacen expresa referencia a que la determinación del precio puede ser dejada a la decisión de un tercero:
Código Civil Francés (artículo 1592), Código Civil Belga (artículo 1592), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1112), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1981), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1598), Código Civil Chileno (artículo 1809), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1613), Código Civil Uruguayo (artículo 1667), Código Civil Argentino (artículo 1349), Código Civil Colombiano (artículo 1865), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1775), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1057), Código Civil Español (artículo 1447, primer párrafo), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2537), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1607), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1123), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1217), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos (artículo 329, segundo párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2105), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1336), Código de las Obligaciones de Polonia (artículo 297), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 922), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1473), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1796), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 612), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 485), Proyecto de

Sin embargo, existe un reducido número de Códigos Civiles que no hacen referencia alguna sobre el tema.[4]

La doctrina, consecuente con la tendencia mayoritaria de la legislación, asume la posibilidad de que la determinación del precio sea dejada a tercera persona, es decir, a una persona distinta de las partes contratantes.[5]

Por nuestra parte, estamos completamente de acuerdo con la posibilidad de que la determinación del precio en un contrato de compraventa, sea dejada a la decisión de una tercera persona (es decir, a alguien distinto del comprador y del vendedor). Este supuesto constituye uno de precio determinable, vale decir, uno en el cual ambos contratantes, a pesar de no haber establecido con exactitud el monto del precio, han previsto ciertas reglas para su posterior determinación. En este caso, a través de la elección de un tercero que proceda a efectuarla.

2. Naturaleza jurídica del tercero designado por las partes para la determinación del precio

2.1. Posiciones de la doctrina

Respecto de este punto hay diversos criterios interpretativos. No podemos decir que a lo largo de la historia del Derecho haya habido un criterio mayoritario, pero a pesar de ello, tampoco deja de ser cierto que sí existe en la actualidad uno prevaleciente.

Dentro de tal orden de ideas, debemos mencionar que hemos advertido —básicamente— cuatro grandes grupos de opinión. El primero, en el sentido en que se trata de un árbitro, el segundo, en el sentido en que se trata de un perito, un tercero que se manifiesta porque no se trata ni de uno ni de otro, sino de un mandatario, y, por último, uno que sostiene que se trata de un arbitrador y no de un árbitro.

En adelante, el desarrollo de esas posiciones:

Código Civil Colombiano (artículo 635), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1329).

[4] Los siguientes Códigos Civiles no hacen referencia alguna a la posibilidad de que el precio del contrato de compraventa sea designado por un tercero que las partes escojan:

Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Alemán, Código de las Obligaciones de Suiza, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil Chino de 1930, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Paraguayo de 1987, Código Civil de la Provincia de Québec.

[5] En tal sentido pueden apreciarse las opiniones de Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, pp. 205 y 206; Sanojo, Luis. *Op. cit.,* tomo III, p. 273; Boissonade, G. *Op. cit.,* tomo III, p. 212; y López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 75.

2.1.1. El tercero es un árbitro

Una primera tendencia se manifiesta en el sentido en que el tercero es un árbitro.[6]

2.1.2. El tercero es un perito

Existe un grupo de autores que sostienen que la naturaleza jurídica del tercero es la de un perito.[7]

2.1.3. El tercero es un árbitro o un perito

Existe un grupo de autores que, ante problema de tan difícil solución, no optan por una u otra tendencia, sino que más bien se dedican a calificar a dicho tercero como árbitro y perito, indistintamente, o, en otros casos, a anotar los inconvenientes y ventajas que plantea cada una de estas opciones.[8]

2.1.4. El tercero es un mandatario

Una cuarta tendencia de opinión expresa que el tercero tiene carácter de mandatario. Esta corriente de pensamiento congrega a la mayoría de los autores consultados.[9]

2.1.5. El tercero es un árbitro, perito o mandatario

La expresión más clara de la duda acerca de cuál posición asumir respecto de este tema, la encontramos en Planiol. Este autor, en su Tratado de Derecho Civil escrito junto con Georges Ripert, se adscribe a la tendencia de considerar al tercero como un mandatario, pero anteriormente[10] era claro que dudaba entre las tres posiciones. Prueba de ello es la siguiente cita:

Naturaleza de la misión confiada al tercero.- Se ha dudado durante mucho tiempo entre el arbitraje y el peritaje. Pero el arbitraje supone un litigio sobre derechos ya

---

[6] Así, pueden apreciarse las opiniones de: Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 50; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, p. 81; Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 558; Valverde y Valverde, Calixto. *Op. cit.,* tomo III, p. 321; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 31; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 143; y Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 242.

[7] Se enmarcan en esta línea de pensamiento: Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, pp. 18 y 19; y Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 337.

[8] En este sentido, pueden consultarse los pareceres de: Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 85 y 86; y Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 13.

[9] Así piensan: Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 133 y 134; Huc, Théophile. *Op. cit.,* tomo X, pp. 58 y 59; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 31 y 32; Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, p. 367; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 144; León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, pp. 17 y 18; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 277-279; Borda, Guillermo A. *Op. cit.,* p. 198; y Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.,* tomo IV, p. 53.

[10] Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, pp. 169 y 170.

nacidos, y no una discusión sobre una convención a hacer; aun más, el árbitro está obligado a seguir ciertas reglas de procedimiento que no son necesarias aquí. De su parte, el perito no es llamado sino para dar un informe que las partes no estarán obligadas a seguir, mientras que la fijación del precio será obligatoria para ellas. También diversas sentencias tendían a ver en este caso una convención mixta que no sería ni un puro peritaje ni un arbitraje ordinario […]. Sentencias más recientes tratan esta función como un mandato […] que representa todavía alguna dificultad, pues el rol del mandatario es un simple poder de representación, y él trata de tener una voluntad independiente de aquella de las partes.

2.1.6. El tercero es un arbitrador

Una moderna posición doctrinaria anota que el tercero es un arbitrador.[11]

En el Perú se adhiere, a la misma, Manuel de la Puente y Lavalle,[12] quien señala lo siguiente:

> En estas condiciones, el tercero no actúa como árbitro, en el sentido de que él no decide un litigio entre las partes, sencillamente porque este litigio no existe, sino que se limita a completar la relación contractual.

Sin embargo, no puede desconocerse que en el caso del artículo 1407 del Código Civil, se confía al arbitrio del tercero la determinación de uno de los elementos del contrato.

Esto ha llevado, como dice Díez Picazo, a un problema terminológico que desde antiguo ha sido resuelto distinguiendo entre el árbitro y el arbitrador, correspondiendo al primero llevar a cabo un arbitraje y al segundo una operación de arbitrio, o sea ejercitando su facultad de decisión. La doctrina actual acepta esta distinción, utilizando al nombre de «arbitrador» para designar a la persona a cuyo arbitrio se someten las partes.

2.1.7. Nuestra posición

Antes de emitir nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del tercero encargado de la determinación del precio, consideramos necesario efectuar algunas apreciaciones acerca de las diversas tendencias existentes sobre el particular.

En primer lugar analizaremos la posición que sostiene que se trata de un árbitro.

Árbitro,[13] es un vocablo que no tiene en nuestra Lengua Española, por sí solo, una connotación jurídica.

---

[11] Esta posición es sostenida en la doctrina argentina, entre otros, por Lafaille, Héctor. *Op. cit.,* tomo II, p. 66; y Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 157.

[12] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, pp. 375 y 376.

[13] Real Academia de la Lengua. *Op. cit.,* tomo I, p. 118.

En el vocablo juez,[14] encontramos en el término «juez arbitrador», la definición «aquél en que las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias. El designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial para fallar el pleito conforme a derecho. Amigable componedor. Compromisario». En el vocablo «arbitrio»,[15] sólo se hace referencia al arbitrio judicial, mas no al voluntario.

La función del contrato de arbitraje o compromiso arbitral, básicamente es estar destinado a suplir aquélla del Poder Judicial.

La función supletoria del arbitraje debe revestir similar carácter que la del Poder Judicial, y al Poder Judicial, los particulares podrán recurrir cuando consideren tener una pretensión, amparada esta última, por un derecho, mas no se podría recurrir a él (ni tampoco al procedimiento arbitral) si lo que se tiene no es la pretensión de un derecho, sino la voluntad de concluir el contenido de un acto jurídico (celebrarlo).

Como dicen algunos autores franceses, los Tribunales no tienen como función ayudar a las partes a contratar. Para ello no han sido establecidos, ni tampoco con ese fin se ha instituido el compromiso arbitral. Los Tribunales y los árbitros, entre otras cosas, tienen como función la de dirimir sobre las diferencias que las partes tengan en cuanto a la ejecución de las obligaciones propias de los contratos ya celebrados por ellas, pero nunca podrán intervenir en la conclusión (celebración) de los mismos.

Lo que queremos dejar en claro es que no puede considerarse que el tercero designado por las partes cumple la función del árbitro, ya que ambas funciones no se corresponden.

Con respecto a la posición que sostiene que el tercero debe ser considerado un perito, no podemos ser tan concluyentes como con la teoría anterior, ya que el problema reviste diversos matices.

El Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 1544, al establecer la posibilidad de que el precio sea determinado por un tercero, hace de aplicación a este tema las normas de los artículos 1407 y 1408, referentes al arbitrio de equidad y al mero arbitrio, respectivamente.

El tercero podrá desempeñar su función dependiendo de algunas consideraciones, como por ejemplo, la misión que le han encomendado las partes y sus conocimientos respecto del bien cuyo precio va a determinar.

Así, el tercero podrá ser designado por las partes exclusivamente en razón de la confianza y credibilidad que tengan éstas en su persona. Por ejemplo, que un hermano venda a otro un libro de Derecho, y, al no ponerse de acuerdo sobre el precio

[14] *Ibidem*, tomo II, p. 801.

[15] *Ibidem*, tomo I, p. 118.

del mismo, pero deseando celebrar el contrato, conviniesen que la madre de ambos —neófita en materia de Derecho— determine el precio del libro. Será evidente que los hijos habrán recurrido a la madre a fin de que a criterio suyo señale dicho precio, pero los hijos no han contratado en el entendido que la madre hará una apreciación fundamentada en sus conocimientos respecto de los valores objetivos de textos similares al que es objeto de dicho contrato. Los hijos, entonces, se habrán remitido a su mero arbitrio.

Distinto sería el supuesto en el cual, los hijos remitiesen la determinación del precio del libro vendido a una persona que ocupara en ese momento el cargo de Jefe de Compras de la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ya que esta persona tiene la capacidad y conocimientos suficientes para determinar el precio del libro con carácter equitativo, debido a que, dado su conocimiento de la materia, podrá calcular, de manera bastante aproximada, el justo precio del libro vendido. Será claro que los hermanos habrán querido remitirse a su arbitrio de equidad o arbitrio boni viri.

Retomando la posición que sostiene que la función del tercero es la de un perito, queremos precisar que no siempre se dará esta característica en el tercero. Sin embargo, sería susceptible de presentarse en caso las partes remitan su decisión al arbitrio de equidad, precisando que además dicho tercero deberá reunir los conocimientos suficientes como para ser considerado un experto en la materia.

Es necesario subrayar que nunca podrá ser considerado perito el tercero elegido por las partes, tomando en consideración exclusivamente sus cualidades personales y no técnicas.

Consideramos a esta posición como correcta, debido a que cuando las partes delegan a un tercero la función de determinar el precio de venta de un bien, y este tercero acepta tal misión, estaremos en presencia, sin lugar a dudas, de un contrato de mandato, el mismo que es definido por el artículo 1790 del Código Civil Peruano, como aquél por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.

En nuestro caso, no habría uno sino dos mandantes (el vendedor y el comprador) y uno o más mandatarios (el o los terceros).

Consideramos que el supuesto bajo análisis reviste como característica fundamental la de ser un mandato con representación, ya que la determinación del precio por parte del tercero surtirá efectos entre las partes, desde el momento en que se produzca y tendrá plenos efectos entre las mismas, tal como si ellas lo hubiesen determinado.

Esta posición es sostenida por un sector minoritario, pero importante de la doctrina.

Los autores que la propugnan se basan, fundamentalmente, en la distinción hecha por Luis Díez Picazo en el sentido anotado cuando citamos las palabras de Manuel de la Puente sustentando esta posición. Tal distinción sólo es explícitamente recogida por De la Puente, ya que los otros autores que mencionan el término arbitrador no fundamentan dicho criterio.

Por nuestra parte, consideramos que la distinción entre árbitro y arbitrador no puede ser hecha válidamente en cuanto a nuestro idioma se refiere. Sin embargo, creemos que la distinción efectuada por la doctrina reviste validez. En tal sentido, arbitrador será el tercero cuya decisión, no formando parte de un procedimiento arbitral, venga a definir o complementar aquellos puntos sobre los cuales las partes contratantes todavía no se hayan puesto de acuerdo; mientras que árbitro sería la persona designada por las partes para que resuelva una controversia surgida entre ellas, derivada de la ejecución de las obligaciones contractuales.

Dentro de tal orden de ideas, el arbitrio a que se refiere el artículo 1544 del Código Civil Peruano y el de sus referentes, los numerales 1407 y 1408, sería efectuado por arbitradores, los que podrían ser meros arbitradores o arbitradores de equidad.

Luego de analizar cada una de las posiciones que la doctrina ha establecido acerca de la naturaleza jurídica del tercero, queremos precisar ciertos conceptos.

Respecto de la relación existente entre las partes contratantes y el tercero, puede decirse que resulta evidente que se trata de un contrato de mandato, por el cual el tercero es el mandatario, y el comprador y el vendedor son los mandantes. La obligación que asume dicho mandatario es la de establecer el monto del precio, en el contrato de compraventa, que ambos han celebrado.

Debe quedar claro que el tercero no tiene como función la de celebrar el contrato, pues éste ya ha sido celebrado por comprador y vendedor.

Podrá decirse que los contratantes no han llegado a concluir el acto debido a que a éste le falta uno de sus elementos esenciales-especiales, que es la determinación del objeto de la principal prestación del comprador (el precio), y que es precisamente el tercero mandatario de las partes, quien tendría como función concluir el contrato al completar el elemento que falta del mismo.

No estamos de acuerdo con esta posición, ya que para que se considere celebrado un contrato, no será necesario que el objeto de la prestación de una de las obligaciones esté perfectamente determinado, pues bastará con que sea determinable a través de elementos objetivos previstos en el acto mismo y en cuya verificación no intervengan, en lo absoluto, las partes contratantes.

En tal sentido, hemos tratado anteriormente acerca de que el segundo requisito del precio consiste en que éste sea determinado o determinable (que al momento de la celebración del contrato se establezcan reglas para su posterior determinación).

Luego de constatar cuál es la relación existente entre el tercero y los contratantes, debemos precisar la función que cumple el tercero como mandatario de aquéllas.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro, por los fundamentos expuestos cuando analizamos tal posición doctrinaria.

En segundo término, y tal como ha sido señalado por nosotros, admitimos la posibilidad de que se trate de un perito, en el supuesto en que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio boni viri).

Por último, hemos sostenido la posibilidad de, efectuando una distinción entre los términos árbitro y arbitrador, que se trate de este último supuesto.

En conclusión, opinamos que tres de las cuatro posiciones doctrinarias revisten certidumbre, pero que ninguna de ellas —por sí sola— puede esclarecer por completo el problema que afrontamos.

Nos explicamos.

Respecto al contrato que liga al tercero con el comprador y el vendedor, al tratarse de un mandato, es claro que dicho tercero resulta siendo mandatario. Pero como el mandatario debe cumplir con aquellas pautas establecidas en el contrato celebrado con sus mandantes, precisamente esta función será una de arbitrio (fuera de un procedimiento de arbitraje), tratándose de un arbitrador, mas no de un árbitro.

Siempre dentro de las pautas a cumplir por dicho arbitrador, éste podrá ejercer su función o con la más amplia libertad de criterio, dada su falta de conocimientos especializados en la materia, o haciendo una prolija tasación del bien, debido, precisamente, a que posee dichos conocimientos y a que ha sido designado específicamente para tal efecto (es decir, el de actuar como perito), supuesto en el cual la función de dicho mandatario-arbitrador, será también la de un perito.

Debemos puntualizar que cuando se trate de un mandatario-arbitrador-no perito, el arbitrio que efectúe podrá ser un mero arbitrio o un arbitrio de equidad, según las instrucciones y cláusulas establecidas en el contrato de mandato.

Si se tratase de un mandatario-arbitrador-perito, estaremos necesariamente en presencia de un arbitrio de equidad, ya que las partes contratantes habrán escogido al perito debido a sus conocimientos especializados sobre la materia, los que le llevarán (en criterio de los contratantes) a emitir una opinión equitativa o justa.

Gráficamente podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:

- Primera posibilidad:
  Mandatario - Arbitrador - No perito ⟶ Mero arbitrio.
  ⟶ Arbitrio de equidad.
- Segunda posibilidad:
  Mandatario - Arbitrador - Perito ⟶ Arbitrio de equidad.

3. Carácter del mandato recibido por el tercero

De acuerdo a un criterio generalizado, el mandato recibido por el tercero tiene carácter de irrevocable, una vez aceptado por éste, y sólo podría ser revocado por mutuo acuerdo de comprador y vendedor.[16]

Es evidente que cuando se trata de un contrato de mandato otorgado por una sola persona, ésta puede revocar dicho mandato en cualquier momento, salvo que se trate de un mandato con representación que revista las características contempladas en el artículo 153 del Código Civil Peruano.

Si se tratase de un mandato con representación (como es el caso materia de análisis) celebrado por dos mandantes (comprador y vendedor) con uno o más mandatarios (el o los terceros) dicho mandato tiene carácter de revocable, salvo los supuestos del antes mencionado artículo 153; pero sin embargo, para que opere dicha revocación deberán, necesariamente, concurrir las declaraciones de voluntad de ambos mandantes (argumento del artículo 150 del Código Civil Peruano), no interesando si ambos mandantes lo revocasen en el mismo instante, pues dicha revocación sólo surtirá efectos una vez efectuada por el comprador y el vendedor.

4. Supuesto de pluralidad de terceros encargados de la determinación del precio

Este supuesto no es tratado por el Código Civil Peruano ni por la inmensa mayoría de cuerpos legislativos y Proyectos consultados para este trabajo. Sólo hemos encontrado dos Códigos que abordan el tema, y son el Código Civil Argentino (artículo 1350) y el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1057).

Si bien es cierto que el resto de Códigos Civiles obvian el rubro de la pluralidad de terceros, la doctrina no lo hace, existiendo un grupo de autores que mencionan expresamente esta posibilidad. Y es que en realidad, el hecho de que la mayoría de Códigos sólo mencionen a «un tercero» o «al tercero», no impide que las partes puedan designar a una pluralidad de personas para efectuar la determinación del precio del bien vendido y, de hecho, esta podría ser una hipótesis frecuente y más segura para las partes, ya que la opinión de varias personas, entendidas o no en el tema, sin lugar a dudas dará más certeza sobre la decisión a tomar.

A pesar de que el Código Civil Francés no mencionó la posibilidad de que fuese más de un tercero quien hiciera la determinación del precio, en la propia discusión

[16] Esta opinión es compartida, entre otros autores por Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 135; y López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, pp. 80 y 81.

del Proyecto del Código Napoléon salió a luz la primera referencia a que fuese más de un tercero quien hiciese la determinación del precio en el contrato de compraventa.

Portalis, el consejero de estado, en el discurso que pronunció en la sesión del 7 Ventoso, año XII, sólo se refería a un tercero.[17]

De otro lado, el tribuno Faure no se apartó de los términos expresados por Portalis, lo que puede apreciarse en su discurso pronunciado en la sesión del 12 Ventoso, año XII, a nombre de la Sección de la Legislación.[18]

Es el tribuno Grenier, en su discurso en el Cuerpo Legislativo, pronunciado en la sesión del 15 Ventoso, año XII, quien por primera vez hace referencia a la hipótesis de que en lugar de nombrar a un tercero, se nombren a dos. Es decir, es la primera ocasión en la historia del proceso codificador contemporáneo que se menciona la posibilidad de que exista pluralidad de terceros.[19]

En adición a la posición de que puede existir pluralidad de terceros para efectos de la determinación del precio, debemos mencionar que uno de los redactores del Proyecto del Code Napoléon, Jacques de Malleville, ya hacía mención a esta posibilidad en el año de 1822, apenas 18 años después de entrado en vigencia dicho cuerpo legislativo.[20]

Este criterio ha sido asumido también por la mayoría de autores consultados.[21]

Pensamos, aunándonos a un criterio mayoritario de la doctrina, que no reviste ningún inconveniente conceptual el hecho de que las partes designen a más de un mandatario con el propósito de efectuar la determinación del precio en el contrato de compraventa.

Ante todo, debemos precisar que el tercero puede ser una persona natural o jurídica, y, por tanto, si hubiese pluralidad de terceros, éstos pueden ser personas naturales o jurídicas, indistintamente.

Debemos puntualizar que en el supuesto de pluralidad de mandatarios-arbitradores, a todos ellos deben habérseles dado similares instrucciones, al igual que deben ser escogidos por sus mandantes siguiendo un criterio uniforme, vale decir, que todos

---

17 *Recueil Complet des Discours pronnoncés 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., Livraires, Imprimeurs de l´Institut de France, 1867, tomo I, p. 591.

18 *Recueil [...]*, tomo I, p. 608.

19 *Recueil [...]*, tomo I, pp. 618 y 619.

20 De Malleville, Jacques. *Op. cit.,* tomo III, pp. 507-508.

21 Marcadé, V. *Op. cit.,* tomo VI, p. 180; Baudry-Lacantinerie, G. *Op. cit.,* tomo II, p. 340; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat, tomo XIX, pp. 135 y 136; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 468; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 84; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, pp. 244 y 245; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 186 y 187.

ellos sean peritos o ninguno lo sea, o que a todos se les exija un mero arbitrio o a ninguno se le exija tal proceder.

5. Manera en la cual los terceros deben tomar y expresar su decisión

Al respecto no existe en doctrina unanimidad de criterio, a la vez que no son muchos los autores que se ocupan de resolver este problema. Sin embargo, hemos logrado advertir las siguientes tendencias de opinión:

5.1. La decisión debe ser adoptada por unanimidad

Un primer sector de la doctrina sostiene que la decisión de los terceros debe necesariamente ser adoptada por unanimidad.[22]

5.2. La decisión puede ser adoptada por mayoría absoluta

Esta posición es asumida por Badenes Gasset.[23]

5.3. Nuestra posición

En primer lugar, sostenemos que se deberá estar a lo prescrito por las partes en el contrato, dependiendo si ellas han acordado el criterio de mayoría o de unanimidad respecto de la decisión de los terceros convocados.

Si es que las partes no hubiesen previsto en el contrato el régimen a seguir por los terceros para manifestar su voluntad, debería seguirse el principio de considerar válida la decisión por la que opte la mayoría absoluta de dichos terceros. Por ejemplo, si son tres, que dos opinen «A» y que el otro opine «B»; mas no así, si fuesen cinco, si dos opinan «A», uno «B», otro «C» y el último «D», no habiendo en este caso decisión al respecto.

De no lograrse la mayoría absoluta, tendrán las partes la posibilidad de sustituir a los terceros. De no obtenerse este acuerdo, el contrato sería nulo.

---

[22] En este sector se encuentran, entre otros, López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 84; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 186 y 187.

[23] Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, pp. 244 y 245.

6. Momento en el cual debe efectuarse la designación del tercero o de los terceros que deberán determinar el precio

El Código Civil Peruano establece de manera expresa en su artículo 1544 que la designación del tercero puede realizarse en el propio contrato o posteriormente. Esta metodología no es empleada por la gran mayoría de Códigos Civiles, los cuales simplemente se limitan a señalar que la determinación del precio puede ser efectuada por un tercero, entendiéndose, naturalmente, que la designación del mismo se efectuará en el contrato de compraventa celebrado, mas no señalan si la designación de dicho tercero podrá o no efectuarse con posterioridad a la celebración del contrato.

6.1. Posiciones de la doctrina y la legislación

Pueden apreciarse claramente dos tendencias definidas al respecto, las mismas que pasamos a analizar a continuación:

6.1.1. La designación del tercero debe efectuarse en el propio contrato de compraventa

Al igual que la legislación de nuestra tradición jurídica, la mayor parte de la doctrina omite referirse al particular. Sin embargo, encontramos un sector que sí se pronuncia al respecto.

La tendencia minoritaria es aquella que sostiene que la designación del tercero debe efectuarse en el propio contrato de compraventa. Dentro de este sector encontramos la siempre autorizada opinión de Laurent.[24]

6.1.2. Resulta posible efectuar una designación del tercero con posterioridad a la celebración del contrato

Esta posición es sostenida, entre otros autores, por Baudry-Lacantinerie, Huc, Barros Errázuriz, Planiol y Ripert, los Mazeaud y por Wayar.[25]

En materia legislativa, el Código Civil Peruano de 1984 se adhiere a una tendencia de Códigos Civiles que establecen de manera expresa que el tercero puede ser designado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, si esto se acuerda en el propio contrato de compraventa.[26]

---

[24] Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 83 y 84.

[25] Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo II, p. 340; HUC, Théophile. *Op. cit.,* tomo X, pp. 59 y 60; Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, pp. 367 y 368; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 33 y 34; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 145; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 170; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 281 y 282.

[26] Esta tendencia está conformada por la mayoría de Códigos Civiles que se pronuncian sobre el particular, y de ella forman parte los siguientes cuerpos legales:

6.1.3. Nuestra posición

Por nuestra parte, nos inclinamos, en principio, hacia la primera posición, aquélla que establece fundamentalmente que el tercero debe ser designado por las partes al momento de la celebración del contrato.

Basamos nuestra opinión en las razones esgrimidas por Laurent y en aquellos fundamentos señalados por Troplong, que Laurent critica, y que podríamos resumir de la siguiente manera:

- Celebrar un contrato, dejando la posibilidad de ejecución o no de las obligaciones derivadas del mismo, precisamente, a un posterior nuevo acuerdo de los contratantes, es, como dice Troplong, dejar el contrato sujeto a una condición potestativa. Incluso, podría pensarse que no existe contrato, ya que no existe acuerdo entre las partes sobre un punto fundamental para la posterior ejecución de obligaciones.
- Concordamos con Laurent cuando sostiene la no existencia de un contrato en este supuesto, debido a que a cualquiera de las partes le bastaría con no contribuir al cumplimiento del mutuo deber de designar al tercero, para que, en base a su exclusiva voluntad, el contrato deviniese en inejecutable.

No está demás señalar que al tratarse la obligación de designar al tercero de una obligación de hacer que no concluye en un dar, ante el incumplimiento de la misma, el acreedor no podría optar ni por la primera ni por la segunda de las posibilidades establecidas por el artículo 1150 del Código Civil Peruano (exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor, y exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste), sino por la tercera, vale decir, dejar sin efecto la obligación y demandar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, debemos precisar que a quien se sienta lesionado en su derecho le sería muy difícil o prácticamente imposible demostrar que la no contribución y posterior acuerdo para designación del tercero, se deba a una actitud dolosa del otro contratante, o, en su defecto, a un simple no acuerdo tras el cual no medie dolo.

Si de la posición analizada hemos extraído la regla, de la posición que sostiene que el tercero puede ser designado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, podemos extraer la excepción.

Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1598, «si no concuerdan las partes en su designación, no habrá venta»), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo, «con tal que quede estipulado en la convención el modo de nombrar al tercero, a falta de acuerdo entre las partes»), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo, de similar texto que el Código que le antecedió), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1473, primer párrafo), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 612, inciso I), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1544).

Pensamos que solamente debería considerarse válido un contrato que no contenga la designación del tercero si es que en él se estipulase el modo de nombrarlo a falta de acuerdo entre las partes, siendo este procedimiento uno de carácter objetivo, tal como es señalado por el artículo 1339, segundo párrafo, del Código Civil Venezolano de 1880.

7. Momento en el cual el tercero debe efectuar la determinación del precio

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

En doctrina, León Barandiarán[27] y Badenes Gasset[28] tratan el tema.

Por nuestra parte, podemos señalar lo siguiente:

7.1. Si se hubiese establecido un plazo para la determinación del precio por parte del tercero, la designación que éste deberá efectuar se tendrá que hacer dentro de dicho plazo. Si la efectuare extemporáneamente, será, en principio, ineficaz, salvo que las partes decidan ratificarla de manera expresa, bastando que una de ellas se niegue a hacerlo para que no proceda dicha ratificación, resultando con ello nulo el contrato.

7.2. Si no existiera plazo determinado por las partes y se discutiese la oportunidad de la decisión del tercero, el juez deberá decidir si el mismo es oportuno o no.

8. Posibilidad de impugnación de la decisión del tercero

Existe un grupo reducido de Códigos Civiles que hacen expresa referencia a la posibilidad de impugnación de la decisión adoptada por el tercero a quien las partes dejaron la determinación del precio —aceptándola o negándola—.[29]

Dentro de esos Códigos Civiles, podríamos establecer cuatro corrientes legislativas.[30]

---

27 León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, p. 18.

28 Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 244.

29 Este grupo está formado, entre otros, por los siguientes cuerpos legales:

Código Civil Uruguayo (artículo 1667, tercer párrafo), Código Civil Argentino (artículo 1351), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, tercer párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2106), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 297), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 923, primer párrafo).

30 a) Los siguientes Códigos Civiles establecen que la decisión del tercero es irrevocable o inconmovible:
Código Civil Uruguayo (artículo 1667, tercer párrafo), Código Civil Argentino (artículo 1351).

b) Los siguientes Códigos Civiles establecen que la decisión del tercero no puede ser impugnada, a menos que sea contraria a la equidad, o notoriamente desproporcionada:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, tercer párrafo), Proyecto de Reforma al Código Civil

En este punto, al igual que en la mayoría de temas que acabamos de tratar, no existe unanimidad de criterio en la doctrina consultada.

Encontramos autores que opinan que, en principio, nunca puede impugnarse la decisión del tercero.[31]

Un segundo grupo de autores opinan en el sentido en que si la determinación del precio hecha por el tercero es absoluta o abiertamente inicua o injusta, deberá considerarse como que no hizo dicha determinación, vale decir, que no hubo estimación del precio.[32]

Un tercer grupo de autores opinan que si la determinación del tercero da como resultado un precio absoluta o abiertamente inicuo o desproporcionado, si bien se considera que existe determinación del precio, ésta puede ser impugnada judicialmente.[33]

Una cuarta posición considera que la determinación del tercero sólo es impugnable si el precio resulta ser uno que configure un supuesto de lesión.[34]

Independientemente de las posiciones citadas, existen dos tendencias adicionales, compatibles, vale decir que no excluyen a las anteriores.

Un grupo de autores considera que la determinación del tercero podría anularse si es que hubiese sido dada mediando vicio de su voluntad.[35]

Argentino, de 1936 (artículo 923; pudiendo las partes recurrir al juez dentro de los ocho días de la decisión, quien fallará en una sola audiencia, sin recurso alguno).

c) El Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2106) establece que la decisión del tercero sólo puede ser rechazada de común acuerdo de ambos contratantes.

d) El Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 297), establece que en caso de contestación (impugnación) de la decisión del tercero sobre el precio, éste será determinado por el juez.

[31] Así piensan, entre otros: Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, pp. 207 y 208; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 87 y 88; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 139-141; León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, p. 18; y Lafaille; Héctor. Citado por Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, pp. 157-159.

[32] En este sentido: Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, p. 18; y Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, pp. 117 y 118.

[33] Dentro de este grupo, que a nuestro entender se constituiría en una corriente mayoritaria, se encuentran, entre otros Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 337 y 338; Boissonade, G. *Op. cit.,* tomo III, pp. 122 y 123; Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, p. 66; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, pp. 158 y 159; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, pp. 82 y 83; Wayar, Esnesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 284-286; Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 52 y 53; y Borda, Guillermo A. *Op. cit.,* pp. 198 y 199.

[34] Representante de esta corriente de pensamiento es Accourse (Accourse. Citado por Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 207).

[35] A esta posición se adscriben, entre otros profesores, Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.*, tomo XIX, pp. 140-141; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 32; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 82; y Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 246.

Otros autores señalan que puede impugnarse la determinación del precio efectuada por el tercero, si es que éste ha excedido las facultades que ambos contratantes le han conferido para efectuar tal determinación.[36]

Por nuestra parte debemos señalar que estamos en desacuerdo con aquella posición legislativa y doctrinaria en el sentido en que la decisión adoptada por el tercero es inimpugnable o inconmovible, ya que si bien las partes se han remitido a la decisión del tercero para que éste determine el precio de la venta, dicha decisión, no necesariamente estará ajustada a Derecho. Por tal razón, si se tratara de una decisión que no revista tal característica, podrá ser impugnada por las partes contratantes o por alguna de ellas.

Resulta evidente que la primera opción, mas no con carácter excluyente (como la establece el Código Civil Mexicano de 1927 —artículo 2106—) es que ambas partes impugnen la decisión del tercero.

Pero sin embargo, este no será el supuesto más frecuente, ya que si la decisión del tercero resulta desproporcionada, será evidente que favorecerá a uno de los contratantes y perjudicará al otro. Por tal razón, en la práctica siempre sería el perjudicado quien impugne tal decisión.

Para analizar el tratamiento que otorga el Código Civil Peruano al respecto, debemos precisar si nos encontramos ante un supuesto de arbitrium boni viri o de arbitrium merum.

8.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad

El Código Civil Peruano establece en su artículo 1407 que si la determinación de la obligación (léase objeto de la prestación o prestación misma) que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. Sin embargo, el Código Civil Peruano no señala las causales de impugnación de la decisión de este tercero, como sí lo hacen otros Códigos Civiles.

Por nuestra parte, pensamos que las causales de impugnación de la decisión de un tercero que deba actuar con arbitrio de equidad son:

---

[36] Son varios los tratadistas que se adhieren a esta posición, comenzando por dos de los más renombrados exégetas del Código Napoléon: Laurent (Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, p. 86) y Baudry-Lacantinerie, quienes fundan su parecer en la jurisprudencia a que dio lugar un procedimiento judicial acerca de un convenio suscrito entre una sociedad industrial con los propietarios de terrenos sobre los cuales debía pasar un ferrocarril, con el propósito de lograr la explotación de sus fábricas.
A esta posición también se adhieren Planiol y Ripert (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 32) y Badenes Gasset (Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, pp. 246-248).

a) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, y aunándonos al criterio establecido por Manuel de la Puente,[37] la decisión del tercero será impugnable cuando se haya producido incurriendo en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico, vale decir: error, dolo, violencia o intimidación.
b) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.
c) En lo que respecta a los vicios o defectos de contenido de la decisión, es decir, en lo que se refiere al monto del precio señalado para el bien, dicha decisión podrá ser impugnada cuando el precio fuera desproporcionado (cualquiera que sea esta desproporción), ya que al elegir las partes contratantes un arbitrio boni viri, buscan que la decisión del tercero contenga la determinación de un precio justo, lo que equivale a decir que será impugnable cuando no sea un justo precio.

8.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio

Para impugnar la decisión de un tercero a quien se le confió tal encargo en el entendido del mero arbitrio, podrán darse las siguientes causales:

a) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado por nosotros para el caso del arbitrium boni viri.
b) Al igual que para el arbitrium boni viri, en este caso la decisión del tercero será impugnable si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.
c) En lo que respecta al monto del precio señalado por el tercero, la decisión de éste sólo podrá ser impugnada si el precio fuese desproporcionado.

Adelantándonos al estudio del tema que haremos luego de tratar acerca de los supuestos en que el tercero designado para determinar el precio de la compraventa no lo hiciere, debemos señalar que creemos que tratándose de un arbitrio de equidad o de un mero arbitrio, si se amparase la demanda del contratante que solicita se declare nula la decisión del tercero, dicha sentencia acarreará la nulidad del contrato, por falta de uno de sus elementos naturales, cual es el precio determinado. No creemos que se deba dejar al juez la posibilidad de sustituir al tercero designado por ambas partes, en ninguno de los dos supuestos de arbitrio, por los fundamentos que damos al tratar el punto siguiente.

[37] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 388 y 389.

9. Supuestos en los cuales el tercero designado para determinar el precio no lo hiciere

En la legislación estudiada, hemos logrado identificar hasta tres posiciones distintas a este respecto:

9.1. Tendencia que sanciona la falta de determinación del precio por el tercero con la pérdida de eficacia del acto (término dentro del cual incluimos los supuestos de «nulidad», «caducidad» e «ineficacia» del acto o contrato celebrado)

Dentro de esta tendencia se ubica la mayoría de Códigos Civiles consultados para la realización de este trabajo.[38]

9.2. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, dicha determinación la hará el juez

A esta posición se adhiere un reducido número de Códigos Civiles.[39]

---

[38] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia expresa a que si el tercero no quiere, no puede o simplemente no determina el precio, no hay contrato de compraventa:

Código Civil Francés (artículo 1592), Código Civil Belga (artículo 1592), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1012), Código Civil Peruano de 1852 («caduca la venta», artículo 1318), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1598, segundo párrafo), Código Civil Uruguayo (artículo 1667), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo), Código Civil Argentino («la venta quedará sin efecto», artículo 1350), Código Civil Español («quedará ineficaz el contrato», artículo 1447, segundo párrafo), Código Civil Nicaragüense de 1903 («quedará ineficaz el contrato», artículo 2537, segundo párrafo), Código Civil Panameño de 1917 («quedará ineficaz el contrato», artículo 1217, segundo párrafo), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 376), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 329, segundo párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 («quedará el convenio sin efecto, salvo acuerdo en contrario», artículo 2107), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 («quedará ineficaz el contrato», artículo 1336), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 («caduca la venta», artículo 1376), Código Civil Peruano de 1936 («caduca la venta», artículo 1387), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 («la venta quedará sin efecto», artículo 923, tercer párrafo), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1473, segundo párrafo), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 («se reputará ineficaz el contrato», artículo 1043, tercer párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1796), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 612, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (en el supuesto de mero arbitrio —artículo 1408—, por remisión del artículo 1544).

[39] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia expresa a que si el tercero no quiere o no puede determinar el precio, éste será determinado por el juez:

Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1329, segundo párrafo, el cual remite al artículo 1171, que establece: «La cantidad se reputa determinable cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero si el tercero

9.3. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que convinieren los contratantes, y que en caso de no convenirse otra, no habrá venta
A esta tendencia también se adhiere un reducido grupo de Códigos Civiles.[40]

En lo que respecta a la doctrina, existen tres posiciones definidas:

Un primer grupo de autores, consideran que si el tercero no realiza la determinación del precio, no hay venta.

Debemos hacer mención que dentro de este conjunto incluimos a quienes piensan que ello ocurre si es que las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero incumpliente.[41]

Un segundo grupo de autores niega toda posibilidad de que el tercero sea sustituido por decisión judicial.

Esta posición, compatible con la anterior, fue planteada en un inicio por Laurent,[42] y a ella se adhieren los Mazeaud.[43]

Un tercer sector de la doctrina piensa que cuando el tercero no realiza la determinación del precio, puede ser sustituido por decisión de los tribunales.[44]

---

no quisiere, no pudiere, o no llegare a determinarla, el juez podrá hacerlo por sí, o por medio de peritos si fuese necesario, a fin de que se cumpla la convención»).

[40] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia expresa a que si el tercero no quiere o no puede determinar el precio, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que convinieren los contratantes, y que en caso de no convenirse otra, no habrá venta:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1981), Código Civil Chileno (artículo 1809), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1613), Código Civil Colombiano (artículo 1865), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1775), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1123), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 («quedará sin efecto», artículo 485), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 635).

[41] Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, p. 18; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 206; Aubry, C. y C. Rau. *Op. cit.,* tomo IV, p. 338; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, p. 82; Boissonade, G. *Op. cit.,* tomo III, p. 212; Falcón, Modesto. *Op. cit.,* tomo IV, p. 202; Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 558; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 170; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 134 y 135; Valverde y Valverde, Calixto. *Op. cit.,* tomo III, p. 321; Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, pp. 367 y 368; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 34; Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit., Cours […]* tomo II, pp. 444 y 445; Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 145; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 81; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, pp. 245 y 246; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 279 y 280; y Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 117.

[42] Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 82 y 83.

[43] Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 145.

[44] Se adhieren a esta posición, sustentada legislativamente por el Código Civil Italiano de 1942, entre otros, Messineo (Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, pp. 65 y 66) y Borda (Borda, Guillermo A.

9.4. Nuestra posición

Ahora corresponde establecer cuál es nuestra posición al respecto.
En este punto vamos a tratar conjuntamente dos temas: el de qué facultades tienen los Tribunales si es que una de las partes impugna ante ellos la decisión del tercero; y el referente al punto bajo tratamiento, consistente en las facultades de dichos Tribunales para sustituir o no al tercero, de no haber este último manifestado su decisión sobre el precio, siempre dentro del ámbito del Código Civil Peruano de 1984.
Veamos:

9.4.1. Si el tercero manifiesta su voluntad, señalando un precio

De ser este el supuesto, habría que diferenciar si se trata de un arbitrio de equidad o de un mero arbitrio.

9.4.1.1. Arbitrio de equidad

El Código Civil Peruano no se manifiesta sobre el particular. Sin embargo, existen dos posiciones al respecto.

9.4.1.1.1. Si es amparada la demanda del contratante que se siente perjudicado con la decisión del tercero, para que se anule dicho precio, el juez podrá, con el auxilio de peritos, proceder a la determinación de un nuevo precio

Esta posición es sostenida por Manuel de la Puente y Lavalle y Max Arias-Schreiber.

De la Puente[45] se ampara en una interpretación —hecha desde variados ángulos— del artículo 1407 del Código Civil.

El citado profesor señala que el antecedente de la ponencia original del que más tarde se constituyera en el artículo 1407 (presentada ante la Comisión Reformadora del Código Civil), fue el artículo 77, de texto siguiente:

> Artículo 77.- «Si la determinación del objeto fuese diferida a un tercero y no resultare que las partes quisieron remitirse a su arbitrio, el tercero deberá proceder haciendo una apreciación de carácter equitativa. Si faltara la determinación o si ésta fuere manifiestamente inicua o errónea, será hecha por el juez».

Sin embargo, dicho artículo no fue adoptado en su integridad por la Comisión Revisora del Código Civil, la misma que, sin mediar razón alguna, suprimió su

Manual de Contratos, p. 198).

[45] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 373 y ss.

última parte, vale decir, aquélla referente a que si faltara la determinación o si ésta fuere manifiestamente inicua o errónea, será hecha por el juez.

De la Puente sostiene brillantemente,[46] basándose en una interpretación de criterios literal, lógico, histórico y sistemático, que debe velarse por la conservación del contrato, razón por la cual, a falta de determinación del tercero o de determinación de un precio inicuo o erróneo, deberá el juez hacer una nueva determinación.

9.4.1.1.2. El juez no está facultado para modificar el precio señalado por el tercero

Esta posición es nuestra.

Creemos que una vez que el tercero ha determinado el precio del bien, sólo cabe que la parte contratante que se sienta perjudicada por dicha determinación, acuda a los Tribunales para demandar se anule la decisión del tercero, fundamentando su

---

[46] Dice De la Puente (De la Puente y Lavalle. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, pp. 395-398):

«Pienso que una interpretación adecuada de los elementos de juicio de que disponemos permite inferir que el codificador de 1984 no tuvo el propósito de modificar el régimen de la determinación deferida al arbitrio de un tercero adoptado por el Anteproyecto, en el sentido que cuando faltase la decisión o ésta fuese manifiestamente inicua o errónea el contrato resultará ineficaz.

El objeto de la interpretación de una norma jurídica es encontrar su sentido, que debe buscarse bajo la orientación especial que proceda de los principios propios del sector jurídico a que pertenezca la norma interpretada y el fin, tanto genérico como específico, de la norma.

Para alcanzar este objeto es necesario recurrir a los medios o elementos que la técnica jurídica pone a disposición del intérprete para ello. Entre estos elementos, que pueden variar según los autores, destacan fundamentalmente cuatro:

a) El elemento gramatical, según el cual debe verse el significado de las palabras —sentido literal— en su conjunto.

   En el caso del artículo 1407 del Código Civil el elemento gramatical nos permite saber que el tercero a quien se confía la determinación del bien debe proceder, por regla general, haciendo una apreciación equitativa, o sea practicando un arbitrio de equidad, no un mero arbitrio.

b) El elemento lógico, que radica en apoyar la investigación del espíritu de la ley en razonamientos y reglas lógicas.

   El empleo de la lógica nos lleva a establecer que el arbitrio de equidad —el cual, según se ha visto, tiene en este caso carácter objetivo— permite que la operación de arbitración pueda ser practicada por todo aquél que está en aptitud de manejar la equidad.

   Debe observarse que, para los efectos del artículo 1407 del Código Civil, se encuentra en tal caso el juez, debidamente asesorado si las circunstancias lo exigen.

c) El elemento histórico, que está constituido por la investigación de los datos históricos relativos a la necesidad que la ley vino a llenar, como los atinentes al proceso de formación del precepto. Albaladejo destaca la importancia de la legislación anterior, los trabajos de las Comisiones codificadoras y los proyectos elaborados.

   Se ha visto en el rubro 'Antecedentes de este artículo' del presente comentario que desde la Ponencia original hasta el primer Proyecto, inclusive, los respectivos artículos relacionados con la determi-

pretensión en argumentos de forma o de fondo; y al anularse la decisión del tercero,

---

nación deferida al arbitrio de un tercero disponían que si faltara la determinación o si ésta fuese manifiestamente inicua o errónea, sería hecha por el juez.

Estos artículos estaban íntimamente vinculados a los que versaban sobre la determinación librada al mero arbitrio de un tercero, dando soluciones distintas a uno y otro caso (determinación hecha por el juez en el primer caso y nulidad del contrato en el segundo).

Sin explicación conocida alguna, la Comisión Revisora suprimió, primero en el artículo 1372 del segundo Proyecto y luego en el artículo 1407 del Código Civil, la referencia a la determinación a cargo del juez.

Pese a ello, no modificó el artículo referente a la determinación librada al mero arbitrio de un tercero, que completaba antes y completa actualmente el tratamiento dado a la determinación hecha por un tercero, lo que permite presumir que se conserva el enfoque original.

d) El elemento sistemático, que determina que para la averiguación del sentido de las normas singulares, debe seguirse la pauta que marque su relación con las demás del sistema.

Si se mantiene la diferencia entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio, como es evidente que se ha mantenido, resulta ajustado a Derecho que la falta de determinación en uno y otro caso reciban tratamientos distintos, cada cual adecuado a la naturaleza del respectivo arbitrio.

En el arbitrio de equidad, la decisión del arbitrador es sustituible desde que, quien quiera sea el que la adopte, debe ceñirse a las mismas reglas. Si falta tal decisión o ella es inicua o errónea, no atenta contra la justicia contractual que otra persona distinta del arbitrador subsane la falta o corrija el defecto, desde que tal persona es igualmente apta para hacerlo, tanto más si esta persona es el juez, que puede ser asesorado por peritos.

No ocurre lo mismo tratándose del mero arbitrio, por cuanto en este caso el propio criterio del arbitrador, sin sujetarse a regla alguna con excepción de la observancia de la buena fe, es el que debe determinar la decisión. No siendo posible, por ello, la sustitución del arbitrador, la falta de la decisión da lugar a la nulidad del contrato por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

Si la supresión hecha en el artículo 1407 hubiera tenido por objeto impedir la sustitución del arbitrador en el caso del arbitrio de equidad, habría dado el codificador en este caso la misma solución dada en el caso del mero arbitrio, o sea la nulidad del contrato. Al no haberlo hecho, es permitido interpretar, utilizando el elemento sistemático, que se pensó en una solución distinta.

Es más, no se ha conservado en el Código de 1984 la regla contenida en el artículo 1386 del Código de 1936, según la cual —en el caso del contrato de compraventa— es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere, determinarlo, caduca la venta, lo cual pone de manifiesto que cabe la solución de que el contrato continúe eficaz.

Si a todo esto se agrega que la tendencia moderna del Derecho es auspiciar la conservación del contrato, siempre que ello sea posible, cabe pensar, con razonables posibilidades de acierto, que la supresión del último párrafo del artículo 1424 del primer Proyecto no ha tenido como finalidad posibilitar la ineficacia o nulidad del contrato cuando se produzca la eventualidad prevista en dicho párrafo.

La ponderación de los cuatro elementos de la interpretación de las normas jurídicas, dándole a cada uno el rol y la importancia que le corresponde, permite en nuestro caso llegar a la conclusión que el artículo 1407 del Código Civil, pese a no contemplar una solución para el caso de falta de la determinación o que ésta sea manifiestamente inicua o errónea, no busca una solución distinta a la adoptada en sus antecedentes, o sea que en tal caso la determinación (podrá) ser hecha por el juez».

el Juez no tendrá facultad alguna para variarla, sino simplemente, al declarar fundada la demanda del contratante, el contrato será nulo por no haberse integrado al mismo el elemento esencial especial que le faltaba, vale decir: el precio.

Consideramos acertada la interpretación efectuada por De la Puente, pero, no por ello concordamos con dicha posición, ya que basamos la nuestra en que sería llevar al extremo el principio de la conservación del contrato, discutiéndose judicialmente, desde la integración de uno de sus elementos esenciales-especiales. Además, creemos, como ha sido señalado por nosotros anteriormente, que la función de los Tribunales está centrada (en lo que se refiere a los contratos) en dirimir las controversias surgidas entre las partes contratantes una vez establecidos todos los elementos (esenciales, naturales y accidentales) de un contrato, y no en contribuir con ellas para la conclusión de un acto jurídico de estas características.

No concordamos con el argumento de De la Puente en el sentido en que al tratarse de un arbitrio de equidad, y ser la función del tercero, la de un perito, dicha labor pericial, pueda ser sustituida por el Juez, incluso con el debido asesoramiento de peritos, ya que las partes habrán escogido al tercero (mandatario-arbitrador-perito), no sólo en razón de sus condiciones técnicas, sino también por sus condiciones morales y personales. No valdría de nada escoger a un perito experto en la materia, si no fuese una persona de confianza y probada seriedad moral (en cuanto a honestidad se refiere). Un factor influye decisivamente respecto del otro.

No necesariamente los peritos que asesoren al juez revestirán las condiciones o características deseadas por las partes contratantes.

Por ello, sostenemos que el artículo 1407 del Código Civil Peruano no debe ser interpretado en el sentido en que cabe la posibilidad de que la decisión del tercero sea modificada por el juez, sino, simplemente, anulada o no.

9.4.1.2. Mero arbitrio

El Código Civil Peruano, en su artículo 1408, establece que la determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede ser impugnada si no se prueba su mala fe; y que si faltara la determinación y las partes no se pusiesen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.

Pensamos que al haber planteado el Código Civil Peruano de manera expresa la solución que acabamos de anotar, si faltase la decisión del tercero y no haber contemplado el supuesto de que exista decisión, pero ésta sea inicua o errónea, se ha cometido un error. Sin embargo, consideramos que la solución planteada por esta norma es extensiva al supuesto anotado recientemente.

Estamos de acuerdo con el principio contemplado por el Código Peruano en su artículo 1408, en el sentido en que si no existiese decisión del tercero y las partes

no se pusieran de acuerdo para sustituirlo, el contrato será nulo. Apoyamos nuestra afirmación en las palabras expresadas por Manuel de la Puente al comentar el mencionado numeral:[47]

Si el mero arbitrador no pudiera, no quisiera o no llegase a efectuar la determinación, las partes, respetando el principio de conservación del contrato, deben tratar de sustituirlo por otro que pueda cumplir, a satisfacción de ellas, esa función.

Sin embargo, como se trata de un encargo de confianza común, en el cual la coincidencia de las partes puede o no darse nuevamente, y es usual que no se dé, el Código ha previsto esta situación y ha sancionado la falta de acuerdo de sustitución con la nulidad del contrato.

La solución del Código es adecuada, desde que, a diferencia del arbitrio de equidad, en el mero arbitrio no puede exigirse a las partes que depositen su confianza en el juez o en la persona que éste designe. La confianza es un sentimiento absolutamente personal.

La falta de acuerdo, al determinar que no se produzca la designación del sustituto, ocasionará que no pueda individualizarse el bien sobre el cual recae el contrato, dando lugar a la nulidad de éste por falta de un elemento esencial: la determinación del bien.

Respecto del elemento de la buena fe, podemos señalar que de acuerdo al texto del artículo 1408, aquélla se presume, y, como dice De la Puente[48] «para destruirla sería necesario que quien impugna la determinación del arbitrador deba probar su mala fe. Si esta probanza no se produce, la impugnación no podría prosperar».

9.4.2. El tercero no manifiesta su voluntad

Puede ocurrir que el tercero no manifieste su voluntad, debiéndose tal situación a diversos factores:

Si el tercero, que como hemos señalado es un mandatario de las partes contratantes, no señalase el precio, culposa o dolosamente, será susceptible de demandársele por la inejecución de sus obligaciones, y será pasible de imponérsele una indemnización por los daños y perjuicios causados a sus mandantes.

Si el tercero no determina el precio y dicha indeterminación no es ni culposa ni dolosa, vale decir, que se deba a alguna enfermedad, muerte o algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, o simplemente a cualquier causa no imputable, habrá indeterminación del precio, pero dicho tercero no será responsable por los daños y perjuicios que hubiesen sufrido por tal causa los contratantes.

---

47 De la Puente y Lavalle. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, p. 406.

48 *Ibidem*, p. 406.

9.4.2.1. Arbitrio de equidad

Para este supuesto serán de plena aplicación los comentarios que hicimos cuando tratamos sobre el caso en el cual el tercero manifieste un precio y alguna de las partes deseara impugnar dicha determinación.

9.4.2.2. Mero arbitrio

Como ha sido señalado por nosotros, es precisamente éste el supuesto contemplado por el artículo 1408 del Código Civil Peruano, siendo la solución del problema la anotada cuando tratamos el particular.

10. Naturaleza jurídica del contrato en que la determinación del precio se deje a la decisión de un tercero

A este respecto, encontramos en doctrina tres posiciones. Una mayoritaria, sostiene se trata de un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el tercero llegue a determinar el precio del bien que se vende.[49]

En el Perú, la condición suspensiva surte efectos desde el momento en que se produce en adelante, mas no retroactivamente, salvo pacto en contrario (argumento del artículo 177 del Código Civil), a diferencia del Derecho Argentino, el mismo que establece en su Código Civil, dos normas: los artículos 543 y 1352, de texto siguiente:

> Artículo 543.- «Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo».
>
> Artículo 1352.- «Fijado el precio por la persona que deba designarlo, los efectos del contrato se retrotraen al tiempo en que se celebró».

Al criterio peruano, no se adscribe —en el punto bajo análisis— de manera expresa ninguno de los Códigos Civiles consultados, pero sin embargo, debemos mencionar que el Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1319), y el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 377) la asumen, aunque tácitamente, cuando señalan que la propiedad del bien se transferirá sólo cuando el

---

[49] A esta tendencia de opinión se adhieren, entre otros, Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 50; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 210; Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 31; Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XXV, pp. 81-85; Planiol, Marcel. *Op. cit.,* tomo II, p. 170; Lafaille, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, p. 66; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, pp. 157-159; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 245; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 81; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 287.

tercero haya determinado el precio, y dicha decisión se hubiese notificado a las partes contratantes.

En el mismo sentido de estos cuerpos legislativos nacionales, se pronuncian Baudry-Lacantinerie y Saignat.[50]

Una segunda posición doctrinaria señala que se trata de un contrato puro y simple, por tanto, no sujeto a condición alguna.[51]

Una tercera posición sostiene que no existe todavía un contrato de compraventa.

Respecto de la naturaleza jurídica de este contrato, León Barandiarán[52] plantea la duda entre si se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva o si simplemente no hay contrato alguno, cuando estamos en presencia de un precio determinable, inclinándose, finalmente, por este último criterio.

Por nuestra parte, y ante la diversidad de posiciones planteadas por la doctrina, debemos señalar que consideramos a dos de ellas como desacertadas. Nos referimos a aquélla que señala que se trata de un contrato puro y simple, y por tanto no sujeto a condición alguna; y a aquélla otra, sostenida por José León Barandiarán, en el sentido en que cuando se delegue la determinación del precio de venta a un tercero, no se habrá formado el contrato sino hasta el momento en el cual dicho tercero efectúe la determinación correspondiente.

La posición mayoritaria resulta aquélla que sostiene se trata de un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el tercero determine el precio.

De los autores que sostienen esta posición, hemos querido resaltar el parecer de Fernando J. López de Zavalía:[53]

Decimos que la compraventa queda sujeta a una condición suspensiva. Dicha condición suspensiva consiste en que el tercero fije el precio.

Es esta una condición con características particulares. Normalmente los ejemplos que se ponen de condición, consisten en acontecimientos totalmente extraños a un contrato que podría vivir por sí, si no se hubiera añadido la condición, como sucedería si se celebrara una compraventa, obligándose el comprador a pagar el precio, y el vendedor a transferir la propiedad de la cosa «si llueve», ejemplo donde se ve que la compraventa igual podría haberse concluido sin esa condición. En el supuesto de la determinación del precio, en cambio, la condición «si lo fija el tercero», lleva un doble papel, pues de su cumplimiento depende no sólo la suerte del contrato, sino también la determinación misma de su contenido esencial, ya que recién al cumplirse

---

50 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 139.

51 Esta posición es sostenida, entre otros, por Baudry-Lacantinerie y Huc (Huc, Théophille. *Op. cit.,* tomo X, p. 60).

52 León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, p. 18.

53 López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 80.

se conocerá la cuantía del precio. Recordemos esta particularidad, para aplicar en su caso, las reglas pertinentes, con las debidas adecuaciones.

Las palabras de López de Zavalía reflejan que no estamos, precisamente, frente a un problema de fácil solución, debido a los siguientes fundamentos:

Por lo general, cuando se habla de un acto sujeto a condición suspensiva, se trata de un elemento accidental del mismo, de cuya ocurrencia o no, no dependerá la existencia y contenido del acto, sino simplemente sus efectos.

Pero existen determinados supuestos, asumidos por la generalidad de la doctrina y legislación consultadas, en el sentido de comprender dentro de los casos de contratos sujetos a condición, a algunos supuestos en los que, como en el caso materia de análisis, sea uno de sus elementos esenciales- especiales el que se encuentre sujeto a condición suspensiva.

Recordemos que para el caso del bien materia de la venta, dijimos[54] que existían tres supuestos en que el contrato se encontraba sujeto a condición suspensiva: el primero, la venta conmutativa de bien futuro, en la que el contrato estará sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia (dependiendo o no si se pactó acerca de la cuantía y/o calidad); el segundo, el caso de la compraventa de un bien en peligro de dejar de existir, cuando el contrato se sujeta a la condición suspensiva de que el bien, luego de terminado el peligro que hacía temer el cese de su existencia, continúe existiendo en las mismas características que lo venía haciendo al momento de la celebración del contrato; y el tercero, la compraventa de bienes sujetos a litigio, cuando se sujeta el contrato a la condición suspensiva de que el bien pertenezca en propiedad (o con los mismos derechos) al vendedor, una vez concluido el litigio.

En cualquiera de los tres supuestos mencionados, lo que estará sujeto a condición suspensiva será un elemento esencial-especial del contrato de compraventa, cual es el bien objeto de la principal prestación del vendedor. Sin embargo, nunca se ha cuestionado si el contrato existe o no, asumiéndose, por la gran mayoría de la doctrina, que se trata de supuestos de contratos sujetos a condición suspensiva; y que, de no llegar a producirse dicha condición, no es que el contrato no haya existido, sino que nunca podrá producir los efectos deseados.

Con respecto al precio y su posterior determinación por parte de un tercero a quien las partes encomienden tal misión, podemos aplicar los mismos argumentos que para el caso del bien.

Ocurre que el contrato ya se ha celebrado. Hemos visto que esta es la posición predominante en doctrina. Y si el contrato ya se ha celebrado, no es uno puro y sim-

[54] Ver el Capítulo de este trabajo relativo al bien materia del contrato de compraventa.

ple, pues no podrá surtir efectos desde el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que las partes, al haber remitido la determinación del precio a la decisión de un tercero, tácitamente han sometido los efectos de dicho contrato a la condición suspensiva de que el tercero establezca y haga de conocimiento de las partes, un precio para dicha venta. Si no llegase a determinar el precio, o, si determinándolo es impugnado y dicha impugnación es declarada fundada judicialmente, no se habrá producido la condición suspensiva y el contrato nunca surtirá efectos.

Se podrá decir que en este caso faltaría la existencia del precio para la formación del contrato de compraventa. Y que distinto es este supuesto de aquellos señalados por nosotros respecto del bien materia del contrato de compraventa. Esto es cierto, ya que en los supuestos anotados del bien materia de la venta, sí existe determinación del bien vendido, y lo que falta es que dicho bien exista o no. En el caso del precio dejado a la determinación por parte del tercero, es claro que el precio no se encuentra determinado, y que sólo lo estará cuando el tercero lo señale. De no señalarlo, no se habrá cumplido la condición suspensiva, razón por la cual, no sólo el acto carecerá de efectos (será un acto ineficaz —tal como en los tres supuestos anotados del bien materia de la venta—), sino que además de ineficaz, dicho acto será nulo, por carecer de uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa, cual es el precio.

Esta opinión nuestra es compartida por Manuel De la Puente:[55]

Ocurre aquí que el contrato se considera perfecto desde su celebración porque todos los elementos esenciales del mismo están presentes: unos, por estar ya determinados por las partes; otros, por ser determinables mediante criterios preestablecidos. Si alguno de estos elementos, los determinados o los determinables, no llega, en realidad, a ser determinado (supóngase que un bien determinado, por ejemplo el perro dálmata de Pedro, no llega a ser determinado porque Pedro resulta tener varios perros de la misma camada; o bien que el mero arbitrador no efectúa la determinación del precio del perro), falta, en uno u otro caso, un elemento esencial del contrato y la falta se considera producida desde la celebración de éste, lo que da lugar, incuestionablemente, a su nulidad.

En conclusión, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el tercero manifieste el precio y que dicha manifestación no sea anulada judicialmente; y, de no producirse dicha condición, el contrato será nulo.

---

[55] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo III, p. 407.

11. Supuesto en el cual las partes designan en el contrato a una persona que posteriormente designará al tercero que se encargará de la determinación del precio

Este supuesto no ha sido recogido por alguno de los Códigos Civiles consultados, habiendo sido mencionado sólo por Baudry-Lacantinerie y Saignat.[56]

Consideramos que el caso planteado por Baudry-Lacantinerie y Saignat, es perfectamente válido en el plano teórico, ya que concuerda con nuestra posición en el sentido en que si no se designa al tercero al momento de la celebración del contrato, cabe la posibilidad de que se establezcan las reglas necesarias para su determinación, si es que las partes posteriormente no se pusieran de acuerdo en ello (argumento citado del Código Civil Venezolano de 1880). En este caso, justamente, la designación del tercero que designará el precio, será efectuada por otro tercero al que las partes ya han determinado al momento de la celebración del contrato. Por tanto, el supuesto revestiría plena validez.

Sin embargo, en el plano práctico, si de por sí ya resulta problemática la intervención del tercero a fin de determinar el precio de la compraventa, doblemente lo será el que intervenga otro tercero a fin de designar a otro para que cumpla tal misión. Sin lugar a dudas, esta es una solución no recomendable, por los efectos prácticos anotados. Pero, de darse, se solucionaría por las reglas antes expuestas para el tema de la determinación del precio por parte de un tercero.

12. Valor del bien a tomar en consideración por el tercero

A este respecto no se pronuncia ninguno de los Códigos Civiles consultados. En doctrina, hemos hallado la opinión de Baudry-Lacantinerie y Saignat,[57] quienes anotan que, de una manera general, las partes contratantes deben fijar el precio en base al valor de la cosa al momento en el cual operará la transferencia de la propiedad.

Por nuestra parte, y como principio general, debemos establecer que este supuesto se regirá por lo que las partes acuerden y a falta de disposición al respecto, opinamos en el sentido en que el precio, señalado por el tercero, debe estar referido al que tenga el bien al momento en que deba efectuarse dicha determinación.

---

[56] Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 138.

[57] *Ibidem*, pp. 138 y 139.

Determinación del precio dejado al que tengan bienes similares en mercado, plaza o bolsa en un día determinado

> Artículo 1545.- «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

Fuentes nacionales del artículo 1545

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, el Código Civil de 1852 sí se refiere al mismo, en el artículo 1321:

> Artículo 1321.- «Cuando las partes, al fijar el precio de la cosa, se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que durante él pudiera variar el precio, se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en sus artículos 1680, 1681 y 1682:

> Artículo 1680.- «Cuando las partes, para fijar el precio, se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que, durante él, pudiera variar el precio, se entiende fijado el medio proporcional entre el mas alto y el mas bajo, si no se ha pactado otra cosa».
>
> Artículo 1681.- «También puede fijarse el precio refiriéndose las partes al que resulte de tasación con rebaja, ó sin ella, siempre que además se sometan á decisión del Juez, caso de que alguno de ellos no se conforme con la tasación y renuncie todo ulterior recurso».
>
> Artículo 1682.- «En la venta de muebles se tiene por cierto el precio, cuando las partes se refieren á lo que valga la cosa vendida el día del contrato, según el precio corriente de plaza, sea con un tanto más ó un tanto ménos. En este caso se determina el precio por testimonio de corredor, ó de dos testigos, si no hay corredor».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordó el particular en el artículo 1321:

> Artículo 1321.- «Cuando las partes, al fijar el precio de la cosa, se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que durante él pudiera variar el precio, se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el mas alto y el mas bajo, si no pactaron otra cosa».

En tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el artículo 379:

> Artículo 379.- «Cuando las partes al fijar el precio de la cosa se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que durante él pudiera variar el precio; se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1377:

> Artículo 1377.- «Considérase fijado cuando se conviene que sea el que la cosa tuviere en lugar y tiempo determinados. Cuando las partes al fijar el precio de la cosa se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal, que durante él pudiera variar el precio; se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa».

Y el Código Civil de 1936, en el artículo 1388:

> Artículo 1388.- «Considérase fijado el precio cuando se conviene que sea el que la cosa tuviere en lugar y tiempo determinados. Cuando las partes al fijar el precio de la cosa se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal, que durante él pudiera variar el precio; se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató el tema en su artículo 19:

> Artículo 19.- «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1575:

> Artículo 1575.- «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1508:

> Artículo 1508.- «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1545 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los siguientes cuerpos legislativos:

Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1599), Código Civil Argentino (artículo 1353), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, tercer párrafo), Código Civil Español (artículo 1448), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 453), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2538), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1608), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1124), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1218), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2105), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1337), Código Civil Chino de 1930 (artículo 346), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 296, incisos 2 y 3), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 924), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, tercer párrafo), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, cuarto párrafo), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 486), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 634, segundo párrafo).[1]

---

[1] Los textos de los cuerpos legislativos citados son:

- Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:
  Artículo 1599.- «También puede remitirse el precio a lo que resultara de un cierto y determinado mercado».
- Código Civil Argentino:
  Artículo 1353.- «El precio se tendrá por cierto, cuando no siendo inmueble la cosa vendida, las partes se refiriesen a lo que la cosa valga en el día al corriente de plaza, o un tanto más o menos que éste. El precio será entonces determinado por certificados de corredores, o por testigos en los lugares donde no haya corredores».
- Código Civil Venezolano de 1880:
  Artículo 1389.- «El precio de la venta deber ser determinado y especificado por las partes. Sin embargo, el precio puede quedar sometido al arbitrio de un tercero nombrado por las partes en el acto de la venta. También puede estipularse que la elección del tercero se haga con posterioridad por las partes de común acuerdo con tal que quede estipulado en la convención el modo

El Código de las Obligaciones de Suiza contempla un supuesto especial, en el que se hace referencia al precio de mercado, si es que existiese demora en el pago del precio. El texto del mencionado artículo (215) es el siguiente:

> Artículo 215.- «En materia de comercio, el vendedor tiene el derecho de reclamar del comprador en demora de pagar su precio de venta, daños y perjuicios representando la diferencia entre este precio y aquél por el cual él ha revendido la cosa de buena fe.
>
> Cuando la venta recae sobre mercaderías cotizadas en bolsa o teniendo un precio corriente, el vendedor puede dispensarse de revenderlas, y reclamar, a título de daños y perjuicios, la diferencia entre el precio de venta y el corriente del día del término fijado para la ejecución».

---

de nombrar al tercero, a falta de acuerdo entre las partes. Si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula.

También puede convenirse en que el precio se fije con referencia al corriente de un mercado y en un día determinado».

- Código Civil Español:

  Artículo 1448.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto».

- Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890:

  Artículo 670.- «El precio de venta debe estar determinado por el contrato mismo, si no en su totalidad, al menos en sus elementos.

  El puede también estar referido al precio convencional, actual o próximo de similares mercancías, ser dejado a la estimación de un tercero designado por el contrato.

  En este último caso, la estimación puede ser rechazada, si ella es manifiestamente errónea a la equidad.

  El precio fijado por las partes puede consistir, sea en capital, sea en renta perpetua o vitalicia; pero, si es fijado por un tercero, no puede consistir sino, en capital, a menos que las partes no hubiesen expresamente dado al árbitro poderes más amplios».

- Código Civil Alemán:

  Artículo 453.- «Si está señalado como precio de compra el precio del mercado, en la duda vale como estipulado el precio de mercado correspondiente al lugar de cumplimiento en el tiempo de cumplimiento».

- Código Civil Nicaragüense de 1903:

  Artículo 2538.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás consumibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».

- Código Civil Hondureño de 1906:

  Artículo 1608.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día,

Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».

- Código Civil Brasileño de 1916:
  Artículo 1124.- «También se podrá dejar la fijación del precio a la tasa del mercado, o de la bolsa en cierto y determinado día y lugar».
- Código Civil Panameño de 1917:
  Artículo 1218.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
- Código Civil Mexicano de 1927:
  Artículo 2105.- «Los contratantes pueden convenir en que el precio sea el que corre en día o lugar determinados o el que fije un tercero».
- Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:
  Artículo 1337.- «Precio en la venta de valores, granos líquidos, etc.- También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
- Código Civil Chino de 1930:
  Artículo 346.- «Cuando el precio no haya sido concretamente determinado por la convención, si él puede serlo en base a las circunstancias, él es tenido por determinado.
  Si se ha convenido que el precio será determinado en base al corriente del mercado, él es tenido por fijado al corriente del mercado del lugar y del momento del pago, a menos que se haya dispuesto en otro sentido por el contrato».
- Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:
  Artículo 296.- «# 1. La determinación del precio de la venta puede ser hecha por la indicación de las bases sobre las cuales este precio será fijado ulteriormente.
  #2. Cuando las partes han aceptado como precio el corriente del mercado o de la bolsa, hay lugar, en la duda, de considerar como precio convenido el corriente medio del mercado o de la bolsa en el lugar y en la época en la cual el objeto de la venta debe ser entregado al comprador.
  #3. Cuando, en este caso, un precio tal no exista, hay que referirse al corriente del mercado o de la bolsa del lugar donde se le comercia de acuerdo a los usos recibidos, considerados como aplicables».
- Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:
  Artículo 924.- «Cuando lo vendido no fuere inmueble, los contratantes podrán referirse a su valor al tipo de plaza en el día o a un tanto más o menos que éste. El precio será entonces, el que certificaren corredores; o testigos, donde no hubiere aquéllos.
  Verificada la entrega al comprador, sin determinar el precio, o en la duda respecto del contenido, se presume que los interesados entendieron sujetarse al corriente del día en el lugar de la tradición».
- Código Civil Venezolano de 1942:
  Artículo 1479.- «El precio de la venta debe determinarse y especificarse por las partes.
  Sin embargo, el precio puede quedarse sometido al arbitrio de un tercero nombrado por las partes en el acto de la venta. También puede estipularse que la elección del tercero se haga con posterioridad por las partes, de común acuerdo, con tal de que quede estipulado en la conven-

Análisis

1. Delimitación conceptual

Debemos señalar que cuando nos referimos al título materia de análisis, lo hacemos teniendo en consideración el supuesto en el cual ambas partes —comprador y vendedor— hayan previsto de manera expresa en el contrato celebrado, que si bien no determinan el monto del precio del o de los bienes vendidos, dejan su determinación al precio que tenga(n) en un determinado día, a la vez que en un determinado mercado, plaza o Bolsa.

Debemos subrayar que no nos encontramos en el supuesto en que el precio de mercado, de plaza, o de Bolsa, entre a regir de manera supletoria, sino, por el contrario, en el supuesto en que regirá por acuerdo expreso, es decir, por la voluntad de las partes.

La doctrina consultada, respalda mayoritariamente el principio general de la posibilidad de dejar la determinación del precio librada al que tuviere en Bolsa, plaza o mercado, en determinado lugar y día.[2]

---

ción el modo de nombrar el tercero, a falta de acuerdo entre las partes. Si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula.

También puede convenirse en que el precio se fije con referencia al corriente en un mercado y en un día determinado».

- Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:
  Artículo 1043.- «Es contrato de compraventa aquel en que uno de los contratantes se obliga a entregar a otro una cosa o un derecho determinados a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente.

  Cuando el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se tendrá el contrato como permuta si el valor de la cosa es superior al del dinero y como venta en el caso contrario.

  Se reputará cierto el precio si lo es con referencia a otra cosa o si se deja su señalamiento al arbitrio de determinada persona; mas si ésta no lo hiciese, se reputará ineficaz el contrato.

  También se tendrá por cierto el precio cuando se refiera igualmente o en más o en menos, al que la cosa tuviere determinado día en Bolsa, feria o mercado.

  Ni el señalamiento de la cosa ni el precio podrán nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».
- Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984:
  Artículo 486.- «También se podrá dejar la fijación del precio a la tasa del mercado, o de bolsa, en cierto y determinado día y lugar».
- Proyecto de Código Civil Colombiano:
  Artículo 634.- «El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes, salvo las limitaciones establecidas por disposiciones especiales.

  Cuando las partes para la determinación del precio se remiten al que tenga la cosa en ferias, mercados públicos de valores u otros establecimientos análogos, o estipularen como precio el corriente de plaza, se tomará el precio medio que la cosa tenga en la fecha y lugar en que deba hacerse la entrega».

[2] Marcadé, V. *Op. cit.,* tomo VI, p. 180; Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 49; Sanojo, Luis. *Op. cit.,* tomo III, p. 273; Boissonade, G. *Op. cit.,* tomo III, p. 211; Huc, Théophile. *Op. cit.,* tomo X, p. 58; Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 558; Lafaille, Héctor. *Op. cit.,*

1.1. Concepto de bolsa

Guillermo Cabanellas,[3] señala que el término «bolsa» en el mundo de los negocios y de las finanzas, por antonomasia, «bolsa de comercio» es la reunión de quienes operan con valores públicos autorizados, donde comerciantes o sus intermediarios, también los particulares, y más los agentes habilitados u oficiales, se reúnen para concertar negocios sobre mercanderías, que por lo común no están en el lugar, o para convenir concretas operaciones mercantiles con valores públicos o cotizables y con documentos de crédito.

1.2. Concepto de mercado

Guillermo Cabanellas,[4] explica que el término «mercado», tiene numerosas acepciones personales, reales y de relación; que etimológicamente se refiere a la compra de toda clase de objetos. Según una definición legislativa de Venezuela, quizás restringida o por demás doméstica, por «mercado» se entiende el establecimiento destinado a las operaciones de compra y venta de artículos de primera necesidad y de consumo diario. También, cualquier sitio, sea edificio, la vía pública u otro punto, donde se compren, vendan y permuten mercaderías y géneros, con carácter permanente o tan sólo en determinados días.

También, en un amplio concepto económico se entiende por «mercado» al conjunto de hechos y relaciones que concretan la oferta y la demanda y fijan los precios de los productos.

1.3. Concepto de plaza

Guillermo Cabanellas,[5] define la palabra «plaza» como el sitio donde se venden los comestibles y se realiza el trato común de los vecinos o forasteros.

---

tomo II, pp. 67 y 68; Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, pp. 12 y 13; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga, *Op. cit.,* tomo IV, p. 376; León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, pp. 18 y 19; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 160; Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, p. 66; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 269-272; Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 118; De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.,* tomo VI, p. 214; y Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.,* tomo IV, p. 52.

[3] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo I, p. 507.

[4] *Ibidem*, tomo V, p. 391.

[5] *Ibidem*, tomo VI, p. 268.

2. Naturaleza jurídica de este contrato

Demante y Colmet de Santerre[6] entienden que se podría tratar de un contrato sujeto a condición suspensiva.

Sobre este punto nos remitimos a lo expresado respecto a la naturaleza jurídica del contrato en el cual la determinación del precio se deja a la decisión de una tercera persona, es decir, que está sujeto a condición suspensiva.

3. Ámbito de aplicación de esta norma

El tema del ámbito de aplicación del artículo 1545 del Código Civil Peruano de 1984, deberá analizarse en función a determinados supuestos, los mismos que pasamos a estudiar seguidamente:

3.1. Posición que excluye a los bienes no fungibles

Esta posición es sostenida, entre otros, por López de Zavalía.[7]

3.2. Posición que admite a los bienes no fungibles dentro de este pacto

Por nuestra parte, no vemos razón alguna que impida a los bienes no fungibles formar parte de una compraventa de estas características. En tal sentido, compartimos el parecer de Badenes Gasset.[8]

3.3. Supuesto de bienes inmuebles

También sería el caso de los bienes inmuebles. Sin embargo, el Código Civil Argentino cuando se refiere a estos temas (artículo 1353) lo hace solamente para el caso de bienes muebles.[9]

---

6 Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Op. cit.,* tomo VII, p. 32.

7 López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 77.

8 Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 250.

9 A pesar de esta posición, difiere de ella gran parte de la doctrina de ese país, la que, en criterio que compartimos, encuentra supuestos de excepción para el particular.

En tal sentido, se pronuncian Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.,* tomo II, p. 68), Rezzónico (Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 160), López de Zavalía (López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte

3.4. Supuesto en que el bien vendido sea fungible

Consideramos que es precisamente este el supuesto que encuadra perfectamente en el tema bajo análisis, ya que resultará —por lo menos— viable efectuar la determinación en tales casos.

4. Media proporcional en la cotización librada al mercado, plaza o bolsa

Podría ocurrir que cuando se deje el señalamiento del precio de un bien en el contrato de compraventa a la cotización que tenga el mismo en un mercado en un determinado día, dicho bien, durante ese día, no tenga una sola cotización, sino varias. Es común, en las Bolsas de Valores, advertir en los reportes el precio de apertura y el precio de cierre del día. Dicha situación es susceptible de presentarse en cualquier mercado. Por ello, verdaderamente se crearía un problema si es que las partes han librado la determinación del precio del bien vendido al que tenga en un mercado un determinado día, si es que en esa fecha el precio del mencionado bien presenta oscilaciones, y más aun, si esas oscilaciones son considerables.

Por ejemplo, si un bien inicia su comercialización en un mercado al precio de S/. 100 la unidad (8:00 a.m.); luego, a las 11:00 a.m. aumenta a S/. 120; bajando a las 2:00 p.m. a S/. 110; y, por último, cerrando en S/. 150.

En este caso, ¿qué precio deberá pagar el comprador, y —por tanto, correlativamente— qué precio le podrá exigir el vendedor?

Sin lugar a dudas, de sostenerse siempre el principio de que se deba pagar el precio que tenga dicho bien en el mercado en un determinado lugar y día, se crearía en el supuesto bajo análisis, una multiplicidad de problemas, ya que, de seguro, una parte: el vendedor, exigirá que se le pague el precio más alto cotizado ese día (S/.150); mientras la otra: el comprador, buscará pagar el precio más bajo, es decir S/. 100.

---

especial, p. 77), Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 271 y 272) y Spota (Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 118).

A este respecto también se manifiesta Arias-Schreiber (Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo II, p. 58), cuando expresa que si bien en la primera hipótesis del artículo 1545 su radio de esfera se reduce a los valores cotizados en Bolsa, no cree que exista impedimento para que se extienda no sólo a toda clase de muebles, sino también a los inmuebles, cuando se trata del valor de mercado, pues la ley no ha hecho distingos, ni éstos emanan de la naturaleza de las cosas.

Por ello, algunos Códigos Civiles intentan dar solución a este problema, estableciendo que en caso de existir varias cotizaciones el mismo día, se tomará el promedio o la media proporcional entre ellas.[10]

Esta es la única opción que manifiesta la legislación consultada al respecto, pero sin embargo, nos atrevemos a dar, más adelante, otras posibles soluciones a las que las partes pueden remitirse en caso de librar la determinación del precio de un bien que se venda al precio que el mismo registre en un mercado señalado para tal efecto.

En la doctrina consultada, se pronuncian a favor del precio medio un grupo numeroso de autores.[11]

Por nuestra parte, consideramos indispensable para abordar el tema, hacer ciertas precisiones de índole temporal y valorativo, relativas al precio de compra o de venta, además de otras de índole geográfico, que estimamos necesarias para el esclarecimiento del problema planteado por el precio promedio.

4.1. Precisiones de índole temporal

Respecto al tiempo en que debe registrarse el precio de comercialización del bien que determinará a su vez el precio del contrato de compraventa, puede existir la mayor variedad de opciones, tales como que las partes se refieran a un período de un año, un semestre, un trimestre, un mes, una quincena, una semana, un fin de semana, un día, etc., pudiéndose llegar, inclusive, a determinar al extremo dicho período, para hacer más certera la verificación del supuesto deseado, como que podría señalarse que el precio será determinado por la cotización que tenga dicho bien en un determinado mercado, plaza o Bolsa, tal día, en tal minuto o segundo. Como podría ser: el precio que registren las Acciones Comunes de la Compañía Minera Raura S.A., en la Bolsa de Valores de Lima, el día 11 de enero del año 2009 a las 10:30 a.m.

No está demás decir que a este respecto se pueden dar la mayor variedad de convenios, ya que las partes tienen la más amplia libertad para fijar como referencia

---

[10] De los Códigos Civiles que contemplan expresamente la posibilidad de que la determinación del precio sea dejada a la cotización del mercado, los siguientes señalan que será a la media proporcional: Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1321), Código Civil Argentino (artículo 1353), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 379), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 296, inciso 2), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1377), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1388), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1797, segundo párrafo), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 634, segundo párrafo).

[11] Entre esos tratadistas, se encuentran: Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 160; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 250; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 270; y Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo II, p. 58.

cualquiera de estos factores temporales para la determinación del precio en un contrato de compraventa, como que también podrían fijar las siguientes referencias:

4.1.1. El precio de apertura del mercado, plaza o Bolsa.

4.1.2. El precio de cierre del mercado, plaza o Bolsa.

4.2. Precisiones de índole valorativo

Respecto de los valores a tomar en consideración, también tienen las partes la más amplia libertad contractual.

Queremos decir que los contratantes pueden establecer que se están refiriendo a tal o cual precio, con las siguientes opciones a su favor:

4.2.1. El mayor precio que registre el bien en el período designado

4.2.2. El menor precio que registre el bien en el período determinado

4.2.3. El precio medio del que registre el bien en el período determinado

Es precisamente este último supuesto el que nos suscita mayores interrogantes.

De establecer las partes como referencia el precio medio que tenga un bien en un mercado, plaza o Bolsa determinados, o, incluso, de ser la ley la que establezca que será dicho precio medio el que se tomará en referencia, surgirá el problema de cómo obtener precisamente dicho precio medio.

De esta manera, vamos a continuar con los ejemplos que citáramos anteriormente:

El día 10 de enero del año 2009 vendemos quinientos mil acciones comunes de la compañía «X», y de conformidad con el comprador establecemos como precio determinable el valor medio que dichas acciones registren en la Bolsa de Valores de Lima, el día 11 de enero de ese mismo año.

Supongamos, adicionalmente, que en esta última fecha se efectúan las siguientes operaciones:

- 10:00 a.m.: Se venden 100 acciones a S/. 10.00 cada una.
- 11:00 a.m.: Se venden 3,000 acciones a S/. 11.00 cada una.
- 3:00 p.m.: Se venden 800 acciones a S/. 12.00 cada una.

Aquí nos planteamos dos puntos cuya solución resulta previamente necesaria para resolver este problema:

Para obtener dicho precio medio del mercado, plaza o Bolsa, debemos señalar que se nos plantea una opción:

- Obtener el promedio simple, en base a la sola consideración de los valores o precios obtenidos por el bien en el período designado, sin tener en consideración los volúmenes de bienes vendidos en cada uno de esos valores.
  Siguiendo este criterio, simplemente tendríamos que obtener el promedio entre los diversos precios de venta registrados, sin necesidad de fijarnos en cada uno de los volúmenes comercializados en dichos valores.
  Así, tendríamos que, en el ejemplo citado de venta de acciones mineras, el promedio sería (10.00 + 11.00 + 12.00) = 33.00 entre 3 = 11.00 nuevos soles.
- Obtener el promedio ponderado en base a consideración de los valores o precios obtenidos por el bien en el período designado, teniendo en cuenta los volúmenes de bienes vendidos en cada uno de esos valores.

Creemos que este sería el supuesto más razonable, ya que podría resultar injusto o arbitrario realizar una operación de cálculo sin tener en consideración cuántos bienes se han vendido en cada uno de los precios que registró como cotización dicho producto en el período asignado, en el mercado establecido.

Tomando como base este ejemplo, tendríamos que obtener el precio medio realizando los siguientes cálculos:

Multiplicar en cada ocasión el número de acciones vendidas por el valor obtenido por cada una de ellas. Así obtendremos los siguientes resultados parciales:

- En la primera operación se comercializaron 100 acciones, obteniéndose un resultado de S/. 1,000.
- En la segunda operación se comercializaron 3,000 acciones, obteniéndose un resultado de S/. 33,000.
- En la tercera operación se comercializaron 800 acciones, obteniéndose un resultado de S/. 9,600.
  Estas cifras nos dan los siguientes resultados parciales:
- Acciones vendidas: 3,900.
- Precio global resultado de las ventas: S/. 43,600.

De ahí que para obtener el promedio de venta de dichas acciones, tengamos que dividir el monto total de dinero pagado por ellas (S/. 43,600) entre el número total de acciones comercializadas (3,900).

Esta operación nos da como precio unitario de la fecha indicada, vale decir, como precio medio o promedio ponderado de las mismas el de: S/. 11.18.

Como hemos podido apreciar, siguiendo los procedimientos (a) y (b) —promedios simple y ponderado, respectivamente—, obtenemos resultados distintos.

Reiteramos nuestra posición en el sentido en que la opción (b) es la correcta, por ser la que más se ajusta a la realidad de las cosas.

4.3. Precisiones en cuanto al precio de compra o al precio de venta

Si bien es cierto, como viene siendo señalado por nosotros, que es factible dejar la determinación del precio al que tenga el bien en un determinado mercado en un determinado día, se podría plantear el caso en que existan dos precios distintos, vale decir, el precio de compra, entendido por el precio en que un comerciante adquiere determinado bien en una determinada fecha; y el precio de venta, entendido como el precio en que el comerciante vende dicho bien, esa misma fecha.

Si hubiesen dos precios: uno de compra y uno de venta, los contratantes podrían fijar que el precio se determinará en base a la referencia de uno u otro. Entendemos que a falta de designación de cuál de ellos se ha querido referir, habrá que tomar como criterio el de averiguar la naturaleza de la operación efectuada, para ver si le es aplicable claramente alguno de estos dos supuestos.

En caso no sea fácilmente distinguible de la integridad del acto, el saber si se trataba de un precio de compra o un precio de venta, entendemos que habría que obtener el precio promedio, el cual será muy difícil de conseguir en caso no exista un sistema objetivamente considerado por el cual se sepan los volúmenes de dicho producto comercializados en esa fecha en ese mercado o plaza (descartamos a las Bolsas de Valores o productos, pues dada su propia organización, cuentan con datos sumamente exactos a este respecto).

En caso de no ser posible realizar este cálculo con volúmenes exactos, habrá que obtener simplemente el promedio respectivo de los precios de venta y de compra, es decir, la media proporcional de los mismos.

Arias-Schreiber opina en similar sentido que nosotros:[12] cuando expresa que «Conviene, empero, si se emplea esta fórmula, que se indique en el contrato si las partes se están sujetando al precio de compra o de venta, pues son distintos y en caso de que nada se diga opinamos que, por equidad, habrá que sacar el promedio de ambos».

4.4. Precisiones de índole geográfico

También será posible combinar los factores que venimos analizando con uno de índole geográfico, como podría ser el determinar que el valor en que será vendido un

[12] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 58.

bien será el del promedio de los valores máximos que obtengan los bienes «a» y «b» en los mercados «x» e «y», el día «z».

Similar regla podríamos aplicar respecto de productos que se vendan en plazas o Bolsas y también, tomando en consideración cualquier otro índice de referencia.

5. Precio mayor o menor al de mercado

Cabe también la posibilidad de que los contratantes no se remitan al precio que un bien tenga en un mercado, plaza o Bolsa, en estricto, sino, siempre tomando en consideración el precio que tenga en dichos lugares, establezcan que será un tanto mayor o menor a aquél. Vale decir, cabría establecer que unas acciones determinadas serán vendidas a un 5% menos que el precio en que se coticen en la Bolsa de Valores de Lima en tal día, debiéndose esta rebaja —por ejemplo— a razones de amistad entre comprador y vendedor.

Es evidente que también será susceptible el que se presente el supuesto contrario, vale decir, cuando lo que se establezca sea un plus, lo que podría darse por las más variadas razones y en las más diversas circunstancias.

Podrían además, establecerse otros precios, como podría ser el mayor o el menor que tuviese el bien. Esto resulta lógico.

Hemos encontrado un grupo de Códigos Civiles que hacen referencia a esta posibilidad de pacto, entre comprador y vendedor.[13]

Entre los autores consultados, León Barandiarán,[14] alude a la posibilidad de un convenio de estas características.

6. Cotización señalada por corredores

Es justamente debido a la muchas veces frecuente imposibilidad objetiva de determinar cuál ha sido el precio en un determinado mercado o plaza, en una determinada fecha, que ha sido contemplado por el Código Civil Argentino (artículo 1353) y por el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 924) que dicha

[13] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio corriente al que pueden remitirse los contratantes para hacer al precio determinable, no necesariamente tendrá que ser el de plaza, sino que podrá ser mayor o menor que éste, siempre y cuando los contratantes así lo establezcan: Código Civil Español (artículo 1448), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1608), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1218), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1337), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 924).

[14] León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, p. 19.

cotización será determinada por certificados de corredores, o por testigos en los lugares donde no haya corredores.[15]

6.1. Supuesto en que no exista dicha cotización de mercado

Cabe también la posibilidad de que habiendo sido dejada la determinación del precio del bien al precio que tuviese en un determinado mercado, plaza o Bolsa, ocurra que en la fecha designada no se haya realizado ninguna operación respecto de los bienes materia del contrato de compraventa. En tales casos, se plantearían problemas de no muy fácil solución.

Debemos mencionar que el Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 se pone en el supuesto de que, a pesar de haber establecido las partes la referencia al precio de un mercado, no exista dicho precio. En su artículo 296, inciso 3, da como solución el «referirse al corriente del mercado o de la bolsa del lugar donde se le comercia de acuerdo a los usos recibidos, considerados como aplicables».

No hemos encontrado otro cuerpo legislativo que haga referencia sobre el particular.

Por su parte, la doctrina consultada se divide en dos tendencias de opinión, una que sostiene que habrá que ver cada caso concreto para decidir si hay o no contrato, y otra que sostiene que en tales supuestos no habría contrato.

Veamos ambas posiciones:

6.1.1. Es necesario analizar cada caso concreto para decidir si hay o no contrato

Este criterio es planteado en la Argentina por López de Zavalía.[16]

6.1.2. No hay contrato

Esta posición es sostenida en el Perú por Arias-Schreiber.[17]

6.1.3. Nuestra posición

Por nuestra parte, consideramos muy valiosos los argumentos esgrimidos por López de Zavalía en el sentido en que hay que analizar cada caso en particular para saber si habrá o no contrato. Creemos que un tema tan conflictivo como éste no requiere una respuesta tan concluyente como aquella consignada en la segunda posición. El criterio contrario a la validez de la venta está reñido con el principio contenido en

---

15 Ver: Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 271.

16 López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 76.

17 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo II, p. 58.

muchas normas de nuestro Código, tendientes a optar por la preservación y validez del contrato en vez de su nulidad.

Además, creemos que López de Zavalía trata de buscar algunos elementos que hagan determinable el precio a falta de cotización en la fecha indicada en el mercado previsto, tal como es la opción de considerar el promedio entre el corriente del día anterior y el del día posterior.

Sin embargo, concordando con el tratadista argentino, pensamos que será indispensable analizar las consideraciones que han llevado a las partes a establecer ese mercado y esa fecha como referencia, ya que, de constituir este elemento el factor determinante de la voluntad de las partes, deberíamos inclinarnos por sancionar al contrato como nulo por falta de precio.

7. Supuesto en que no se hayan establecido ni la fecha ni el lugar a tomar en consideración para determinar el precio

Sobre este tema se ocupa López de Zavalía.[18]

8. Supuesto en que se haya determinado el lugar de la plaza, mercado o bolsa, pero nada se haya dicho acerca de la fecha

En este punto, observamos que podrían considerarse dos posiciones distintas: una en el sentido de tomar en cuenta el precio del día de la celebración del contrato; y otra, en el sentido en que debería tomarse en cuenta el precio del día de la fecha de cumplimiento de la prestación, o día de entrega del bien.

A esta última posición se adhieren, entre otros, Barros Errázuriz,[19] Alessandri y Somarriva[20] y Wayar.[21]

Por nuestra parte, debemos señalar que si no se hubiese fijado ni la fecha ni el lugar a tomar en consideración como referencia, evidentemente el contrato sería nulo por ser indeterminable su precio, debido a la carencia de datos suficientes para determinarlo. Si no se hubiese señalado la fecha, mas sí el lugar, consideramos de justicia, al igual que López de Zavalía, que deba tomarse en cuenta el día previsto para la entrega del bien y, en defecto de señalamiento de este último, el día de la celebración del contrato.

---

18 López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 76.

19 Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, p. 368.

20 Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 375 y 376.

21 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 269 y 270.

De haberse determinado la fecha, mas no el lugar (mercado, plaza o Bolsa), deberán tenerse en cuenta algunas consideraciones. En principio, debemos entender que se está hablando del lugar de la celebración del contrato o de la entrega del bien (según se deduzca del contenido del acto celebrado). De haber en ese lugar un solo mercado, plaza o Bolsa en el que se comercialicen los bienes vendidos, evidentemente se tomará en consideración éste. De haber varios, y contar éstos con datos exactos acerca de la comercialización diaria del producto, se tomará en cuenta el precio promedio de los mismos; de no contarse con dichos datos, el contrato será nulo por falta de precio.

Otros supuestos de precio determinable

> Artículo 1546.- «Es lícito que las partes fijen el precio con sujeción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1235».

Fuentes nacionales del artículo 1546

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó la materia en su artículo 20:

> Artículo 20.- «Es lícito que las partes fijen el precio en función de índices de precios, siempre que sean susceptibles de determinación objetiva».

Mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1576:

> Artículo 1576.- «Es lícito que las partes fijen el precio en función, de índices de precios, siempre que sean susceptibles de determinación objetiva».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1509:

> Artículo 1509.- «Es lícito que las partes fijen el precio en función de índices de precios, siempre que sean susceptibles de determinación objetiva».

Análisis

1. Pertinencia de la norma

En realidad, el artículo 1235 al que hace remisión el artículo 1546 menciona tres posibilidades a las que las partes pueden dejar la determinación del precio en el contrato de compraventa:

a) Índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú.
b) Otras monedas, lo que equivale a decir, monedas extranjeras.
c) Mercancías.

Sin embargo, debemos anotar que consideramos desacertada la redacción del artículo 1546, bajo comentario, ya que podría dar a entender, al reiterar la norma del numeral 1235, que ésta es de aplicación al contrato de compraventa (y al de permuta, por razones obvias), pero no a otros actos, pues en los demás contratos típicos no se consignan normas similares al artículo 1546, situación que no impide —en lo absoluto— la aplicación del artículo 1235 a dichos actos, pues esta es una norma que corresponde a la generalidad de obligaciones.

Pero en realidad, la licitud de que las partes pacten en su contrato cualquiera de las posibilidades antes mencionadas, no es óbice para que acuerden alguna otra forma de determinación del precio que les convenga o parezca conveniente.

De esta manera, vamos a proceder a efectuar una revisión de lo que representan las posiciones de la doctrina y de la legislación al respecto.

Algunos de los Códigos Civiles consultados hacen referencia expresa a la posibilidad de someter la determinación posterior del precio a diversos índices de referencia. Los casos más puntuales son el Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1546) y el Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 487).

También el Código Civil Argentino contempla esta posibilidad, pero de manera mucho más restringida, cuando en su artículo 1349 hace mención a que se considerará cierto el precio cuando las partes lo designen con referencia a «otra cosa cierta».

2. Diversos supuestos de precio determinable

La doctrina se pronuncia de la forma más variada posible a este respecto, al contemplar diferentes supuestos en los cuales el precio puede ser dejado a posterior determinación, tomando como referencia algún elemento, ya sea un acontecimiento o alguna mercancía.

A continuación analizaremos todos los supuestos que hemos encontrado en la legislación y doctrina consultadas:

2.1. Compraventa por el precio que otro ofrezca por el bien

Este supuesto solamente es contemplado por el Código Civil Argentino (artículo 1355) y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 925), y en ambos casos se sanciona a dicho pacto con nulidad.

En igual sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina consultada.[1]

La venta por el precio que un tercero ofrezca por el bien, consideramos debería ser sancionada como nula, pero debe hacerse una primera salvedad en el sentido en que el precio que otro ofrezca por el bien debe entenderse en tiempo futuro, vale decir, el que otro ofrecerá por el bien, supuesto en el cual se podrían dar los fraudes anotados por la doctrina consultada. Como señala López de Zavalía,[2] «distinto sería el caso en que las partes se remitieran al precio que ya alguien hubiera ofrecido con anterioridad, porque entonces ya habría una referencia cierta a un precio cognoscible en el momento del contrato, y susceptible de ser probado».

Consideramos de interés la excepción planteada por Wayar,[3] referente a que el precio sugerido por el tercero sea el corriente de plaza:

> […] ¿qué ocurre si el precio sugerido por el tercero es el corriente en plaza? A nuestro juicio, en este caso el contrato debe ser declarado válido; no cabe duda, en efecto, de que puede considerarse determinado el precio, no sólo porque lo proponga el tercero, sino también, y ello es fundamental, porque el precio sugerido es el que se paga en plaza por el objeto vendido […].

Sin embargo, no estamos de acuerdo con Wayar, ya que si bien el precio sugerido por el tercero puede coincidir con el de mercado, plaza o Bolsa, puede no coincidir con éste, e incluso, darse un supuesto de fraude.

Creemos que un pacto de estas características debe ser considerado nulo, ya que la referida nulidad está destinada a proteger a las partes de dicho riesgo, independientemente de si se llegue a materializar o no el perjuicio latente.

---

1 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, p. 16; Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 203; Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, pp. 132 y 133; Huc, Théophile. *Op. cit.,* tomo X, p. 58; Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 558; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 80; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 267 y 268.

2 López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 79.

3 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 268.

2.2. Compraventa por el precio que tenga otro bien cierto

Este supuesto es contemplado expresamente por el artículo 1349 del Código Civil Argentino, habiendo encontrado un grupo de autores que tratan acerca del particular.[4]

Respecto a la equivalencia del precio con relación a otro bien cierto, lo consideramos perfectamente factible como forma de contratación de una compraventa. Sin embargo, creemos que precisamente el bien que se tome como referencia debe ser un bien cierto, es decir, estableciéndose con precisión de qué bien se trate, individualizándolo. De lo contrario, pensamos que no habría elementos suficientes para determinar el precio, a menos que se trate de un bien fungible.

2.3. Compraventa por el precio de costo de producción del bien

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se manifiesta sobre el particular.

En doctrina encontramos dos posiciones opuestas: una primera que considera que el contrato es válido[5] y una segunda que sostiene que el contrato es nulo.[6]

Por nuestra parte, y en lo que respecta a la venta por el costo de producción del bien, consideramos que deben distinguirse dos supuestos:

2.3.1. Si el bien ha sido producido por el propio vendedor

Consideramos que un pacto que incluya una referencia a este precio de costo será nula, debido a que en la práctica se estaría dejando al vendedor la potestad exclusiva de establecer el monto de dicho costo. A pesar de ser cierto que en el proceso de elaboración de un bien habrán valores objetivos, existirán otros cuyo monto no podrá establecerse de manera tan veraz, como es el caso de lo que haya costado la mano de obra del productor (vendedor), lo que podría llevar a que este último asignara a esta parte del costo de producción, valores notablemente mayores a los reales.

Por tal razón creemos que remitir en un supuesto como el anotado el precio de la venta al del costo, sería prácticamente lo mismo que dejar la determinación del precio de la venta a uno solo de los contratantes. Para graficar lo antes dicho, mencionaremos un ejemplo: «A» le dice a «B»: «Te vendo esta torta por lo que me costó. Me costó S/. 15. ¿Aceptas?». «B» le contesta: «Sí, acepto».

---

[4] López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 75; Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 239; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 269; y Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 118.

[5] Este criterio es sostenido, entre otros, por Pothier (Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, pp. 15 y 16) y Sánchez Román (Sánchez Román, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, p. 558).

[6] Parecer sustentado, entre otros profesores, por Planiol y Ripert (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 30) y Badenes Gasset (Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, pp. 239 y 240).

En el ejemplo señalado, existe una venta por el precio de costo y dicha venta es válida porque el vendedor señaló el precio de costo de la torta y sobre dicho precio el comprador asintió (existió consentimiento sobre bien y precio).

Distinta sería la suerte del siguiente ejemplo: «A» le dice a «B»: «Te vendo esta torta por lo que me costó. ¿Aceptas?». «B» le contesta: «Sí, acepto». En este caso, las partes han entendido remitir el precio como referencia al de costo de la torta. Sin embargo, de considerar válido este último ejemplo, «A» podría exigir a «B» el pago del precio que arbitrariamente se le ocurriese señalar, pudiendo ser este precio sobredimensionado por «A». En la práctica, a «A» se le estaría dejando la exclusiva determinación del precio, razón por la cual en nuestro segundo ejemplo no habría venta, por faltar el requisito de determinabilidad del precio (requisito del precio cierto).

2.3.2. Si el bien ha sido producido por terceras personas (ajenas al comprador y vendedor)

Para este supuesto, remitir la determinabilidad del precio a lo que a ese tercero le haya costado producir el bien, sí haría al precio determinable, ya que no dependerá de las partes la determinación del precio, sino de la manifestación que el tercero haga sobre el particular.

Debemos manifestar que este supuesto podría constituir una primera excepción a la conmutatividad del contrato de compraventa en lo que al precio se refiere. En tal sentido, aquí cabrían dos posibilidades:

2.3.2.1. Que las partes sometan el contrato a la condición suspensiva de que efectivamente el bien haya costado algo.

De nada haber costado, no se verificará la condición y, por tanto, el contrato nunca surtirá efectos.

De verificarse la condición, vale decir si el tercero manifiesta que el bien costó algo, el contrato surtirá plenos efectos, debiendo el comprador pagar dicho precio y el vendedor transferir la propiedad del bien.

2.3.2.2. Que las partes hubiesen querido celebrar un contrato puro y simple

En este supuesto, aun el bien nada hubiese costado, el vendedor deberá transferir su propiedad al comprador gratuitamente.

Consideramos necesario hacer una apreciación, cual es la de que por mandato de la ley, un contrato de compraventa que revista las características descritas, deberá, por regla general, ser considerado como conmutativo, salvo que las partes expresen indubitablemente su voluntad de pactarlo en forma aleatoria.

2.4. Compraventa por el precio de adquisición del bien por el vendedor

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se manifiesta sobre el particular.

En doctrina hemos advertido tres opiniones distintas: una primera, que considera válido el contrato, sostenida por Baudry-Lacantinerie y Saignat;[7] una segunda que considera nulo el contrato, sostenida por Troplong;[8] y una tercera posición, que podríamos denominar ecléctica, esgrimida por Duranton.[9]

Por nuestra parte consideramos que para este caso podemos distinguir dos supuestos:

2.4.1. Si la última transferencia de propiedad del bien (la anterior al contrato del que tratamos) estuviese inscrita en los Registros Públicos (sea el bien mueble o inmueble), consideramos que el contrato sería válido, ya que en virtud de la presunción establecida en el artículo 2012 del Código Civil, en el sentido en que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, sin admitirse prueba en contrario, y de la existencia del artículo 2014, resultará evidente que el conocimiento del precio de adquisición de dicho bien estará al acceso de ambos contratantes, lo que equivale a decir, que comprador y vendedor están reputados ser conocedores del precio (presunción iuris et de iure).

2.4.2. Si la última transferencia no ha sido inscrita en los Registros Públicos, el contrato será nulo, debido a que no existirá una forma fehaciente de conocer el precio de adquisición del bien; y, de considerarlo válido, esto equivaldría a dejar el señalamiento del precio a la voluntad exclusiva del vendedor del mismo.

2.5. Compraventa por el precio equivalente a la cantidad de dinero que haya en un lugar determinado

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

La doctrina que trata el punto se manifiesta por la validez de un contrato de estas características.[10]

Nosotros consideramos que en el caso materia de análisis, podrían presentarse diversos supuestos:

---

7 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 132.

8 Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 202.

9 Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 50.

10 Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 50; Marcadé, V. *Op. cit.,* tomo VI, p. 180; y Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 202.

2.5.1. Si las dos partes conociesen al momento de la celebración del contrato el contenido o la cantidad de dinero existente en el lugar indicado como referencia, el contrato sería perfectamente válido, ya que habría pleno consentimiento de ambos contratantes sobre bien y precio.

2.5.2. Si sólo una de las partes conociese el contenido del lugar indicado, el contrato sería nulo, y podríamos graficarlo con el siguiente ejemplo: «A» le dice a «B»: «Te compro tu libro X por la cantidad de dinero que tengo en el bolsillo derecho de mi pantalón; ¿Aceptas?». «B» contesta: «Acepto». En el ejemplo, «A» conocía la cantidad de dinero que tenía en su bolsillo, mientras que «B» desconocía tal cantidad. En este supuesto el contrato sería nulo porque equivaldría a dejar la determinación del precio a la exclusiva voluntad de una de las partes.

2.5.3. En el supuesto en que ambas partes desconociesen la cantidad de dinero existente en el lugar tomado como referencia, el contrato sería aleatorio y válido, pudiendo revestir dos caracteres distintos:

2.5.3.1. Que las partes sujeten el contrato a la condición suspensiva de que haya algo en el lugar tomado como referencia.

2.5.3.2. Que las partes celebren un contrato puro y simple, vale decir, completamente aleatorio.

2.6. Compraventa por el precio equivalente al valor del bien

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

En doctrina, en tanto Pothier[11] es partidario de un contrato de estas características, Baudry-Lacantinerie y Saignat[12] niegan validez a este pacto.

Por nuestra parte consideramos que vender un bien por lo que valga equivale a venderlo por su justo precio, ya que sólo constituirá un precio justo aquél que refleje el valor real del bien.

Por tal consideración es que hacemos aplicables al presente supuesto los comentarios que formulamos más adelante al tratar de la venta dejada al justo precio.

2.7. Compraventa por el precio equivalente a aquél en el cual otra persona venda un bien

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

---

[11] Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, p. 19.

[12] Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Leo Saignat. *Op. cit.,* tomo XIX, p. 132.

La doctrina se manifiesta de manera favorable a esta modalidad de celebrar la compraventa.[13]

Por nuestra parte, pensamos que podrían darse dos supuestos:

2.7.1. Que el tercero todavía no haya vendido

Consideramos que el caso en mención es perfectamente válido, siempre y cuando ambas partes contratantes de común acuerdo designen a la persona en base a la cual se va a fijar el precio de venta del bien. De lo contrario, si sólo una parte contratante señalase a la persona cuyo precio de venta se tendrá como referencia, se estaría dejando la determinación del precio bajo el peligro de posibles fraudes y complicidades entre la persona designada y el contratante que la designó; todo ello en perjuicio del otro contratante.

2.7.2. Que el tercero haya vendido el bien

Supuesto que se regirá, mutatis mutandis, por los principios señalados por nosotros para el caso 2.5. del análisis de este artículo

2.8. Compraventa con precio dejado a la suerte

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se manifiesta sobre el particular.

En doctrina, sólo hemos hallado la opinión de Duranton[14] quien sostiene que es factible celebrar una compraventa dejando el precio, por ejemplo, «por el número de mil francos que será determinado por el primer número salido en la lotería en el próximo sorteo».

Pensamos que el ejemplo citado por Duranton es perfectamente válido, ya que nada obsta para que las partes celebren un contrato expresamente aleatorio, pues en el ejemplo citado por dicho autor, el vendedor podrá pagar desde 1,000 hasta 9,000 francos, debido a que el primer número de la lotería será cualquiera del 1 al 9, pero casi nunca 0, ya que los billetes de lotería por lo general nunca empiezan con 0; pero nada impediría que se tome como referencia no el primero sino el último o cualquier otro dígito del billete de lotería ganador, que incluyese el 0 (pagar nada) como posibilidad.

No está demás señalar que las partes podrían tomar como referencia el factor que quisieren, siempre y cuando el resultado del mismo no dependa de la voluntad de aquéllas.

---

[13] Así tenemos, entre otras opiniones, las de Pothier (Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* tomo I, pp. 19 y 20); Troplong (Troplong, C. *Op. cit.,* tomo I, p. 203); y Barros Errázuriz (Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.,* tomo II, pp. 366 y 368).

[14] Duranton. *Op. cit.,* tomo VII, p. 50.

Este podría ser un supuesto de compraventa aleatoria en razón del precio.

2.9. Compraventa con precio dejado al monto en el cual el vendedor venda un día determinado

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

En doctrina, los Mazeaud[15] no admiten este supuesto, opinión con la que concordamos plenamente, puesto que aceptarlo equivaldría a dejar la determinación del precio a la decisión exclusiva de una de las partes.

2.10. Compraventa dejada al justo precio

Debemos señalar que este supuesto es mencionado por un número reducido de Códigos Civiles, y consiste en que ambas partes dejen la determinación del precio, precisamente, al justo precio que dicho bien tenga en un determinado momento, sea éste el de la celebración del contrato o el del día del pago.

Básicamente existen dos posiciones legislativas: aquella que considera que el contrato es nulo, y otra que sostiene la validez del mismo.

Veamos:

2.10.1. El contrato es nulo

Esta posición es sostenida por el Código Civil Argentino (artículo 1355 —es nulo este pacto—) y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 925 —es nulo este pacto—).

Son básicamente las doctrinas francesa y argentina las que se cuestionan el problema del «justo precio», opinando mayoritariamente los autores de dichas opiniones por su nulidad.[16]

2.10.2. El contrato es válido

Esta posición es sostenida por el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1474, segundo párrafo —es válido—; su tratamiento se remite a lo establecido por el primer y segundo párrafos, que señalan lo siguiente: «Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el pre-

---

15 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.,* vol. III, parte III, p. 142.

16 Así tenemos, entre otras, las opiniones de Huc, Théophile. *Op. cit.,* tomo X, p. 58; Lafaille, Héctor. *Op. cit.,* tomo II, pp. 68 y 69; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, p. 30; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 161; López de Zavalía, Fernando J. *Op. cit.,* parte especial, p. 78; y Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 118.

cio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni el mismo es establecido por acto de la autoridad pública o por normas corporativas, se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor. Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio se toma de los listines o de las mercuriales del lugar en que debe realizarse la entrega, o de los de la plaza más próxima».) y el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 883, inciso 2 —es válido—; su tratamiento se remite a lo establecido por el inciso 1 de este artículo, precepto que establece: «Si el precio no estuviere fijado por entidad pública, y las partes o no determinaren ni acordasen el modo de determinarlo, vale como precio contractual el que el vendedor normalmente practicase a la fecha de conclusión del contrato o, a falta de éste, el de mercado o bolsa al momento del contrato y en el lugar en que el comprador deba cumplir; en la insuficiencia de estas reglas, el precio es determinado por el tribunal, siguiendo juicios de equidad».).

En doctrina, asumiendo la que mucho después sería la posición que adoptara el Código Civil Italiano de 1942, Falcón[17] sostiene que un contrato de tales características es válido; al igual que Messineo.[18]

En contra del criterio de la nulidad del contrato, sustentado por el Código Civil Argentino (vale decir, esgrimiendo la posición de validez del mismo), encontramos la opinión de Borda y Wayar.[19]

Por nuestra parte, debemos señalar que respecto al supuesto del precio justo, lo consideramos en principio nulo, ya que como anotan algunos de los autores citados, resulta algo sumamente abstracto, a lo que nosotros agregaríamos que al remitir el precio al que sea justo, absolutamente nada se estará precisando, debido a que resulta regla general que cuando comprador y vendedor acuerdan un precio sobre un bien determinado, es porque consideran como justo a ese precio pactado.

Creemos que remitir el precio al que sea justo equivale a que las partes no señalen precio alguno.

Las únicas posibilidades en las que un acto de estas características revestirá validez, son aquéllas en que resulte aplicable lo dispuesto por el artículo 1547 del Código Civil Peruano, norma que establece que en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.

Otro caso en el cual a falta de determinación del precio (supuesto del justo precio) el acto sería válido, es si se tratase de bienes que tengan precio de Bolsa o de mercado,

---

17 Falcón, Modesto. *Op. cit.,* tomo IV, p. 203.

18 Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, pp. 66 y 67.

19 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 266 y 267.

cuando se presumirá que regirá el del lugar donde deba realizarse la entrega (argumento del artículo 1547, segundo párrafo, del Código Civil Peruano).

2.11. Compraventa por el precio que resulte de posterior tasación del bien

Existe un reducido grupo de Códigos Civiles que hacen referencia a que el precio puede ser dejado a posterior tasación que se haga sobre el bien vendido, sea aquella íntegra o con cierta rebaja convenida, siempre que además se sometan a decisión judicial en el caso de que alguna de ellas no se conforme con la tasación.[20]

En doctrina sólo hemos hallado la opinión de León Barandiarán.[21]

En opinión nuestra, cuando se deja la determinación del precio del bien a posterior tasación del mismo, constituye supuesto fundamental la designación de la(s) persona(s) que efectuará(n) dicha tasación, por acuerdo de ambas partes.

Resulta evidente que quien efectuará dicha tasación será un perito, vale decir, un experto entendido en la materia relativa al bien vendido, pues de lo contrario no podría hablarse de tasación propiamente dicha.

Este supuesto, como ha sido señalado, no se ha contemplado expresamente por el Código Civil Peruano de 1984, pero sin embargo, podemos comprenderlo dentro del supuesto general del artículo 1544, relativo a la determinación del precio del bien por parte de una tercera persona. Tampoco ha sido recogido por el Código Civil Argentino, pero podríamos entender para ese país similar situación de la que hemos dado para el Perú, ya que se le podría comprender dentro de los alcances del artículo 1349 del Código de Vélez Sarsfield. Por ello es que hemos tratado acerca del supuesto de tasación por un tercero, y consideramos, a diferencia de León Barandiarán, que si este perito designado por las partes no llega a hacer la tasación, los contratantes pueden sustituirlo. De no existir consenso entre las partes, el contrato será nulo, ya que no le correspondería al Juez señalar el precio de la tasación, puesto que dicha labor no está comprendida dentro del ámbito de sus funciones.

---

[20] Entre estos cuerpos legales, se encuentran los siguientes:
Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1322), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1926 (artículo 380), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1378, primera parte), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1389, primera parte), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1798).

[21] León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, pp. 19 y 20.

2.12. Compraventa por el precio dejado a resultado de una subasta pública

Existe un grupo de Códigos Civiles que hacen referencia expresa a que la determinación del precio puede estar librada al precio más alto que se ofrezca por el bien que se venda, en subasta pública.[22]

En doctrina sólo hemos hallado la opinión de León Barandiarán.[23]

Advertimos que la generalidad de cuerpos y proyectos legislativos que se pronuncian acerca del precio como resultado de una subasta pública, son peruanos. Ningún Código consultado —de otro país— regula el particular.

Consideramos que el supuesto anotado puede tener dos interpretaciones distintas:

2.12.1. Que las partes pacten dejando la determinación del precio del bien sobre el cual contratan, referida a la postura más alta en la que se venda otro bien (similar o no) en subasta pública

Este supuesto, en principio, es válido, si es que ya se hubiese vendido el otro bien; y si no se hubiese vendido todavía, lo será, a menos que sea el vendedor quien efectúe la postura más alta en dicha venta.

2.12.2 Que el supuesto esté referido al propio bien materia de la venta, en el cual, debido a disposición legal, el bien deba ser vendido en subasta pública

Este último supuesto lo consideramos obvio, ya que no requerirá de algún pacto para su producción. La doctrina peruana que se pronuncia sobre el tema lo hace desde esta perspectiva, como puede apreciarse la opinión de León Barandiarán.

2.13. Compraventa con precio dejado a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú

Para mejor estudio de este punto, remitimos al lector a una investigación anterior.[24]

Por lo demás, no vemos ningún inconveniente en pactar un contrato de compraventa, sujetando el monto del precio a los índices de reajuste que fija el Banco Central de Reserva del Perú; es más, resulta adecuado para preservar el valor de la prestación a ejecutar por el comprador.

---

[22] Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1323), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 381), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1378, segunda parte), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1389, segunda parte).

[23] León Barandiarán, José. *Op. cit.,* tomo I, p. 20.

[24] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.,* segunda parte, tomo V, pp. 33-157.

2.14. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a monedas extranjeras

Para un mejor análisis acerca de este punto, remitimos al lector a una investigación anterior.[25]

2.15. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a metales preciosos o minerales en general

Para un estudio en profundidad sobre este punto, remitimos al lector a una investigación anterior [26]

2.16. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a cualquier otra mercancía

En este caso, también remitimos al lector a una investigación anterior.[27]

2.17. Supuesto en que las partes no pueden fijar el precio. El precio legal

El supuesto más común en un contrato de compraventa es aquél en el cual las partes gozan de la más amplia libertad para establecer de mutuo acuerdo el precio por el que se transferirá la propiedad del bien. Sin embargo, caben situaciones de excepción, en las cuales, por disposición de norma legal, se establezca un precio, ya sea éste un precio fijo o que esté constituido por los límites máximos en que se podrá vender un bien.

Estas situaciones han respondido al felizmente decreciente intervencionismo del Estado en la economía y en las relaciones de los particulares.

La inmensa mayoría de Códigos Civiles consultados no hacen referencia alguna al tema del precio legal.

Sin embargo, la excepción está constituida por el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1474 —cuando alude al precio fijado por acto de la autoridad pública—); y el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 884).

En doctrina, son varios los tratadistas que hacen mención y admiten la posibilidad de existencia del precio legal.[28]

---

[25] *Ibidem*, pp. 59-64.

[26] *Ibidem*, pp. 39 y 40.

[27] *Ibidem*, pp. 40-42.

[28] Así tenemos, entre otros, a Fernández Elías, Clemente. *Op. cit.,* tomo II, p. 257; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.,* tomo X, pp. 29 y 30; Josserand, Louis. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 10; En-

Aunque no vamos a ocuparnos a profundidad del modelo económico al cual nos adherimos, debemos efectuar ciertas consideraciones generales acerca de este tema y el precio legal.

En las antiguas economías de los países socialistas, el Estado se constituía en el ente regulador de todo el proceso económico nacional.

Sin embargo, esta no es la única forma de intervención del Estado en la economía, ya que se han dado casos de países en los cuales si bien el Estado no ha regulado la totalidad de la actividad económica, sí lo ha hecho respecto de sectores importantes de la misma. En el Perú, el más reciente ejemplo de intervencionismo estatal, estuvo constituido por el régimen que gobernó al país entre 1985 y 1990, dentro del cual se dieron una serie de disposiciones por las cuales el Estado intervenía en el proceso económico y, particularmente, en la regulación de gran cantidad de precios.

Estas medidas que, en apariencia estaban destinadas a «regular adecuadamente» la economía, tuvieron, precisamente, el efecto opuesto, ya que contribuyeron a la generación y crecimiento de un mercado negro de productos, del cual fueron principales beneficiarios, precisamente, los funcionarios vinculados a las empresas públicas encargadas de la comercialización y distribución de los productos controlados.

Con el advenimiento del régimen que empezó a gobernar el 28 de julio de 1990, se dieron disposiciones por las cuales se eliminaron la casi totalidad de controles, dejándose a las leyes del mercado (oferta y demanda) la regulación de los precios, situación que ha venido manteniéndose, a pesar de ciertas distorsiones y casos de excepción —numerosos, por cierto—.

Como regla general, nos manifestamos opuestos a la regulación de precios por parte del Estado. Al ser partidarios de la Economía Social de Mercado, creemos que el rol del Estado en la economía debe tener carácter subsidiario, vale decir, que sólo intervenga donde los particulares no intervienen y cuando los particulares, precisamente, hayan generado, por prácticas monopólicas u oligopólicas, distorsiones en el funcionamiento del propio mercado.

Pero de darse el supuesto de un precio legal, si las partes excediesen el monto fijado por la ley, el contrato no será nulo, sino que el exceso se tendrá como no puesto. Igualmente, si el precio pactado por las partes fuera inferior al legal, dicho pacto sería válido, por cuanto la finalidad de la norma no se habría visto transgredida.[29]

---

neccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 20; Albaladejo, Manuel. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, p. 19; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* pp. 294 y 295; Borda, Guillermo A. *Op. cit.,* p. 200; Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis*, tomo II, p. 34; y Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, pp. 213-230.

[29] Ver: Borda, Guillermo A. *Op. cit.,* p. 200; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* p. 295.

En resumen, somos contrarios al establecimiento de precios legales, ya que consideramos que la mejor forma de lograr que suban los precios es —precisamente— regulándolos.

Idoneidad del artículo 1546

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Resulta inútil establecer una norma como esta en el contrato de compraventa, puesto que el artículo 1235 del Código Civil es de aplicación a la generalidad de obligaciones. La permanencia del numeral 1546 podría llevar a interpretaciones equivocadas, al no haberse consignado norma similar en los demás contratos típicos, a los cuales también les es aplicable este principio.

Supuesto en el cual las partes hayan omitido determinar el precio y fijar las reglas para su posterior determinación, en bienes de comercialización corriente y masiva

> Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.
> Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Fuentes nacionales del artículo 1547

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil de Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el tema en su artículo 1683:

> Artículo 1683.- «Cuándo el comprador recibe la cosa sin determinarse el precio, ó cuando hay duda sobre el que se ha fijado, se presume que las partes se conformaron con el precio corriente en el día y lugar, donde se entregó la cosa».

De otro lado, el artículo 1547 que nos ocupa, no registra antecedentes en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó la materia en su artículo 21:

> Artículo 21.- «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, se presume que ellas han querido referirse al precio normalmente cobrado por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1577:

> Artículo 1577.- «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, se presume que ellas hayan querido referirse al precio normalmente cobrado por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1510:

> Artículo 1510.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente si las partes no han determinado el precio ni han convenido el establecido por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Análisis

1. Delimitación conceptual

Ya hemos analizado el supuesto en el cual las partes determinan con exactitud el precio del contrato de compraventa. Adicionalmente hemos tratado también el supuesto en el cual si bien las partes no hubiesen determinado el precio, sí han establecido reglas para su posterior determinación, es decir, los supuestos de precio determinable por expresa designación de las partes contratantes.

Ahora nos toca analizar el supuesto en el cual las partes no hayan ni determinado ni establecido siquiera reglas para la posterior determinación del precio.

Por principio, a falta de precio, el contrato de compraventa resulta nulo, pero la doctrina y la legislación se han encargado de establecer algunos principios a través de los cuales dicha nulidad podría dejarse de lado y establecerse, en virtud de normas expresas (de la ley) procedimientos para la determinación del precio del bien vendido.

Cabe resaltar que los supuestos en los que podrían aplicarse estas normas, se basan, fundamentalmente, en bienes fungibles, de comercialización corriente y masiva, tal como veremos en el punto siguiente.

2. Precio a tomar en consideración

En nuestra tradición jurídica existen dos posiciones sobre qué precio deberá tomarse en consideración.

En adelante, un análisis de ambos criterios:

2.1. Se tomará el precio corriente de plaza del día de la entrega del bien

Existe una importante corriente legislativa en el sentido de asumir que a falta de determinación del precio, éste deberá ser entendido como el precio corriente de plaza del día de la entrega.[1]

En doctrina, comparte este criterio un importante número de profesores.[2]

2.2. Se tomará el precio en el cual el vendedor expende habitualmente ese bien

Esta posición es seguida por un reducido grupo de Códigos Civiles.[3]

---

[1] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio de bienes muebles, a falta de determinación del mismo, deberá ser entendido como el precio corriente de plaza del día de la entrega: Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1979, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Chileno (artículo 1808, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1612, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Uruguayo (artículo 1666, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Argentino (artículo 1354), Código Civil Colombiano (artículo 1864, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1774, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 212, «Si el comprador ha hecho un pedido, pero sin la indicación del precio, la venta se presume concluida al curso medio del día y del lugar de la ejecución».), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1796, segunda parte, […] siempre y cuando el bien hubiese sido entregado. En caso de haber diversidad de precios, se tomará el precio medio.), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 613, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1547, segundo párrafo), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 755), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1331; […] si el precio no pudiera ser determinado por este criterio y tampoco fuera de los que el vendedor vende habitualmente y se pudiere conocer dicho precio, lo determinará el juez.).

[2] Entre ellos: Lafaille, Héctor. *Op. cit.,* tomo II, p. 68; Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* vol. II, tomo II, pp. 18 y 19; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* tomo I, p. 160; y Spota, Alberto G. *Op. cit.,* vol. IV, p. 118.

[3] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio de un bien, a falta de determinación del mismo, deberá ser entendido como aquel por el cual el vendedor vende habitualmente dichos bienes:

En doctrina, este criterio es sostenido, entre otros por Messineo.[4]

El Código Peruano adopta una posición bastante interesante, pues comprende a los dos supuestos que son mencionados por la legislación y doctrina consultadas.

Concretamente, nos estamos refiriendo al artículo 1547, precepto que a la letra establece lo siguiente:

> Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.
> Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

La posición del Código Civil Peruano, a este respecto, ha sido tomada, evidentemente, del artículo 1474 del Código Civil Italiano de 1942, que a la letra establece (texto original):

> Artículo 1474.- «Falta de determinación expresa del precio.- Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni el mismo es establecido por acto de la autoridad pública o por normas corporativas, se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor.
>
> Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio se toma de los listines o de las mercuriales del lugar en que debe realizarse la entrega, o de los de la plaza más próxima.
>
> Cuando las partes hayan querido referirse al justo precio, se aplican las disposiciones de los apartados anteriores; y cuando no concurran los casos previstos por ellos, el precio, a falta de acuerdo se determina por un tercero, nombrado a tenor del segundo apartado del artículo anterior».

Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1474), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 883, «[…] a la fecha de conclusión del contrato o, a falta de éste, el de mercado o bolsa al momento del contrato y en el lugar en que el comprador deba cumplir; en la insuficiencia de estas reglas, el precio es determinado por el tribunal, siguiendo juicios de equidad».), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 613, inciso I), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1547, primer párrafo), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 488; «[…] a falta de acuerdo, por haber habido diversidad de precio, prevalecerá el término medio […]), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987 (artículo 1331; […] si no se pudiese aplicar este criterio y si el precio no tuviera cotización en el día y lugar, lo determinará el juez […]).

Debemos puntualizar que el Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 298) hace referencia a que el precio de un bien, a falta de determinación del mismo, deberá ser entendido como el precio por el cual el vendedor y el comprador comercian habitualmente dichos bienes.

[4] Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, p. 66.

Respecto a la importancia de este numeral, se manifiesta Badenes Gasset:[5]

> Como se ve, el legislador italiano ha estado dominado por la preocupación de salvar de la nulidad el contrato de contenido incompleto. Pero para alcanzar dicho fin, se ha excedido, puesto que, como observa Luzzatto, cuando el precio no ha sido del todo determinado, falta un elemento esencial y es dudosa la oportunidad de encomendar a un tercero el encargo de determinarlo. Esta norma puede recibir una amplia aplicación, aplicación que comprende, puede decirse, todos o casi todos los casos, en los cuales el precio no haya sido determinado por las partes, porque el Código no exige que las partes se hayan referido expresamente al justo precio, como hacía, en cambio, el abrogado Código de comercio (artículo 60, apartado 2.), contentándose sólo con que hayan entendido referirse a ése, y, por otra parte, en la grandísima mayoría de los casos, en que falta determinación del precio es de presumir, precisamente, que las partes han entendido referirse al justo precio.
>
> Se llega, pues, en el Derecho Italiano, a determinar elementos esenciales del contrato, no por las partes contratantes, sino por una voluntad extraña a ellas, e impuesta por un órgano estatal.

Por nuestra parte concordamos plenamente con la opinión general de la doctrina, al igual que, en lo fundamental, con la redacción del artículo 1547 del Código Civil Peruano vigente.

Idoneidad del artículo 1547

> Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor, específicamente el del día en que deba efectuarse la entrega del bien.
> Si se trata de bienes que tienen precio de mercado, plaza o Bolsa, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Fundamento

Nuestro artículo 1546 difiere sustancialmente de aquel previsto en los numerales precedentes, ya que en estos casos, las partes no han tomado como referencia ningún elemento. La ley (en el actual artículo 1547 del Código Civil) entiende —y con razón— que sería absurdo sancionar con nulidad a un pacto de tales características

[5] Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, p. 251.

por considerarlo con precio indeterminable; y lo que hace es remitir dicho precio al normalmente establecido por el vendedor. Estamos de acuerdo con esta solución, pero deseamos efectuar una precisión en el sentido en que se tome como referencia para ello el del día en que deba efectuarse la entrega del bien.

Dentro del propio artículo 1547, antes citado, se contempla un segundo supuesto: aquél en el cual se trate de bienes que tengan precio de Bolsa o mercado. Hemos considerado necesario, en concordancia con la doctrina y legislación consultadas, efectuar la adición de la palabra «plaza». Por lo demás, consideramos conveniente mantener el segundo párrafo de este numeral, tal como se encuentra en la actualidad.

El precio en las ventas en que aquél se fija por peso

> Artículo 1548.- «En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto».

Fuentes nacionales del artículo 1548

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

En cambio, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, abordó el tema —en cierta forma— en su artículo 1007:

> Artículo 1007.- «Con respecto al vino, aceite y otras cosas que se usa pesar antes de comprarlas, no hai venta, mientras el comprador no las haya pesado».

Pero el Código Civil de 1852, no lo hizo, al igual que el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó el particular en su artículo 22:

> Artículo 22.- «En la compraventa en que el precio se fija por peso se entiende, en la duda, el peso neto».

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1578:

> Artículo 1578.- «En la compraventa en que el precio se fija por peso se entiende, en la duda, el peso neto».

Y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1511:

> Artículo 1511.- «En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio se entiende que se refiere al peso neto».

Análisis

1. Concepto de peso bruto

Guillermo Cabanellas,[1] define el concepto de «peso bruto», como el total de la pesantez de algo, incluida la tara (es decir, parte del peso que en los productos o mercancías no se aprecie aisladamente); o sea, el vehículo, parte o embalaje en que se transporta un producto.

2. Concepto de peso neto

Cabanellas[2] señala que el «peso neto», es el estricto de un género o artículo, descontando el envoltorio, envase, persona o vehículo en que se encuentre o transporte. Es decir, el peso bruto menos la tara.

3. Consideraciones generales

En lo referente a las ventas por peso, los cuerpos legislativos consultados casi no se ocupan del tema. Las excepciones están constituidas por el Código Civil Peruano de 1984, en el artículo antes citado, y el Código de las Obligaciones de Suiza, en su artículo 212, cuando prescribe, en sus párrafos segundo y tercero, en igual sentido de que el Código Peruano.

> Artículo 212.- «Si el comprador ha realizado una operación, pero sin indicación del precio, la venta se presume concluìda al promedio del día y del lugar de la ejecución.
>
> Cuando el precio se calcula sobre el peso de la mercancía, el peso del embalaje (tara) es deducido.
>
> Son reservados los usos particulares del comercio, en base a los cuales el precio de ciertas mercancías se calcula, sea sobre el peso bruto, sea con una deducción fija o de tanto por ciento».

---

1 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.,* tomo VI, p. 235.

2 *Ibidem*, tomo VI, p. 235.

En lo que se refiere a la compraventa por peso, estamos de acuerdo con lo expresado por la doctrina nacional consultada,[3] la misma que es favorable a la redacción del artículo 1548, bajo comentario, debido a que lo que interesa al comprador es, precisamente, el contenido (peso) neto del bien vendido. La envoltura o envase tiene por finalidad resguardar el producto del clima o de su traslado de un lugar a otro (por ejemplo, del lugar donde se ha producido, hasta el lugar donde se ha pactado su entrega), pero —al fin y al cabo— ella resulta siendo accesoria.

Antes de culminar con nuestros comentarios sobre el artículo 1548 del Código Civil, debemos precisar que compartimos el parecer de Manuel de la Puente y Lavalle,[4] cuando sostiene que esta regla tiene por objeto combatir la difundida práctica de incluir en el precio del bien vendido el peso del envase cuando la venta se hace fijando el precio por peso, sin pactarse que sea el precio bruto. Refiere que Bianca considera que esta práctica es abusiva.

Agrega que, tal como se dice en la respectiva exposición de motivos, «se ha optado por la regla contenida en el artículo 1548 entendiendo que lo que tiene interés para las partes es el peso neto del bien vendido, pues este peso es el que tiene el bien tal como va a ser utilizado por el comprador».

Eventual adición legislativa

> Artículo 1548-A.- «Las disposiciones de este Capítulo rigen, en lo que sean aplicables, 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».

Fundamento

Si bien las normas contenidas en el presente título, relativo al Capítulo Tercero, Título I, Sección Segunda del Código Civil Peruano de 1984, están referidas únicamente al precio en el contrato de compraventa, consideramos existen poderosos argumentos para hacer de aplicación estas disposiciones 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.

---

[3] De la Puente y Lavalle, Manuel. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 215; y Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.,* tomo II, p. 60.

[4] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, p. 117.

Creemos en la conveniencia de incluir una norma como nuestro artículo 1548-A, porque consideramos que los principios establecidos en el presente Título podrían constituir, en buena cuenta, aquellos generales a todo precio, rebasando éste los límites propios del contrato de compraventa —para el que fue pensado—, porque muchos de los principios allí contenidos no son exclusivos de este contrato, sino que más bien podríamos hacerlos extensivos a otros que reúnan las características que acabamos de mencionar.

Se terminó de imprimir, en los talleres
de ***Grández Gráficos*** *S.A.C.*
el mes de agosto de 2010.
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658