Biblioteca de Derecho

Mario Castillo Freyre

Tratado de los Contratos Típicos

Tomo 1

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE
10 AÑOS

Mario Castillo Freyre

(Lima, 1964) es abogado, Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es socio fundador del Estudio que lleva su nombre y Director de las Bibliotecas de Arbitraje y de Derecho del referido Estudio.

Ejerce la docencia como profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las Cátedras de Obligaciones y Contratos.

Castillo Freyre ha escrito más de cincuenta libros sobre Derecho Civil y otras ramas del Derecho, independientemente de sus numerosas publicaciones en revistas académicas nacionales y extranjeras.

Tratado de los contratos típicos
Tomo I

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

Tratado de los Contratos típicos

Tomo I

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.

PALESTRA

Estudio Mario Castillo Freyre
10 años

Lima - 2010

Tratado de los contratos típicos
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: abril 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° 2009-13918
ISBN: 978-612-4047-17-6
Registro del Proyecto Editorial: 31501220900369

408

Índice

Palabras liminares a la segunda edición 17

Palabras liminares a la primera edición 19

El contrato de suministro 21

1. Historia. Consideraciones generales 21
   1.1. Los suministros públicos 21
   1.2. Suministros entre particulares 22
   1.3. Partes en el suministro 28
   1.4. Las obligaciones del suministrante 29
   1.5. Las obligaciones del suministrado 37
2. Autonomía conceptual 44
   2.1. Diferencias con el contrato de compraventa 44
   2.2. Diferencias con el contrato de donación 48
   2.3. Diferencias con el contrato de arrendamiento 50
   2.4. Diferencias con el contrato de mutuo 52
   2.5. Diferencias con el contrato de locación de servicios 53
   2.6. Diferencias con el contrato de permuta 54
   2.7. Diferencias con el contrato de renta vitalicia 55
3. Principales características del contrato de suministro 57
   3.1. En cuanto al nombre 57
   3.2. En cuanto a su regulación 57
   3.3. En cuanto a su estructura 58
   3.4. En cuanto a su contenido o área 58
   3.5. En cuanto a su autonomía 58
   3.6. En cuanto a su formación 58
   3.7. En cuanto al tiempo 59
   3.8. En cuanto a su negociación 60
   3.9. En cuanto al rol económico 60
   3.10. En cuanto a su función 60
   3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 60

3.12. En cuanto a la prestación 60
3.13. En cuanto a la valoración 61
3.14. En cuanto al riesgo 61
3.15. En cuanto a sus efectos 61
4. Probanza de la existencia y contenido del suministro 61
5. Volumen del suministro 62
6. Pago del precio en el suministro 65
6.1. Suministro con prestaciones periódicas 65
6.2. Suministro con prestaciones continuadas 65
7. Determinación del precio en el suministro periódico de entrega de bienes en propiedad 66
8. Establecimiento del plazo del suministro en interés de ambas partes 67
9. Suministrado con facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares 68
10. Suministro a plazo indeterminado 69
11. Pacto de preferencia 70
12. Cláusula de exclusividad en favor del suministrante 75
13. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado 76
14. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado con obligación de promover la venta de los bienes 77
15. Incumplimiento de escasa importancia del contrato de suministro 78
16. Incumplimiento de importancia de las prestaciones en el contrato de suministro 80

El contrato de donación 83
1. Concepto 83
2. Características 84
2.1. En cuanto al nombre 84
2.2. En cuanto a su regulación 84
2.3. En cuanto a su estructura 85
2.4. En cuanto a su contenido o área 85
2.5. En cuanto a su autonomía 85
2.6. En cuanto a su formación 85
2.7. En cuanto al tiempo 89
2.8. En cuanto a su negociación 89
2.9. En cuanto al rol económico 89
2.10. En cuanto a su función 90
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 90
2.12. En cuanto a la prestación 90
2.13. En cuanto a la valoración 90
2.14. En cuanto al riesgo 90
2.15. En cuanto a sus efectos 90

3. Actos de liberalidad distintos a la donación 91
3.1. Los actos jurídicos en general 91
3.2. Patrimonio familiar 92
3.3. Renuncia de herencia 92
3.4. Los legados testamentarios 93
3.5. El derecho de acrecer 93
3.6. El anticipo de legítima 94
3.7. El usufructo gratuito 95
3.8. El cuasi usufructo gratuito 95
3.9. El derecho de uso gratuito 95
3.10. El derecho de habitación gratuito 95
3.11. El derecho de superficie gratuito 95
3.12. El derecho de servidumbre gratuito 96
3.13. La prenda gratuita 96
3.14. La anticresis gratuita 96
3.15. La hipoteca gratuita 97
3.16. El pago de una obligación natural 97
3.17. Cesión de créditos 98
3.18. Cesión de derechos no crediticios 99
3.19. Imputación del pago 100
3.20. La condonación 102
3.21. La cesión deposición contractual gratuita 102
3.22. Contrato a favor de tercero celebrado a título gratuito 103
3.23. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada a título gratuito 104
3.24. El contrato por persona a nombrar celebrado a título gratuito 105
3.25. El suministro gratuito 106
3.26. La donación indirecta o atípica 106
3.27. La donación con cargo 107
3.28. Mutuo sin intereses 107
3.29. El hospedaje gratuito 108
3.30. El comodato 108
3.31. El contrato de locación de servicios gratuito 109
3.32. El contrato de obra gratuito 109
3.33. El contrato de mandato gratuito 110
3.34. Contrato de depósito voluntario gratuito 110
3.35. El contrato de fianza gratuito 110
3.36. Contrato de renta vitalicia gratuito 111
3.37. Promesa unilateral a título gratuito 111
3.38. Cualquier otro acto de liberalidad no mencionado anteriormente 111

4. La donación *ínter vivos* y la donación *mortis causa* 112

5. La formalidad en el contrato de donación 113
5.1. La formalidad en la donación de bienes muebles de escaso valor 114
5.2. La formalidad en el caso de la donación de bienes muebles de relativo valor 115
5.3. La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares 121

5.4. La donación de inmuebles 124
6. Los bienes que pueden ser donados 127
7. La donación efectuada a favor de tutores o curadores 130
7.1. Si los tutores o curadores se encuentran en funciones 130
7.2. Si los tutores o curadores ya han dejado de estar en funciones 131
8. La donación inoficiosa 132
8.1. Lógica del precepto 132
8.2. Insuficiencia de los alcances del precepto 133
8.3. Alcances de la inoficiosidad 133
8.4. El problema temporal 133
8.5. Momento a considerar para la inoficiosidad 134
9. La acción de inoficiosidad 135
10. Plazo de interposición de la acción 136
10.1. ¿Sería conveniente modificar el artículo 1629 del Código Civil Peruano de 1984? 137
11. Forma o manera de proceder con la reducción en las donaciones inoficiosas 138
12. Donaciones conjuntas 139
12.1. Concepto 139
12.2. El derecho de acrecer 139
13. La cláusula de reversión 140
13.1. Concepto 140
13.2. Personas a quienes puede favorecer la reversión 141
13.3. Supuestos de renuncia a la reversión 142
14. Supuesto del donante que desmejora de fortuna 142
14.1. Ámbito de aplicación de la norma 142
14.2. Momento de empobrecimiento del donante 143
14.3. Magnitud del empobrecimiento 143
14.4. Ámbito temporal del beneficio 145
14.5. Magnitud de aquello cuya entrega puede ser materia de reserva 145
15. Supuesto de supervivencia de un hijo 145
15.1. Sentido del precepto 145
15.2. Consecuencias de la invalidación de la donación 147
16. Supuesto de sobreviniencia de hijos 149
16.1. Sentido del precepto 149
17. La revocación en la donación 149
17.1. Causales de revocatoria 150
17.2. Carácter intransmisible de la facultad de revocarla donación 160
17.3. Plazo para revocarla donación 162
17.4. ¿Cómo se revoca la donación? 165
17.5. La revocatoria de la donación en las donaciones remuneratorias o sujetas a cargo 176
17.6. El tratamiento de los frutos en la revocatoria de la donación 177

El contrato de mutuo 179

1. Antecedentes, historia y concepto 179
   1.1. Obligaciones del mutuante 187
   1.2. Las obligaciones del mutuatario 190
2. Características del contrato de mutuo 193
   2.1. En cuanto al nombre 193
   2.2. En cuanto a su regulación 193
   2.3. En cuanto a su estructura 193
   2.4. En cuanto a su contenido o área 194
   2.5. En cuanto a su autonomía 195
   2.6. En cuanto a su formación 195
   2.7. En cuanto al tiempo 198
   2.8. En cuanto a su negociación 199
   2.9. En cuanto al rol económico 199
   2.10. En cuanto a su función 199
   2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 200
   2.12. En cuanto a la prestación 201
   2.13. En cuanto a la valoración 206
   2.14. En cuanto al riesgo 209
   2.15. En cuanto a sus efectos 209
3. La formalidad en el contrato de mutuo 209
   3.1. Regla general 209
   3.2. El mutuo entre cónyuges 211
   3.3. El mutuo de incapaces o ausentes 212
4. Momento de entrega del bien 216
5. Efectos de la entrega del bien 221
   5.1. La transferencia de propiedad 221
   5.2. Presunción de buen estado del bien 222
6. Momento de devolución del bien 224
   6.1. Pacto de partes 225
   6.2. Ausencia de pacto de partes 225
   6.3. Pago a mejor fortuna 226
   6.4. Plazo de devolución del bien en el mutuo gratuito 228
7. Lugar de devolución y entrega 230
8. Supuestos de devolución de valor 232
9. El mutuo y los intereses 235
   9.1. Precisiones necesarias 235
   9.2. Consideraciones generales acerca del pago de intereses 236
10. Clasificación de los intereses 241
   10.1. Según su fuente 241
   10.2. Según su función 242

10.3. Según se paguen o capitalicen a su vencimiento 244
10.4. Según se apliquen sobre un capital actualizado o no 244
10.5. Según la forma de cálculo del interés sobre una operación amortizable en cuotas 245

11. Nacimiento y extinción de la obligación de dar intereses 245
11.1. Por renuncia del acreedor a cobrarlos 246
11.2. Por pacto adelantado de las partes 246
11.3. Por los medios de extinción de las obligaciones 246
11.4. Por entrega de recibo sin reserva sobre los intereses 246
11.5. Por prescripción de la acción de cobro de intereses 247

12. Tasas de interés 248
12.1. Definición 248
12.2. Clases 248
12.3. Importancia económica y jurídica 251
12.4. Los intereses compensatorios y monitorios 252
12.5. Tasa máxima de intereses compensatorios y moratorios 264
12.6. Para el interés convencional compensatorio 270
12.7. Para el interés convencional moratorio 271
12.8. ¿Es posible pactar intereses superiores a los fijados como máximos por el Banco Central de Reserva del Perú? 272
12.9. Los intereses usurarios 276
12.10. La tasa de interés legal 285
12.11. Aplicación supletoria de la tasa de interés legal 287
12.12. El pago de intereses moratorios 293
12.13. Limitaciones a la capitalización de intereses 299

13. El falso mutuo 308

El contrato de arrendamiento 311

1. Conceptos generales 311
1.1. Antecedentes, historia y concepto 311

2. Características del contrato de arrendamiento 328
2.1. En cuanto al nombre 328
2.2. En cuanto a su regulación 328
2.3. En cuanto a su estructura 329
2.4. En cuanto a su contenido o área 329
2.5. En cuanto a su autonomía 329
2.6. En cuanto a su formación 332
2.7. En cuanto al tiempo 333
2.8. En cuanto a su negociación 341
2.9. En cuanto al rol económico 342
2.10. En cuanto a su función 342
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 342
2.12. En cuanto a la prestación 342
2.13. En cuanto a la valoración 349

2.14. En cuanto al riesgo 349
2.15. En cuanto a sus efectos 349
3. ¿Se puede arrendar un bien ajeno? 349
4. ¿Quién puede ser arrendatario? 355
5. Concurrencia de arrendatarios 355
6. El principio de identidad 360
7. Supuesto en que el bien requiera de reparaciones urgentes 362
8. Lugar de entrega y restitución de los bienes arrendados 364
9. El pago de la renta 365
9.1. El pago de la renta como obligación conjuntiva 365
9.2. El pago de la renta apreciado como obligación alternativa 366
9.3. Momento de pago de la renta 368
10. El arrendamiento financiero 370
11. El arrendamiento-venta 370
11.1. Por su nombre 371
11.2. Por su regulación 371
11.3. Por su estructura 378
11.4. Por su contenido 378
11.5. Por su autonomía 378
11.6. Por su función 378
11.7. Por los sujetos a quienes obliga 379
11.8. Por la prestación 379
11.9. Por la valoración 379
11.10. Por el riesgo 379
11.11. Por su formación 379
11.12. Por el tiempo 379
11.13. Por la negociación 380
11.14. Por el rol económico 380
11.15. Por sus efectos 380
12. Obligaciones del arrendador 380
12.1. Obligación de entrega del bien 381
12.2. Los gastos que ocasione la entrega 385
12.3. Presunción de buen estado del bien 386
12.4. Obligación de mantener al arrendatario en el uso del bien 388
12.5. Obligación de realizar las reparaciones necesarias 388
13. Obligaciones del arrendatario 388
13.1. Obligación de recibir el bien 388
13.2. Obligación de cuidar diligentemente el bien 389
13.3. Obligación de usar el bien para el destino que se le concedió en el contrato o el que pueda presumirse de las circunstancias 390
13.4. Obligación de pagar puntualmente la renta 390

13.5. Obligación de pagar puntualmente los servicios públicos 391
13.6. Obligación de dar aviso inmediato al arrendador en torno a actos perturbatorios 392
13.7. Obligación de permitir al arrendador que inspeccione el bien 393
13.8. Obligación de efectuar reparaciones 394
13.9. Obligación de no hacer uso imprudente del bien 395
13.10. Obligación de no hacer uso del bien que sea contrario al orden público 395
13.11. Obligación de no hacer con el bien un uso contrario a las buenas costumbres 396
13.12. Obligación de no introducir cambios ni modificaciones en el bien 396
13.13. Obligación de no subarrendar el bien sin asentimiento escrito del arrendador 397
13.14. Obligación de no ceder la posición contractual del arrendatario sin el asentimiento escrito del arrendador 397
13.15. Obligación de devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato 398
13.16. Obligación de dar aviso sobre reparaciones requeridas 399
13.17. Obligación de responder por la pérdida o deterioro del bien 404
13.18. Obligación general de indemnización en caso de incendio 406
13.19. Obligación especial de indemnización proporcional en caso de incendio 408
13.20. Obligaciones adicionales 409

14. Duración del arrendamiento 410
14.1. Posibilidades 410

15. Supuestos de presunción de plazo determinado 415
15.1. Arrendamiento para una finalidad específica 415
15.2. Arrendamiento en lugares de temporada 416

16. Los períodos forzosos y voluntarios 417

17. El contrato de subarrendamiento 418
17.1. Características 418
17.2. La autorización escrita del arrendador 422
17.3. Responsabilidad solidaria entre subarrendatario y arrendatario con respecto al arrendador 425
17.4. Carácter derivado del subarrendamiento 430
17.5. Consolidación 431

18. La cesión de posición contractual y el arrendamiento 436

19. Resolución del arrendamiento 439
19.1. Causales de resolución 439

20. Conclusión del arrendamiento 445
20.1. Consideraciones generales 445
20.2. Conclusión de arrendamiento de duración determinada 445
20.3. Consecuencias de la conclusión del arrendamiento de duración determinada 446
20.4. Conclusión del arrendamiento que incluya períodos forzosos y voluntarios 448
20.5. Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada 450
20.6. Consecuencias de la no restitución del bien ante cualquier supuesto de conclusión del arrendamiento 451

20.7. Otros supuestos de conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial 456

21. Mora del arrendador 463

22. Supuestos de enajenación del bien arrendado por parte del arrendador a un tercero 466
22.1. Enajenación de bien cuyo arrendamiento ha sido inscrito 466
22.2. Enajenación del bien cuyo arrendamiento no ha sido inscrito 467
22.3. Enajenación de bien mueble 468

23. Efectos indemnizatorios de la enajenación del bien arrendado 468

24. Razones por las cuales se exige al arrendatario recabar previa autorización para la desocupación del bien 469

25. Regulación supletoria de los contratos de arrendamiento regidos por leyes especiales 470

El contrato de hospedaje 471

1. Concepto 471

2. Partes 471

3. Características 472
3.1. En cuanto al nombre 472
3.2. En cuanto a su regulación 472
3.3. En cuanto a su estructura 476
3.4. En cuanto a su contenido o área 476
3.5. En cuanto a su autonomía 476
3.6. En cuanto a su formación 477
3.7. En cuanto al tiempo 477
3.8. En cuanto a su negociación 477
3.9. En cuanto al rol económico 477
3.10. En cuanto a su función 478
3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 478
3.12. En cuanto a la prestación 478
3.13. En cuanto a la valoración 479
3.14. En cuanto al riesgo 479
3.15. En cuanto a sus efectos 479

4. Diferencias y semejanzas entre el contrato de hospedaje y otros contratos 479
4.1. Con el contrato de arrendamiento 479
4.2. Con el contrato de comodato 483
4.3. Con el contrato de depósito 486
4.4. Con el contrato de compraventa 489
4.5. Con el derecho real de uso y habitación 492
4.6. Con el contrato de suministro 494
4.7. Con el contrato de donación 498
4.8. Con el contrato de locación de servicios 501

5. De las prestaciones del hospedante 504

6. De la prestación del huésped 506
7. Normatividad legal aplicable al contrato de hospedaje 506
8. Condiciones de la habitación y de los alimentos 507
9. Obligación de exhibir tarifas y cláusulas generales de contratación 507
10. Derecho de retención en favor del hospedante 508
11. Responsabilidad del hospedante como depositario 513
12. Responsabilidad del hospedante por los objetos introducidos por el huésped 516
13. Declaración escrita de objetos del huésped 518
14. Límites en cuanto a la custodia de bienes 518
15. Extensión de la responsabilidad del hospedante 519
16. Obligación del huésped de comunicar al hospedante sobre la sustracción, pérdida o deterioro de sus bienes 520
17. Ausencia de responsabilidad del hospedaje en la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes del huésped 520
18. Caducidad del crédito del hospedante 521
19. Servicio de estacionamiento de vehículos 522
20. Aplicación supletoria de las normas sobre hospedaje a otros contratos 524
21. Las relaciones existentes entre el contrato de hospedaje, el contrato de viaje y el derecho turístico o derecho de turismo 524

El contrato de comodato 527
1. Concepto 527
2. Características 527
2.1. En cuanto al nombre 527
2.2. En cuanto a su regulación 528
2.3. En cuanto a su estructura 530
2.4. En cuanto a su contenido o área 530
2.5. En cuanto a su autonomía 530
2.6. En cuanto a su formación 531
2.7. En cuanto al tiempo 533
2.8. En cuanto a su negociación 533
2.9. En cuanto al rol económico 534
2.10. En cuanto a su función 534
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 534
2.12. En cuanto a la prestación 534
2.13. En cuanto a la valoración 534
2.14. En cuanto al riesgo 535
2.15. En cuanto a sus efectos 535
3. Diferencias y semejanzas entre el contrato de comodato y otros contratos 535

3.1. Con el contrato de mutuo 535
3.2. Con el contrato de arrendamiento 538
3.3. Con el contrato de depósito 542
3.4. Con la prenda 545
3.5. Con el contrato de compraventa 547

4. Bienes que pueden constituir objeto del comodato 550
4.1. El comodato que tiene por objeto bienes ciertos 551
4.2. Si el comodato recae sobre bienes inciertos 556
4.3. Si el comodato recae sobre bienes fungibles 557

5. El comodato sobre bienes consumibles 558

6. El comodato sobre bienes futuros 562

7. Comodato sobre bienes ajenos 563

8. Los sujetos en el contrato de comodato 564

9. El plazo en el contrato de comodato 564

10. Presunción de adecuado uso y conservación del bien 567

11. El riesgo en el contrato de comodato 569

12. Carácter *intuitu personae* del comodato 571

13. El contrato de subcomodato 572
13.1. En cuanto al nombre 572
13.2. En cuanto a su regulación 572
13.3. En cuanto a su estructura 572
13.4. En cuanto a su contenido o área 573
13.5. En cuanto a su autonomía 573
13.6. En cuanto a su formación 573
13.7. En cuanto al tiempo 574
13.8. En cuanto a su negociación 574
13.9. En cuanto al rol económico 574
13.10. En cuanto a su función 574
13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 575
13.12. En cuanto a la prestación 575
13.13. En cuanto a la valoración 575
13.14. En cuanto al riesgo 575
13.15. En cuanto a sus efectos 575

14. La autorización del comodante en el subcomodato 575

15. Naturaleza de la responsabilidad existente entre el subcomodatario y el comodatario con respecto al comodante 577

16. Carácter derivado del subcomodato 579

17. Consolidación 580

18. La cesión de posición contractual y el comodato 582

19. Obligaciones del comodante 583
19.1. Obligación de entrega del bien 584
19.2. Comunicar al comodatario sobre la existencia de algún vicio 584
19.3. No solicitar la devolución anticipada del bien 585
19.4. Pagar los gastos extraordinarios 587
20. Obligaciones del comodatario 589
20.1. Custodiar y conservar el bien 590
20.2. Dar adecuado empleo al bien 591
20.3. Permitir la inspección del bien 593
20.4. Pagar los gastos ordinarios de conservación 595
20.5. Devolver el bien al comodante 595
21. Ausencia de responsabilidad por deterioro o por modificación del bien 596
22. Gastos de recepción y restitución del bien 597
23. Supuestos excepcionales de responsabilidad del comodatario derivada de causas no imputables 598
24. Pago de valor en caso especial de perecimiento 599
25. Pérdida o deterioro en caso el bien hubiere sido tasado 600
26. Lugar de devolución del bien 601
27. Persona a quien debe devolverse el bien 601
28. Imposibilidad de suspender la devolución del bien 602
29. Supuesto excepcional de obligatoriedad de consignar el bien 604
30. Presunción de futura comisión de un delito 605
31. Supuesto de suspensión de devolución del bien, a título de retención, por falta de pago de gastos extraordinarios 606
32. Supuesto de enajenación del bien por los herederos del comodatario 606
33. Supuesto de imposibilidad de devolución del bien. Consecuencias 608
34. Supuesto de aparición del bien perdido, luego de pagado su valor 609
35. Comodato conjunto 611
36. Caducidad de las acciones del comodante 612
37. Caducidad de las acciones del comodatario 613

Bibliografía General 615

De la obra del autor 635
I. Tesis 635
II. Tratados y libros 636
III. Investigaciones 641
IV. Artículos publicados en revistas de derecho y obras colectivas 642
V. Artículos publicados en diarios 651
VI. Prólogos 652

Palabras liminares a la segunda edición

En abril del año 2002, el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú publicó el tomo I del *Tratado de los contratos típicos*, obra en la que iniciamos nuestro estudio de la sección segunda, Contratos nominados, del libro VII, Fuentes de las obligaciones, del Código Civil de 1984. En ese tomo estudiamos los contratos de suministro y donación. Luego, en noviembre de ese mismo año publicamos, también con el Fondo Editorial, el tomo II, referido a los contratos de mutuo y arrendamiento; y el tomo III, relativo a los contratos de hospedaje y comodato. Han pasado siete años de esa primera edición y dicha obra ha servido para difundir el estudio de esta parte del Código Civil, entre abogados y estudiantes de Derecho.

Hoy publicamos la segunda edición, la misma que forma parte de un proyecto más ambicioso. En este volumen hemos compendiado nuestros estudios sobre los seis contratos que aparecieron en la primera edición, pero próximamente aparecerán otros volúmenes en los cuales analizaremos el resto de contratos típicos regulados por nuestro Código Civil; vale decir, los contratos de prestación de servicios (locación de servicios, obra, mandato, depósito y secuestro), la fianza, la renta vitalicia y el juego y la apuesta.

Como podrá apreciar el lector, esta segunda edición de la obra es una versión corregida y puesta al día, pero que mantiene la estructura y contenido fundamentales de la primera edición. Además, tiene un formato distinto y se enmarca dentro del proyecto que iniciamos con el *Tratado de la venta*, por el cual el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra Editores y mi estudio de abogados van a difundir mis investigaciones en derecho civil, así como las de otros miembros del Estudio.

Antes de culminar estas palabras, deseo expresar mi más profundo agradecimiento a la Directora General del Fondo Editorial de la PUCP, la señora Patricia Arévalo y al Director Gerente de Palestra Editores, el doctor Pedro Grández Castro, por la inmediata y entusiasta acogida que brindaron a este proyecto académico.

Asimismo, 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.

Finalmente, quiero dar las gracias a la señora Mónica Benavides Segura, cuya abnegada e inteligente labor secretarial ha contribuido a hacer realidad este esfuerzo académico.

Lima, noviembre de 2009

Mario Castillo Freyre

Palabras liminares a la primera edición

Como es de conocimiento público, en el mes de noviembre del año 2000 publicamos nuestro *Tratado de la venta*, en cuyos seis tomos abordamos el estudio del contrato de compraventa y el contrato de permuta, a la luz del Código Civil Peruano de 1984. Sin embargo, al culminar dicha empresa, reflexionamos acerca de la necesidad de estudiar los demás contratos típicos que contiene nuestro Código Civil.

La presente obra constituye el tomo I del *Tratado de los contratos típicos*. Con ella iniciamos la publicación de una serie de libros en donde estudiaremos los contratos de suministro, donación, mutuo, arrendamiento, hospedaje, comodato, locación de servicios, obra, mandato, depósito y secuestro, fianza, renta vitalicia y, juego y apuesta. Algunas de estas obras ya se encuentran en proceso de edición y publicación, lo que deberá ocurrir periódicamente.

El objetivo de este proyecto es alcanzar al medio jurídico nacional textos que, de la manera más directa, acerquen al lector a nuestros pensamientos sobre el articulado, en materia contractual, del Código Civil de 1984. No se trata de que el estudio de cada uno de los contratos constituya un tratado en sí mismo. Pretendemos que cada obra sea un elemento de ayuda para el ejercicio profesional y para el estudio del Derecho en nuestro país. El lector, en tal sentido, encontrará —fundamentalmente— opiniones propias del autor y no opiniones ajenas. También, el lector encontrará el análisis de la norma peruana antes que estudios de Derecho comparado. Hemos querido volcar en estas páginas, y en las de los tomos sucesivos, nuestras experiencias profesionales a la par de aquellas de orden académico y docente.

Antes de concluir estas palabras, debo agradecer el respaldo que este empeño recibió, tanto de las autoridades de la Administración Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la persona del señor rector, doctor salomón Lerner Febres; así como de mi Facultad de Derecho, en la persona de su señor decano, doctor Armando Zolezzi Möller; y del Fondo Editorial de nuestra casa de estudios, en la persona de su Director Ejecutivo, licenciado Dante Antonioli Delucchi.

Lima, agosto de 2001

Mario Castillo Freyre

El contrato de suministro

1. Historia. Consideraciones generales

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

Su desarrollo, sin embargo, tuvo lugar en la Edad Media como una fase de la evolución mercantil de la venta[1]; no se fijaba para nada en la repetición de la prestación, la cual resultaba indiferente. Su esencia era la disponibilidad de la mercancía en el momento de la celebración del contrato, esto quiere decir que había una posterior adquisición del suministrante para el cumplimiento de la obligación que habría contraído.

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

1.1. Los suministros públicos

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

---

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

1.2. Suministros entre particulares

Esta figura jurídica nace paralelamente a la producción industrial y comercial, y da lugar a la satisfacción de diversas necesidades sociales. Posteriormente, se da una división en la regulación legislativa del contrato, a saber: la latina y la germánica.

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

A pesar de todo, la doctrina de estos países ha venido asignando al suministro el carácter de contrato mercantil, al estudiarlo en las obras de esta rama del Derecho[2]. Es preciso señalar que lo consideran como un contrato autónomo.

El elemento objetivo se centra en la repetición de prestaciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[2] Benito. *Manual de Derecho Mercantil.* Valencia: s/e, 1908, p. 273.

Así pues, resultaba corriente que una persona, generalmente un comerciante o industrial, se obligara a suministrar bienes en forma permanente e indefinida, o por tiempo determinado, al Fisco, al ejército o a un particular. A cambio recibía una retribución determinada, generalmente, un precio asignado a cada unidad.

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

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

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

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

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

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

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

Como sabemos, en el Perú, el contrato de suministro ha sido regulado por primera vez en el código de 1984.

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

La razón fundamental de este proceder tal vez se deba a que el suministro no siempre tuvo autonomía conceptual; vale decir, no siempre fue considerado como un contrato autónomo, independiente en estructura y contenido de algún otro contrato. La ligazón entre el suministro y la compraventa ha sido (y es) muy grande.

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

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

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

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

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

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

La Real Academia de la Lengua[3] define al suministro como la «acción y efecto de suministrar», la «provisión de víveres o utensilios para las tropas, penados, presos, etc.», y las «cosas o efectos suministrados». El mismo entiende por suministrar, «proveer a alguien de algo que necesita».

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define al suministro como «provisión por lo común con carácter regular y en cantidad

[3] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es (Visitada el 25/03/2009).

importante; como la de víveres, utensilios y pertrechos a las tropas, a los detenidos o presos»[4].

La Enciclopedia Jurídica Omeba se refiere al contrato de suministro como aquel por el cual «una persona que se denomina suministrador se obliga a entregar una o más cosas y la administración pública a pagarle el precio convenido»[5].

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

Rubén M. de Marino define al suministro como aquel «contrato por el que una parte se obliga a ejecutar o cumplir prestaciones duraderas por un precio determinado o determinable»[6].

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

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

Gustavo Jimeno Escobar[7], toma la definición del Código de Comercio Colombiano, que a la letra dice en su artículo 968:

> Contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios». Y añade que «de esta definición se desprende que el contrato de suministro genera una obligación de dar por parte de uno de los contratantes, de unos bienes o servicios creados o prestados por el suministrante; así la obligación de dar se combina con la obligación de hacer, por cuanto el suministrante para cumplir

---

[4] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989.

[5] Editorial Bibliográfica Argentina. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1962, tomo IV.

[6] De Marino y Borrego, Rubén M. *El suministro: teoría general del Derecho*. Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959, p. 32.

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

> con la obligación de dar tiene, incuestionablemente, que elaborar, es decir, hacer el producto que debe entregar. En el caso de servicios, la obligación se reduce a las denominadas 'de hacer', y versan fundamentalmente sobre aquellas actividades en las cuales el suministrante tiene el monopolio.

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

Joaquín Garrigues define al suministro como «el contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo con sus necesidades»[8].

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

Novoa sostiene que «el contrato de compra-venta por suministro es un contrato principal, consensual, conmutativo y oneroso por el cual una de las partes se obliga al suministro o entrega de cosas genéricas en cantidad y tiempos determinados (o sin determinar y según pedidos) mediante precio estipulado o que pueda fijarse con independencia de las partes»[9].

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

---

[8] Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Octava edición. Madrid: 1983, p. 95.

[9] Novoa. «Contrato de compraventa por suministro». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1947. Citado por Torres Vásquez, Aníbal. *El contrato de suministro en el derecho civil y el derecho administrativo.* Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.

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

Castañeda refiere que el suministro es aquel contrato en el que «el vendedor se obliga a proporcionarle al comprador, por el precio que acuerden, una cierta cantidad de mercaderías, que será entregada parcialmente a medida de las necesidades de la industria»[10].

Para Castán «es aquel [contrato] por el cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra, a cambio de un precio, determinadas cosas que han de ser objeto de entregas sucesivas en períodos determinados o determinables *a posteriori*»[11].

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

Entiende por prestaciones periódicas «[...] aquellas que se ejecutan a intervalos determinados o no, conservando cada una su propia individualidad»; y por prestaciones continuadas «aquellas en que la provisión de los bienes que forman su objeto —por lo menos potencialmente— son suministrados en forma continua [...]»[12]. La prestación continuada se prolonga por toda la duración del contrato, y puede ser medida de acuerdo con la cantidad o el tiempo del consumo.

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

Así:

> [...] cuando es fungible la cosa a fabricar con materia procurada por el empresario mismo para prestarla después son aplicables las disposiciones de la compraventa; cuando no es fungible la cosa que ha de hacerse con material a proporcionar por el propio empresario para suministrarla después, el concepto aplicable es el de compraventa, pero las cuestiones relativas a la fabricación de la cosa y en particular, a las responsabilidades por vicios de la cosa, traspaso de riesgo y deber de admitir o recibir la cosa, se regulan por las 8 normas del Contrato de obra[13].

---

[10] Castañeda, Jorge Eugenio. *Contrato de compra-venta*. Lima: Ed. Amauta, 1970, p. 139. Citado por Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*

[11] Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, común y foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 68.

[12] Torres Vásquez, Aníbal. El contrato de suministro en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. Lima: Cultural Cusco Editores, 1988, p. 11.

[13] Badenes Gasset, Ramón. *El contrato de compraventa*. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 69.

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

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

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

> Artículo 1159.- Noción.- El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas.

De este modo, se ha establecido una noción limitada de suministro referida a aquellos contratos que contengan prestaciones reiteradas de cosas.

Los contratos que tienen por objeto prestaciones continuas o reiteradas de servicios son considerados como subcategoría del llamado contrato de *appalto*.

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

Dentro de tal orden de ideas, el código Nacional establece en su artículo 1604 que «Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes».

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

1.3. Partes en el suministro

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

Cabe señalar que los conceptos antes mencionados no se deducen en su integridad del texto del referido artículo 1604 del código Nacional, en la medida en que, en cuanto a la nomenclatura de las partes, esa norma solo hace referencia al suministrante, mas no al suministrado o beneficiario del suministro. Sin embargo, a partir

de una lectura en conjunto de los preceptos sobre este contrato, se puede afirmar que la contraparte del suministrante recibe, de manera indistinta, cualquiera de estas dos denominaciones.

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

1.4. Las obligaciones del suministrante

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

En tal sentido, conviene recordar cuál es el concepto que venimos asumiendo con respecto a los bienes a lo largo de nuestras investigaciones.

Sin duda alguna, nos enfrentamos a uno de los puntos más controvertidos del Derecho Civil. No existe unanimidad de criterio respecto del alcance de la palabra «bien» en la acepción jurídica (la única que tomaremos en cuenta para efectos del presente trabajo)[14].

---

[14] Seguramente por esta confusión de ideas es que la mayoría de los Códigos Civiles consultados opta por no definir propiamente a los bienes. Así tenemos a los siguientes Códigos:

Código Civil Francés, Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Español, Proyecto de Código Civil para el Japón de 1890 elaborado por G. Boissonade, Código Civil Japonés de 1896, Código Civil Alemán, Código Civil Suizo, Código Civil Brasileño de 1916, Segundo Anteproyecto de 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 de 1943 elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, 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 Ruso de 1922, Código Civil Belga, Código Civil Cubano de 1988.

De los códigos civiles consultados, optan por dar una definición de los bienes, los siguientes: 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 Hondureno de 1906 (artículo 599); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 810); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 202 inciso A); Código Civil Colombiano (artículo 653); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1872); Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 442); Código Civil Austriaco de 1811 (artículo 285); Código Civil Ecuatoriano (artículo 602); Código Civil Panameño de 1917 (artículo 324); Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 (artículo 106).

La Real Academia de la Lengua[15] 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, esta definición no otorga mayores elementos para efecto de nuestros objetivos. En tal sentido, recurriremos a la definición que Guillermo Cabanellas otorga al respecto:

Cosa que puede ser objeto de apropiación o base de un derecho. En este aspecto, el de mayor importancia en esta obra, aunque cabe hablar de un bien mueble, inmueble o incorporal, el tecnicismo prefiere emplear el plural (bienes) para referirse a cuanto puede constituir objeto de un patrimonio [...][16].

Con la definición de Cabanellas encontramos un primer criterio, compartido por algunas legislaciones, que identifica los bienes con los objetos corporales susceptibles de apropiación por el hombre; es decir, equipara el concepto de «bien» con el de «cosa».

En tal sentido, consideramos pertinente abordar como primer punto de estudio, y para ir deslindando posiciones, el significado de la palabra «cosa», para luego retomar el de «bienes».

Para la Real Academia de la Lengua[17], «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 «objeto inanimado, por oposición a ser viviente».

Además, se le otorgan tres significados jurídicos: el primero de ellos considera a la cosa, en contraposición a persona o sujeto, como 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 concedidas por la Real Academia a la palabra «cosa», es aquella por la cual se distinguen los objetos materiales en oposición a los derechos creados sobre ellos y a las prestaciones personales. De acuerdo con esta definición, obtendríamos un primer elemento de distinción entre la cosa y el bien, ya que dentro del significado del primero no estarían comprendidos los derechos. Sin embargo, este posible camino se cierra con la tercera acepción de la palabra «cosa», por la cual se le identifica con los bienes.

---

[15] Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es (Visitada el 28/3/2009).

[16] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 477.

[17] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es (Visitada el 28/3/2009).

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 del tratadista alemán Ludwig Enneccerus sobre el particular. El mencionado autor[18] considera que solo son cosas, en sentido legal, los objetos corporales. A su vez, define a estos últimos como partes de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre; tienen sustantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico. En consecuencia, las cosas son reconocidas como objetos de derecho independientes. En otras palabras, Enneccerus solo considera como cosas a los objetos materiales. Además, establece las características que, en su criterio, deben reunir las cosas para ser consideradas como tales:

a) Para considerar a un objeto corporal o no, esta determinación se efectuará de conformidad con las concepciones del tráfico y no según las doctrinas físicas.
b) El concepto de «cosa» requiere que se lleve en su corporalidad una existencia separada, individualizada.
c) La identidad de una cosa solo desaparece en virtud de una transformación si, conforme con las concepciones del tráfico, aparece como una cosa completamente distinta y nueva.
d) Solo son cosas en sentido jurídico las susceptibles de dominación por el hombre.

Nosotros consideramos que la definición y características otorgadas por Enneccerus 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 ha hecho el mencionado autor (y en los términos de Cabanellas[19]), qué es un objeto material valorable.

Sin embargo, con respecto a lo señalado, debemos precisar que, a nuestro entender, para que una cosa sea considerada como tal, debe necesariamente serle reconocida esta característica por el Derecho. Esto nos lleva a la conclusión de que no todos los objetos materiales apropiables por el hombre pueden considerarse cosas, lo cual, a su vez, nos llevaría a considerar que el referido carácter de apropiación debe tener, necesariamente, una acepción más amplia que simplemente aquella de índole material; es decir, debería contener el elemento del reconocimiento jurídico.

---

[18] Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de derecho civil.* Barcelona: Bosch, 1950, tomo I, vol. I, pp. 532 - 536.

[19] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 393.

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. En este punto nos enfrentamos con una diversidad de opiniones respecto del 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 Louis Josserand[20]. 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 los objetos materiales que caen generalmente bajo los sentidos o los derechos ordinariamente establecidos sobre dichos objetos.

Nosotros compartimos el criterio señalado, en virtud del cual, en términos generales, bajo la denominación de «bienes» y, dentro del sistema adoptado por el Código Civil Francés de 1804, 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[21] y otros tratadistas. Para nosotros, esta concepción adquiere gran trascendencia si consideramos que la tendencia legislativa en la historia de la codificación civil peruana se adscribe a la misma, tal como veremos más adelante[22].

Sin embargo, y a pesar de ser la mayoritaria, algunos tratadistas, como es el caso de Francesco Messineo, consideran que la distinción entre bienes y cosas puede no ser tan clara. El citado autor[23] señala que, si bien para algunos la relación conceptual entre cosa y bien se concibe como de especie a género, algunos otros la conciben en sentido inverso; esto pone en evidencia, según él, la notable falta de certeza de ideas que reina en la materia.

---

[20] Josserand, Louis. *Derecho civil.* Buenos Aires: Bosch y Cía., 1952, tomo I, vol. III, pp. 3 y 4.

[21] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traite Pratique de Droit Civil Français.* París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1907, tomo III, p. 54.

[22] Los códigos civiles que contemplan expresamente una división de los bienes en corporales e incorporales son, entre otros, los siguientes:
Código Civil Peruano de 1852 (artículo 454); Código Civil Chileno (artículo 565); Código Civil Uruguayo (artículo 460); Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 253); Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 599); Código Civil Colombiano (artículo 653); Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 156: materiales e inmateriales); Código Civil Austriaco de 1811 (artículo 291); Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 (artículo 106); Código Civil Ecuatoriano (artículo 602).

[23] Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo II, pp. 258 y 259.

Sin embargo, Messineo sostiene que, para la diferenciación entre cosa y bien, se debe considerar como criterio 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 lo tanto, un 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 poseída por apropiación, tal como señala el comentarista argentino Armando V. Silva[24]. Dicho en otras palabras, en los términos de Cabanellas[25], dentro de los objetos materiales se distingue entre lo que no ha sido objeto de posesión o apropiación por el hombre y lo que figura ya en su patrimonio o en su mera tenencia: aquello constituye cosa; esto, un 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.

Como vemos, desde esta perspectiva, el concepto de «cosa» constituiría el género; mientras que el de «bien», la especie.

Tal como ha sido señalado en páginas anteriores, asumimos como válida la distinción efectuada por Josserand, la cual citáramos oportunamente, que consistía en comprender dentro del concepto de bienes tanto a los objetos materiales, como a los incorporales (derechos).

Conforme analicemos en lo sucesivo la influencia de esta concepción en la legislación civil nacional, veremos también cuál es el alcance de los mencionados bienes incorporales. Este tema no ha sido tratado hasta el momento por razones metodológicas.

El Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana del año 1836 tuvo, en el tema bajo comentario, una decisiva influencia del Código Civil Francés, promulgado solo veintidós años antes. En tal sentido, la terminología utilizada fue similar a la de este último cuerpo legislativo. Aquélla, si bien no distingue expresamente a los bienes en corporales e incorporales, comprende dentro de la enumeración de los bienes muebles e inmuebles a ambas categorías de bienes. La mayor enumeración de los mismos es la relativa a los bienes corporales, pero en algunos casos, como el del artículo 1290, se comprende a los de carácter incorporal.

---

[24] Diccionario jurídico Omeba. *Op. cit.*, tomo II, p. 191.

[25] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 393.

Como sabemos, el mencionado Código Civil tuvo efímera vigencia, al igual que la Confederación en la que rigió.

El primer Código Civil que realmente tuvo una vigencia considerable fue el que empezó a regir en el año de 1852. En este cuerpo legislativo sí encontramos, a diferencia del código anterior, una distinción específica entre las cosas corporales e incorporales. En tal sentido, el artículo 454 señala que las cosas corporales son las que percibimos con los sentidos; las incorporales son definidas por exclusión de las primeras, al señalar que «[...] las demás son incorporales, como los derechos y acciones».

El Código Civil de 1936 no adoptó el mencionado criterio de clasificación tomado por el Código Civil al cual sustituyó. Si bien se establecía como primordial la clásica división de los bienes en inmuebles (artículo 812) y muebles (artículo 819), dentro de estas categorías se contemplaban bienes de carácter corporal y bienes de carácter incorporal. Tal es el caso del inciso 8 del artículo 812, por el cual se consideran inmuebles los derechos sobre bienes de estas características inscribibles en el Registro de la Propiedad; y se consideran muebles, como lo establecen los incisos 4, 5, 6 y 7 del artículo 819, a las acciones o cuotas de las sociedades o compañías, aun cuando ellas tengan por objeto adquirir inmuebles, o la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes; los derechos patrimoniales del autor de obras literarias, científicas o artísticas y los comprendidos en la propiedad industrial; los derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles, si no son de los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812; y las rentas de obligaciones emitidas conforme a la ley, salvo lo que se establezca en las leyes del crédito público.

Similar metodología utiliza el Código Civil de 1984, el cual establece la división de los mismos en inmuebles y muebles; recogiendo dentro de cada una de estas dos categorías, en sus artículos 885 y 886 a bienes corporales e incorporales.

Debemos señalar que el artículo 885 presenta el inconveniente de que la enumeración de bienes corporales e incorporales que efectúa sea taxativa y no deje abierta la posibilidad de incluir a nuevos bienes no mencionados, sujetándose así tal inclusión a posterior normatividad legal específica. 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.

Sin embargo, debemos anotar que la redacción del último inciso del artículo 886 podría traer serios inconvenientes respecto de los bienes que por su naturaleza sean inmuebles, pero a los cuales ninguna norma legal les haya reconocido tal carácter. Estos bienes, al no estar comprendidos en ninguno de los supuestos del artículo 885,

podrían ser incluidos dentro del inciso 10 del artículo 886 y, por tanto, calificados como muebles, contrariando su propia naturaleza.

Luego de efectuadas estas precisiones, como es obvio, estamos en condición de señalar que el Código Civil vigente recoge similar criterio que sus predecesores, y comprende, dentro de los bienes, tanto a los objetos corporales como a los incorporales; es decir, a los derechos.

El Código Civil de 1984 adopta como metodología el referirse a los bienes en sentido genérico, comprendiendo dentro de este concepto a los bienes corporales y a los incorporales, cuando no busca efectuar una distinción de los mismos. Consideramos que esto es muy importante cuando analicemos —seguidamente— el tema de los bienes susceptibles de ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones de carácter contractual en el Código Civil de 1984.

Es necesario subrayar que el código Nacional ha adoptado, con respecto a la obligación del suministrante, una posición intermedia, en la medida en que no se ha inclinado por considerar que el suministrante solo puede asumir la obligación de entrega de bienes en propiedad (concepto restringido), así como tampoco se ha inclinado por considerar que a través del suministro se pueden ejecutar prestaciones consistentes en la entrega de bienes y la prestación de servicios (concepto amplio).

Sin embargo, dentro del estudio que venimos efectuando, nos encargaremos oportunamente de cuestionar si es que el suministro solo comprende la entrega de bienes, o si este contrato también alcanza a la prestación de ciertos servicios.

Pero más allá de ello, debemos recordar que el propio ponente del contrato de suministro en la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1984 considera, con respecto a los alcances del suministro, que el Código Civil ha optado por asumir una posición intermedia[26]. Por otro lado, pero en camino a dar solución a este problema, debemos recordar que el Código Civil establece en sus artículos 1403 y 1404 lo siguiente:

> Artículo 1403.- La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.
>
> Artículo 1404.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

Como puede observarse, el artículo 1403 alude al «bien que es objeto de la prestación». Como sabemos, las prestaciones pueden consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer algo.

---

[26] Arias-Schreiber Pezet, Max. En Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, p. 258.

De allí que, ante nosotros, se bifurcan dos caminos: uno por el cual tendríamos que interpretar que en este artículo, cuando el código menciona la palabra bien, está incorporando dentro de este concepto a los servicios y a las abstenciones; y otro camino por el cual deberíamos interpretar que en esta norma, el legislador ha errado, habiendo debido mencionar, aparte de los bienes, a los servicios y a las abstenciones como posibles objetos de las prestaciones; es decir, que la palabra bien, contenida en el artículo 1403, estaría siendo empleada en sentido restrictivo.

Nos inclinamos por considerar que el segundo de los caminos anotados es el que deberíamos seguir; ya que, de lo contrario, si tomásemos el primer concepto de bien, simplemente estaríamos yendo en contra de la línea que el código establece para este concepto. Lo estaríamos desnaturalizando.

Así pues, podríamos concluir en que el Código Civil cuando se refiere en su artículo 1604 a los bienes, lo hace única y exclusivamente en relación a las cosas u objetos materiales susceptibles de apropiación humana y de valoración que tengan una individualidad propia y a los derechos; siempre y cuando estos y aquellos tengan el reconocimiento que les brinda el ordenamiento legal y, en especial, el Código Civil en sus artículos 885 y 886, cuando trata acerca de los bienes muebles e inmuebles[27].

---

[27] Artículo 885.- Son inmuebles:
El suelo, el subsuelo y sobresuelo.
El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
(Derogado).
Los diques y muelles.
Los pontones, plataformas y edificios flotantes.
Las concesiones para explotar servicios públicos.
Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio.
Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.
Artículo 886.- Son muebles:
Los vehículos terrestres de cualquier clase.
Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales.
Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.
Las rentas o pensiones de cualquier clase.
Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a estas pertenezcan bienes inmuebles.
Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.
Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.

1.5. Las obligaciones del suministrado

Conforme a lo expresado en el texto del artículo 1604, el código Nacional no establece con claridad cuáles son las obligaciones que asume el suministrado en este contrato.

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

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

Sin duda alguna, en esta materia, el código peruano se aparta del Código Civil Italiano, ya que este cuerpo legal establece, dentro de la noción del contrato de suministro, la obligación por parte del suministrado de ejecutar dicha contraprestación, tal como se deduce de la lectura del artículo 1559:

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

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

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

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

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

En tal sentido, tal como afirmásemos en 1993[28], estimamos que, a pesar de que no existe ninguna norma legal expresa en tal sentido, los preceptos relativos al precio en el contrato de compraventa deberían ser de aplicación a los demás contratos con prestaciones recíprocas en los cuales una de las partes se obligue a entregar a otra una suma de dinero, o signo que lo represente, a cambio de una obligación de dar, hacer o no hacer.

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

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

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

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

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

Tanto en lo que respecta al contrato de compraventa como al de suministro, consideramos que ambas doctrinas no son incompatibles, sino que la segunda es resultado de la evolución del Derecho. En tal sentido, las monedas extranjeras constituyen

[28] Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 619 y 620.

signos que representan al dinero; por tanto, pactar una compraventa o un suministro en los cuales el comprador o el suministrado se comprometa a pagar con estos elementos no desnaturalizaría dichos contratos.

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

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

Como se recuerda, la importancia de ese tema es la de saber si el contrato, por la configuración especial del precio pactado, deberá regirse por las normas del contrato de compraventa o por las del contrato de permuta; en otros términos, si se trata de una compraventa o de una permuta[29]. Es evidente que el pago del precio en el suministro podría convenirse parte en dinero y parte en un bien distinto al dinero, vale decir, como precio mixto. Sin embargo, este tema no tendría ninguna relevancia en lo que respecta al suministro, ya que siempre se tratará de un contrato de suministro, y el mismo se regirá por sus propias normas.

En el contrato de compraventa se plantea usualmente el supuesto en el cual las partes acordaran, luego de celebrado el contrato, que el vendedor pague con un bien distinto al dinero pactado originalmente. En ese caso, dicho pacto configuraría

---

[29] En lo que respecta a la venta, la mayoría de códigos civiles aborda el tema dentro de las normas del contrato de compraventa, mientras que una minoría lo hace en el contrato de permuta.

Para la solución del problema, básicamente existen dos tipos de tendencias de opinión: unas de carácter objetivo y otras de carácter fundamentalmente subjetivo. Las posiciones de carácter objetivo son dos: una sostiene que si la parte de igual o mayor valor es en dinero, es una compraventa, de lo contrario, será una permuta. Y otra sostiene que si la parte de mayor valor es en dinero, es compraventa, de lo contrario, será permuta.

Las posiciones de carácter fundamentalmente subjetivo también son dos: una sostiene que, en primer lugar, se debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si esta se desconoce, si la parte de igual o mayor valor es en dinero, será compraventa; de lo contrario, será permuta. Y otra sostiene que también deberá estarse en primer lugar a la intención manifiesta de las partes y luego, si esta se desconoce, si la parte de mayor valor es en dinero, será compraventa; de lo contrario, será permuta. Esta última posición solo es sostenida por el Código Civil Peruano de 1984, el mismo que se inspira en el Código Civil Español, que asume la primera de las posiciones fundamentalmente subjetivas.

Pensamos que el problema debería ser solucionado sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos: así, si la parte en dinero vale más que la parte en bien(es), el contrato será de compraventa; de valer menos, será de permuta; y, si valen igual, recién en ese caso se tomará en cuenta la intención manifiesta de los contratantes, y, faltando esta, se tendrá el contrato como de compraventa, por ser el más usual de los contratos. Por lo demás, la discusión del problema del precio mixto ha ido perdiendo sentido, ya que cada día son más los códigos civiles que otorgan al contrato de permuta un tratamiento muy exiguo, remitiendo la regulación del mismo a las normas del contrato de compraventa, en lo que no se le opongan. Este es el caso del Código Civil Peruano, en el cual, luego de haber efectuado un análisis sobre el particular, hemos llegado a la conclusión de que casi todas las normas del contrato de compraventa se podrán aplicar —si bien algunas con diversos reparos— al de permuta.

una dación en pago, la cual no afectará la esencia de la venta. Lo propio ocurriría con el contrato de suministro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Básicamente existen cuatro corrientes doctrinarias: la primera sostiene que se trata de un árbitro. Esta posición es rechazada por nosotros, puesto que la función de dicho tercero no es la de resolver un conflicto, disputa o controversia surgida entre las partes, sino —todo lo contrario— ayudarlas en la determinación de uno de los elementos esenciales-especiales del contrato celebrado por ellas. Una segunda posición sostiene que se trata de un perito. Esta teoría es asumida por nosotros, pero solo de manera parcial, ya que si bien la función del tercero podrá ser la de un perito, no necesariamente en todos los casos actuará con tales características. La tercera posición, que cuenta con el mayor número de adherentes, sostiene que se trata de un mandatario, debido a que el tercero actúa en nombre de los contratantes (comprador y vendedor), los cuales se constituirían en sus mandantes. Esta tendencia es admitida por nosotros, con la precisión de que consideramos que el tercero es un mandatario que actúa en representación de los contratantes mencionados. Por último, una cuarta posición que sostiene se trata de un arbitrador (efectuando la distinción entre tal función y la del árbitro). Esta tendencia de opinión es, cronológicamente, la más moderna, y es planteada —en lo que respecta al contrato de compraventa— por un grupo reducido —pero muy importante— de tratadistas. Ellos sostienen que el tercero realiza una función de arbitrio, no de arbitraje, a fin de determinar el precio; vale decir, para integrar a la relación contractual uno de los elementos que había quedado indeterminado en el momento de la celebración del contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

La legislación se divide respecto de este punto: unos códigos consideran que el contrato es nulo; mientras que otros lo consideran válido. La doctrina también se divide en ambas posiciones. Por nuestra parte, estimamos que un contrato de estas características sería nulo, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil Peruano, por ser algo sumamente abstracto que equivaldría a que las partes en realidad no hayan señalado ningún precio, ni la forma para proceder a señalarlo posteriormente.

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

El tercer requisito del precio es que sea verdadero. Precio verdadero es el realmente establecido, no ficticio o disimulado. En la doctrina consultada se establecen claramente dos tendencias de opinión: la primera admite la posibilidad de que una

compraventa, con precio disimulado, valga como contrato de donación, siempre y cuando se anule el acto aparente y las partes hayan cumplido con las formalidades requeridas por la ley; y la segunda, absolutamente minoritaria, no admite —para ningún supuesto— dicha posibilidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Consideramos que precio irrisorio es el excesivamente vil.

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

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

2. Autonomía conceptual

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

2.1. Diferencias con el contrato de compraventa

2.1.1. En cuanto a su antigüedad

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

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

2.1.2. En cuanto a la naturaleza de los pagos periódicos

El suministro siempre fue concebido como una modalidad más del contrato de compraventa. Nos explicamos.

El contrato de compraventa puede ser uno que implique la ejecución inmediata de las prestaciones que ambas partes tienen a su cargo, esto equivale a decir que tanto la entrega del bien y su transferencia de propiedad, como el pago del precio, son prestaciones que se ejecutan luego de la celebración del contrato, apenas nacidas las obligaciones a cargo de las partes.

Obviamente, este supuesto de compraventa no tiene hoy en día —ni nunca tuvo— similitud alguna con el contrato de suministro. Este último implica la ejecución prolongada en el tiempo, ya sea de manera periódica o continuada, de las prestaciones a cargo del suministrante, quien debe entregar los bienes objeto de las mismas; en tanto que el suministrado o beneficiario del suministro debe pagar periódicamente (por lo general, de manera simultánea con las contraprestaciones) el precio de estas.

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

La compraventa a plazos tiene ciertas similitudes con el contrato de suministro; en este, el suministrado paga el precio de manera periódica, tal como se paga el precio en la compraventa a plazos.

Sin embargo, aquí debemos señalar una diferencia fundamental entre ambas figuras: en la compraventa, el comprador ejecuta una sola prestación de manera fraccionada; es decir, paga el precio por partes. En consecuencia, debe entenderse que cada pago corresponde a una fracción de la prestación única que tiene que ejecutar el comprador, la cual consiste en pagar el precio convenido por el bien.

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

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

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

Pero por más que estuviésemos en la última de las hipótesis mencionadas, dicha compraventa no sería un suministro, en razón de las consideraciones esgrimidas con ocasión de nuestro análisis del punto anterior.

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

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

Recordamos esto en virtud de que, a través del contrato de compraventa, ambas partes asumen la obligación de entregar en propiedad aquello que tienen que dar: por un lado, el comprador —es obvio, a pesar de que el texto legal no lo dice explícitamente— se obliga a transferir al vendedor la propiedad del dinero que le tiene que entregar en calidad de precio; y, por su parte, el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad del bien.

Dentro de la concepción que en el Derecho moderno se tiene acerca del contrato de compraventa, no se concibe que, a través del mismo, el vendedor se obligue frente al comprador a algo distinto que a transferirle la propiedad del bien.

Lejos estamos ya de la concepción que el derecho romano tenía acerca del contrato de compraventa.

Como se recuerda, en Roma se entendía que, en la compraventa, el vendedor asumía como obligación únicamente la de transferir al comprador la tranquila, pacífica y perpetua posesión del bien.

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

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

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

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

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

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

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

En ambos casos, los suministros van acompañados de servicios que son colaterales a la entrega de los bienes. Pero lo importante es que todos los servicios objeto de esos suministros se encuentran encaminados a la ejecución de las prestaciones principales,

que consisten en la entrega de los bienes. En otras palabras, se prestan los servicios con la finalidad de entregar los bienes de manera óptima. Los servicios están subordinados a las prestaciones principales que son los bienes que se deben entregar. En esa medida se entienden los servicios dentro del suministro: como facilitadores del cumplimiento de las prestaciones principales.

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

Tampoco se ha optado por entender que el suministro está restringido a la obligación del suministrante de entregar bienes en propiedad al suministrado o beneficiario del suministro.

En el Perú, el suministro implica la entrega periódica o continuada de bienes, más allá del título o carácter en que los mismos sean entregados.

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

2.1.4. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

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

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

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

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

El contrato de suministro tiene, básicamente, fin de lucro y 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,

pero ello lo analizaremos cuando se estudien las diferencias y semejanzas existentes entre ambos contratos.

2.1.5. En cuanto a su formalidad

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

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

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

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

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

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

2.2. Diferencias con el contrato de donación

2.2.1. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

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

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

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

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

2.2.2. En cuanto al volumen de los bienes a entregar

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, tal como ha sido precisado por nosotros, el contrato de suministro no necesariamente implica que el suministrante se obligue a transferir al suministrado la propiedad de los bienes a entregar, en la medida en que estos podrían ser entregados con un carácter diferente; como, por ejemplo, a título de uso, disfrute o consignación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.5. En cuanto a su formalidad

Debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 1605 del Código Civil en relación a la forma del contrato de suministro. Dicha norma establece que la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley; pero, si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

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

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

2.3. Diferencias con el contrato de arrendamiento

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

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

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

2.3.2. En cuanto a su onerosidad

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

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

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

2.3.3. En cuanto a quién puede celebrar el contrato

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

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

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

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

2.3.5. En cuanto a su formalidad

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

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

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

2.4. Diferencias con el contrato de mutuo

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

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

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

2.4.2. En cuanto a la onerosidad o gratuidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4.3. En cuanto a su formalidad

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

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

Este contrato se rige, al igual que el de suministro, en cuanto a su probanza, por el primer párrafo del artículo 1605 (remisión hecha por el numeral 1649). Esto quiere decir que su existencia y contenido pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley; sin embargo, si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los medios probatorios.

De acuerdo con la redacción original del Código Civil Peruano de 1984, podía ser también un contrato formal si se celebrara entre cónyuges y su valor excediese de 150 Sueldos Mínimos Vitales (S.M.V.). Este acto debería constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1650, con remisión al numeral 1625).

Sin embargo, cuando se modificó el texto del artículo 1625 —relativo a la donación—, en virtud de la Ley n.° 26189, y al haberse eliminado el parámetro ahí señalado, debemos entender que, al no existir actualmente la referencia a la cual hace mención el artículo 1650 del Código Civil, todo contrato de mutuo es consensual, incluido el mutuo entre cónyuges.

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

2.5. Diferencias con el contrato de locación de servicios

2.5.1. En cuanto al objeto de la prestación

En virtud a lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil, mediante la locación de servicios, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle

sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

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

2.5.2. En cuanto a la onerosidad o gratuidad

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

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

2.5.3. En cuanto a su formalidad

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

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

2.6. Diferencias con el contrato de permuta

2.6.1. En cuanto a su antigüedad

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

2.6.2. En cuanto a la naturaleza de los pagos periódicos

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

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

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

2.6.4. Con relación a su onerosidad o gratuidad

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

2.6.5. En cuanto a su formalidad

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

2.7. Diferencias con el contrato de renta vitalicia

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

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

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

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

Respecto de la naturaleza de los bienes que deben entregarse en el contrato de suministro, la ley no establece restricción alguna. En virtud de ello, podría tratarse de bienes

muebles o inmuebles (a pesar de que la generalidad de suministros versará sobre muebles, por razones obvias).

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

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

2.7.3. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

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

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

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

2.7.4. En cuanto a su formalidad

El contrato de suministro es, en principio, consensual.

Sin embargo, el artículo 1605 del Código Civil establece que la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

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

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

2.7.5. En cuanto a su duración

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

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

Esto significa que siempre se celebrará a plazo determinable.

3. Principales características del contrato de suministro

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de suministro en el Código Civil 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, la cual fue dictada en su Curso de Contratos, Parte general, en la Pontificia Universidad Católica del Perú cuando fui su alumno, en el primer semestre académico de 1986. Además, tomaremos en cuenta la clasificación contenida en su obra *El Contrato en general*, primera parte, tomo I, páginas 209 a 248, por considerarla como la clasificación más completa entre las que tenemos conocimiento.

3.1. En cuanto al nombre

El suministro es un contrato nominado.

3.2. En cuanto a su regulación

Según Aníbal Torres Vásquez «La distinción entre contrato típico o nominado y atípico o innominado no se hace en virtud de que tenga una denominación o no, sino en base a que esté o no regulado por la ley positiva»[30]. Pareciera que el citado profesor se confunde al vincular directamente los conceptos de típico y atípico con los de nominado e innominado, respectivamente. Debemos dejar en claro que si este fuere el sentido de su relación, no coincidiríamos con ella; ya que el hecho de ser un contrato nominado no implica necesariamente su tipicidad.

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

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

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

---

[30] Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 85.

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

3.3. En cuanto a su estructura

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

3.4. En cuanto a su contenido o área

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

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

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

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

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

3.5. En cuanto a su autonomía

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

3.6. En cuanto a su formación

El contrato de suministro es, en principio, consensual. Sin embargo, si es celebrado por escrito, se convierte en un contrato formal *ad probationem*; pero, si es a título de liberalidad deberá celebrarse por escrito, siendo un contrato *ad solemnitatem*

(argumento del artículo 1605 del Código Civil; esta norma establece que el suministro puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si hubiere sido celebrado a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad).

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

Por otro lado, la no solemnidad agiliza las transacciones, pero al mismo tiempo dificulta la prueba de la existencia y contenido del contrato, así como la ausencia de conocimiento por parte de terceros, dado que no existe siquiera un documento privado de por medio que contenga la intención de las partes.

Siguiendo a Torres Vásquez, podríamos decir que la forma escrita elegida por las partes es exigida solamente a título de prueba, ya que la forma *ad probationem* solo sirve para dar eficacia a un contrato y no para su validez. Tanto es así que, si el contrato se celebra por escritura pública y luego esta se anula, la nulidad de la escritura no conlleva la del acto jurídico (o sea del contrato de suministro), porque tratándose de un contrato con formalidad solamente probatoria sucede que, al igual que los contratos consensuales, la nulidad del documento no conlleva la nulidad del acto jurídico.

El principio general de que la forma pactada se presume solemne, (artículo 1411: «Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad»), solo regirá si las partes hubiesen estipulado expresamente que la forma escrita que han elegido tiene el carácter de solemne.

3.7. En cuanto al tiempo

El suministro tiene por finalidad mantener relaciones jurídicas estables.

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

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

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

3.8. En cuanto a su negociación

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

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

3.9. En cuanto al rol económico

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

3.10. En cuanto a su función

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

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

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

3.12. En cuanto a la prestación

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

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

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

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

3.13. En cuanto a la valoración

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

3.14. En cuanto al riesgo

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

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

3.15. En cuanto a sus efectos

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

4. Probanza de la existencia y contenido del suministro

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

En tal sentido, el mencionado precepto señala lo siguiente:

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

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

En relación a la primera parte de la norma, la cual hace referencia a que «La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley [...]», consideramos que no aporta absolutamente nada. Sin su inclusión se habría entendido lo mismo. Lo que sí justificaría su inclusión es el hecho de haber considerado que «[...] si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios». Sin embargo, cabría preguntarnos si, ya que se ha hecho esta especificación, no hubiera sido más conveniente el haber detallado de un modo más minucioso la prevalencia de los instrumentos escritos entre sí. A decir verdad, consideramos que, en general, esta norma es intrascendente.

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

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

No opinamos de la misma manera respecto del segundo párrafo del artículo mencionado; ya que, al no representar la regla (el suministro celebrado a título gratuito), sino más bien los casos de excepción y justamente para proteger al suministrante, a sus probables sucesores y a sus respectivos acreedores, es que una norma de estas características resulta pertinente.

5. Volumen del suministro

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

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

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

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

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

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

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

Por ejemplo, si un armador pesquero, dueño de una bolichera con 250 toneladas métricas de capacidad, celebra un contrato de suministro, en calidad de suministrante, con una planta procesadora de harina de pescado, y no han fijado ni volumen de entrega ni periodicidad del mismo: ¿debería entenderse, según los parámetros establecidos por el artículo bajo comentario, que el dueño de la bolichera debería suministrar a la planta los volúmenes de procesamiento que esta requiera; es decir, las necesidades de la planta para operar habitualmente? Consideramos que no, pues podría presentarse el caso en el que las necesidades de un suministrado sean superiores a la capacidad que tiene el suministrante de suministrar los bienes que su contraparte requiere.

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

Pero aun con la inclusión de este parámetro adicional, consideramos que dichos parámetros serían insuficientes; ya que, las necesidades del suministrado y

las posibilidades del suministrante, vistas ambas en el momento de la celebración del contrato, deberían ser apreciadas de acuerdo con las circunstancias de dicha celebración.

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

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

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

Este artículo es una trascripción casi textual del artículo 1560 (segundo párrafo) del Código Civil Italiano, que establece lo siguiente:

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

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

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

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

Adicionalmente, debemos precisar que no consideramos que el hecho de que se deje al arbitrio del suministrado la tarea de señalar el volumen del suministro constituya la posibilidad de que este cometa una injusticia en su favor y en perjuicio del suministrado.

Esto no podrá considerarse así, ya que el suministrante y el suministrado han establecido previamente los límites mínimos y máximos, motivo por el cual todo aquello que esté dentro de estos límites será razonable y equitativo.

6. Pago del precio en el suministro

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

6.1. Suministro con prestaciones periódicas

El artículo 1608 regula el particular, estableciendo lo siguiente:

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

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

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

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

6.2. Suministro con prestaciones continuadas

Este caso no resulta tan claro como el anterior en lo que se refiere al momento en que debiera considerarse, para el suministrado, la obligación de pagar su correspondiente contraprestación al suministrante. La solución que otorga el Código Civil Peruano es la siguiente:

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

Esta solución no es novedosa, ya que el citado artículo 1610 se inspira en el segundo párrafo del artículo 1562 del Código Civil Italiano. La distinción fundamental entre ambas normas es que el código Nacional establece que regirán los usos del mercado «a falta de pacto», mientras que el código italiano no hace esta última salvedad. Sin embargo, no consideramos que esta sea una norma de carácter imperativo. El agregado del código peruano nos parece oportuno.

Como señaláramos en líneas anteriores, no resulta tan evidente el momento en el cual deba el suministrado de un suministro con prestaciones continuadas de bienes, ejecutar las contraprestaciones a las que está obligado. Sería muy difícil precisar, mediante una norma de carácter general, cuál debía ser ese momento, dadas las múltiples diversidades que podría revestir el contenido de un suministro con prestaciones continuadas de bienes. Sin embargo, la norma del código italiano, que ha sido adoptada por el código peruano, nos parece razonable en el sentido en que da la amplitud necesaria para que, dentro de su supuesto, estén comprendidas las más variadas hipótesis.

7. Determinación del precio en el suministro periódico de entrega de bienes en propiedad

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

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

Este artículo, como podemos apreciar, regula el supuesto particular del suministro de bienes con entregas periódicas de los mismos, ya que se refiere específicamente al caso en el cual aquellos se vayan a entregar en propiedad.

Para estos supuestos, el artículo 1609 establece que, si no se hubiese determinado el precio, serán de aplicación las reglas pertinentes del contrato de compraventa.

Hubiera sido preferible que el Código Civil concretara a cuál de las normas del contrato de compraventa está haciendo referencia, ya que en el artículo bajo comentario no se señala cuál es la norma aludida. Pero esta es, sin duda, el artículo 1547, precepto que establece que:

> En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor», y que «si se trata de precios que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

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

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

Cabe precisar que el artículo 1474, mencionado en el artículo 1561, es para el código italiano la norma correspondiente a nuestro artículo 1547, antes trascrito. La ventaja del 1561 italiano sobre el artículo 1609 peruano es que remite directamente al numeral que considera aplicable a los efectos respectivos.

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

El artículo 1611 del Código Civil Peruano señala lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

> Artículo 1563.- Vencimientos de las prestaciones singulares.- El término establecido para las prestaciones singulares se presume pactado en interés de ambas partes.[...].

9. Suministrado con facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares

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

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

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

Este artículo tiene su antecedente en el numeral 1563 (segundo párrafo) del Código Civil Italiano. Dicho precepto establece lo siguiente:

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

Sin duda alguna, y lo decimos en este punto, con cargo de ratificarlo conforme sigamos analizando el contrato de suministro, el Código Civil Peruano ha incurrido en un error bastante reiterado, a la vez que importante, ya que ha optado, en aras de buscar una mayor precisión, por eliminar los plazos generales o flexibles que otorga, para diversas situaciones relativas al contrato de suministro el Código Civil Italiano de 1942. Decimos que a nuestro entender ha incurrido en un error, ya que, como veremos, no siempre la precisión de los plazos en el Derecho es garantía de justicia.

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

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

Veamos:

9.1. Que ambas partes contratantes hayan pactado, en el momento de la celebración del contrato de suministro, un plazo mínimo en el cual deba el

suministrado, que tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, comunicar su fecha al suministrante. A nuestro entender, en este supuesto, ambas partes podrán pactar, de acuerdo con el contrato de suministro, los bienes que sean objeto de las prestaciones y las características que tengan estas prestaciones, un plazo menor a los siete días establecidos por el artículo 1612.

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

Consideramos que el criterio señalado en la alternativa 9.1 es justo e imprescindible de asumir, ya que, en la vida diaria, al celebrarse infinitas modalidades de suministro, y estas versar sobre prestaciones de los más variados objetos, podrían haber múltiples supuestos, y de hecho los hay, que lleven a que ese plazo mínimo de siete días debamos interpretarlo a falta de pacto en contrario, pero no de manera absoluta ni imperativa.

Por estas consideraciones disentimos del criterio esgrimido por Max Arias-Schreiber[31], en el sentido de que, respecto del plazo de los siete días como mínimo, no cabría pacto en contrario.

10. Suministro a plazo indeterminado

El artículo 1613 del Código Civil Peruano establece lo siguiente:

> Artículo 1613.- Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días.

Esta norma está fundamentada en el artículo 1569 del Código Civil Italiano, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 1569.- Contrato por tiempo indeterminado.- Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando preaviso dentro del término pactado, o en su defecto, dentro del término oportuno teniendo en consideración la naturaleza del suministro.

[31] Arias-Schreiber Pezet, Max. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 264.

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

10.1 Si se hubiese pactado un plazo, quien quiera separarse del contrato lo podrá hacer avisando a la otra parte, dentro de ese plazo, sobre sus intenciones.

10.2. Si no se hubiese pactado ningún plazo para realizar dicha comunicación, esta deberá efectuarse dentro de un plazo no menor de treinta días.

Cabe hacer una observación respecto de esta última alternativa, ya que, el plazo no menor de treinta días podría representar, en una multiplicidad de casos, un plazo excesivo e inclusive, en otros supuestos, hasta un plazo reducido, dadas las diversas modalidades que puede revestir un contrato de suministro.

De ahí que nosotros sigamos creyendo en la conveniencia de establecer parámetros más flexibles y que sean susceptibles de adaptarse a las diversas situaciones que la realidad puede plantear. En tal sentido, la norma del Código Civil Italiano resulta conveniente, ya que, para dar el preaviso, en defecto de pacto de término, se señala que deberá realizarse dentro del término oportuno, estableciéndose además que deberá tenerse en consideración la naturaleza del suministro.

11. Pacto de preferencia

Los artículos 1614 y 1615 regulan lo que el Código Civil denomina la cláusula de preferencia y el modo de efectivizarla, respectivamente.

En este punto cobra mucha mayor importancia que la habitual el efectuar un análisis comparativo, lo más detenido posible, respecto de las normas del Código Civil Italiano que constituyen las fuentes de los mencionados artículos 1614 y 1615.

Por razón de sistemática empezaremos analizando el artículo 1614:

> Artículo 1614.- En caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o del suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor.

La cláusula de preferencia supone la existencia de un contrato de suministro en donde las partes contratantes hayan incorporado un pacto, por el cual, uno de ellos otorga al otro la preferencia para la futura celebración de un nuevo contrato de suministro. Esta preferencia, de acuerdo con la norma bajo comentario, no puede exceder de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor.

Naturalmente, dicha preferencia, aparte del límite temporal cuyo máximo acabamos de señalar, deberá estar delimitada en un espacio geográfico que corresponde generalmente al área de influencia económica del actual o primigenio contrato de suministro.

El artículo 1614 tiene su antecedente en el numeral 1566, primer párrafo, del Código Civil Italiano, norma que prescribe lo siguiente:

> Artículo 1566.- Pacto de preferencia.- El pacto por el cual el que tiene derecho al suministro se obliga a dar la preferencia al suministrante, en la estipulación de un contrato posterior para el mismo objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda del plazo de cinco años. Si se ha convenido un término mayor, este se reduce a cinco años.

La distinción fundamental entre la norma italiana y la peruana estriba en que aquella solo contempla el pacto o cláusula de preferencia en la cual el beneficiario del suministro, o suministrado, otorga este derecho en favor del suministrante. Es decir, el código italiano no contempla la figura en sentido inverso. En cambio, el código peruano contempla la posibilidad de que dicha figura se dé en ambos sentidos; vale decir, si el suministrado otorga la preferencia en favor del suministrante, o si el suministrante otorga la preferencia en favor del suministrado. Sin duda alguna, la amplitud que otorga el Código Civil Peruano al respecto es un avance significativo, ya que no existen razones para sostener que la cláusula de preferencia deba proceder exclusivamente en favor de una de las partes.

Pero el artículo 1614, que acabamos de comentar, no reviste mayores problemas en su comprensión y alcance. Es la norma siguiente, el artículo 1615, la que merece un detenido análisis, dada su deficiente y confusa redacción:

> Artículo 1615.- En el caso previsto en el artículo 1614, la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros. El beneficiario por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia.

El artículo 1615 es el encargado de señalar cómo debe efectivizarse en la práctica la cláusula de preferencia establecida en el artículo anterior.

Como hemos visto, el artículo 1614 contempla dos supuestos distintos en función de cuál de las dos partes es la que tiene la preferencia. Por tal motivo, analizaremos cada uno de dichos supuestos a la luz de la redacción del artículo 1615.

11.1. Contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor del suministrante

Si es el suministrante quien goza de la cláusula de preferencia, este (como parte que tiene la preferencia) deberá comunicar en forma indubitable a la otra (el suministrado) las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia (el suministrante), a su vez, está obligado a manifestar, dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia.

Vale decir, que de acuerdo con la redacción del artículo 1615, en este supuesto será el suministrante (quien goza de la cláusula de preferencia) la parte que deberá comunicar al suministrado (quien otorga la preferencia) las propuestas efectuadas por terceros. Esto realmente sería ilógico, ya que, el beneficiario del suministro no puede ser quien conozca dichas propuestas, sino quien otorga la preferencia. Y peor aún, esa misma parte, en este caso el suministrante, no va a dar su conformidad con hacer ejercicio del mencionado derecho de preferencia. Esto es absurdo, ya que debe ser quien otorga la preferencia quien comunique las ofertas, y quien goce de dicha preferencia, quien manifieste su conformidad respecto de ejercitar su respectivo derecho.

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

El suministrante comunica al suministrado las propuestas de terceros.

SUMINISTRANTE ⇶ SUMINISTRADO

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

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

11.2. Contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor del suministrado

Si es el suministrado quien goza de la cláusula de preferencia, este (como parte que tiene la preferencia) deberá comunicar a la otra (el suministrante), en forma indubitable, las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia (el suministrado), a su vez, está obligado a manifestar, dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia.

De acuerdo con lo antes señalado, podríamos graficar el proceso descrito de la siguiente manera:

El suministrado comunica al suministrante las propuestas de terceros.

SUMINISTRADO ⇶ SUMINISTRANTE

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

Como hemos podido apreciar de una interpretación literal de los esquemas planteados por los artículos 1614 y 1615 del Código Civil, estos son errados. Sin embargo, cabría hacer una observación en el sentido de que se podrían efectuar dos interpretaciones distintas con el ánimo de hallar sentido a la norma del artículo 1615, sin que por ello consideremos que la redacción del mismo sea admisible. Estas interpretaciones serían las siguientes:

11.3. Interpretar la norma en el sentido de que, cuando existe un contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor de alguna de las dos partes, ambas son beneficiarias o ambas tienen la preferencia. Una, en tanto tiene el derecho de ejercer dicha preferencia; y la otra, en tanto tiene la obligación de asumir dicha preferencia, si es que quien goza de ese derecho decide hacerlo valer.

En tal sentido, podríamos asumir que el Código Civil, cuando señala en su artículo 1615 a la parte que tenga la preferencia, se está refiriendo a quien ha otorgado dicha preferencia; y cuando se refiere al beneficiado por el pacto de preferencia, lo está haciendo respecto de la parte que tiene derecho a ejercer dicha preferencia.

11.4. Interpretar la norma en el sentido de que el artículo 1615, cuando coloca a mitad del mismo un punto aparte y cuando se refiere al beneficiado con el pacto de preferencia con los términos «a su vez», está estableciendo una distinción entre aquella parte de la cual habla en la primera mitad de la norma y de quien lo hace en la segunda.

Pero ninguna de estas dos interpretaciones nos llega a satisfacer.

Distinto es el caso del Código Civil Italiano, de cuyo artículo 1566 (segundo párrafo) fue tomada la norma de nuestro artículo 1615.

El referido texto es el siguiente:

> Artículo 1566.- El que tiene derecho al suministro debe comunicar al suministrante las condiciones propuestas por terceros y el suministrante debe aclarar, bajo pena de decadencia, en el término establecido o, en su defecto, dentro del exigido por las circunstancias o por los usos, si piensa valerse del derecho de preferencia.

De acuerdo con el texto de la norma antes trascrita, podemos deducir que el caso en que el suministrante tenga el derecho a ser preferido (único contemplado por el código italiano), puede graficarse de la siguiente manera:

El suministrado debe comunicar al suministrante las propuestas de terceros.

SUMINISTRADO ⇄ SUMINISTRANTE

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

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

11.5. Es razonable que quien no goza del derecho de preferencia (quien la otorga) sea el encargado de comunicar las propuestas recibidas por terceros. Se entiende que estas propuestas, de los terceros, deben consistir en los presupuestos que estos plantean frente a quien otorga la preferencia, con miras a celebrar un futuro contrato de suministro.

Dentro del esquema italiano, esos terceros desean ser suministrantes. Dentro del esquema peruano, podrán ser, en el futuro, suministrantes o suministrados.

11.6. La razón por la cual el que otorga la preferencia del suministro debe comunicar las propuestas al suministrante, o beneficiario de la preferencia, es para que este beneficiario pueda mejorar esas ofertas de los terceros o igualarlas (o algo distinto, dependiendo de qué es lo que se haya pactado), como podría ser que se encuentre dentro de los márgenes razonablemente inferiores, que hayan sido aceptados por quien otorga la preferencia.

11.7. Es lógico que el que otorga la preferencia sea el encargado de comunicar las condiciones propuestas por los terceros, ya que, quien deberá dar su aprobación para la celebración de ese nuevo contrato será el beneficiado con la preferencia del suministro (se entiende, dentro de las condiciones propuestas por terceros y sus márgenes); es decir, el que otorga la preferencia se está obligando, al pactar la cláusula de preferencia, a celebrar un contrato con el beneficiario de la misma.

11.8. La razón por la cual quien otorga la preferencia debe comunicar las propuestas a la parte que goza de la preferencia, es para que quien la ha otorgado no se perjudique celebrando posteriormente un contrato de suministro, solo con el presupuesto que pueda ofrecer el beneficiario. Con las propuestas de los terceros se establecen parámetros que favorecen, o aseguran, los intereses del beneficiario.

Por último, deseamos hacer algunos comentarios acerca del alcance de la frase contenida en el artículo 1615, la cual expresa que «[...] la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros [...]».

A nuestro entender, cuando el Código Civil hace alusión a esa comunicación indubitable, no solo se está refiriendo a que dichas propuestas deben haber sido comunicadas indubitablemente a la otra parte, sino que el contenido de esa comunicación debe revestir el carácter de indubitable. Se entiende que la comunicación de las propuestas debe ser hecha basándose en presupuestos de terceros y con los

respectivos documentos que acrediten su veracidad, ya que, de lo contrario, se estaría dejando a quien otorga dicha preferencia y comunica dichas propuestas, en la posibilidad de entregar datos falsos al beneficiario de la propuesta.

En conclusión, creemos que en el artículo 1615 no debió colocarse la frase: «[...] la parte que tenga la preferencia [...]», sino la frase «[...] la parte que otorga la preferencia [...]». Así sería congruente el contenido del referido artículo.

12. Cláusula de exclusividad en favor del suministrante

En su artículo 1616, el Código Civil Peruano regula el caso en el cual se haya pactado, en el contrato de suministro, la cláusula de exclusividad en favor del suministrante. Asimismo, se señala cuál es el comportamiento que deberá seguir, en este caso, el beneficiario del suministro. El texto de la mencionada norma es el siguiente:

> Artículo 1616.- Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación.

Esta norma tiene, fundamentalmente, los mismos elementos que el artículo 1567 del Código Civil Italiano de 1942, y difiere de este último solo en algunos términos que han sido perfeccionados; por ejemplo, cuando el código peruano se refiere al objeto de la prestación (aludiendo a los bienes), en vez de referirse, tal como lo hace su similar italiano, al «objeto del contrato». A continuación el texto de la norma italiana:

> Artículo 1567.- Exclusiva a favor del suministrante.- Si en el contrato se ha pactado una cláusula de exclusiva a favor del suministrante, la otra parte no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza ni puede proveer, salvo pacto en contrario, por medios propios a la producción de las cosas que constituyen objeto del contrato.

En realidad, poco tenemos que decir acerca del artículo 1616 del código Nacional, salvo el hecho de especificar que, cuando se trata del pacto de exclusividad, se está hablando de algo absolutamente distinto a la cláusula de preferencia; esto no excluye la posibilidad (y de hecho ocurre frecuentemente en la práctica) de que en un contrato de suministro ambos puedan pactarse a la vez.

Por lo demás, es lógica la regulación y las limitaciones que nuestro Código Civil coloca a las actividades que, luego de celebrado un contrato con cláusula de exclusividad, puede efectuar o realizar el beneficiario del suministro o suministrado; de de lo contrario, el pactar una cláusula de esta naturaleza no tendría razón alguna.

Cabe formular una observación en el sentido de que, de manera contraria a lo dispuesto cuando se reguló lo relativo al plazo de la cláusula de preferencia, al que se le impone una duración máxima de cinco años, cuando se trata en la norma bajo comentario, respecto de la cláusula de exclusividad, a esta no se le ha colocado plazo máximo. Simplemente hacemos la observación.

13. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado

Prosiguiendo con el comentario de las normas del Código Civil Peruano acerca del contrato de suministro, encontramos que el artículo 1617 hace referencia al contrato de suministro en el cual se haya pactado la cláusula de exclusividad a favor del suministrado o beneficiario del suministro. El texto de la mencionada norma es el siguiente:

> Artículo 1617.- Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa o indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia de contrato, en ningún otro lugar.

El artículo trascrito tiene su base en el numeral 1568 (primer párrafo) del Código Civil Italiano; sin embargo, difiere de esta norma en algunos aspectos importantes. El contenido de la norma italiana es el siguiente:

> Artículo 1568.- Exclusiva a favor de quien tiene derecho al suministro.- Si la cláusula de exclusiva se pacta en favor de quien tiene derecho al suministro, el suministrante no puede llevar a cabo en la zona para la que se ha concedido la exclusiva y por la duración del contrato, ni directa ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que constituyan el objeto del contrato.

Sin duda, el artículo 1617 del código Nacional, al señalar que el suministrante no podrá «efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar», aparentemente estaría efectuando esta disposición en sentido imperativo, ya que no hace ninguna salvedad (en el sentido de que pueda existir pacto en contrario), ni tampoco se hace ninguna observación (tal como «salvo voluntad distinta», o alguna otra frase por el estilo).

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

Para ilustrar lo dicho, vamos a colocar un ejemplo: Si un pequeño fabricante de confecciones exclusivas (polos, por ejemplo) celebra, en calidad de suministrante, un contrato con una tienda del Centro Comercial Caminos del Inca, en Surco, con un plazo de duración de dos años, sería ilógico pensar que dicho fabricante no pueda celebrar durante ese plazo un nuevo contrato de suministro con algún otro minorista en alguna otra parte del mundo.

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

Como vemos, la frase «en ningún otro lugar», constituye un exceso. Consideramos que hubiera sido mucho mejor dejar la redacción empleada por el Código Civil Italiano al respecto, la cual señala que las restricciones respecto del suministrante se limitan a «la zona para la que se ha concedido la exclusiva».

Pero, a pesar de la apariencia de imperatividad de la última frase del artículo 1617, estimamos que esta norma reviste solo tal carácter cuando las partes no han especificado el ámbito de la exclusividad pactada. Sin embargo, aun así, esa frase constituye un peligro.

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

14. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado con obligación de promover la venta de los bienes

El tema resumido en la sumilla se encuentra regulado en el artículo 1618 del Código Civil Peruano; dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 1618.- El beneficiario del suministro que asume la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad responde de los daños y perjuicios si incumple esa obligación, aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada.

Esta norma, a su vez, se basa en el artículo 1568 (segundo párrafo) del Código Civil Italiano de 1942, cuyo texto es como sigue:

> Artículo 1568.- Exclusiva a favor de quien tiene derecho al suministro.-[...] Quien tiene derecho al suministro, y asume la obligación de promover, en la zona que se le

> ha asignado la venta de las cosas de las que tiene la exclusiva, responde de los daños en caso de incumplimiento a tal obligación, aun cuando haya cumplido el contrato respecto de la cantidad mínima que se haya fijado.

En realidad, no tenemos críticas que hacer a ninguna de las dos normas (ni a la peruana ni a la original), sino simplemente observar que es frecuente la celebración de pactos o cláusulas de esta naturaleza; es decir, que van acompañadas del pacto de exclusividad en favor del beneficiario del suministro. Es necesario señalar que el artículo 1618 supone, justamente, la existencia de un pacto o cláusula de exclusividad.

Además, debemos puntualizar que la última frase del artículo 1618 del código, al igual que su fuente de inspiración, no es de muy clara redacción; ya que, al señalar que estará obligado al pago de daños y perjuicios si incumple la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad, aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada, pareciera sugerirse dos posibilidades:

Que se esté refiriendo a que el suministrado haya efectuado el pago al suministrante respecto de la cantidad de dinero que se comprometió a pagarle por concepto de los bienes que este último le suministró.

Que se esté refiriendo a que el beneficiario del contrato de suministro haya cumplido, respecto del suministrante, con vender una cantidad mínima pactada, a pesar de lo cual se considere que no ha promovido, en la medida de lo establecido en el contrato, la venta de los bienes que le fueron suministrados.

Creemos que la segunda opción es la correcta, ya que la primera opción no sería del todo congruente con el texto íntegro del artículo 1618. Pero lo que nos hace pensar que la redacción de la última frase de esta norma es confusa, es el hecho de haberse colocado la cantidad mínima pactada; pues cuando estamos hablando de las obligaciones del beneficiario del suministro que son propias de un contrato de esta naturaleza, nos estamos refiriendo al pago de la contraprestación dineraria correspondiente, y en este caso no habría razón para hablar de «cantidad mínima pactada», sino solamente de «cantidad pactada». Sin embargo, si se tratase de una cantidad de bienes vendidos por el suministrado, sí procederá el uso de esta terminología.

15. Incumplimiento de escasa importancia del contrato de suministro

El artículo 1619 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1619.- Si el beneficiario del suministro no satisface la obligación que le corresponde y este incumplimiento es de escasa importancia, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin darle aviso previo.

Esta norma está destinada a proteger al beneficiario del suministro de posibles arbitrariedades que el suministrante pudiese intentar respecto de aquel, en el supuesto de que el suministrado haya incurrido en determinados incumplimientos en la ejecución de las prestaciones a las que se había obligado. Fundamentalmente, y como es evidente en este contrato, nos estamos refiriendo al pago de la contraprestación dineraria que el suministrado debe efectuar al suministrante por concepto de los bienes que ha recibido a cambio.

El artículo 1619, antes trascrito, tiene su base o antecedente en el numeral 1565 del Código Civil Italiano, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 1565.- Suspensión del suministro.- Si la parte que tiene derecho al suministro es incumpliente y el incumplimiento es de escasa importancia, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin dar oportuno preaviso.

Como podemos observar, ambas normas no presentan diferencias sustanciales; salvo el punto en el cual el Código Civil Peruano señala que el suministrante podrá suspender el suministro dando «previo aviso» a la otra parte, mientras que el Código Civil Italiano utiliza los términos «oportuno preaviso».

Esto, que parece una simple variación de términos, reviste una mayor importancia de la que parece tener a primera vista.

Como hemos señalado en oportunidades anteriores, el contrato de suministro puede revestir las más variadas formas y contener, a su vez, las más variadas prestaciones, de los más diversos tipos o clases de bienes. Por ello, si lo que se quiere con la norma del artículo 1619 es evitar arbitrariedades por parte del suministrante en perjuicio del beneficiario del suministro, pues, sencillamente, aquí se está dejando la puerta abierta para que el suministrante interrumpa el suministro con solo dar un aviso previo al suministrado, pudiéndole causar los más variados perjuicios.

Para ilustrar lo dicho, vamos a utilizar un ejemplo. Supongamos que una fábrica de artefactos eléctricos del Japón tiene celebrado, en calidad de suministrado, un contrato con una empresa peruana para el suministro de dos mil toneladas métricas de acero, las cuales deberán ser entregadas el primer día de cada mes. Habida cuenta del plazo que demoraría esa fábrica japonesa para poder celebrar un nuevo contrato de suministro con otro suministrante, y el tiempo que demoraría el traslado de ese producto desde el país de origen hasta el Japón, si es que la empresa japonesa hubiese incurrido en un pequeño incumplimiento de sus pagos y la empresa peruana le notificara el último día de este mes que va a suspender el suministro del metal, ocurrirá que la mencionada empresa peruana habrá actuado de acuerdo con lo prescrito por el Código Civil en su artículo 1619, ya que habrá dado un aviso previo. Sin embargo, no por ser previo sería oportuno, dado que podría causar considerables daños y perjuicios al suministrado.

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

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

El artículo 1620 del Código Civil Peruano establece lo siguiente:

> Artículo 1620.- Cuando alguna de las partes incumple las prestaciones singulares a que está obligada, la otra parte puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos.

Esta norma está destinada a regular el caso en el cual haya habido un incumplimiento de importancia respecto de las prestaciones de las obligaciones derivadas de un contrato de suministro.

Pero no es solo una diferencia de grado en el incumplimiento lo que distingue a la norma bajo comentario del artículo 1619 anteriormente analizado.

En primer lugar, la norma del artículo 1619 está referida a un incumplimiento por parte del suministrado, mientras que la norma del artículo 1620 está referida a un hipotético incumplimiento de cualquiera de las dos partes contratantes: suministrante y suministrado.

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

En realidad, podríamos considerar este último punto como un límite; una base mínima que establece el Código Civil para que el afectado por el incumplimiento pueda demandar la resolución del contrato. En tal sentido, la norma del artículo bajo comentario, constituye una excepción para la regla general del artículo 1428, la cual establece lo siguiente: «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno o en otro caso, la indemnización de daños y perjuicios». Es una excepción porque, de acuerdo con la norma del artículo 1428, quien se vea perjudicado por cualquier incumplimiento de las prestaciones a las que se ha obligado la otra parte contratante, podrá demandar la

resolución de ese contrato, por más mínimo que sea dicho incumplimiento. En cambio, tratándose de un contrato de suministro, solo se podrá demandar la resolución si el incumplimiento reviste las características establecidas en el artículo 1628.

Pero cabe hacernos una pregunta: ¿nunca podrá demandar la resolución del contrato de suministro la parte perjudicada por un incumplimiento que no llegue a revestir las condiciones establecidas en el artículo 1620? Pensamos que sí podría hacerlo en un supuesto: cuando las partes hayan pactado, en el momento de la celebración del contrato, que la resolución podrá ser demandada por cualquier tipo de incumplimiento, o por un incumplimiento de menor grado al previsto en el artículo 1620. Naturalmente, con esta interpretación no se estaría desprotegiendo al suministrado ni al suministrante incumpliente, ya que a ello se habrán comprometido por propia voluntad y asumiendo ese riesgo.

Sin embargo, si no se hubiese pactado nada al respecto, a nuestro entender, regirá lo dispuesto por el artículo 1620, y los límites que este impone para el ejercicio de la acción de resolución.

Por último, cabe señalar que el texto del artículo 1620 tampoco es creación del legislador peruano, sino del italiano; ya que se basa en el numeral 1564 del Código Civil de dicho país, cuya redacción es la siguiente:

> Artículo 1564.- Resolución del contrato.- En caso de incumplimiento de una de las partes relativo a prestaciones singulares, la otra puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una notable importancia y es tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos.

El contrato de donación

1. Concepto

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

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

La definición otorgada por el código Nacional plantea diversos puntos que resulta necesario abordar.

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

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

Decimos esto, por dos razones fundamentales.

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

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

2. Características

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de donación en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle; y dictada en su Curso de contratos, Parte general, cuando fui su alumno en la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante el primer semestre académico de 1986; la que, además, está contenida en su obra *El contrato en general*, primera parte, tomo I, páginas 209 a 248. Consideramos que se trata de la clasificación más completa entre las conocidas.

2.1. En cuanto al nombre

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

2.2. En cuanto a su regulación

La donación siempre ha estado jurídicamente regulada en el Perú.

El Código Civil de Santa Cruz la contemplaba en su libro III (De las diferentes maneras de adquirir la propiedad), título II (De las donaciones), capítulo 1 (De la donación entre vivos), capítulo II (De la revocación de las donaciones), capítulo III (De las donaciones por causa de muerte), entre los artículos 665 a 694.

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

El Código Civil de 1852 la regulaba en su libro II (De las cosas —del modo de adquirirlas— y de los derechos que las personas tienen sobre ellas), sección III (Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación y donación), título II (De la donación), entre los artículos 579 a 629.

El Código Civil de 1936 legislaba la donación en el libro V (Del derecho de obligaciones), sección V (De los diversos contratos), título IV (De la donación), entre los artículos 1466 a 1489.

Nuestro Código Civil vigente la regula en su libro VII (Fuentes de las obligaciones), sección segunda (Contratos nominados), título IV (Donación), entre los artículos 1621 a 1647[1].

---

[1] 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.

2.3. En cuanto a su estructura

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

2.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de donación es, fundamentalmente, un contrato de carácter civil; ya que, al celebrarse a título gratuito, tiene ausente el fin de lucro propio de la actividad comercial.

2.5. En cuanto a su autonomía

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

2.6. En cuanto a su formación

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

El Código Civil Italiano de 1865 regulaba a la donación en sus artículo 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 a 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 aquella por la cual se imponga cualquier carga al donatario.

Artículo 1064.- La donación comprende tan solo los bienes presentes del donante; se comprende por tanto, que la donación de bienes futuros es nula.

Por su parte, el Código Civil Argentino trata acerca de la donación en sus artículos 1784 y siguientes:

Artículo 1784.- Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra la propiedad de una cosa». Artículo 1799.- «Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas.

Artículo 1800.- Las donaciones no pueden comprender sino los bienes presentes del donante, y si comprenden también bienes futuros, serán nulas a este respecto. Las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán si los donantes se reservaren el usufructo, o una porción conveniente para subvenir a sus necesidades, y salvo los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes, o ascendientes legítimos.

El Código Civil Costarricense de 1888 regula a la donación en el artículo 1404: Artículo 1404.- «La donación transfiere 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

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

---

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 a favor de otra, que la acepta.

Artículo 619.- Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Por su parte, el Proyecto del Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, trata acerca de la donación en sus artículos 656 y siguientes:

Artículo 656.- La donación entre vivos es una convención por la cual el donante confiere gratuitamente o sin equivalencia, al donatario, quien acepta, un derecho real o un derecho personal.

Ella puede consistir también en la entrega o el abandono gratuito de un derecho real del donante sobre la cosa del donatario o de un derecho personal contra él.

Artículo 658.- La donación entre vivos es nula si ella tiene por objeto una cosa o un derecho perteneciente a un tercero o también al heredero presunto del donante; sin que haya que distinguir si el donante ha expresado o no que él tenía conocimiento que la cosa fuese de otro.

El donante no es garante de la evicción sufrida por el donatario, a menos que ella no resulte de un hecho personal al donante y posterior a la donación, o que no haya habido dolo en la dación de la cosa de otro.

El Código Civil Japonés aborda al contrato de donación en el artículo 549:

Artículo 549.- Un contrato de donación se hace efectivo cuando una de las partes declara su intención de transferir gratuitamente la propiedad de un bien a la otra parte y la otra parte conviene en aceptar eso.

El Código Civil Alemán aborda el tema en los artículos 516 y siguientes:

Artículo 516.- Una atribución por la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio es donación si ambas partes están de acuerdo en que la atribución se realice gratuitamente.

Si la atribución se ha realizado sin la voluntad del otro, el atribuyente puede requerirle, bajo señalamiento de un plazo prudencial, para la declaración sobre la aceptación del transcurso del plazo vale como aceptada la donación, si el otro no la ha rehusado antes. En el caso de repulsa puede ser exigida la restitución de lo atribuido, según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto.

Artículo 524.- Si el donante oculta dolosamente una falta de la cosa donada, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto.

Si el donante había prometido la prestación de una cosa determinada solo 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

Por su parte, en el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, la donación se encontraba dentro de la segunda parte relativa al dominio y contratos, en el título 22 (Donaciones). De Vidaurre consideraba que la donación era un contrato. Ello lo manifiesta expresamente cuando en su Exposición de motivos aborda el tema de la aceptación, diciendo: «¿Es necesaria la aceptación? La respuesta es muy obvia. Es un contrato, y no hay contrato sin el libre convenio de los contratantes».

El Código Civil de 1852 presentaba una mayor riqueza de supuestos que los que regularon sus antecesores, pero la consideraba como un modo de adquirir la propiedad junto con la prescripción y la enajenación.

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

---

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 este 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 artículo 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.

De acuerdo con el tratamiento del Código Civil de 1984, la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, se celebrará con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles cuyo valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (U.I.T.) vigente al momento de la celebración del contrato (disposición prevista por el artículo 1623, modificado, del Código Civil).

Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623, modificado (el 25% de la U.I.T.). Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción

---

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. 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] 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. 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 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 acepte.

de nulidad, lo cual equivale a decir que es un contrato *ad solemnitatem*. Se señala, además, que en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil).

Asimismo, se tratará de un contrato formal cuando sean donados bienes inmuebles. En este caso, el contrato deberá celebrarse por escritura pública con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad. Así lo establece el texto modificado del artículo 1625 del Código Civil Peruano.

Sin embargo, si se tratara de una donación de bienes muebles cuyo valor excediese el 25% de la U.I.T., pero realizada con ocasión de bodas o acontecimientos similares (como por ejemplo bautizo, primera comunión, bodas de plata, bodas de oro, cumpleaños, etc.), dicho contrato no estaría sujeto a las formalidades establecidas por el artículo 1624 (argumento del artículo 1626 del Código Civil); en ese caso nos encontraríamos frente a un contrato consensual y no ante uno formal. Estos mismos conceptos son de aplicación a cualquier otro bien mueble que se done con motivo de estas ocasiones, independientemente del valor que tenga.

2.7. En cuanto al tiempo

El contrato de donación es, fundamentalmente, de ejecución inmediata; puesto que, por lo general, se ejecuta inmediatamente después de haberse celebrado. Sin embargo, nada obstaría para que se acordara diferir su ejecución si ello conviniera a las partes contratantes.

2.8. En cuanto a su negociación

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

2.9. En cuanto al rol económico

La donación es un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del donante a favor del donatario. Esta disminución no se verá compensada por ninguna contraprestación, razón por la cual no se trata de un contrato de cambio

(los contratos de cambio son aquellos destinados a la circulación de la riqueza, sin que necesariamente deba existir intercambio alguno).

2.10. En cuanto a su función

La donación es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio. Sin embargo, nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de ejecutar, en favor de una parte, la transferencia de propiedad de un bien.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

2.12. En cuanto a la prestación

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

2.13. En cuanto a la valoración

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

2.14. En cuanto al riesgo

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

2.15. En cuanto a sus efectos

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[2] 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

[2] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general.* Primera Parte. Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, tomo I, pp. 49 y 50.

este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir (ha terminado su rol).

El citado profesor afirma que lo subsistente es la relación obligatoria nacida del contrato, la cual vincula a las partes y debe ser cumplida. Como ejemplo cita el contrato de compraventa, en el cual lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble, materia del contrato, no es el contrato mismo sino la relación jurídica (la 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 de compraventa y no el contrato mismo; el cual deja de existir en el momento en que se perfecciona.

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

3. Actos de liberalidad distintos a la donación

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

3.1. Los actos jurídicos en general

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

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

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

3.2. Patrimonio familiar

Tal como expresa Héctor Cornejo Chávez[3], la figura del patrimonio familiar consiste en la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia (o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio que sirva para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento).

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

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

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

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

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

3.3. Renuncia de herencia

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

El artículo 674 establece lo siguiente:

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

---

[3] Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Lima: Ediciones Studium, 1984, tomo II, p. 287.

Por su parte, el artículo 675 dispone que:

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

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

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

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

3.4. Los legados testamentarios

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

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

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

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

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

3.5. El derecho de acrecer

El artículo 774 del Código Civil señala que:

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

Seguidamente, el numeral 775 dispone que:

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

El artículo 776, a su vez, dispone que:

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

Y, finalmente, el artículo 777 establece que:

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

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

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

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

3.6. El anticipo de legítima

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

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

3.7. El usufructo gratuito

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

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

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

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

3.8. El cuasi usufructo gratuito

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

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

3.9. El derecho de uso gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1026, el derecho de usar o servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título referido al usufructo, en cuanto sean aplicables. Resulta evidente que el derecho real de uso puede constituirse ya sea a título oneroso o gratuito (sin que medie contraprestación alguna). En este último caso, se tratará de un acto de liberalidad.

3.10. El derecho de habitación gratuito

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

3.11. El derecho de superficie gratuito

De conformidad con lo establecido por el artículo 1030 del Código Civil, puede constituirse el derecho de superficie, por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción, en propiedad separada, sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años.

A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

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

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

3.12. El derecho de servidumbre gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1035 del Código Civil, la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del precio sirviente o para impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos.

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

3.13. La prenda gratuita

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

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

3.14. La anticresis gratuita

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

La primera de las normas mencionadas, establece que, por la anticresis, se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y de percibir sus frutos. El numeral 1094 establece que las obligaciones del acreedor son las mismas que las del arrendatario, excepto la de pagar la renta. En tal sentido, en virtud de la naturaleza de la anticresis y de lo dispuesto por el artículo

1094 citado, puede entenderse que este derecho real de garantía es un acto de liberalidad, sobre todo cuando se constituye en garantía de una obligación ajena.

3.15. La hipoteca gratuita

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

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

3.16. El pago de una obligación natural

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

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

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

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

Algo similar ocurre con el juego y la apuesta no autorizados. En este caso, a diferencia de la prescripción, la obligación no nació civil, sino natural. Tal relación solo origina un deber —muy distinto de la obligación— con contenido patrimonial, que una persona —el deudor— satisface respecto de otra, cumpliendo, al igual que en el

caso de la obligación prescrita, con un imperativo de su conciencia. Por eso, como cuando se paga una obligación prescrita, no se puede repetir. Por otro lado, añadimos que nada tienen de ilícito el juego y la apuesta no autorizados, pero no prohibidos por la ley. Se trata de actos lícitos que carecen de acción. Por eso, justamente, se impide exigir la restitución de lo pagado; y, por esa misma razón, cuando se paga, se responde a un deber íntimo.

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

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

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

3.17. Cesión de créditos

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

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

Es sabido que la cesión de créditos puede realizarse tanto a título gratuito como oneroso. Sería gratuita en la medida en que el tercero cesionario, en el convenio de

cesión, pagara alguna contraprestación al acreedor cedente, a cambio de pasar a ocupar su lugar en la relación obligatoria. Sería onerosa en caso contrario.

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

3.18. Cesión de derechos no crediticios

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

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

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

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

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

3.19. Imputación del pago

En virtud de lo prescrito por el artículo 1256 del Código Civil:

> Artículo 1256.- Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, a favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas se aplica este. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida.

Adicionalmente, cabe recordar que el artículo 1257 establece que:

> Artículo 1257.- Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a estos antes que a los intereses.

El artículo 1257 del Código Civil Peruano de 1984, está destinado a establecer determinadas excepciones para el caso de la imputación del pago. En tal sentido, la norma prescribe un orden necesario e imperativo para que opere tal imputación.

Ante todo, debemos aclarar que el supuesto de la norma bajo comentario no se basa en que existan, necesariamente, prestaciones surgidas de distintas fuentes, o incluso de diferentes obligaciones; simplemente, está aludiendo a que una misma obligación pueda tener diversas prestaciones de la misma naturaleza, con caracteres de homogeneidad, pero por distintos conceptos.

Es el caso de una deuda compuesta por capital (la prestación principal debida originalmente), gastos (los que hubiese generado la celebración del acto relativo a la prestación principal o su requerimiento para cobrarla —que, por lo general, y a ello alude usualmente el artículo 1257, se tratará de los gastos que origine la concesión del préstamo dinerario o la cobranza de dicho préstamo—), e intereses (los devengados por concepto del uso o mora de dicho capital).

Dentro de tal orden de ideas, consideramos conveniente recordar las acepciones que hemos adoptado sobre capital, intereses y gastos.

Por capital se entiende el conjunto de bienes materiales o intangibles que constituyen un patrimonio.

De este modo, el concepto jurídico del término «capital» coincide con la noción de «patrimonio».

La Real Academia de la Lengua[4] señala que la palabra «gasto» significa «Acción de gastar», «Cantidad que se ha gastado o se gasta» (entre otras acepciones).

---

[4] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es (Visitada el 2/2/2009).

Por otra parte, la misma Academia[5] indica que la palabra «gastar» significa, de acuerdo con otra de sus acepciones: «Emplear el dinero en algo».

En realidad, los gastos constituyen todos aquellos desembolsos que se hayan hecho conducentes a la celebración del contrato o, hablando en singular, al nacimiento de la obligación de que se trate.

Aclaramos, sin embargo, que la palabra «gastos» también puede referirse a las expensas en las que puede haber incurrido el acreedor para la cobranza del capital e intereses adeudados.

En la opinión más difundida, el interés es un fenómeno económico de valor y, como tal, constituye el precio que se paga por la disposición de un capital.

No obstante, en su acepción jurídica, el interés se ha definido como el rédito, rendimiento, fruto o remuneración de un capital.

Consideramos, por lo demás, que no es necesaria, para el supuesto del artículo 1257 del Código Civil Peruano, la presencia del elemento de homogeneidad entre los objetos de las prestaciones; ya que, aquí estamos frente a una sola obligación que consiste en el pago de diversas prestaciones (aquellas que generan el deber de devolver el capital y de pagar los gastos e intereses).

Pero no siempre se dará el supuesto de concurrencia de estas tres prestaciones en la relación obligacional.

Por ello, efectuamos el siguiente razonamiento:

a) Si la deuda solamente está constituida por el capital y el deudor paga, obviamente, no regirán los principios de imputación del pago, puesto que se sabrá, a ciencia cierta, que está pagando dicha prestación.
b) Si la deuda está integrada por capital y gastos, y el deudor efectúa un pago, de acuerdo con el artículo 1257, no podrá aplicarlo al capital antes que a los gastos.

Estimamos pertinente señalar, respecto de los gastos, que estos no generan intereses compensatorios o legales (a menos que se hubiese pactado lo contrario en el título de la obligación).

Sin embargo, los gastos sí son susceptibles de originar intereses moratorios; vale decir, aquellos que se devengan desde la constitución en mora del deudor.

a) Si la deuda está constituida por capital e intereses y el deudor efectúa un pago, de acuerdo con el mismo precepto, no podrá aplicar dicho pago al capital antes que a los intereses.

---

[5] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es (Visitado el 2/2/2009).

b) Y, finalmente, si la deuda está integrada por capital, gastos e intereses y el deudor efectúa un pago, conforme al artículo 1257, no podrá aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a estos antes que a los intereses.

Naturalmente, todo ello es susceptible de variación si el acreedor otorga su conformidad a una imputación diferente.

Hemos hecho estas referencias a la imputación del pago, dado que, si al deudor se le pasase la oportunidad de imputar el pago y esta se trasladase al acreedor, este último podría hacer la imputación de acuerdo con lo que más le convenga; es decir, en caso de tratarse de una deuda que constara de capital, gastos e intereses, imputaría dicho pago primero a los intereses, luego al capital, luego a los gastos y finalmente al capital.

Sin embargo, es potestad del acreedor renunciar a efectuar una imputación que lo beneficie; y podría imputar dicho pago primero al capital, luego a los gastos y finalmente a los intereses. Es evidente que esta no sería una acción arbitraria ni ilegal, en la medida en que el código peruano lo autoriza en el artículo 1258. Dicho precepto dispone que:

> Artículo 1258.- Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.

3.20. La condonación

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

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

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

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

3.21. La cesión deposición contractual gratuita

Conforme a lo establecido por el artículo 1435 del Código Civil, en los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder

a un tercero su posición contractual. Para ello se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato tendrá efectos solo desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido, por escrito de fecha cierta.

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

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

3.22. Contrato a favor de tercero celebrado a título gratuito

A decir de Manuel de la Puente[6], si bien el nombre del contrato a favor de tercero lleva a pensar que este existe en todos aquellos casos en que un tercero se beneficia con sus efectos, ello es únicamente cierto si se considera el contrato a favor de tercero en su sentido lato.

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

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

Si el estipulante va a recibir a su favor una contraprestación por parte del tercero, sería mediante un contrato, tras el cual, estaría presente un acto a título oneroso.

---

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

Sin embargo, en ausencia de esa contraprestación, nos encontraríamos en presencia de un acto a título gratuito. Tal vez el ejemplo más ilustrativo de un contrato a favor de tercero, celebrado a título gratuito, es el del seguro de vida que contrata una persona con una compañía de seguros, el cual estipula que sus hijos serán los beneficiarios en caso de fallecer el asegurado.

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

En virtud de lo establecido por el artículo 1470 del Código Civil, se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante, si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido.

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

El esquema clásico de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero plantea que, si el promitente logra un resultado exitoso de su promesa, el promisario deberá pagarle una retribución por tal concepto; en tanto que, si no se cumple el resultado de lo prometido, el promitente deberá indemnizar al promisario[7].

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

---

[7] Para ilustrar lo antes señalado, podemos indicar dos ejemplos. Uno estará referido a la promesa de la obligación de un tercero y el otro a la promesa del hecho de un tercero. El relativo a la promesa de la obligación de un tercero sería el siguiente: 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.

Ahora bien, un ejemplo de una promesa del hecho de un tercero sería el siguiente: 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 con el 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 según el 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 puede comprender a múltiples contratos, no puede confundirse la

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

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

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

Se trataría de un acto de liberalidad si la parte que se reserva la facultad de nombrar posteriormente a un tercero, que asuma los derechos y las obligaciones derivadas

---

naturaleza jurídica del contenido de la promesa (el contrato) con la promesa misma, que vendría a constituirse en un mecanismo contractual útil para facilitar la celebración de otros contratos.

Una cosa es que yo prometa a Julio que Jorge le va a vender su automóvil, y otra muy diferente es cuando este último se obliga a transferírselo. Es evidente que solo hay un contrato de compraventa en este último 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 está ubicada en el Código Civil en el título XI de la sección primera, Contratos en general.

Con frecuencia se sostiene que no es en si 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 aquel beneficios susceptibles de ser apreciados económicamente, lo que inclusive, se 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 anticipadamente. En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promisario se compromete a una obligación de resultados, 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 esta, para conseguir del tercero lo prometido al promisario.

de aquel acto, lo hace de modo totalmente gratuito con relación a dicho tercero, de manera tal, que este último vea solamente los beneficios derivados de dicha declaración de nombramiento. Este sería un acto a título gratuito, un acto de liberalidad.

3.25. El suministro gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1604:

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

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

3.26. La donación indirecta o atípica

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

Víctor A. Villavicencio Cúneo[8] sostiene que las partes, para alcanzar el fin ulterior que desean, hacen uso, en la donación indirecta, de un camino oblicuo y transversal. De esta manera, podría decirse que la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas es una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

Dentro de ese orden de ideas, en la donación indirecta, el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, el cual solamente de reflejo lleva ventaja al beneficiario. En las donaciones indirectas, el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación donde actúa ulteriormente el efecto de la liberalidad; siendo natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque este es el único que interesa al Derecho.

---

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

Así, como ejemplo de una donación indirecta relacionada con un contrato de compraventa, podríamos citar el caso en el que comprador y vendedor celebren una compraventa sobre un automóvil nuevo de una reconocida marca, que en el mercado tiene un valor aproximado de cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América, pactando como precio quinientos 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 aun, que realmente los cobra.

También vamos a suponer que no existe ningún otro elemento que lleve a que dicho acto pueda perjudicar los intereses de terceros; así como tampoco alguna causal que haga peligrar la validez o eficacia del acto.

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

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

3.27. La donación con cargo

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

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

3.28. Mutuo sin intereses

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

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

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

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

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

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

3.29. El hospedaje gratuito

Según lo establecido por el artículo 1713 del Código Civil:

> Artículo 1713.- Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares.

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

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

3.30. El comodato

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

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

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

3.31. El contrato de locación de servicios gratuito

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

> Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

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

Nos referimos al artículo 1759, precepto que dispone que:

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

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

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

3.32. El contrato de obra gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1771 del código Nacional:

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

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

Un contrato de obra celebrado a título de liberalidad nunca podría ser impuesto a un comitente que, eventualmente, no desease beneficiarse por los aparentes efectos de dicha liberalidad.

3.33. El contrato de mandato gratuito

En virtud del artículo 1790 del Código Civil:

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

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

No cabe imponer la celebración de un mandato a ningún mandante, a pesar de que los eventuales futuros actos que vaya a realizar el mandatario le sean de aparente utilidad.

3.34. Contrato de depósito voluntario gratuito

Tal como establece el artículo 1814 del Código Civil:

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

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

De ninguna manera sería posible la imposición de un contrato de depósito al depositante ni al depositario.

3.35. El contrato de fianza gratuito

Según el artículo 1868 del Código Civil, por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.

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

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

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

3.36. Contrato de renta vitalicia gratuito

Conforme establece el artículo 1923 del Código Civil:

> Artículo 1923.- Por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.

El artículo 1924 agrega que:

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

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

3.37. Promesa unilateral a título gratuito

En virtud de lo establecido por el artículo 1956 del Código Civil, por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación a favor de otra persona. La citada norma agrega que para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa.

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

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

3.38. Cualquier otro acto de liberalidad no mencionado anteriormente

Prescindiendo del carácter meramente ilustrativo de la relación antes efectuada, debemos subrayar que, también, podrá constituir una liberalidad cualquier acto

o contrato en el cual una persona se obligue a ejecutar una prestación de dar, de hacer o de no hacer a favor de otra; y, que esta otra no deba realizar ninguna contraprestación a favor de la primera.

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

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

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

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

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

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

No obstante lo señalado, advertimos al lector que no debe pensarse ajena al concepto de donación *inter vivos* a aquella de las características antes mencionadas, pero que no pueda ejecutarse en vida del donante, en razón de haber sobrevenido su muerte antes del vencimiento del plazo establecido para su ejecución. En este caso, al tratarse de una obligación transmisible a los herederos, en virtud de lo prescrito por el artículo 1218 del Código Civil, serán dichos herederos quienes deberán cumplir con ejecutar la prestación a que se había obligado su causante.

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

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

El artículo 1622 del Código Civil establece que:

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

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

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

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

Lo que trata de evitar el Derecho es que se puedan violar, a través del contrato de donación *mortis causa*, principios básicos de derecho sucesorio. Podríamos decirlo en estas palabras: el derecho de contratos busca, mediante la donación *mortis causa*, que no se puedan lograr mayores beneficios para el donatario que aquellos que el derecho sucesorio permite para los legatarios.

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

5. La formalidad en el contrato de donación

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

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

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

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

En virtud de lo prescrito por la Sexta Disposición Complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, decreto legislativo n.° 757, promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial El Peruano el día 13 de noviembre de 1991; se estableció que toda mención a «sueldos mínimos vitales mensuales» hecha en este artículo del Código Civil se entenderá referida a Unidades Impositivas Tributarias (U.I.T.).

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

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

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

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

En la década de los noventa del siglo XX se produjo un paulatino abandono del sueldo mínimo vital como índice o factor de referencia en el Derecho peruano, lo que produjo desde 1991, en lo que respecta a esta norma, su sustitución por la Unidad Impositiva Tributaria. Este hecho pasó a tener traducción específica el 22 de mayo de 1993.

Teniendo en cuenta, por ejemplo, que la Unidad Impositiva Tributaria durante el año 2007 fue de S/. 3,450, será consensual toda donación que no exceda de la cuarta parte de S/. 3,450; es decir, aquella donación que no exceda de S/. 862.50.

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

Desde nuestro punto de vista, consideramos que se trata de un índice referencial demasiado bajo, ya que dicha suma apenas supera los US$ 270. Esto significa que

toda donación cuyo valor supere esta cifra no podría realizarse de manera informal, o solamente consensual, sino que estaría obligada, a riesgo de ser nula, a seguir la formalidad establecida por el artículo 1624 del Código Civil para los denominados bienes muebles «de mediano valor».

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

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

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

Independientemente de la válvula de escape planteada por el artículo 1626 del Código Civil, referido a las donaciones con ocasión de bodas o acontecimientos similares (del cual nos ocuparemos en su momento); consideramos que si se quería establecer algún parámetro máximo para las donaciones consensuales, bien pudo ser el de una Unidad Impositiva Tributaria (la cual representa un poco más de mil dólares americanos).

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

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

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

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

En virtud de lo prescrito por la Sexta Disposición Complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, decreto legislativo n.° 757, promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial El Peruano, el día 13 de noviembre de 1991; se estableció que toda mención a «sueldos mínimos vitales» hecha en este artículo del Código Civil se entenderá referida a Unidades Impositivas Tributarias (U.I.T.).

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

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

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

Consideramos que existen varias razones.

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

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

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

Finalmente, la formalidad de la cual nos estamos ocupando tiene también directa relación con el ánimo del legislador de evitar la presencia de donaciones de carácter inoficioso. Este tema está regulado por el artículo 1629 del Código Civil, precepto que establece que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación inválida en todo lo que exceda de esta medida.

Como se sabe, el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Pero de este tema nos ocuparemos en otro momento.

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

En ocasión anterior[9], y con motivo del estudio de las obligaciones en general, nos preguntábamos ¿qué es un documento de fecha cierta[10]?

---

[9] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, pp. 334-339.

[10] Se discute mucho acerca de qué debe entenderse por documento de fecha cierta. Incluso hay quienes consideran conveniente introducir una precisión conceptual acerca de los mismos en el texto del Código Civil Peruano.

Sobre la diversidad de criterios existentes en nuestro país acerca de lo que debe entenderse por documento de fecha cierta, citaremos dos puntos de vista. El primero es el de Raúl Ferrero Costa (Ferrero Costa, Raúl. *Curso de derecho de las obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, pp. 49 y 50):

«¿Pero qué debemos entender por documento de fecha cierta? El Código guarda silencio y entre los autores nacionales y extranjeros no existe acuerdo a este respecto. Por otro lado, la jurisprudencia no es uniforme al señalar cuáles son los documentos que detentan fecha cierta, ni aun en aquellos países en los cuales su código señala expresamente los casos en que la tienen. Así nos lo hace saber Erwin O. Rosenbusch en una breve recopilación de sentencias que han dado los tribunales argentinos sobre este punto.

Fecha cierta es la fecha indudable respecto de terceros, puesto que entre las partes otorgantes de un documento la fecha que en él se señala siempre es cierta. Los documentos que tienen fecha cierta, a nuestro criterio son: a) los documentos públicos; 2) los instrumentos privados reconocidos, entendiéndose la fecha cierta desde el día en que lo fueron; 3) los documentos privados, desde el día en que son inscritos en los Registros Públicos en mérito de leyes especiales; y 4) los documentos privados, desde el día en que a alguno de los otorgantes le sobreviniese la muerte o incapacidad física tal que le impida suscribir nuevos documentos.

No consideramos que el instrumento privado, legalizado ante notario, sea necesariamente de fecha cierta porque, como bien señala Jorge Eugenio Castañeda, se debe «esclarecer que la legislación notarial no le da fecha cierta al instrumento privado, ya que, el notario puede también legalizar con fecha antelada, lo cual no puede hacerlo con las escrituras públicas, en razón de las seguridades que contiene para su otorgamiento la ley de notariado. Una de ellas es el orden cronológico en que deben ser extendidas».

En segundo lugar citaremos la opinión de Gastón Fernández Cruz (Fernández Cruz, Gastón. «La Buena Fe en la Concurrencia Sobre Bienes Inmuebles». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 41, 1987, pp. 219 y 222):

«Como se podrá apreciar, dentro de la prelación contemplada en el artículo 1135, se ha reemplazado en el segundo orden de preferencia al instrumento público a que se refería el Código Civil de 1936, por el documento de fecha cierta (lo que brinda un espectro mucho más amplio en el goce de la preferencia otorgada por el artículo 1135 del Código Civil, en relación al artículo 1174 del Código de 1936). Sin embargo, ello significa que dentro del aspecto privado, se está dando una mayor relevancia a la forma del acto jurídico, aunque esta sea, en la mayoría de los casos, solo *ad probationem*. Pese a esto, reconocemos que, dentro de la *ratio legis* del precepto estudiado, en donde se prefiere al acreedor que suma a su buena fe la diligencia en el actuar, resulta hasta cierto punto lógico y justo proteger a quien tuvo la precaución de que su título conste en documento de fecha cierta, aunque este no sea instrumento público, en desmedro de quien solo mantiene su título en documento privado puro y simple; pues lo único que se persigue en realidad, en el supuesto segundo de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, es sujetar el orden de la prelación establecido a un criterio de "seguridad jurídica" que no es distinto al

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

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

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

> Artículo 235.- Documento público.- Es documento público:
>
> 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y,
>
> 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.

---

previsto para el primer orden de la prelación. Sobre el particular, sin embargo, surge la duda de qué se entiende por "fecha cierta". El Código Civil de 1984 no ha definido lo que debe entenderse por este concepto, al igual que tampoco lo hizo el Código Civil de 1936, cuando lo contempló para los casos de constitución de prenda. Dicha situación plantea ciertas interrogantes a las que la jurisprudencia deberá dar respuesta, aunque particularmente y dada la singular situación de Poder Judicial en nuestro medio, hubiese sido deseable que la precisión de este concepto no hubiese quedado librada a los tribunales.

En principio, por "fecha cierta" debe entenderse la precisión del tiempo que, atendiendo a particulares circunstancias, no sea susceptible de presentar duda alguna. Estas particulares circunstancias pueden responder a la naturaleza propia del documento en que se consigne la fecha o, en atención a las cualidades del funcionario competente que diera fe de su realización. Conforme a la opinión del doctor Jorge Eugenio Castañeda, "fecha cierta" es la fecha que no puede ser puesta en duda, produciendo en su concepto el carácter de "fecha cierta", las escrituras públicas mientras no se declare la nulidad o falsedad de las mismas, el instrumento privado reconocido en diligencia preparatoria, desde que es reconocido ante el Juez, y el instrumento privado firmado ante testigos. El mismo doctor Castañeda, niega el carácter de "fecha cierta" a las legalizaciones realizadas por Notario Público de las fechas en las que aparece extendida la legalización de firmas, y a aquellas que brotan de los libros comerciales y contables, que conforme a ley deban llevar las instituciones sujetas al Código de Comercio. Sin embargo, las razones esgrimidas por el doctor Castañeda para considerar como poco confiables de producir "fecha cierta" a las puestas en las legalizaciones de firmas realizadas por notarios, son hasta cierto punto ofensivas para la función notarial, pues se basan en la absoluta desconfianza del Notariado público. Según Manuel Augusto Olaechea, la "fecha cierta" se puede establecer, sea por la exhibición anterior del documento en juicio; sea por su legalización hecha por notario, o por reconocimiento judicial; por la inscripción del documento en cualquier Registro; por el fallecimiento de su otorgante, o de aquel que lo escribió o de quien firmó como testigo, y en general por todo medio que establezca la autenticidad indubitable de la fecha del documento. Lo cierto es que, si analizamos la finalidad que persigue la ley al exigir la "fecha cierta", para establecer el segundo orden de prelación del artículo 1135 del Código Civil, la misma creemos, debe responder a cualquier hecho que establezca de manera indubitable la realización de determinado acto».

> La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.

También son documentos que revisten fecha cierta los presentados en un proceso judicial, en el sentido de que la fecha de su presentación revestirá certidumbre con las constancias de recepción (sellos y rúbrica) que aparezcan en ellos. Adicionalmente, lo serían aquellos documentos privados susceptibles de inscribirse en los Registros Públicos, luego de su presentación en el Registro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.1. Razón de ser de la norma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2. Acontecimientos similares a las bodas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4. La donación de inmuebles

En virtud de lo dispuesto por el texto original del artículo 1625 del Código Civil Peruano de 1984, la donación de bienes inmuebles debía hacerse por escritura

pública, con indicación individual del bien donado, de su valor y el de las cargas que había de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

Como hemos dicho, en virtud de lo prescrito por la Sexta Disposición Complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo n.° 757, promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial El Peruano el día 13 de noviembre de 1991; se estableció que toda mención a «sueldos mínimos vitales mensuales» hecha en este artículo del Código Civil se entenderá referida a Unidades Impositivas Tributarias (U.I.T.).

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, si se siguiera para la donación de inmuebles la misma formalidad requerida para la compraventa de inmuebles (vale decir ninguna), cualquiera podría

alegar la condición de donatario de un bien inmueble (y por tanto, la condición de propietario del mismo) sin tener un documento escrito que respalde su afirmación. Además, también se podría intentar acreditar esta condición a partir de cualquier otro medio probatorio que establece la ley procesal civil, lo que constituiría una situación de riesgo e inseguridad jurídica.

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

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

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

El requisito de valorización no responde a objetivos de naturaleza tributaria (pues un acto de esta naturaleza no se encuentra gravado), sino a razones que tienen directa relación con la necesidad de evitar que en el futuro, si esta donación deviene en inoficiosa, se dejen de aplicar al caso las consecuencias previstas en el artículo 1629 del Código Civil.

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

Decimos esto, pues el tema del valor del bien no será relevante al momento en que fue donado, sino actualizando dicho valor al momento de la muerte del donante,

y en comparación con el valor total de la masa hereditaria que haya dejado el donante y ulterior causante.

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

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

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

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

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

6. Los bienes que pueden ser donados

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

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

En el contrato de compraventa, el Código Civil regula con pulcritud diversos supuestos en torno a las características de los bienes que pueden ser materia del mismo. Esta minuciosidad nos llevó a desarrollar el tema en diversas investigaciones anteriores relativas a dicho contrato[11].

[11] Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: CONCYTEC, 1990; El bien materia del contrato de compraventa. Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992; Tratado de la venta. Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XVIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

En lo que no se oponga al contrato de donación, nuestras apreciaciones vertidas en anteriores investigaciones resultan plenamente aplicables.

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

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

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

El texto de esta norma es el siguiente:

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

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

a) Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar, es ajeno.
b) Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera gratuitamente la propiedad de ese bien ajeno.
c) Este compromiso se regirá de acuerdo a los artículos 1470, 1471 y 1472.

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

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

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

Con las omisiones antes señaladas, podemos sostener, válidamente, que el contrato de donación de bienes ajenos, en estricto, no ha sido contemplado específicamente en el título respectivo; sin embargo, creemos que sí es perfectamente posible dentro de nuestro Código Civil (en virtud de la norma general establecida por el artículo 1409, inciso 2, y de no haber prohibición expresa al respecto) pactar un contrato de donación de bien ajeno, en estricto, que no esté sometido a las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero[12].

En el ámbito de los códigos civiles consultados, el Código Civil Peruano de 1984, al no contener ninguna norma relativa al vicio que afecta al contrato por el cual el donatario desconoce el carácter ajeno del bien, está brindando un tratamiento disímil. Este problema deberá regularse de acuerdo con las normas relativas a los vicios de la voluntad, ya sean estos el dolo o el error; y no las referentes a la rescisión,

---

[12] La mayoría de los códigos civiles consultados no contienen ninguna norma expresa respecto de la donación de bienes ajenos. Sin embargo, existe un grupo de códigos civiles que regulan o que por lo menos intentan regular la materia. Estos son los siguientes: Proyecto de Código Civil Japonés de 1890 (artículo 658); Segundo Anteproyecto de Código Civil Peruano de 1926 (artículo 522); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 956); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 658); Código Civil Venezolano de 1942 (articulo 1443); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1627); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1211).

Hemos encontrado cuatro códigos civiles que hacen una mención específica o contienen alguna norma de remisión respecto a la donación de bienes ajenos y la sancionan con la nulidad. Estos son:

Proyecto de Código Civil Japonés de 1890 (artículo 658); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 956); Código Civil Colombiano (artículo 658, inciso I); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1211).

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 la sanciona con anulabilidad (artículo 979), en virtud de la remisión a la aplicación de las normas relativas al contrato de compraventa.

En materia de donaciones, hemos considerado conveniente conceptuar dentro de lo que significan los bienes ajenos a los bienes futuros, ya que estos, dentro de la línea de los Códigos consultados, pueden ser bienes que existan al momento de la celebración del contrato, pero que todavía no pertenezcan al patrimonio del donante. En tal sentido hemos encontrado los siguientes Códigos Civiles que prohíben la donación de bienes futuros:

Segundo Anteproyecto de Código Civil Peruano de 1926 (artículo 522), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1443); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1211); Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1064); Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 (artículo 980, inciso 3).

ya que esta, a nuestro entender, solo procede a plantearse cuando la ley expresamente así lo estableciere.

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

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

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

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

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

7. La donación efectuada a favor de tutores o curadores

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

7.1. Si los tutores o curadores se encuentran en funciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. La donación inoficiosa

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

8.1. Lógica del precepto

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

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

Hay límites que deberá respetar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.2. Insuficiencia de los alcances del precepto

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

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

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

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

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

8.3. Alcances de la inoficiosidad

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

Esta disposición resulta coherente con todo aquello que venimos expresando.

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

8.4. El problema temporal

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

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

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

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

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

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

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

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

8.5. Momento a considerar para la inoficiosidad

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

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

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

8.5.1. Momento de la celebración del contrato de donación

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

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

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

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

8.5.2. Momento de la muerte del donante

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

Pero las desventajas son múltiples.

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

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

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

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

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

Aquí estaríamos frente a una donación calificada como inoficiosa.

9. La acción de inoficiosidad

La acción de inoficiosidad de la donación solo puede ser interpuesta por los herederos del donante - causante, contra el donatario o los herederos de este último;

a fin de que devuelva el bien, su valor o parte de dicho valor, si la donación fuera solo parcialmente inoficiosa.

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

10. Plazo de interposición de la acción

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

Veamos un ejemplo.

Si el contrato de donación se celebra cuando el donante tiene veinte años de edad; muere a los noventa años de edad, y sus herederos estiman que la donación fue inoficiosa y deciden demandar al donante (o —lo más probable— a los herederos del donante); los herederos del donante tendrán un plazo máximo de diez años, contados desde la muerte de su causante, para iniciar el proceso judicial.

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

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

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

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

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

Finalmente, quienes consideran que esta situación constituye un peligro, recurren a la forma de la compraventa para encubrir las donaciones que desean celebrar;

ya sea vía compraventa simulada, o a través de la donación indirecta o atípica (la misma que, al fin y al cabo, es una compraventa perfectamente válida en el Derecho peruano).

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

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

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

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

Creemos que en lo referente a la mecánica de la inoficiosidad de la donación, el mecanismo peruano vigente es adecuado[13]. Estimamos que la norma (el artículo 1629) podría verse enriquecida si ampliase su ámbito de aplicación a todos los actos de liberalidad. Pero, convenimos en que una situación como esta agravaría muchísimo la inseguridad de los actos de liberalidad.

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

> Artículo 1629.- Nadie puede dar por vía de donación o cualquier otra liberalidad, más de lo que puede disponer por testamento.
>
> La donación o la *liberalidad* es inválida en todo lo que exceda de esta medida.
>
> El exceso se regula por el valor que tengan los bienes al momento de la muerte del donante.

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

---

[13] Contrariamente a lo que pensábamos en 1998 (Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del código civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo II, pp. 988 y ss.), cuando adoptábamos el criterio de los cinco años anteriores a la muerte del donante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, debemos imaginar la situación en la cual un conjunto de donaciones se hayan celebrado —todas ellas— en una misma fecha; y precisamente cuando se hace el cómputo aparece la inoficiosidad.

Si no fuera posible distinguir (aunque sea por horas) los momentos de celebración de dichos actos, aquí sí se aplicaría un criterio de prorrateo entre todos ellos; a efectos de que cada donatario deba devolver, a los herederos del donante, un valor

estrictamente proporcional entre el momento inoficioso y el valor de cada uno de los bienes donados, sobre los que ha contratado cada uno de ellos.

12. Donaciones conjuntas

Según lo establecido por el artículo 1630 del Código Civil:

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

12.1. Concepto

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

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

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

12.2. El derecho de acrecer

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

El texto de los referidos preceptos es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

13. La cláusula de reversión

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

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

13.1. Concepto

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

¿Pero qué es la cláusula de reversión?

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

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

Procederemos a citar tres ejemplos:

a) Un joven ingresa a la Universidad Católica a estudiar Derecho y su abuelo, muy contento por tal acontecimiento, le regala un automóvil nuevo. En el contrato celebrado se incluye una cláusula de reversión, la cual establece que si no concluye aprobatoriamente la currícula de Estudios Generales Letras, en cuatro semestres académicos, el automóvil revertirá a favor del abuelo.
b) Un joven profesional recién graduado de arquitecto se va a radicar a Holanda. Un tío, que tiene gran cariño por él, a la vez que mucho dinero, le obsequia un departamento en una zona residencial de Ámsterdam. En el contrato incluye una cláusula de reversión que establece que si su sobrino, antes de cinco años, se dedica al comercio de drogas, la propiedad del departamento revertirá a favor del tío.
c) Un joven planea casarse dentro de dos años y su padre le regala, con tal anticipación, una casa, con la condición de que revierta a su propiedad si algún día se divorcia.

13.2. Personas a quienes puede favorecer la reversión

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

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

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

Por un lado, podría sostenerse que dichos herederos no serían susceptibles de beneficiarse de la condición, pues ellos, en estricto, no son el donante y nunca se pactó la reversión a favor de estas personas.

Sin embargo, también podría sostenerse lo contrario, señalando que el único beneficiario es el donante, pero que dado lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil Peruano, en el sentido de que la obligación se transmite a los herederos (salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario) esos herederos (del donante) pueden hacer exigible la reversión de lo donado.

Pensamos que este segundo criterio interpretativo es el correcto. Por lo demás, ningún precepto legal peruano impide seguir este camino.

13.3. Supuestos de renuncia a la reversión

Podría darse el caso en el que —ya sea una vez verificada la condición o antes de que ella ocurra— el donante renuncie a la facultad de valerse de la reversión que estableció a su favor, en el contrato de donación.

Esta renuncia podría ser expresa o tácita.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración en contrario.

La renuncia tácita puede revestir muchas variantes, pero el código establece una especial en lo relativo al contrato de donación. Al respecto, el artículo 1632 señala lo siguiente:

> Artículo 1632.- El asentimiento del donante a la enajenación de los bienes que constituyeron la donación determina la renuncia del derecho de reversión. El asentimiento del donante a la constitución de una garantía real por el donatario no importa renuncia del derecho de reversión sino a favor del acreedor.

La lógica de la norma consiste en que si ocurriese lo previsto en el primer párrafo del citado artículo 1632 de Código Civil, dicho asentimiento devendría en un acto total y absolutamente incompatible con la intención de hacer valer los beneficios otorgados por la cláusula de reversión.

14. Supuesto del donante que desmejora de fortuna

De conformidad con lo establecido por el artículo 1633 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1633.- El donante que ha desmejorado de fortuna solo puede eximirse de entregar el bien donado en la parte necesaria para sus alimentos.

14.1. Ámbito de aplicación de la norma

En principio, pareciera que el numeral 1633 ha sido concebido únicamente para el caso de bienes muebles.

Decimos esto, porque si se tratara de un bien inmueble cierto y se celebrara un contrato de donación sobre el mismo, la transferencia de propiedad del bien, del donante al donatario, operaría instantáneamente, luego de que las partes hubiesen suscrito la respectiva escritura pública.

Entonces, dentro de tal orden de ideas, si ya se produjo la transferencia de propiedad, resultaría inaplicable el supuesto planteado por el artículo 1633, en la medida en que el donatario no podría tratar de eximirse de la entrega de un bien cuya propiedad ya no le pertenece.

Pero no debemos apreciar el tema desde una división absoluta entre muebles e inmuebles, pues, como sabemos, los particulares pueden pactar algo distinto de lo preceptuado por los numerales 947 y 949 del Código Civil; con lo que la propiedad de un bien mueble cierto podría transferirse en un momento distinto de la entrega o tradición y la transferencia de propiedad de un bien inmueble cierto podría llegar a producirse en un momento absolutamente distinto de aquel que marca «la sola obligación de enajenar».

Además, no olvidemos que tanto el 947 como el 949 son preceptos creados para los bienes ciertos, con lo cual el vasto universo de los bienes inciertos y de los bienes fungibles está excluido de tal ámbito.

En conclusión, asumimos que el artículo 1633 solo se aplica cuando, luego de haberse celebrado el contrato de donación, todavía no se ha producido la transferencia de propiedad de todo el bien o de una parte del mismo.

14.2. Momento de empobrecimiento del donante

Resulta evidente que el empobrecimiento del donante debe haberse producido luego de celebrar el contrato de donación y antes de haber transferido la propiedad del bien donado.

Entendemos que las causas que deben conducir a dicho empobrecimiento tendrían que revestir carácter súbito e imprevisible, en la medida de que si el mismo ya estuviera presente desde antes de la celebración del contrato, o si el empobrecimiento ya se hubiera previsto o hubiera sido notoriamente previsible, el Derecho debe entender que tal donante no tendría qué reclamar, y mucho menos tendría la posibilidad de evitar cumplir con la integridad de la prestación asumida en el contrato.

14.3. Magnitud del empobrecimiento

Conforme a lo establecido por el artículo 1633, debe existir una desmejora de fortuna. Esto significa que si el donante ya era un hombre de poca fortuna al momento de celebrar el contrato, no le sería aplicable el beneficio contenido en el artículo 1633.

Además, dicho empobrecimiento no podrá ser de cualquier magnitud, sino uno tan severo que ponga en peligro las posibilidades de satisfacer sus necesidades alimenticias.

La pregunta que surge, en este estado de la cuestión, es: ¿las necesidades de qué personas son las que protege el numeral 1633? ¿Solamente las del donante empobrecido o también las de aquellos que dependen de él en materia alimenticia?

La respuesta puede ser polémica.

Como sabemos, en virtud de lo establecido por el artículo 472 del Código Civil:

> Artículo 472.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.
>
> Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

Además, los artículos 473, 474 y 475 del citado cuerpo normativo, establecen lo siguiente:

> Artículo 473.- El mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia.
>
> Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.
>
> No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos.
>
> Artículo 474.- Se deben alimentos recíprocamente [sic]:
>
> 1. Los cónyuges.
>
> 2. Los ascendientes y descendientes.
>
> 3. Los hermanos.
>
> Artículo 475.- Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:
>
> 1. Por el cónyuge.
>
> 2. Por los descendientes.
>
> 3. Por los ascendientes.
>
> 4. Por los hermanos.

Creemos que en este conflicto debería primar el fiel cumplimiento de la obligación legal de prestar alimentos a quien lo requiera, y más allá de si el necesitado es el propio donante.

De asumir la interpretación contraria, estaríamos dejando la puerta abierta para que, a partir de donaciones (las mismas que incluso podrían ser actos absolutamente simulados), el supuesto donante se exima de cumplir con esta obligación legal.

No está de más decir que, en estos casos, los eventuales alimentistas perjudicados tendrían derecho a plantear la acción revocatoria o pauliana, contemplada por la ley civil en sus artículos 195 y siguientes.

14.4. Ámbito temporal del beneficio

Uno de los puntos que resulta imprescindible abordar es el relativo a la pregunta de hasta cuándo podría extenderse el lapso en que el donante empobrecido tenga derecho a hacer valer el beneficio que le otorga el artículo 1633.

Creemos que, al no existir restricciones legales al respecto, debería considerarse que el beneficio otorgado por la norma podría llegar a ser —incluso— indeterminado; el donatario tendría entonces expedito su derecho para hacer valer el cumplimiento de la obligación del donante, vía mandato judicial, si prueba en el proceso que este dejó de encontrarse en la situación prevista por el artículo 1633.

14.5. Magnitud de aquello cuya entrega puede ser materia de reserva

Conforme al artículo 1633 del Código Civil, no se establecen parámetros respecto de la magnitud de aquello cuya entrega puede ser materia de reserva; razón por la cual, y según lo manda cada caso concreto, la reserva podrá efectuarse ya sea sobre parte, ya sea sobre la integridad del bien o de los bienes objeto del contrato de donación.

15. Supuesto de supervivencia de un hijo

De conformidad con lo establecido por el primer párrafo del artículo 1634 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1634.- Queda invalidada de pleno derecho la donación hecha por persona que no tenía hijos, si resulta vivo el hijo del donante que este reputaba muerto.

15.1. Sentido del precepto

La lógica de este precepto gira en torno a considerar que las circunstancias que rodearon al contrato de donación, cuando este se celebró, no permitieron a las partes (específicamente al donante) evaluar una realidad desconocida: que el hijo o los hijos que el donante había procreado y creía muertos, en realidad estaban vivos.

Nótese que el artículo 1634 hace referencia a la idea de que el donante considerara muertos a la integridad de hijos que había tenido.

De la redacción del citado numeral, queda claro que dicha norma no se aplicaría al caso en el cual el donante creyese muerto a alguno o a algunos de sus hijos, pero supiera que otro(s) estaba(n) vivo(s).

Pero resulta sumamente cuestionable el sentido del artículo 1634, ya que establece una arbitraria relación de causalidad entre el hecho de desconocer que vive un hijo que se creía muerto y sancionar como consecuencia la invalidación de pleno derecho de dicha donación.

Se parte, obviamente, del supuesto de que tal persona no hubiera celebrado el contrato de donación en el caso de que hubiese conocido la realidad.

Además —y lo que deviene en un elemento todavía más perverso—, ni siquiera tiene esto relación alguna con los porcentajes de libre disposición en materia sucesoria, específicamente con el tercio de libre disposición de aquel que tiene hijos u otros descendientes; ya que, para la invalidez de pleno derecho del contrato de donación, en el caso del artículo 1634, no interesará la magnitud del valor de lo donado, en comparación con el valor patrimonial del donante al momento de la celebración del contrato de donación.

Tal valor solamente tendrá relevancia en términos de matiz, ya que el artículo 1636 del propio cuerpo sustantivo establece que:

> Artículo 1636.- No queda invalidada de pleno derecho la donación en el caso del artículo 1634 cuando el valor del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo de hacer la donación. En este caso, es necesario que el donante la declare sin efecto.

Decimos que la relevancia solamente es de matiz, pues más allá de lo expresado en el artículo 1636, siempre será posible para el donante invalidar la donación. Si el valor del bien excede de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo de celebrar la donación, será una invalidación de pleno derecho (caso en el cual, teóricamente, ni siquiera sería necesaria comunicación alguna del donante al donatario en este sentido).

Cuando el valor del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante, al momento de hacer la donación, para invalidar el contrato será necesario que el donante envíe al donatario una comunicación haciéndole saber que ha decidido dejarlo sin efecto.

Pero como puede apreciar el lector, ni siquiera el hecho de pasar el valor de un décimo resulta atentatorio contra los eventuales derechos hereditarios expectaticios

del hijo o de los hijos, cuya muerte se presumía, ya que el padre podría haber dispuesto libremente, vía donación o vía testamento, hasta del tercio de su patrimonio.

Es claro que, si el valor de lo donado superase el tercio de libre disposición, ese hijo o esos hijos que se creía(n) muerto(s) tendrían todo el derecho —como herederos del causante (donante)— de entablar una acción judicial contra el donatario o sus herederos para que la donación se declare inoficiosa.

Menos aún, creemos que no debiera existir derecho alguno a favor del donante o de sus herederos en el caso del artículo 1634, cuando el valor de lo donado sea exiguo y, en todo caso, no pase del 10% del valor del patrimonio del donante al momento de celebrar el contrato de donación.

15.2. Consecuencias de la invalidación de la donación

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1635 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1635.- Invalidada la donación se restituye al donante el bien donado, o su valor de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido.
>
> Si el bien donado se halla gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor.

15.2.1. Restitución del bien

Entendemos que el supuesto de restitución del bien, en el caso de que se invalide una donación, solo será factible y razonable en la medida en que dicho bien se halle en perfecto estado de conservación, en resguardo del principio de identidad del pago.

Decimos esto, pues el donatario no podría entregar un bien cuyas características y cualidades hayan disminuido por concepto de su uso.

En tal caso, la hipótesis de la restitución carecería de sentido, salvo que el propio donante la aceptase.

De lo expresado, queda claro que tendría derecho a oponerse a la restitución del bien, si el mismo no tuviera las características que debería tener.

15.2.2. Restitución del valor

En caso no se pudiese optar por seguir el camino de la restitución del bien, dadas las razones expuestas en el punto anterior, lo que correspondería sería restituir el valor del bien.

Resulta evidente que nos estamos refiriendo al valor actual del bien (es decir, al que tendría al momento del pago efectivo), pues esta es una deuda de valor, de aquellas reguladas por el artículo 1236 del Código Civil Peruano. Este precepto establece que:

> Artículo 1236.- Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Pero también se tendría que optar por el camino de la restitución del valor, en caso de que el donatario hubiese enajenado el bien. En esta situación se produciría otro supuesto de imposibilidad de entregar el bien; en esta situación no se trataría de una imposibilidad física (como en el supuesto de pérdida o deterioro del bien), sino de un caso de imposibilidad jurídica, pues el bien ya pertenece a un tercero.

Cabe precisar que la devolución del bien o la devolución de su valor no se trata de una alternativa. Simplemente, si el bien es susceptible de ser devuelto, así se deberá proceder, y el donante incluso tendría derecho de ir por el camino de la ejecución forzosa de la obligación.

Solo podrá ir por el camino de la restitución de su valor en caso la devolución del bien resulte física o jurídicamente imposible, o si el bien hubiese sufrido, a criterio del donante, un deterioro considerable.

15.2.3. Supuesto de devolución de un bien gravado

Como recordamos, el segundo párrafo del artículo 1635 del Código Civil Peruano de 1984 establece que si el bien donado se encuentra gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor.

Sin duda, este es un mecanismo eficaz para que el donante pueda recuperar la propiedad del bien, encontrándose el mismo totalmente saneado. Además, en cuanto a la subrogación, se trataría de un caso de subrogación legal, específicamente contemplado por el artículo 1260 (inciso 2) del Código Civil, por pagar la deuda alguien que tiene legítimo interés. Sin embargo, podríamos plantearnos la interrogante de qué pasaría si dicho donante se encontrase imposibilitado de pagar el gravamen para su liberación, o, incluso, si dicho donante, a pesar de poder pagar, decide no hacerlo (por las más diversas razones o circunstancias).

Consideramos que, en estos casos, el donante tendría todo el derecho para actuar de esa manera; en la medida en que no fue él, sino el donatario, quien constituyó gravamen sobre el bien.

Dentro de tal orden de ideas, dicho donante tendría todo el derecho de exigir la restitución del valor del bien, ya que el pago del gravamen resulta, en estos casos, optativo.

Podríamos decir que aquí sí estamos hablando de una obligación alternativa, en la cual el donatario es deudor y el donante acreedor, y en la cual quien escogerá con qué prestación se cumplirá, será el último de los mencionados.

16. Supuesto de sobreviniencia de hijos

A diferencia de lo establecido por el artículo 1634 para el caso de la donación en la que, luego de celebrada, el donante descubriese que un hijo suyo —que reputaba muerto— estaba vivo; el propio artículo, en su segundo párrafo, contempla el caso en que la donación haya sido hecha por alguien que no tenía hijos y luego sobrevienen estos.

Para el referido supuesto, la ley señala el siguiente precepto: «La donación hecha por quien no tenía hijos al tiempo de celebrar el contrato, no queda invalidada si estos sobrevinieren, salvo que expresamente estuviese establecida esta condición».

16.1. Sentido del precepto

El supuesto general, comprendido en el segundo párrafo del artículo 1634, consiste en que una persona celebre un contrato de donación, en calidad de donante, no teniendo hijos, y con posterioridad los tenga (o al menos tenga uno).

En este caso, la regla es que la donación se mantendrá incólume, inalterable; vale decir, que ella no perderá ni eficacia ni validez.

La lógica de la norma es clara, pues la realidad existente al momento de la celebración del contrato es la que deberá primar, resultando indiferente aquello que ocurra luego de ejecutado el mismo.

Por ello, sería inverosímil que la consecuencia natural del nacimiento de un hijo, relativa al contrato de donación, sea que dicho contrato se invalide.

Sin embargo, la ley admite que una situación como la descrita pudiera ser convenida excepcionalmente, a modo de condición resolutoria.

Debemos precisar que un caso como el descrito no será distinto a un supuesto más de cláusula o pacto de reversión (como los establecidos en el artículo 1631 del propio Código Civil). En tal sentido, remitimos al lector a lo expresado cuando oportunamente comentamos dicho tema.

17. La revocación en la donación

La revocación en el contrato de donación no es otra cosa que la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato por parte del donante, sin intervención del donatario.

Sin embargo, resulta necesario establecer que la posibilidad de revocar la donación se debería realizar fundándola en una causa, expresamente contemplada por la ley.

17.1. Causales de revocatoria

El artículo 1637 del Código Civil Peruano de 1984 establece que:

> Artículo 1637.- El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación.

17.1.1. Las causales de revocatoria asimiladas a las de indignidad para suceder

En el artículo 667 del Código Civil Peruano de 1984 se establecen las causales de indignidad para suceder.

Asimismo, en el artículo 668 se establece que:

> Artículo 668.- La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

Por su parte, el artículo 669 expresa que:

> Artículo 669.- El causante puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme a las normas de la desheredación y puede también perdonar al indigno de acuerdo con dichas normas.

En tanto, según el numeral 670:

> Artículo 670.- La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad.

Igualmente, resulta necesario mencionar que, conforme al artículo 671 del Código Civil:

> Artículo 671.- Declarada la exclusión del indigno, este queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquiriente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666.

Dentro de tal orden de ideas, corresponde analizar en detalle cada una de las causales de indignidad, pero advirtiendo que para estos efectos, debemos tener muy en cuenta que el tema debe ser analizado desde la perspectiva donante-donatario y no desde la natural perspectiva causante-heredero.

No olvidemos que el artículo 667 es una norma propia de derecho sucesorio y, por tanto, emplea la terminología indicada. Para este análisis —comprendiendo que no se trata de preceptos propios del derecho de contratos—, debemos hacer el esfuerzo de analizar cada uno de los incisos del artículo 667 desde una perspectiva contractual y no sucesoria.

Según establece el inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los autores y cómplices de homicidio doloso, o de su tentativa, cometido contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Agrega la norma que esta causal de indignidad no desaparece por el indulto, ni por la prescripción de la pena.

En materia contractual, debe entenderse que son pasibles de revocatoria de la donación, los donatarios que hayan cometido tentativa de homicidio doloso contra la vida del donante; o que hayan sido autores o cómplices de homicidio doloso, o de su tentativa, cometido contra la vida de los ascendientes del causante, descendientes o cónyuge. Debe tenerse en cuenta también que esta causal de revocatoria de la donación, no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.

Dejamos expresa constancia de que no hemos mencionado, dentro de las personas pasibles de ser donatarios sujetos a revocatoria, a los autores y cómplices de homicidio doloso cometido contra la vida del donante; ya que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1638 del propio Código Civil, no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación.

Entonces, si se hubiese causado la muerte del donante, la revocatoria de la donación devendría en un imposible jurídico.

Ello no significa que deba mantenerse eficaz el referido contrato, pues sin lugar a dudas, se estaría consumando una perversa injusticia. Lo que ocurre es que, en ese caso específico, el Código Civil no contempla el supuesto de revocatoria (lo que equivale a una resolución unilateral de la donación); sino contempla la caducidad de la donación (lo que equivale a una resolución de pleno derecho del contrato). En el artículo 1644, el Código Civil establece que caduca la donación si el donatario ocasiona intencionalmente la muerte del donante.

En este estado de la cuestión, el lector podrá preguntarse cuál es la razón por la que el Código Civil ha distinguido la revocación de la caducidad. En efecto, bien pudo haber señalado, empleando similar terminología y evitando equívocos, al supuesto de caducidad como uno de revocatoria de pleno derecho.

Asimismo, debemos admitir que la ley, cuando se refiere a la caducidad de la donación, está haciendo que la palabra «caducidad» adquiera carácter plurisignificativo dentro del propio Código Civil. Así agrega, a este supuesto, aquel contenido en el libro VIII, relativo a prescripción y caducidad, especialmente lo tratado en el

título II referido a la caducidad, la misma que de acuerdo con el concepto del artículo 2003, extingue el derecho y la acción correspondiente.

Dentro de tal orden de ideas, dejamos sentada nuestra posición en el sentido de que los preceptos, relativos al contrato de donación, deberían establecer una terminología más uniforme, en lo que respecta a la integridad del código.

Por lo demás, retornando al sentido del precepto bajo comentario, consideramos justo que se haya asimilado las consecuencias de los supuestos contenidos en el artículo 667 del código como causales de revocatoria de la donación; ya que, cualquiera de los supuestos ahí contemplados, reviste la mayor gravedad y es muestra de ingratitud contra el donante y su entorno familiar más cercano.

No está demás señalar que resulta imprescindible, para que opere la revocatoria en virtud de cualquiera de las causales previstas en el inciso 1 del artículo 667, que el donatario haya sido condenado penalmente con sentencia en autoridad de cosa juzgada. Ello, con prescindencia del respeto del plazo máximo de revocatoria regulado por el artículo 1639 del código, en el sentido de que la facultad de revocar la donación caduca a los seis meses, desde que sobreviene alguna de las causas del artículo 1637.

Según establece el inciso 2 del artículo 667, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso 1 del propio artículo.

En sede de derecho de contratos, la citada norma debería leerse en el sentido de que puede ser materia de revocatoria la donación del donatario que hubiera sido condenado por delito doloso cometido en agravio del donante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

Resulta evidente que, en cierta forma, existe una superposición entre lo dispuesto por el inciso 1 y lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 667, en la medida de que en el inciso 1 se hace referencia a diversos delitos que tienen carácter doloso.

Lo que ocurre es que el inciso 2 generaliza la causal de revocatoria a todo donatario que hubiera cometido cualquier delito doloso, y no solamente aquellos de homicidio doloso o su tentativa.

Debido a ello, al versar sobre supuestos de orden similar, podemos llegar a concluir que el sentido de la norma es el mismo que el del inciso 1, razón por la cual remitimos al lector a lo expresado oportunamente en relación a este particular.

Según establece el inciso 3 del artículo 667 del Código Civil, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

Este supuesto debe ser entendido, en sede contractual, como que es pasible de revocatoria la donación de aquel donatario que hubiera denunciado calumniosamente al donante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

En este caso, el sentido del precepto es el mismo que el de los incisos anteriores, en la medida de que un acto de esta naturaleza resulta gravemente atentatorio contra la gratitud que debe guardar el donatario respecto al donante.

De acuerdo con lo prescrito por el inciso 4 del artículo 667 del Código Civil, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento, para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

Sin duda, el inciso 4 del artículo 667 resulta el primer caso cuya aplicación a la revocatoria del contrato de donación resulta cuestionable.

Decimos esto, en razón de que la lectura que deberá hacerse de la norma sucesoria, con relación al referido contrato, podría no concentrar unanimidad de criterio; ya que será necesario combinar, en su análisis, criterios relativos a la donación y criterios relativos a los testamentos.

De esta forma, del inciso 4 podría deducirse que la donación es susceptible de revocatoria si el donatario emplea dolo o violencia para impedir al donante que otorgue testamento, para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

Esta causal reviste suma gravedad, ya que el donatario estaría realizando actos de naturaleza infame contra aquel que le donó un bien. Asumir una actitud como la descrita, en torno al otorgamiento de testamento, es algo totalmente reprobable y merece la sanción de revocatoria.

Antes de concluir estas apreciaciones, consideramos que podría sostenerse que la lectura del inciso 4 del artículo 667, en sede de contratos, se refiera a la posibilidad de revocar la donación del donatario que hubiera empleado dolo o violencia, para obligar al donante a celebrar el contrato de donación. Sin embargo, no creemos que esta lectura pueda ser válida; en la medida en que estaríamos hablando de un contrato que no requeriría ser revocado, pues sería anulable en virtud de que el donatario habría empleado dolo, violencia o intimidación para que el donante lo celebre. En ese caso, estaríamos en presencia de tres vicios de la voluntad, regulados por los artículos 210 a 218 del Código Civil. Esto haría anulable el acto, en virtud de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 221 del propio código.

De acuerdo a lo establecido por el inciso 5 del artículo 667 del Código Civil, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento

de la persona de cuya sucesión se trata; y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.

En sede contractual, y para los efectos de nuestro estudio, esta norma podría ser entendida como que es susceptible de revocatoria el contrato de donación del donatario que destruya, oculte, falsifique o altere el testamento del donante; y quien, a sabiendas, haga uso de un testamento falsificado de ese donante.

Entendemos que solo combinando los aspectos de derecho sucesorio y derecho de contratos, el inciso 5 del artículo 667 podría aplicarse a la revocatoria de la donación.

17.1.2. Las causales de revocatoria asimiladas a los supuestos de desheredación

Haciendo el mismo esfuerzo que efectuamos al asimilar los supuestos de indignidad para suceder al campo del derecho contractual, nos ocuparemos de asimilar el tema de la desheredación a la revocatoria del contrato de donación.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 742 del Código Civil:

> Artículo 742.- Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

Por su parte, el artículo 743 señala que:

> Artículo 743.- La causal de la desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. La desheredación dispuesta sin expresión de causa, o por causa no señalada en la ley, o sujeta a condición, no es válida. La fundada en causa falsa es anulable.

Según establece el inciso 1 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si este es también ascendiente del ofensor.

Consideramos, ante todo, que cuando tratemos de asimilar las causales de desheredación de los descendientes a las causales de revocatoria de la donación, debemos entender que los preceptos no están referidos a los descendientes, sino a los donatarios. Estas personas, en principio, no tienen por qué guardar relación alguna de parentesco con el donante.

Hecha esta aclaración, la asimilación que se podría hacer de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 744 consistiría en que es causal de revocatoria de la donación el que el donante haya maltratado de obra o injuriado grave, y reiteradamente, al donante o a su cónyuge.

Debemos precisar que hemos eliminado de nuestra interpretación la salvedad que hace la norma de desheredación en relación a que, para que se produzca tal supuesto,

el cónyuge del ascendiente debería ser también ascendiente del ofensor. Esto se debe a que el derecho sucesorio quiere evitar que se produzca la desheredación por naturales conflictos que se suscitan entre los hijos y la madrastra o padrastro; sin embargo, tal situación carece de relevancia en derecho de contratos, a efectos de la revocatoria de la donación.

De acuerdo con lo establecido por el inciso 2 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes haber negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente, encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.

En sede contractual, la amplitud de esta norma no sería tan grande. Decimos esto, porque no podría entenderse como causal de revocatoria de la donación si el donatario hubiese negado «sin motivo justificado los alimentos al donante»; ello, en virtud de que los alimentos son una institución establecida en la ley para casos específicos.

El artículo 472 del Código Civil establece que:

> Artículo 472.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

El deber alimenticio, de acuerdo al artículo 474 del Código Civil, solo se circunscribe a un deber recíproco entre los cónyuges, los ascendientes y descendientes; y los hermanos.

De este modo, resulta claro que, si entre donante y donatario no existe esa relación de parentesco o matrimonio, no habrá motivo para que se deban alimentos entre sí. De este modo, cualquier negativa a la prestación de los mismos tendría carácter justificado, quedando vacía la asimilación de la primera parte del inciso 2 del artículo 744 del código.

En lo que respecta a la asimilación de la segunda parte de la norma, esta resultaría algo más factible si se entiende que podría existir derecho a revocar la donación en caso el donatario hubiera abandonado al donante, encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.

Es claro que en sede de derecho de contratos, al no existir ninguna relación de parentesco ni matrimonio entre donante y donatario, tampoco estaría presente el nivel de asistencia del donatario al donante. Sin embargo, el Derecho entiende que sería causal de revocatoria de la donación, el haber abandonado (por parte del donatario) al donante gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo, debido a elementales razones de gratitud.

No obstante, para poder hacer valer esta causal de revocatoria tendría que apreciarse el conjunto del problema. En la solución del mismo influirían elementales razones relativas a la gravedad del donante, a las circunstancias que rodean el abandono y, aunque suene duro decirlo, al valor de lo donado.

De conformidad al inciso 3 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes haber privado al ascendiente de su libertad de manera injustificada.

Ante todo, deberíamos entender esta norma en sede contractual, como que es causal de revocatoria de la donación el haber privado (por parte del donatario) al donante de su libertad injustificadamente.

Más allá de indicar que, dentro de los supuestos asimilables, aquel bajo tratamiento ya estaría comprendido dentro del supuesto, analizado oportunamente, relativo al donatario que hubiera sido condenado por delito doloso cometido en agravio del donante, queda claro que el supuesto regulado en el inciso 3 del artículo 744 del Código Civil sería asimilable, por razones plenamente justificadas, a la revocatoria de la donación.

En virtud de lo establecido por el inciso 4 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes el llevar una vida deshonrosa o inmoral.

La lógica de esta norma, en derecho sucesorio, resulta plenamente justificada, en la medida en que los descendientes son personas que llevan el mismo apellido de sus ascendientes y representan, ante la sociedad en su conjunto, una clara manifestación de cuál ha sido su formación familiar. Hasta podría decirse que la conducta de los hijos es reflejo social de la conducta de los padres.

Por esa razón, el derecho sucesorio permite a un ascendiente desheredar a su descendiente si este lleva una vida deshonrosa o inmoral. En buena cuenta, la conducta del descendiente afecta en el plano social también al ascendiente.

Ese es el motivo por el cual, en principio, resultaría difícilmente asimilable esta disposición al derecho de contratos; ya que, tendríamos que señalar que resultaría susceptible de revocatoria la donación, si el donatario llevara una vida deshonrosa o inmoral.

Ello, porque en principio, la conducta que siga el donatario no debe afectar socialmente al donante. Con esto se cortaría cualquier lógica de interpretación de conjunto sobre la norma sucesoria con la norma contractual.

No obstante, podríamos imaginar algunos supuestos de excepción en los que sí resultaría aplicable, al contrato de donación, el inciso 4 del artículo 744. Nos referimos a aquellos casos en los cuales el donante pueda demostrar objetivamente que le afecta la vida deshonrosa o inmoral del donatario.

Para ello, un ejemplo:

El donante ha regalado al donatario una casa en la que vivió la familia del donante por tres generaciones, habiendo tenido todos los miembros de la familia una vida muy honorable y de repercusión pública.

El contrato de donación se celebra incondicionado.

El donatario dedica el inmueble recibido a una actividad de dudosa reputación (por ejemplo, la convierte en una casa de citas).

De ahora en adelante, todas las personas que conocían a esa antigua familia, y que saben de la donación celebrada, podrán relacionar objetivamente la finalidad a la que es dedicado el referido inmueble. Así podrán pensar que existen intereses patrimoniales ocultos de la honorable familia, en la inmoral actividad.

Creemos que un caso como el descrito podría estar amparado por la ley, a fin de que el donante revoque la donación efectuada.

En el artículo 745 del Código Civil se establecen las causales de desheredación de los ascendientes.

Sin embargo, es evidente que este numeral debería ser abstraído de cualquier relación de parentesco para su eventual aplicación al derecho de contratos, tal como hemos manifestado en supuestos de orden similar.

El primer caso planteado en el artículo 745 del Código Civil es el del inciso 1, donde se expresa que es causal de desheredación de los ascendientes el haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes.

Este inciso no puede ser aplicado en sede contractual, ya que tendría que ser leído como que el donante tiene derecho a revocar la donación, si el donatario le ha negado injustificadamente los alimentos.

Como hemos expresado en el análisis de un supuesto previo similar, pero inverso, si no existiera relación de parentesco o matrimonio que diera lugar a la obligación legal de prestar alimentos, resultaría un imposible jurídico aplicar al contrato de donación lo dispuesto en sede sucesoria.

De acuerdo con el inciso 2 del artículo 745 del Código Civil, es causal de desheredación de los ascendientes: haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad, o haber sido privado de ella.

En materia de donación, tendríamos que preguntarnos si acaso podría ser posible entender que constituiría causal de revocatoria de la donación el haber incurrido, el donatario, «en alguna de las causas» por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

El lector debe convenir con nosotros en que resultará muy difícil imaginar la aplicación de este supuesto al contrato de donación. Sobre todo, porque se está aludiendo a la pérdida y privación de la patria potestad; vale decir, expresamente al

contenido de los artículos 462 y 463 del Código Civil. De esta manera, resulta imposible traducir la aplicación práctica de estas normas al ámbito contractual:

> Artículo 462.- La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.
>
> Artículo 463.- Los padres pueden ser privados de la patria potestad:
>
> 1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
> 2. Por tratarlos con dureza excesiva.
> 3. Por negarse a prestarles alimentos.

El artículo 746 del Código Civil establece que son causales de desheredación del cónyuge las previstas en el artículo 333 (incisos 1 a 6). En este sentido, debemos hacer el esfuerzo de apreciar si resultan aplicables estas causales de desheredación a la revocación del contrato de donación, intentando prescindir de la condición de cónyuge que pudiera haber entre donante y donatario.

En primer término, y de acuerdo al inciso 1 del artículo 333, el adulterio es causa de separación de cuerpos.

De primera impresión, podríamos decir que el artículo 333, en su inciso 1, no resultaría aplicable a la revocatoria del contrato de donación, salvo el supuesto en que donante y donatario sean cónyuges. Sin embargo, consideramos que la norma también podría aplicarse a algunos supuestos donde exista lógica similar; tal podría ser el caso del padre de la novia que ha regalado un bien a su futuro yerno; y que —una vez casados— el ahora cónyuge cometa adulterio en perjuicio de su esposa, hija del donante. En este caso, entendemos que podría esgrimirse una respuesta favorable a la posibilidad de revocar esta donación, por parte de quien fuera padre de la novia, ahora esposa engañada; ya que, el donatario habría incurrido en un acto de deslealtad totalmente reprobable.

Evidentemente, debería haber recaído sentencia en calidad de cosa juzgada sobre la materia, independientemente, de que tendría que haberse revocado en tiempo oportuno, en fiel cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1639 del Código Civil. Esta norma establece que la facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637.

En virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos la violencia física o psicológica, las que el juez apreciará según las circunstancias.

Este caso, para ser aplicado en sede contractual, debería entenderse como que es causa de revocatoria de la donación que el donatario profiera al donante actos que impliquen violencia física o psicológica.

Está claro que el caso sería asimilable del derecho de familia al derecho contractual, en la medida en que donante y donatario sean cónyuges o se plantee algún supuesto que otorgue lógica o sentido al tema, como el señalado por nosotros en el caso del adulterio.

Sin embargo, no vacilamos en concluir que el supuesto del inciso 2 del artículo 333 podría ser aplicado también a todos los casos de donación; vale decir, incluyendo a aquellos en los cuales no exista relación matrimonial o de parentesco, entre donante y donatario.

En virtud de lo establecido por el inciso 3 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos el atentado contra la vida del cónyuge.

Este supuesto sería plenamente aplicable al campo contractual, entendiendo que la donación es susceptible de revocatoria si el donatario atenta contra la vida del donante.

Sin embargo, se trataría de un supuesto ya incluido en anteriores preceptos, asimilables a la revocatoria de la donación (concretamente el del inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, que ya fuera materia de tratamiento).

De conformidad a lo establecido por el inciso 4 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos la injuria grave.

El supuesto de injuria grave podría convertirse en causa de revocatoria del contrato de donación si asimilamos la citada norma en sede contractual.

Su ámbito de aplicación, sin duda, se extiende a cualquier donante y donatario, sin necesidad de que exista relación conyugal entre ellos.

La lógica del precepto es la misma que la expresada por nosotros cuando analizamos la asimilación a la revocatoria de la donación del caso de indignidad para suceder, contemplado en el inciso 3 del artículo 667 del Código Civil.

Conforme a lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda este plazo.

Sin duda, esta causal de separación de cuerpos, a la vez que causal de desheredación, solamente podría aplicarse a la revocatoria del contrato de donación en caso de que exista una relación conyugal entre donante y donatario.

La redacción del inciso 5 no permite aplicar el supuesto a ningún otro caso sin perjuicio de forzar la norma, de manera tal, que desnaturalicemos el sentido de la misma.

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 6 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Aplicaremos a este supuesto los comentarios vertidos en relación al punto inmediato anterior, no siendo posible la aplicación del mismo a la revocatoria del contrato de donación.

Finalizado el análisis de las causas que establece la ley para que el donante pueda revocar la donación, puede concluirse que, si bien la mayoría de las mismas pueden ser aplicadas del derecho sucesorio al derecho contractual, ocurre que no son asimilables todas las causales de indignidad para suceder y de desheredación.

Esto es natural, pues dichas normas no han sido pensadas en relación al contrato de donación, sino al Derecho de Sucesiones. En función de lo expuesto, tal vez cabría repensar la asimilación de los supuestos indicados; incluso, en este análisis, se advierte que algunos de ellos tienen carácter reiterativo.

No obstante, debemos convenir en que el mecanismo adoptado por el código no entorpece la incorporación de dichas causales al contrato bajo estudio, si es que, naturalmente, se efectúa una interpretación de carácter creativo.

17.2. Carácter intransmisible de la facultad de revocarla donación

De conformidad a lo establecido por el artículo 1638 del Código Civil, no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación.

Esta norma se explica en virtud de que la única persona a quien el Derecho otorga reconocimiento, para sancionar un acto tipificado como de indignidad para suceder o de desheredación, es al donante (en el sentido de que dicho acto genera la consecuencia de que el donante pueda revocar; es decir, resolver unilateralmente).

Aquí imperan factores de orden objetivo y subjetivo.

Son factores de orden objetivo —independientemente del grado y natural probanza— la configuración de los supuestos analizados.

Son factores de orden subjetivo los sentimientos del donante respecto de los hechos configurados.

Sin duda, podremos estar frente a un donante para quien, por citar un ejemplo, la conducta deshonrosa de su donatario con relación al inmueble donado, le sea absolutamente indiferente. Pero también podríamos estar frente a otro donante para quien un acto de esta naturaleza represente —dentro de sus cánones morales— una perversión infinita.

En el primero de los casos el donante, obviamente, no procederá a revocar la donación.

Pero, en el segundo de los supuestos, no necesariamente debe concluirse en que el donante revocará la donación; ya que, por más pervertidos que le parezcan los actos del donatario, el donante tiene la capacidad de perdonarlo. Pero, si el donante no lo perdona, podrá revocar la donación efectuada.

Como vemos, esa facultad discrecional solo puede corresponder al donante; ya que, solo en esa persona se conjugan los sentimientos que lo motivaron a celebrar el contrato de donación y aquellos sentimientos —tal vez encontrados— que surjan en él ante los actos posteriores del donatario.

De esta forma, la facultad de revocar la donación no se transmite a los herederos del donante. Como veremos más adelante, la revocatoria solo cabe ser efectuada por el donante: sus herederos no pueden intervenir en el proceso de formación (tanto de fondo como de forma) de dicha revocatoria.

Antes de concluir este punto, debemos plantearnos un supuesto que podría ser conflictivo.

Se trata del caso contemplado en el inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, el cual nos plantea la autoría y complicidad en el homicidio doloso del donante.

Como hemos manifestado en su oportunidad, si el donatario incurre en un hecho de esta naturaleza, la consecuencia necesaria será que la donación caduca (se resuelve de pleno derecho), conforme a lo establecido por el artículo 1644 del propio código. Este es un supuesto de caducidad y no de revocación.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si el donante contra cuya vida se ha atentado, no muere inmediatamente?

Si dicha muerte fuera consecuencia directa de las heridas sufridas por el atentado, y el donante hubiera caído en estado de inconciencia permanente (como podría ser un estado de coma) hasta el momento de su muerte, es obvio que dicha donación habrá caducado.

La duda surge en el caso en el que el donante, luego del atentado, haya recobrado la conciencia por un período apreciable (semanas o meses), pero igualmente haya muerto como consecuencia de las heridas ocasionadas por el atentado.

Aquí se podría esbozar el argumento de que si dicho donante muere sin revocar el contrato de donación no podría aplicarse el supuesto de caducidad, pues el donante tuvo ocasión de revocar y no lo hizo.

Sin embargo, estimamos que el citado criterio interpretativo no es acertado. Si nos encontrásemos ante un supuesto en que se hayan ocasionado heridas de tanta consideración como para conducir al donante a la muerte, no puede considerarse que esta persona, por más que haya sobrevivido durante un lapso apreciable a dicho atentado, deba destinar parte del tiempo que le queda de vida a pensar en el contrato de donación y la posibilidad de su revocatoria.

Creemos evidente que, en una situación de esta naturaleza, esa persona desearía estar rodeada por su entorno familiar más cercano, pensaría en otras cosas y tendría otros sentimientos, lejanos a la revocatoria del contrato de donación; esto, por más que supiese que el donatario es quien ha atentado contra su vida.

Ahora bien, podríamos imaginar cuál sería la situación en el caso de que se hubiera ocultado al donante la identidad del agresor o, simplemente, si ella se desconociese todavía.

De lo antes expuesto, puede inferirse claramente nuestra propuesta en cuanto a que el contrato de donación debe considerarse caduco en todos aquellos casos en los cuales la muerte del donante sea consecuencia de la acción dolosa o la complicidad del donatario, sin importar que la muerte se haya producido de inmediato o en un momento posterior.

17.3. Plazo para revocarla donación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1639 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1639.- La facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637.

17.3.1. Severidad del plazo

El plazo para revocar la donación es muy breve y es un típico supuesto de los plazos de caducidad. Estos se contemplan para casos específicos, en donde el legislador busca terminar con la situación de incertidumbre que representa el no saber si el titular del derecho va a hacerlo valer o no.

Entre otras, son razones de seguridad jurídica las que han conducido a que en el Código Civil de 1984 se establezca un plazo de caducidad especial.

Como sabemos, la caducidad es muy severa; ya que, más allá de que puede ser declarada de oficio por los tribunales, no admite suspensión ni interrupción (como en el caso de los plazos prescriptorios), salvo para el supuesto en el cual sea imposible accionar ante los tribunales peruanos, el mismo que, por la naturaleza de la revocatoria de la donación, no resultaría aplicable.

Asimismo, como típico caso de caducidad, el plazo es breve: solo seis meses contados desde que se produce la causal que motiva la revocatoria.

17.3.2. El problema del término inicial de este plazo

Podría pensarse que la norma contenida en el artículo 1640 del Código Civil es lo suficientemente clara. Sin embargo, ello no es así; ya que, si analizamos el momento desde el cual debería empezarse a computar el plazo de seis meses (es decir, el término inicial que consiste en la sobreviniencia de alguna de las causales del artículo 1637), observaremos que, en algunos casos, resultará muy complicado ceñirnos a lo establecido por el artículo 1640.

No existirá problema alguno en lo que se refiere al término inicial cuando, luego de producida la causal de revocatoria, el donante conozca el hecho y, además, se encuentre en aptitud de revocar la donación.

El problema surge cuando el donante desconoce que se ha producido el hecho, o se encuentra impedido física o jurídicamente de revocar.

Nos ocuparemos del primero de los casos.

Imaginemos que nos encontramos frente a uno de los supuestos más graves entre los que pueden dar origen a la revocatoria de la donación: el donatario ha sido autor de un grave delito doloso (distinto al homicidio), en contra del donante, de su cónyuge, o de alguno de sus ascendientes o descendientes.

Luego de producido el hecho, se inician las investigaciones policiales y no se llega a descubrir al autor sino hasta un año después de producido el hecho.

En este caso, el donante mal podría haber revocado la donación si ni siquiera las propias autoridades competentes habían llegado a descubrir que el donatario era autor del hecho delictivo.

Tal vez, sería más lógico que el plazo se computara a partir del momento en que fue de público conocimiento la autoría del donatario. Sin embargo, no se podría adoptar este criterio interpretativo a la luz del ordenamiento legal vigente. Esto se debe a que el artículo 1640 es muy claro y a que nos encontramos frente a un plazo de caducidad.

De este modo, cuando un año después se tome conocimiento de la autoría del hecho delictivo, el donante ya no podrá revocar la donación por haberse cumplido, largamente, el plazo de caducidad.

Entendemos las razones de seguridad jurídica que han llevado a establecer un plazo de caducidad.

Entendemos también que no siempre se darán situaciones extremas de desconocimiento, como aquellas que hemos planteado en nuestro ejemplo.

Pero también entendemos que, en un caso como el descrito, se estaría produciendo una situación de injusticia notoria, en detrimento de los derechos del donante.

Tal vez, el término inicial del plazo podría girar en torno a un primer factor, la posibilidad de haber conocido la existencia del supuesto constitutivo de revocatoria (si no conozco que tal hecho fue realizado por el donatario, y me encuentro en la posibilidad de haberlo conocido, mal podría la ley exigirme que razone acerca de la revocatoria del contrato).

Pero, existe un segundo elemento que debe tomarse en consideración.

Nos referimos a una situación en la cual el donante se encuentre en la posibilidad física y jurídica de revocar.

Para ilustrar los problemas que se pueden generar en torno al tema de la posibilidad física, podríamos mencionar —a título de ejemplo— al donatario que priva injustificadamente al donante de su libertad (supuesto de revocatoria), secuestrándolo y manteniéndolo cautivo por ocho meses.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que el donante no podría revocar la donación sino desde el momento en que es liberado del cautiverio; ya que, durante el secuestro, carece de libertad para hacerlo.

Sin embargo, si el donante desea revocar la donación apenas recuperada su libertad, los abogados tendríamos que decirle que dicha revocatoria a lo mejor resultará infructuosa por extemporánea, en la medida en que el artículo 1640 señala como término inicial del plazo el de la comisión del delito. Sin embargo, pensamos que deberá entenderse que, en aquellos casos donde el supuesto de hecho se prolongue de tal manera que no pueda identificarse en un solo acto, el plazo para revocar la donación debería ser contado desde el momento de cese del acto tipificante de revocatoria. Ello, por elementales razones de lógica y de justicia.

Asimismo, relacionado con la posibilidad física, está el supuesto en el cual el donante queda imposibilitado de revocar la donación durante un tiempo, precisamente por el acto, tipificante de revocatoria, que haya causado el donatario.

Como ejemplo, podríamos citar el caso en el cual el donatario haya cometido un delito doloso tipificado no como intento de homicidio, sino como lesiones graves en perjuicio del cuerpo y la salud del donante.

Como consecuencia del mismo, el donante queda en estado de coma durante ocho meses, luego de los cuales recobra el conocimiento y se restablece a plenitud.

Aquí resulta evidente que el donante se encontraba, durante esos ocho meses, en absoluta imposibilidad física de revocar la donación; y, si aplicáramos lo dispuesto por el artículo 1639, ya habrían transcurrido en exceso los seis meses que establece la norma como plazo de caducidad para que el donante pueda revocar la donación.

Entendemos que, en casos como el descrito, si se tiene en cuenta el agravante de que la facultad de revocar la donación es *intuitu personae*, resultaría imposible que se revoque la donación, más allá de si una vez recuperada la conciencia, el donante decide revocarla.

Entendemos que, en estos casos, el término inicial del plazo de caducidad debería correr desde el momento en el cual el donante estuvo en capacidad de efectuar dicha revocatoria.

Pensamos que una interpretación como esta no contravendría los sanos principios del Derecho, sino que más bien fortalecería la figura de la revocatoria, haciéndola lógica y eficaz en vez de letra muerta.

Sin embargo, también quisiéramos referirnos a la posibilidad jurídica de plantear la revocatoria de la donación, la misma que está directamente vinculada con todos aquellos casos en los cuales los hechos tipificantes de revocatoria son delitos. Como sabemos, para que jurídicamente se entienda que ha habido delito y que el donatario es un delincuente, deberá haber un proceso judicial que concluya con una sentencia condenatoria, consentida o ejecutoriada.

La pregunta que aparece luego de plantear el problema es: si el donante que conociera que el donatario ha cometido un delito doloso en su contra (o de su cónyuge, ascendientes o descendientes) debería revocar la donación desde el momento en que toma conocimiento de la realización del hecho delictivo, o desde el momento de la sentencia condenatoria.

Consideramos, más allá del tema del conocimiento en sí del propio hecho delictivo (materia que fue abordada oportunamente), que en estos casos el donante debería revocar la donación cuanto antes, ya que el plazo de caducidad de la revocatoria debería empezarse a contar desde el momento en que toma conocimiento del hecho delictivo. Todo ello es independiente de si ya se inició acción penal contra el donatario, pues resulta evidente que, una vez iniciada dicha acción, el proceso judicial que se siga en su contra no solo durará meses, sino probablemente años.

De este modo, si se esperara el término del proceso judicial para revocar la donación, podríamos encontrarnos frente el grave problema del vencimiento del plazo de caducidad de seis meses.

Sin embargo, esto no es tan claro como parece, en la medida en que podría darse el caso en el cual el donante, si bien tiene sospechas fundadas de que el donatario fuere el autor del referido hecho ilícito, no tiene certeza al respecto. En estos casos, sería lógico pensar, dentro de un actuar leal y honesto respecto al donatario, que dicho donante debería esperar al término del proceso penal que se sigue contra el donatario para, en función al resultado del mismo, poder proceder a revocar la donación o no.

Por lo expuesto en este punto, consideramos que habría sido preferible que el plazo a que alude el artículo 1639 no sea de caducidad sino de prescripción. Este, asimismo, debería empezar a contarse desde el momento en el cual concluye el hecho tipificante de la revocatoria, y también desde el momento en el cual debe entenderse que el donante se encuentra en aptitud física y jurídica para poder revocar la donación.

17.4. ¿Cómo se revoca la donación?

De la lectura del artículo 1639 del Código Civil no queda claro cuándo se entiende revocada la donación.

En tal sentido, debemos analizar en qué consiste la revocatoria.

La revocatoria de la donación es un acto unilateral del donante, quien necesariamente debe ponerlo en conocimiento del donatario.

Decimos esto por varias razones. La primera de ellas es que la interpretación efectuada va de la mano con las consideraciones teóricas, que sobre las declaraciones de voluntad, ha recogido el Código Civil Peruano de 1984. La segunda, a su vez, se relaciona directamente con el derecho de defensa del cual goza el donatario y su facultad de contradecir en juicio la citada revocatoria.

Nos ocuparemos a continuación de cada uno de estos argumentos.

17.4.1. La revocatoria como declaración de voluntad recepticia

Como ha sido expresado hace un momento, la revocatoria del contrato de donación es necesariamente una declaración de voluntad recepticia, es decir, tiene que llegar a un destino, específicamente, a la persona del donatario.

Al no existir una formalidad preestablecida para efectuar la revocatoria de la donación, entendemos que deben aplicarse, por analogía, aquellas normas que el Código Civil contempla para las declaraciones de voluntad recepticias. El derecho de contratos regula este tipo de declaraciones, específicamente, en el título relativo al consentimiento (artículos 1373 y siguientes del Código Civil).

Por tal razón, deseamos recordar al lector aquellos principios que rigen esta materia, tanto en los contratos celebrados entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, como en el caso contrario.

17.4.1.1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Este tema no tiene mayor relevancia cuando estamos frente a dos partes que se encuentran en comunicación inmediata y que están en el mismo lugar; vale decir, cuando ambos contratantes se encuentran «frente a frente». Decimos esto por cuanto será obvio que, en tales circunstancias, el contrato se celebrará, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1373 del Código Civil, en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; vale decir, se celebrará en ese mismo lugar y en ese mismo momento.

El problema adquirirá relevancia cuando nos encontremos frente a un supuesto en el cual las personas o partes, a pesar de encontrarse en comunicación inmediata, no estén en el mismo lugar; o no estando en comunicación inmediata, se encuentren en el mismo lugar o en lugares distintos.

Manuel de la Puente y Lavalle[14], en criterio que compartimos, sostiene que en la comunicación inmediata la declaración de una parte es percibida por la otra en un

[14] De la Puente y Lavalle, Manuel (1991). *Op. cit.*, tomo II, p. 250.

lapso mínimo, en el cual no tienen importancia las causas de la dilación. Así, en la comunicación inmediata no es requisito indispensable que el destinatario de la declaración emita su respuesta con la misma celeridad, pues puede ocurrir que él goce de un plazo suspensivo para hacerlo.

En doctrina, existen cuatro teorías en relación con el momento y el lugar en que el contrato queda celebrado: la teoría de la declaración, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta declara aceptarla; la teoría de la expedición, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta expide su declaración de aceptación; la teoría de la recepción, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente recibe la aceptación del aceptante (independientemente de si dicha recepción coincide o no con el conocimiento de su contenido); y, por último, la teoría de la cognición, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente toma conocimiento del contenido de la aceptación recibida[15].

---

[15] Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. (1983). *Op. cit.*, pp. 246 - 253) hace un minucioso análisis acerca de los argumentos a favor y en contra que presentan cada una de estas teorías, el cual que nos permitimos reproducir a continuación:

«Teoría de la declaración

1. Argumentos a favor:

a) Es la teoría que responde mejor a la naturaleza jurídica de la formación del contrato, pues si existe consenso en que este se forma mediante el acuerdo de voluntades, este acuerdo se produce, realmente, en el momento en que el aceptante manifiesta que su voluntad coincide con la del oferente. No hay necesidad de nada más para que exista contrato.

b) Siendo el oferente que tomó la iniciativa para la formación del contrato, es consecuente que sea él y no el aceptante quien se encuentre en incertidumbre respecto a si el contrato ha llegado a formarse o no.

Por otro lado, si bien es cierto que el oferente ignora, según esta teoría de la declaración, cuándo se ha formado el contrato, lo mismo ocurre en cualquiera de las otras teorías en los casos de aceptación tácita.

Es el sistema que hace ganar más tiempo, ya que el aceptante, por el solo hecho de manifestar su aceptación, sabe que puede dar cumplimiento inmediato al contrato, sin tener que esperar el tiempo que normalmente dure la llegada de su manifestación a manos del oferente o el conocimiento de ella que tenga este.

2. Argumentos en contra:

a) Una de las partes, el oferente, se encuentra ligada al contrato sin saber si este existe, por no conocer si el destinatario lo ha aceptado.

b) Si bien el aceptante tiene necesidad de manifestar su aceptación, esto es, de expresarla para que no quede como una voluntad interna sin efectos jurídicos, tal manifestación —que puede consistir, por ejemplo, en la redacción de una carta— queda en poder del aceptante, el cual en cualquier momento puede convertirla en inexistente. En realidad, se deja enteramente en manos del aceptante la formación del contrato y el control sobre la existencia de este.

c) Facilita el arrepentimiento del aceptante y la revocación de su aceptación, pues permite que, reteniendo en su poder la manifestación de aceptación y remitiendo, en cambio, la revocación, obtenga fácilmente quedar desvinculado de un contrato que ya había celebrado.

d) Es la que menos responde a las necesidades del tráfico moderno y a las exigencias de la vida práctica.

El tema de las teorías relativas a la formación del consentimiento adquiere relevancia en lo que respecta a dos grandes puntos de interés jurídico: el momento y el lugar de la formación del contrato.

17.4.1.1.1. Momento de la celebración del contrato

Como es sabido, entre personas en comunicación inmediata, el contrato se celebra al momento de formularse la aceptación, pues esta es recibida y conocida en el acto por el oferente.

En tal sentido, según Manuel de la Puente, el momento de la formación del contrato tiene importancia respecto de los siguientes efectos:

a) Rige la ley vigente al momento de la celebración del contrato.
b) Determinará la licitud o ilicitud del contrato.
c) Los plazos señalados en el contrato se empiezan a computar desde el momento de su celebración, tema que tiene relevancia en lo referente a prescripción y caducidad.
d) La capacidad de las partes.
e) Determinará si la aceptación es oportuna o no.
f) Será decisivo para ser preferido en materia de concurrencia de acreedores de bien cierto (artículo 1135 y 1136 del Código Civil).
g) Fraude del acto jurídico (artículos 195 y siguientes del Código Civil).

Teoría de la expedición

Esta teoría, que es la que cuenta con una aceptación más entusiasta en la doctrina, radica su justificación en que, a diferencia de la anterior, o sea la de la declaración, el aceptante no solo ha dado lugar a la formación del contrato mediante la manifestación de su aceptación, sino que, además, proporciona un elemento adicional para la seguridad del contrato al desprenderse de su manifestación de voluntad, esto es, al dar a su aceptación un carácter más definitivo.

Antes de entrar a analizar los argumentos a favor y en contrato de esta teoría, conviene aclarar que no debe entenderse como expedición o remisión la mera entrega de la manifestación de aceptación, sino que esa entrega debe importar desprendimiento por parte del aceptante. En este sentido, debe distinguirse, por ejemplo, entre la entrega de la misiva de aceptación a un mensajero al servicio del aceptante, por cuanto este conserva aún el poder de prohibir al mensajero la entrega de la misiva o de pedirle su devolución; y la entrega a una persona al servicio del oferente, pues ya no existe en este segundo caso la facilidad de entrabar la entrega al oferente.

Tal como indica Carrara «[...] el problema es más difícil cuando la entrega se hace a un intermediario que no está ni al servicio del aceptante ni del oferente, que es el caso más frecuente, como ocurre, por ejemplo, tratándose de la entrega al correo». Sobre este punto preciso, el problema no puede discutirse sobre la base de la legislación postal, por cuanto esta obedece a criterios distintos encaminados a facilitar las comunicaciones, sino en base a la legislación común, o sea aplicándole las reglas del contrato de transporte mercantil, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1570 del Código Civil peruano (se refiere De la Puente al Código Civil peruano de 1936). La regla general del contrato de transporte mercantil es que el cargador tiene el derecho de dar contraorden al portador en tanto los efectos porteados no sean entregados al destinatario.

h) En lo que atañe a las obligaciones de saneamiento (artículos 1484 y siguientes del Código Civil), el derecho del tercero y los vicios ocultos, deben existir al momento de la transferencia del bien (el mismo que puede coincidir o no con el momento de la celebración del contrato).

i) En la compraventa con precio dejado al que tuviese el bien en mercado, plaza o bolsa, se considerará el del día de la celebración del contrato (artículo 1545 del Código Civil).

17.4.1.1.2. Lugar de la celebración del contrato

En palabras del citado profesor, el lugar de la celebración del contrato también es importante, fundamentalmente por dos razones:

---

1. Argumentos a favor:

a) Propicia la firmeza del contrato, porque el aceptante no solo ha declarado su voluntad de aceptar, sino que, al desprenderse de su declaración, da un paso más que demuestra una voluntad continuada.

b) La aceptación se manifiesta con un acto externo, que da carácter definitivo a la declaración. Además, este acto externo contribuye a que la aceptación tenga una manifestación material.

c) Facilita conocer la fecha de la expedición (por ejemplo, mediante el matasellos del correo o la constancia de expedición del telegrama).

d) El aceptante ya ha hecho todo lo que estaba en sus manos hacer para lograr la perfección del contrato. Demuestra no solo su voluntad de aceptar mediante la declaración sino, además, agota todo lo que debía hacer.

e) Como un corolario de las razones expuestas en los puntos precedentes, la teoría de la expedición esa la que satisface mejor las necesidades prácticas, precisamente por la materialización de la declaración de aceptación, lo que da mayor seguridad sobre la existencia del contrato.

2. Argumentos en contra:

a) Facilita el arrepentimiento y la revocación de la aceptación, permitiendo al aceptante, mediante la utilización de un medio de comunicación más rápido que el usado para el envío de su aceptación, poner en conocimiento del oferente su voluntad de revocarla. Por lo tanto, no propicia la firmeza del contrato, pese a haberse materializado la aceptación.

b) Si bien el aceptante demuestra en forma más evidente su voluntad de celebrar el contrato, esta demostración no tiene valor absoluto por cuanto el aceptante puede retirar la respuesta aun después de expedida.

c) Facilita el fraude, no solo por cuanto puede retirar la aceptación y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque es muy fácil acreditar el envío de una correspondencia, pero no su contenido, de tal manera que la pérdida de la comunicación puede permitir al aceptante desdecir el verdadero sentido de la aceptación, manifestando que su comunicación contenía un rechazo y no una aceptación.

d) Las consecuencias perjudiciales de la pérdida de la comunicación se trasladan totalmente al oferente.

e) La aceptación queda ignorada por el oferente hasta el momento en que recibe la comunicación y se entera de su sentido.

f) La teoría es defectuosa desde el punto de vista doctrina, por cuanto, como dice Rodríguez Fonnegra «[...] de ser verdadera traería como consecuencia jurídica que en todo evento la expresión de voluntad produjera efectos en materia contractual mientras la intención de causarlos no se hubiera puesto en conocimiento del otro sujeto de la relación jurídica por crear».

a) Porque la forma del contrato se rige por la ley del lugar donde se celebra. Este principio se deduce de lo dispuesto por el artículo 2094 del Código Civil Peruano, precepto que establece que la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en donde se otorgan, o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.
b) En relación con el contenido del contrato, las obligaciones se rigen por la ley elegida por las partes o, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de su celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración (artículo 2095 del Código Civil Peruano).

Teoría de la recepción

De acuerdo con esta teoría, el contrato se perfecciona por el solo hecho de la llegada de la comunicación al domicilio del oferente, aunque este no se encuentre en él, o no pueda abrir el sobre que contiene la comunicación.

A esta teoría se puede llegar partiendo de la teoría de la declaración, entendiéndola como una limitación a esta, pues solo considera formado el contrato cuando el aceptante no puede desdecirse de su aceptación, o sea de su declaración. También puede llegarse partiendo de la teoría de la cognición, considerando que con la recepción se establece una presunción de conocimiento.

1. Argumentos a favor:

a) La manifestación de voluntad del aceptante ya se ha convertido en definitiva. Ningún hecho suyo puede impedir que el oferente tome conocimiento de su aceptación, por lo cual no cabe duda que la aceptación es definitivamente conforme con la oferta, desde que aquella ha entrado en el dominio del oferente.
b) Tiene la ventaja sobre la teoría de la cognición que sustituye un hecho incierto, como es el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, por un hecho externo y comprobable, como es la llegada de la comunicación.
c) La teoría de la recepción obedece a un criterio más técnico, pues en vez de exigir el conocimiento real, hace descansar la formación del contrato en la posibilidad de conocer la aceptación, respondiéndose así mejor a las necesidades de la práctica.
d) El conocimiento por parte del oferente depende ya únicamente de su propia organización, que si es idónea le permitirá enterarse del contenido de la comunicación en forma inmediata. Es justo que el riesgo de que exista el contrato aun cuando él no se haya enterado de ello corra, por lo tanto, de cargo del oferente por cuanto es él quien, pudiendo conocer, no ha conocido.
e) El contrato no es sino un mecanismo creado por la teoría jurídica. Si mediante la teoría de la recepción se evitan todas las incertidumbres a que daría lugar la teoría del conocimiento, lo lógico es adecuar la formación del contrato a aquella oportunidad en que surgen menos posibilidades de duda.

Finalmente, debemos recordar que nuestro Código Civil recoge las teorías de recepción y cognición, combinándolas de modo tal que en el artículo 1373 se establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (teoría de la cognición). Sin embargo, en el artículo 1374 se establece también que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario (teoría de la recepción), a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

---

2. Argumentos en contra:

a) Formándose el contrato cuando existe el concurso de las voluntades, no se ve ninguna razón por la cual la recepción de una comunicación, cuyo contenido no se conoce, o sea que puede contener tanto una aceptación como un rechazo, pueda dar lugar a la formación del contrato. La simple recepción no es, en consecuencia, uno de los elementos constitutivos del contrato.

b) Si lo que se busca mediante la teoría de la recepción es establecer una presunción de conocimiento ¿por qué buscar una presunción tan frágil, desde que la llegada de la comunicación es un acontecimiento bastante difícil de probar?

c) Si lo que se busca mediante la teoría de la recepción es tener la seguridad que el aceptante no puede variar su aceptación ¿por qué hacer descansar toda la existencia del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es la regularidad del medio de comunicación?

d) No es cierto totalmente que el aceptante no pueda variar su aceptación, ya que es posible concebir que logre retirar la carta del domicilio del oferente antes de que este la lea, por lo cual el aceptante puede aun en la teoría de la recepción cambiar una aceptación por un rechazo.

Teoría de la cognición

El fundamento de esta teoría es que para que exista consentimiento, que es lo que da lugar a la formación del contrato, es necesario que ambas partes sepan que están de acuerdo, esto es de que sus voluntades coinciden. Por lo tanto, el contrato solo podrá perfeccionarse en el momento en que el oferente, quien es el que planteó al destinatario la sugerencia de celebrar el contrato, sepa que el destinatario ha prestado su aceptación y que, por consiguiente, hay contrato.

1. Argumentos a favor:

a) Es la única teoría racional, pues los medios de comunicación utilizados por el aceptante reemplazan, en el contrato entre ausentes, a la palabra que hubiera pronunciado el aceptante en el contrato entre presentes, y esta palabra no tendría ningún significado contractual si no es escuchada por el oferente, desde que es la única forma como se informa de la voluntad del aceptante; del mismo modo, el medio de comunicación adoptado por el aceptante debe permitir que el oferente conozca también la voluntad del aceptante.

b) El contrato no se forma por el concurso de dos voluntades que, aunque coincidentes, se ignoran, sino por el concurso de dos voluntades que recíprocamente se conocen (Mazeaud). No puede existir contrato si una de las partes ignora su existencia, porque el contrato, en su esencia, es una declaración conjunta de voluntad.

c) Si bien la iniciativa en la formación del contrato la toma el oferente, cuando llega el momento de la aceptación es el destinatario de la oferta quien, a su vez, cobra un rol activo que se traduce en hacer conocer su aceptación, es decir, que él es el que determina, en última instancia, la formación del contrato, razón por la cual los riesgos de que no se conozca oportunamente su aceptación le corresponden.

17.4.1.2. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta

El artículo 1387 del Código Civil prescribe que la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta, determina la caducidad de esta.

17.4.1.3. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

El artículo 1384 del Código Civil señala que la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción, llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido de que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.

17.4.1.4. Supuestos de caducidad de la oferta

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1385 del Código Civil, la oferta caduca en los siguientes casos:

a) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la cual el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
b) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la cual el oferente no está en comunicación inmediata, y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para que la respuesta llegue a conocimiento del oferente por el mismo medio de comunicación utilizado por este.

---

2. Argumentos en contra:

a) Si se exige que el oferente debe conocer la aceptación del destinatario para que se forme el contrato, con la misma razón debe exigirse que el destinatario conozca que el oferente se informó oportunamente de su aceptación y que, por ello, se ha formado el contrato, y así sucesivamente, con lo cual se forma un círculo vicioso en el que no se sabe quién es el último que debe estar informado de la información recibida por el otro.

b) La teoría de la cognición propicia el fraude, por cuanto el oferente que se había obligado irrevocablemente puede haber cambiado de opinión y no interesándole ya la formación del contrato propuesto al destinatario, retrasa la apertura de la carta en que supone viene la aceptación, o simplemente, niega tener conocimiento de esta aceptación, con lo cual se coloca injustamente al aceptante en una posición muy desventajosa.

c) Esta teoría se basa en principios que, en realidad, son falsos, pues quien ofrece a otro la celebración de un contrato está aceptando anticipadamente que si el destinatario está de acuerdo con él se formará el contrato, pues es lo único que él busca.

d) Es una teoría ilógica, porque el contrato se forma con el encuentro de las voluntades y no con el encuentro material de los signos que manifiestan el consentimiento, porque ello importaría volver al formalismo romano y resucitar los actos sacramentales.

e) Favorece la retractación por parte del oferente, lo cual debe evitarse en lo posible para dar seguridad al tráfico».

c) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

17.4.1.5. Supuesto de inexistencia de la aceptación

En virtud de lo establecido por el artículo 1386 del Código Civil, se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

De conformidad con lo expuesto en materia de derecho contractual, esas normas deben ser aplicadas a las declaraciones de voluntad propias de la revocatoria en el contrato de donación.

Dentro de ese orden de ideas, si la revocatoria de este contrato se realizara entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, es obvio que, luego de formulada la declaración de voluntad del donante, esta será conocida por el donatario. No se concibe una revocatoria de la donación entre personas que se encuentren en comunicación inmediata, sin que el donatario se entere de la revocatoria.

También sería absurdo pensar en la revocatoria de una donación, entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, en la que la declaración de voluntad del donante no llegue a conocimiento del donatario.

Por todas las razones expuestas en sede de derecho contractual, debe recordarse que el Código Civil no ha adoptado, con respecto a las declaraciones de voluntad, ni la teoría de la declaración, ni la teoría de la expedición. Ha adoptado, más bien, la teoría de la recepción con presunción de cognición.

Por tanto, mal haríamos en pensar que alguien podría revocar la donación con solo expresar su voluntad en ese sentido, o incluso remitiendo al donatario su voluntad en dicho sentido, sin que la mencionada declaración de voluntad llegue a destino.

En estos casos, por decirlo de alguna manera, se estarían produciendo actos previos destinados a una futura revocatoria de la donación, pero de ninguna manera se estaría produciendo la revocatoria en sí.

Por lo demás, en el supuesto negado de adoptar la tesis contraria, cabría perfectamente la inexistencia de la revocatoria si, conforme al artículo 1386 del Código Civil, junto con la revocatoria o antes de ella, llegase a conocimiento del donatario la retractación de la revocatoria formulada por el donante.

De lo dicho, se deduce que no hay revocatoria sin comunicación efectiva de dicha revocatoria al donatario. Cualquier interpretación distinta sería un absoluto contrasentido de los principios y normas que contiene el Código Civil Peruano de 1984, respecto de las declaraciones de voluntad recepticias.

Esto significa que dentro del plazo de los seis meses, establecido por el artículo 1639 del Código Civil, el donante debe poner en conocimiento del donatario la revocatoria de la donación.

Incluso carecería de efectos, por razones obvias, aquella revocatoria en la cual la declaración de voluntad se remitiese dentro de los seis meses, pero que llegara al domicilio del donatario con posterioridad al vencimiento de dicho plazo.

En ese sentido, llama la atención lo establecido por el artículo 1640 del propio Código Civil, en cuanto a que:

> Artículo 1640.- No produce efecto la revocación si dentro de sesenta días de hecha por el donante, no se comunica en forma indubitable al donatario o a sus herederos.

Decimos que tal norma carece de sentido, en la medida en que ella constituye un elemento perturbador dentro de la lógica del plazo de la revocatoria. Dicho plazo, tal como lo establece el artículo 1639, es de seis meses desde que sobrevino alguna de las causas establecidas para tal efecto.

Pero, luego de leer el artículo 1640, uno podría preguntarse —con todo derecho— si cabría la posibilidad de que una revocatoria de donación tenga existencia jurídica sin haber sido puesta en conocimiento del donatario.

Es obvio que no. Si tal fuese la situación, simplemente no estaríamos, aún, frente a una revocatoria.

Por tales consideraciones recusamos la existencia del artículo 1640, ya que, cualquier interpretación del mismo que le quiera otorgar algún sentido choca frontalmente con la lógica del numeral 1639 y de los principios que, sobre las declaraciones de voluntad recepticias, contempla el Código Civil.

Por otra parte, queda claro que la revocatoria de la donación debe ponerse en conocimiento del donatario o de sus herederos, quienes en ausencia del donatario, se convierten en sujetos pasivos de la revocatoria y en eventuales titulares de la defensa de su contradicción.

17.4.2. El derecho del donatario a contradecir las causas invocadas para la revocatoria

Por tratarse de un derecho, que la ley otorga de acuerdo con determinados supuestos contemplados por ella misma, entendemos que el donante no podría revocar la donación sin efectuar expresión de causa.

Ella se trataría de una revocatoria sin contenido, caprichosa o vacía, por más que existieran en la realidad argumentos que —amparados jurídicamente— hayan conducido al donante a revocar la donación.

En tal sentido, habida cuenta de que el donante debe expresar las razones por las cuales revoca la donación, es evidente que estas causales podrán ser fundadas o no.

Además, como no todas ellas tienen carácter objetivo, podrán ser contradichas por el donatario (o por sus herederos) si este considera que no se han producido los supuestos contemplados por la ley.

Evidentemente, el hecho de que el donatario o sus herederos puedan contradecir las causales de revocatoria de la donación, invocadas por el donante, demuestra de modo implícito, que va de la mano con la naturaleza de la revocatoria, el que no esta no exista si el donante no comunica al donatario su voluntad en ese sentido.

Caso contrario, podríamos encontrarnos ante el absurdo de que haya revocatoria y que ni el donatario ni sus herederos la conozcan. En tal supuesto, estos se encontrarían imposibilitados de ejercer el derecho a su legítima defensa.

En torno a la contradicción de la revocatoria, el Código Civil regula expresamente este derecho en su artículo 1641. Este señala lo siguiente:

> Artículo 1641.- El donatario o sus herederos pueden contradecir las causas de la revocación para que judicialmente se decida sobre el mérito de ellas. Quedará consumada la revocación que no fuese contradicha dentro de sesenta días después de comunicada en forma indubitable al donatario o a sus herederos.

Si el donatario o sus herederos deciden contradecir las causales invocadas por el donante para la revocatoria de la donación, tendrán todo el derecho de hacerlo, no solamente asistidos por el natural interés patrimonial, sino incluso en resguardo de la integridad moral del donatario o su memoria.

La contradicción de la revocatoria, lo entendemos, no es un acto extrajudicial.

Con ello queremos expresar que no bastará con que el donatario o sus herederos, por ejemplo, envíen una carta notarial al donante contradiciendo las causas invocadas por este cuando revocó la donación.

Ello resultaría totalmente insuficiente, en la medida en que no se trata de oponer frente a frente posiciones irreductibles, sino de buscar una solución jurídica a esas posiciones irreductibles.

En tal sentido, no habrá otro camino que contradecir las causales de revocatoria de la donación a partir del inicio de un proceso judicial, que no será otro que un proceso de conocimiento.

En tal sentido, debe tenerse sumo cuidado con el plazo de contradicción de la revocatoria de la donación, pues de acuerdo con lo establecido por la segunda parte del artículo 1641, antes citado, la revocatoria quedará consumada si no es contradicha dentro de los sesenta días posteriores a la fecha en que fue comunicada, en forma indubitable, al donatario o a sus herederos.

Decimos que se deberá tener extremo cuidado al respecto, pues, al tratarse de una contradicción que debe, necesariamente, plantearse a través de un proceso judicial, el plazo de sesenta días implica que dentro de la vigencia del mismo se notifique la demanda al donante o a sus herederos.

17.5. La revocatoria de la donación en las donaciones remuneratorias o sujetas a cargo

De conformidad con lo estipulado por el artículo 1642 del Código Civil:

> Artículo 1642.- En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho.

La norma antes citada tiene lógica en tanto que la invalidación de la donación obedezca al ejercicio de alguna atribución que se contemple expresamente en el contrato, en cuya producción no intervenga para nada el donatario; vale decir, se trata de una prerrogativa que el donante haga valer conforme a ley (como sería el caso de la donación efectuada por alguien que consideraba que su hijo ha muerto y luego, con posterioridad a la celebración de dicho contrato, descubre lo contrario).

En este caso, como es evidente, si el donante quisiese invalidar la donación, resultaría total y absolutamente justo que reembolse al donatario el cargo que hubiera ejecutado a favor del donante.

Lo mismo podríamos decir del caso en que se pacte una cláusula de reversión con una condición que nada tenga que ver con la conducta o los actos del donatario.

En ese caso, de producirse la condición, se estaría desencadenando la posibilidad de que el donante revierta la donación a su favor, sin culpa alguna del donatario. En tal supuesto, también sería justo que el donante reembolse al donatario los cargos pagados.

El artículo 1642 del Código Civil establece que este derecho de reembolso de los cargos, también es aplicable al caso de la revocatoria de la donación.

Si bien es cierto que la norma del código nacional ha intentado buscar un tratamiento de equidad para el caso concreto, estimamos que dicha equidad no se ha logrado en la medida en que, cuando se revoca la donación, ello se hace por la existencia de una situación que implica culpa o dolo del donatario.

En tal virtud, estimamos que la solución para el caso de la revocatoria de la donación, respecto de la devolución de los cargos por parte del donante, debería ser inversa a la adoptada en la ley peruana. En tal caso, la pérdida de los cargos pagados por el donatario constituiría una especie de sanción adicional que se produce como consecuencia de la revocatoria.

Además, dentro de la norma vigente, el donante que revoque una donación debería —para poder revocar— haber hecho la provisión de fondos necesaria para cubrir el reembolso de los cargos que le pagó el donatario oportunamente.

Ello, además de inusual, resultaría sumamente injusto.

17.6. El tratamiento de los frutos en la revocatoria de la donación

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1643 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1643.- Los frutos de las donaciones revocadas pertenecen al donante desde que se comunica en forma indubitable la revocación; y en caso de invalidación de pleno derecho, desde que se cita con la demanda de restitución del bien donado.

En torno a lo dispuesto por esta norma, nos parece razonable que los frutos de las donaciones revocadas pertenezcan al donante desde que se comunica al donatario la revocatoria (es decir, desde que, en estricto, se revoca).

Podrá ocurrir que el donatario o sus herederos no cuestionen las causales de revocatoria invocadas y procedan a la inmediata devolución del bien, caso en el cual dichos frutos corresponderán, a la vez, al poseedor y propietario del bien (el donante). En tal supuesto no habría problema alguno en la interpretación de la pertenencia de dicho bien.

Pero podría darse el supuesto de que el donatario o sus herederos decidan contradecir —y contradigan judicialmente— las causas de la revocatoria. En ese caso, recién se sabrá con certeza si la revocatoria de la donación tuvo o no fundamento luego de concluido el respectivo proceso de conocimiento, con sentencia consentida o ejecutoriada.

Si no lo tuvo (es decir, si la sentencia declara fundada la contradicción a la revocatoria), se considerará que nunca se produjo la revocatoria y los frutos siempre habrán pertenecido al donatario.

De lo contrario (es decir, si la sentencia declara infundada la contradicción a la revocatoria de la donación) se considerará que la revocatoria deberá surtir efecto desde el momento mismo en que fue efectuada (desde que el donante la puso en conocimiento del donatario). Esto significa que el donatario deberá al donante los frutos correspondientes a todo el período que medió entre la revocatoria y la devolución del bien en ejecución de sentencia.

Por otra parte, el artículo 1643 también establece que:

> Artículo 1643.- En caso de invalidación del pleno derecho de la donación, los frutos de las donaciones pertenecerán al donante desde que se cite al donatario con la demanda de restitución del bien donado.

Para este caso, se deberá seguir similar razonamiento que el aplicado para el supuesto de revocatoria, obteniendo consecuencias análogas.

El contrato de mutuo

El contrato de mutuo es uno de los más importantes del Código Civil, sobre todo si se toma en cuenta su frecuencia y el volumen patrimonial de las operaciones civiles, y fundamentalmente comerciales, que se transan a través de esta modalidad contractual.

El código de 1984 tuvo el acierto —dentro del paulatino proceso de unificación de la legislación civil y comercial— de establecer, en su artículo 2112, que el contrato de mutuo, de naturaleza mercantil, se rija por las disposiciones del referido código, quedando derogadas las respectivas normas del Código de Comercio.

De modo tal que, hoy en día, la regulación del contrato de mutuo se halla unificada entre los artículos 1648 y 1665 del Código Civil.

1. Antecedentes, historia y concepto

Como bien señala Max Arias-Schreiber[1], en inicios que se remontan a la antigua Roma, el mutuo se limitaba a la transferencia de bienes consumibles y fungibles que se realizaba en beneficio del mutuatario, quien se obligaba a realizar la devolución en especie, es decir, en bienes de la misma naturaleza y calidad; lo que se conoce como mutuo en especie.

Luego, junto con el empleo de la moneda como instrumento de intercambio económico surgió el mutuo de dinero. Su carácter primitivo y doméstico fue desbordado por los cambios sociales, políticos y económicos, que se fueron dando en las distintas épocas.

Ello ha determinado que hoy podamos afirmar[2] que el mutuo presenta una diversidad de matices, que van desde el préstamo de bienes fungibles y de carácter

---

[1] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1988, tomo II, p. 233.

[2] *Ibidem*, tomo II, p. 233.

doméstico; pasan por el crédito a corto plazo, inspirado generalmente en razones de amistad y cooperación; siguen con toda la gama de financiamiento por entidades bancarias, financieras, mutuales y similares; y se extiende a los empréstitos de la actividad privada y pública, dentro de las más variadas alternativas y formas. A lo expuesto se agrega un factor adicional, que lo hace particularmente sensible, y es el hecho de que siendo un contrato temporal y de colación de capitales, ordinariamente existe como contrapartida el pago de intereses por cuenta del mutuatario, lo que inevitablemente conduce al antiguo problema de la usura y la necesidad de evitarla en beneficio de la colectividad.

De esta forma y, sin lugar a dudas, el contrato de mutuo o préstamo de consumo, como también es denominado, constituye uno de los tipos contractuales de mayor trascendencia. Esto, básicamente, debido a que es una de las fuentes principales de financiamiento nacional e internacional, y, asimismo, no es ajeno a la satisfacción de las necesidades propias de la vida diaria. Ninguna actividad económica o productiva puede prescindir de este contrato, que —de igual manera— resulta un instrumento que toda persona que vive en sociedad debe emplear alguna vez.

La relevancia de esta figura jurídica se observa en el tratamiento positivo del que ha sido objeto. Efectivamente, el Derecho ha advertido la importancia del contrato de mutuo para el desarrollo social y económico y, en consecuencia, lo ha regulado.

En el Código de Santa Cruz el contrato de mutuo se encontraba regulado en el libro III (De las diferentes maneras de adquirir la propiedad), título XI (Del préstamo), en los siguientes capítulos: capítulo IV (Del mutuo o préstamo simple y de su naturaleza); Capítulo V (De las obligaciones del mutuante); Capítulo VI (De las obligaciones del mutuatario); Capítulo VII (Del préstamo a interés). Todos ellos están comprendidos entre los artículos 1254 y 1271.

En el Proyecto de Código Civil elaborado entre 1835 y 1836 por Manuel Lorenzo de Vidaurre, el mutuo ocupaba el título XI, con nueve artículos incluidos en su segunda parte sobre dominio y contratos.

El Código Civil de 1852 trataba el mutuo en su libro III, sección cuarta (De los contratos reales), título 1 (Del mutuo), artículos 1800 a 1824.

En el Código Civil de 1936 el mutuo se encontraba legislado en el libro V (Del Derecho de Obligaciones), sección V (De los diversos contratos), título VII (Del mutuo), artículos 1573 a 1586.

Y el Código Civil de 1984 regula el particular en el libro VII (Fuentes de las obligaciones), sección II (Contratos nominados), título V (Mutuo), artículos 1648 a 1665.

El código Nacional se encarga de otorgar un concepto al mutuo en su artículo 1648. Este precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1648.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

El contrato de mutuo también es regulado por casi todos los códigos civiles de nuestra tradición jurídica.

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 esta 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 esta 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 sobre el mutuo en su 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 y 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 su 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 legislaba 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 trata en sus 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 sobre 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 legisla el tema en sus 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 sobre el 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 de 1890 para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, 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 esta a 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.

1. Él no es válido sino en los casos siguientes:

2. Si el prestatario ha consumido de buena fe las cosas prestadas;

3. Si él ha producido la reivindicación del verdadero propietario por la prescripción;

4. Si ha habido ratificación del precio por este último.

Por su parte, el Código Civil Japonés trata al mutuo en el artículo 987:

Artículo 987.- Un préstamo de consumo se hace efectivo cuando una de las partes recibe de la otra dinero u otras cosas con el entendimiento que aquella 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 solo se perfecciona con la entrega de la cosa.

El Código Civil Hondureno 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 aborda el 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 el 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 se refería al 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 esta, de restituir igual número de la misma naturaleza y calidad.

De otro lado, debemos recordar que el Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre este contrato 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 esta se obliga a restituir otras tantas cosas de la misma especie y calidad.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, abordaba el tema en sus artículos 1283 y 1284:

Artículo 1283.- Por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra dinero o una cosa consumible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso se llama préstamo de valores, o bien alguna cosa no consumible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva.

El préstamo de cosas es esencialmente gratuito y el de valores puede ser gratuito o con interés.

Artículo 1284.- Cuando el préstamo es de dinero hay que devolverlo en la especie pactada y, no siendo posible, entregar la especie en la moneda que tenga curso legal en Bolivia.

Si lo prestado es otra cosa consumible o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca del mutuo en el artículo 1142:

Artículo 1142.- (Noción) Mutuo es el contrato por el cual una de las partes presta a otra dinero u otra cosa fungible, quedando la segunda en la obligación de restituir otro tanto del mismo género y calidad.

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 aborda el tema en su artículo 1942:

Artículo 1942.- Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.

El Código Civil Boliviano de 1976 legisla al mutuo en sus artículos 895 y siguientes:

Artículo 895.- (Noción) El mutuo es el préstamo de cosas fungibles que el mutuatario está obligado a devolver al mutuante en cosas 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 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.

Retomando el concepto peruano de mutuo, podríamos detenernos para analizar en qué consisten las obligaciones del mutuante y las del mutuatario.

1.1. Obligaciones del mutuante

Conforme a lo establecido por el artículo 1648 del Código Civil Peruano de 1984, por el mutuo el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles.

Del contenido de esa norma podría deducirse que solo los bienes de carácter consumible pueden constituir objeto de la prestación del mutuatario, en el contrato de mutuo.

De esta forma, en la obligación principal del mutuante, que por su naturaleza se rige por las disposiciones relativas a las obligaciones de dar, el bien, materia de la misma, debe ser consumible.

Así lo entendió la Comisión Revisora de nuestro Código Civil de 1984, por lo que en su exposición de motivos recordó algunas definiciones que, sobre bienes consumibles, habían elaborado notables juristas.

Citó, por ejemplo, a Guillermo A. Borda, quien afirma que las cosas consumibles son las que desaparecen con el primer uso, sea porque se destruyen materialmente, como los alimentos, o sea porque salgan del patrimonio de aquel a quien pertenecen, como el dinero.

Asimismo, la Comisión tomó como argumento lo expresado por Jorge Eugenio Castañeda, quien sostiene que las cosas que se entregan en mutuo son cosas muebles, y son, a la vez, cosas consumibles y cosas fungibles. Agrega a lo anterior, que si la cosa mueble fuera consumible pero no fungible, sino única en su especie, no podría configurarse el mutuo.

Por ultimo, en lo que refiere a este punto, la Comisión es clara al señalar que aun cuando se emplea el vocablo genérico «bienes», se debe entender que la prestación

no puede consistir en derechos, ni en inmuebles, pues estos no tienen la calidad de consumibles.

Bien consumible, independientemente del significado de la propia palabra, no es todo aquel que se consume; pues, ya sea en mayor o menor grado, con mayor o menor rapidez, todos los bienes se consumen con el tiempo y con el uso.

Será evidente que un helado se consumirá muchísimo más rápido que un diamante, pero ambos se consumirán a lo largo del tiempo. Tal vez, un automóvil dure más que una manzana, pero ambos terminarán por consumirse.

Entonces, el rasgo distintivo de los bienes consumibles no es que se consuman, sino que se consuman o deterioren notablemente con el primer uso que se hace de ellos.

Más allá de estos conceptos, entendemos que esta es una idea prácticamente universal dentro de nuestra tradición jurídica, independientemente de que los códigos civiles de la misma, en su gran mayoría, opten por omitir una definición de los bienes consumibles.

Sin embargo, podríamos preguntarnos, si la prestación del mutuante deberá versar sobre bienes ciertos, inciertos o fungibles.

Entendemos que, fundamentalmente, recaerá sobre bienes inciertos y fungibles; vale decir, sobre cantidades de cosas, de las cuales sea fácil efectuar una devolución consiguiendo otras que sean de la misma especie, calidad y cantidad.

Dentro de tal orden de ideas, resultaría bastante complicado pensar en que los bienes ciertos constituyan objeto del contrato de mutuo; ya que, las obligaciones de dar bienes ciertos se encuentran indisolublemente ligadas al principio de identidad del pago. De esta manera, pensamos que si se entregara un bien aparentemente cierto, en realidad no estaría siendo considerado como tal, sino más bien como fungible o incierto. Esto se debe a que al mutuante le dará lo que al momento de la devolución se le entregue, es decir, otro de carácter similar o equivalente.

Ello significaría que dicho bien estaría siendo considerado como uno más de la especie y no como un bien en especial; de modo tal, que difícilmente los bienes ciertos o determinados podrían constituir objeto del contrato de mutuo.

Sin embargo, estimamos que el legislador de 1984 hizo bien en circunscribir el contrato de mutuo a los bienes consumibles y no establecer ninguna otra precisión adicional.

Para un sector importante de la doctrina y, también, para una buena parte de los ordenamientos legales de nuestra tradición jurídica, entre los que encontramos al italiano y al español; el mutuo puede tener por objeto un bien fungible no consumible, cuando se prestan cosas que no interesan por su propia individualidad, sino por ser susceptibles de numeración y medida, tal como expresa Alberto Trabucchi[3].

---

[3] Trabucchi, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo II, p. 309.

Según refiere Valencia Zea[4]:

> En el mutuo, el mutuante o prestamista entrega una cosa al mutuatario o prestatario entendiendo volver a adquirir, no la misma cosa, sino su equivalente en especie; es decir, que dicho contrato debe recaer sobre cosas fungibles, pues solo estas pueden realizar esta finalidad, por ser intercambiables en el comercio por otras del mismo género y calidad. Se pueden entregar a otro cincuenta arrobas de trigo a condición de que en determinado plazo devuelva otras cincuenta de la misma calidad; se pueden entregar diez litros de ron para que se devuelvan otros diez de la misma calidad. Pero el dinero es lo que constituye el objeto principal sobre el que recaen los contratos de mutuo.
>
> Si la cosa no es fungible, no hay mutuo, y tampoco lo hay si el mutuatario no se obliga a entregar cosas fungibles del mismo género y calidad. En el primer caso, tendremos una permuta en que uno de los contratantes dé plazo al otro para el cumplimiento de su obligación; y, en el segundo caso, tendremos una permuta o compraventa.

Colin y Capitant[5], al pronunciarse sobre el tema, citan como ejemplo el del librero que, careciendo de ejemplares de una obra muy solicitada por el público, pide prestado uno o varios a un colega. Es evidente, como bien señalan los autores, que los ejemplares que le devuelva no serán los mismos, sino otros volúmenes idénticos, cuando haya recibido de ese libro un nuevo envío del editor.

En lo que concierne a nuestra legislación, podemos observar que en el artículo 1800 del Código Civil de 1852, se utilizaba el vocablo «fungible», no la palabra «consumible». Empero, ambos términos eran tomados —erróneamente— como sinónimos.

Con la elaboración del Anteproyecto del Código Civil de 1936, se empezó a cuestionar la idoneidad de la terminología empleada, lo que se puede constatar al revisar las actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852.

En las mismas, se expresa la conveniencia de usar el término «consumible», puesto que, según se manifiesta, la palabra «fungible» es un poco bárbara y no pertenece al lenguaje de los jurisconsultos romanos: sirve para expresar las cosas que pueden reemplazarse las unas por las otras.

La fungibilidad de una cosa, a criterio de la mencionada Comisión, viene determinada por la intención de las partes, cuando han convenido en devolverse otra de la misma especie y calidad; de modo que, una cosa puede ser, según las circunstancias entendidas por la voluntad de las partes, fungible o no fungible.

---

[4] Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil.* Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, tomo IV, De los contratos, p. 160.

[5] Colín, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo IV, p. 503.

Si seguimos el razonamiento esbozado por la Comisión podemos afirmar que la fungibilidad reposa sobre una calidad accidental y relativa, según se considere la cosa desde el punto de vista de la restitución.

Sobre la base de lo expuesto, parece claro que el legislador al regular este tema pudo haber optado por mantener como término el de bien «fungible», o en todo caso, usar la palabra «consumible» y agregar alguna otra precisión.

No obstante, estimamos que el legislador de 1984 hizo bien en circunscribir el contrato de mutuo a los bienes consumibles y no establecer ninguna otra precisión adicional.

Debemos subrayar que, independientemente de la existencia de un número prácticamente infinito de bienes de carácter consumible y de los innumerables ejemplos domésticos que podrían esbozarse en torno a mutuos respecto de este tipo de bienes, este contrato versará fundamentalmente sobre dinero. Este concepto comprende tanto al Nuevo Sol como a los signos monetarios de origen extranjero.

No debemos olvidar que la inmensa mayoría de operaciones económicas de todo orden realizadas en el Perú se efectúan en dólares de los Estados Unidos de América y que la masa monetaria circulante en nuestro país está compuesta, mayoritariamente, por dólares.

Lo que queremos expresar es que el mayor número de contratos de mutuo se efectúa en moneda nacional o en moneda extranjera.

El dinero es considerado un bien consumible, ya que, si bien no se destruye o deteriora notablemente con el primer uso, sí desaparece físicamente.

Así, por ejemplo, si uno efectúa un pago, ya no contará más con el dinero objeto de ese pago. Si uno realiza un depósito bancario en una cuenta propia, a pesar de ser titular de la cantidad depositada, uno no lo será de los billetes con que ha efectuado dicho depósito, pues los mismos automáticamente continuarán su circulación dentro de las operaciones financieras del banco. Cuando efectuemos el retiro de esa cantidad, es evidente que nos darán otros billetes distintos a los depositados. Recibir uno de los billetes que fueron objeto de nuestro depósito, sería más fácil que ganar el número de la lotería. Ello, sin embargo, tampoco nos interesaría; pues al tratarse de bienes fungibles, no es importante el número de serie de los mismos.

1.2. Las obligaciones del mutuatario

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1648 del Código Civil Peruano de 1984, el mutuatario deberá devolver al mutuante otros bienes que sean de la misma especie, calidad o cantidad que aquellos que recibió.

La idea es que el mutuatario devuelva exactamente lo que recibió o, en su defecto, devuelva objetos similares a aquellos que le fueron entregados.

En tal sentido, el Código Civil subraya que dichos bienes tienen que ser de la misma especie, calidad o cantidad.

Consideramos que no resulta acertado el carácter disyuntivo de la expresión, ya que no se está dejando a elección del mutuatario el devolver bienes que correspondan a la especie, a la calidad, o a la cantidad de los recibidos.

La afirmación debe entenderse efectuada con criterio conjuntivo, ya que los bienes a devolver deberán reunir todas las características de los recibidos; vale decir, deben ser de la misma especie, gozar de la misma calidad y ascender a la misma cantidad. De esta forma, la devolución se estará efectuando en estricto apego a los principios de identidad e integridad del pago.

Ahora, como la liberación del mutuatario tiene lugar con la transferencia del equivalente de las cosas recibidas, no es posible hablar de restitución en sentido estricto, puesto que la restitución implica necesariamente la conservación y devolución de la cosa en su identidad. En cambio, podemos afirmar que el mutuatario está obligado a entregar lo equivalente.

Dejando de lado los problemas terminológicos, podemos sostener que la restitución —entendida en su sentido amplio— es el efecto y la causa de la extinción del mutuo. Tal deber de restitución queda diferido en el tiempo, de modo que esta figura adquiere el carácter de contrato de duración.

Como anota Rinessi[6]:

> Si se afirma en el mutuo la identidad del *genus* entre las cosas dadas a préstamo y las restituidas, no puede deducirse que exista contraprestación.
>
> En el derecho romano el mutuo era gratuito, la entrega y restitución lo caracterizaban plenamente, pues la eventual promesa de contraprestación no era otra cosa que la *stipulatio usurae* que se añadía al negocio del préstamo. Si además se tiene en cuenta que el término ha sido para muchos una modalidad del cumplimiento de la prestación en el mutuo, sería fácil comprender los errores en el análisis de este contrato.
>
> Conviene advertir que la restitución no es un *modus* en el mutuo. La verdad es que ver en la entrega un comportamiento de atribución patrimonial —acto— y por otro lado el *modus* y su aceptación, no se compadece con la realidad, pues la entrega y la restitución explican el equilibrio de los intereses negociales, bien entendido que la sustitución —entrega y restitución— por sí misma no es suficiente para comprender la esencia del contrato de mutuo, pues semejante elemento carecería de relieve económico y no permitiría calificar el contrato ni de oneroso ni de gratuito. En cambio si interviene el plazo, el negocio jurídico que nos ocupa adquiere significado económico.

---

[6] Rinessi, Antonio J. «Préstamo de consumo. Breves antecedentes históricos». En *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXII, p. 38.

En este extremo de nuestro análisis queremos subrayar el hecho de que, por lo general, la prestación del mutuatario no se reduce a lo antes mencionado; ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1663 del Código Civil, el contrato de mutuo se presume con intereses, salvo pacto distinto.

Esto significa que en el único caso en que la devolución ascenderá a bienes de la misma cantidad será en el mutuo gratuito. En el mutuo oneroso, si bien deberán mantenerse los mismos criterios de resguardo a la especie y a la calidad, la cantidad variará, ya que se tendrá que pagar intereses.

La actual onerosidad presunta, que caracteriza a este contrato, es uno de los aspectos en que el mutuo ha variado sustancialmente.

Como veremos más adelante, el mutuo —en sus orígenes— estuvo basado en consideraciones de amistad y por ello su gratuidad era la regla general. No obstante, con su crecimiento y el valor de su rol crediticio, esta característica fue modificándose y hoy, lo común, es el pago de intereses por parte del mutuatario, como contrapartida por la entrega del capital mutuado y como renta del mismo[7].

Ello ha determinado que el Código Civil de 1984 establezca que el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto. De donde se sigue que hoy la regla general es el mutuo oneroso, mientras el mutuo gratuito, determinado por la voluntad de las partes, ha pasado a ser la excepción.

Este tema fue abordado por el ilustre Manuel Lorenzo de Vidaurre en su Proyecto de Código Civil de 1835 y 1836, cuando sostenía las siguientes expresiones:

> Escribir sobre el mutuo parece que es volver a tratar de las usuras. Esta vieja materia la discutí en el proyecto del código penal, y con mejor éxito en la presentación dirigida al Congreso en el año 33. Desapareció desde entonces este fantasma, que atemorizaba. El comerciante dirigió su negociación con más seguridad, y bajaron al momento los intereses, que habían subido a tal grado, cual nunca oyeron nuestros abuelos. La clandestinidad fue un motivo para alzarlos, y esta historia se enlaza con la persecución de los judíos.
>
> No exigir premio ninguno por el dinero que se presta; tener por un crimen infame, este acto imprescindible en el comerciante y necesario en general a los ciudadanos; desvolarse por señalar estrechos límites a los intereses, cuando se consiente y deja una franca libertad sobre lo comodable y arrendable, son cosas, que no podrán combinar los que raciocinen por principios [...].

Los intereses, cuyo estudio abordaremos más adelante, podrán versar en bienes de la misma naturaleza del capital (incluso en los casos en que el capital prestado consistiera en bienes que no fueran dinero).

---

[7] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y sombras del Código Civil.* Lima: Ediciones Studium, 1992, tomo II, p. 112.

Ahora bien, si el capital prestado consistiera en dinero, es evidente que los intereses también gozarán de la misma naturaleza. Un pacto distinto sería total y absolutamente exótico e inusual.

2. Características del contrato de mutuo

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de mutuo en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa 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 durante el primer semestre académico de 1986, cuando fui su alumno, además de la contenida en su obra «El contrato en general» (primera parte, tomo I, páginas 209 a 248). Desde nuestro punto de vista, se trata de la clasificación más completa entre las conocidas.

2.1. En cuanto al nombre

El mutuo es un contrato nominado y tiene sus orígenes en el antiguo derecho romano. Según Paulo y Gayo, se deriva del latín *meun* y *tutum* («lo mío se hace tuyo»). En el Código Civil de Santa Cruz recibió el nombre de «mutuo o préstamo simple»; en tanto que los códigos civiles peruanos de 1852, 1936 y 1984 lo llaman simplemente «mutuo».

En el plano doctrinario recibe también el nombre de «préstamo de consumo».

2.2. En cuanto a su regulación

El mutuo es y ha sido en nuestros códigos civiles un contrato típico: siempre ha estado jurídicamente regulado.

Asimismo, al inicio de nuestro estudio hemos podido corroborar dicha característica, en tanto hemos observado como la figura es regulada en los diversos sistemas jurídicos. De esta forma, si bien con diversos matices, el contrato de mutuo es uno de los llamados contratos típicos. Esto no podría ser de otro modo si tomamos en cuenta su importancia y utilidad dentro de las transacciones económicas y, en general, dentro del desarrollo de la vida social contemporánea.

2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el mutuo es y ha sido siempre un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

El mutuo puede ser tanto un contrato civil como mercantil. A su vez, el mutuo mercantil se presenta, por lo general, con intereses. El Código Civil de 1984, en virtud del artículo 2112, estableció que el contrato de mutuo de naturaleza mercantil se rige por las disposiciones de dicho cuerpo de leyes. Esto, según comenta Max Arias-Schreiber[8], se adoptó en razón de que «la diferencia creaba problemas para establecer la ley aplicable en los crecientes casos de duda que planteaba la problemática de la vida moderna».

La legislación española se refiere a este tema en los artículos 207 y 558 de su Código de Comercio. En este último precepto se determina expresamente el carácter civil o comercial del préstamo.

En la citada norma, se dispone que si la cosa prestada puede ser considerada género comercial el mutuo, también, es comercial.

De allí se infiere que cuando el prestamista y el prestatario son comerciantes, o cuando al menos el mutuatario es comerciante —sin importar que el mutuante no lo sea— el mutuo es mercantil. Si se da un supuesto distinto, el mutuo es civil.

Para la legislación española la distinción resulta relevante desde el punto de vista de los intereses, ya que, a diferencia de lo estipulado en nuestro sistema jurídico, el mutuo civil se presume gratuito y solo el comercial se presume oneroso.

Lo cierto es que, pese a la opción legislativa tomada por el sistema jurídico español, existe una dificultad para delinear los dos ámbitos. En consecuencia, determinar la ley aplicable es en extremo complicado, lo que se percibe claramente si consideramos —con Valencia Zea—[9] que:

> Son mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de operaciones comerciales.
>
> De donde resulta: a) son preponderantemente comerciales todos los préstamos que hacen los bancos y entidades de crédito, como los depósitos a término que hacen los particulares en bancos o corporaciones de crédito; los préstamos que se hacen a comerciantes para el desarrollo de sus actividades; y, en general, los préstamos a interés, que habitualmente hace una persona a otra; b) son préstamos o mutuos civiles las sumas de dinero que alguien hace a otro para determinados servicios que no son comerciales.

---

[8] Arias-Schreiber Pezet, Max. (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 238.

[9] Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, p. 164.

Así, entendemos que la enorme casuística hace difícil definir las normas aplicables, por lo que es preferible un régimen jurídico unificado.

Esta, sin embargo, constituye una de las innovaciones que ha introducido el Código Civil de 1984. Antes de su entrada en vigencia, la división entre mutuo mercantil y mutuo civil no era solo formal, en tanto cada uno se regía por su propio cuerpo legislativo.

Los códigos civiles que precedieron al actual adoptaron una posición distinta a la comentada.

Entonces, y desde que entró en vigencia el Código Civil de 1852 hasta su derogatoria, el mutuo mercantil era regulado también en los artículos 339 y 340 del Código de Comercio de 1853; y después, por los artículos 305 al 314 del Código de Comercio de 1902, hasta que fue derogado el Código Civil de 1936, cuando pasó a estar íntegramente regulado por el código de 1984.

El código de 1936 exigía que un mutuo, para que sea considerado de naturaleza mercantil, debía contar con que alguno de los contratantes fuera comerciante, mientras que su antecesor estipulaba que «el préstamo no era mercantil si solamente era comerciante el acreedor; que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio, bastando que así lo exprese el documento en que conste el préstamo». Con respecto a esta disposición, en la Exposición de motivos de dicho código se señalaba que con la citada norma «quedaban amparados y protegidos por la legislación comercial gran número de préstamos, que se regían por el Derecho Civil, a pesar de constituir en rigor actos de comercio, solo porque uno de los contratantes era ajeno a esta profesión»[10].

2.5. En cuanto a su autonomía

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

2.6. En cuanto a su formación

Tanto en el código de 1836 (artículo 1654), como en el código de 1852 (artículo 1800) y en el de 1936 (artículo 1573), el mutuo ha sido considerado como un contrato de naturaleza real; es decir, que la entrega del bien era un requisito *sine qua non* para la formación del contrato. En el código vigente, en cambio, la entrega del bien se produce en la fase de ejecución del contrato; es decir, con ella se inicia el cumplimiento de la prestación a la que el mutuante está obligado.

---

[10] García-Calderón, Manuel. *Código de Comercio de 1902*. Segunda edición. Lima: Imprenta de la U.N.M.S.M., 1967, p. 152.

Parece que el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre también adopta la teoría del mutuo como contrato real, ya que en su definición expresa que «es el préstamo de una cantidad de dinero con interés legal, menor, o sin él, para restituirlo en dinero al plazo que se señale». La frase «es el préstamo» nos indicaría que con la entrega se ha celebrado el contrato.

Al revisar brevemente ambas posturas encontramos, en principio, que un sector importante de la doctrina, y con ella un gran número de sistemas jurídicos, sostiene que el contrato de mutuo es un contrato real, pues su perfeccionamiento solo es posible mediante la entrega de la cosa prestada. De esta manera, tal exigencia se da a modo de solemnidad o formalidad, por lo que, si no media dicha entrega, no hay contrato.

Quienes se adhieren a esta postura lo hacen distinguiendo al mutuo de la promesa de mutuo. Así, afirman que las obligaciones principales que nacen de esas dos operaciones no corren por cuenta de la misma persona. El que se obliga por la promesa de préstamo no es el prestatario, sino el futuro prestador que simplemente se ha obligado a prestar. Solo cuando haya suministrado las cosas o el dinero ofrecido, será cuando exista mutuo, y, por consiguiente, la persona obligada será prestataria[11].

No son pocos los juristas que critican esa tesis. Entre ellos podemos encontrar a Valencia Zea[12], quien hace interesantes e incisivos comentarios, los mismos que a continuación transcribimos:

> La teoría de los contratos reales es inútil y se la rechaza unánimemente en la práctica de los negocios. En el mutuo o préstamo de consumo, así como en los demás contratos calificados de reales, se distinguen en forma clara y precisa el contrato o acuerdo de voluntades y la entrega material de la cosa objeto del contrato.
>
> La doctrina y la jurisprudencia de los diferentes países en que se ha consagrado la teoría que se critica, han ensayado una interpretación nueva de la institución del contrato real, tendiente a conseguir que en la apariencia se respeten los textos legales, pero que a un mismo tiempo se satisfagan las necesidades del comercio. Tal interpretación consiste en afirmar que el simple acuerdo de voluntades en todos los contratos reales vincula a las partes, como sucede en la compraventa o en el arrendamiento, y que las vincula u obliga en forma de promesas bilaterales de contrato.
>
> Esta teoría de las promesas bilaterales de préstamo de consumo o mutuo, de comodato, de prenda, de depósito, de anticresis, se ve forzada a apelar a recursos tanto extraños, pues donde debiera decir contrato, dice simplemente promesa bilateral, y en donde debiera decir ejecución de la principal obligación de una de las partes,

[11] Colin, Ambroise y Henri Capitant (1955). *Op. cit.*, tomo IV, p. 505.

[12] Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 159 y 160.

> dice contrato. Además, dentro de esta teoría, en el mutuo se denomina el acuerdo de voluntades promesa de mutuo, y el cumplimiento de la principal obligación por parte del mutuante o prestamista se denomina contrato de mutuo.
>
> En resumen, la tan inútil como deshilvanada institución de los contratos reales ha tenido este ilógico fin: dar provisionalmente, dentro de la ciencia jurídica, nombres diferentes al contrato y al cumplimiento de la obligación.

A esto podemos agregar el comentario de Karl Larenz[13], quien, al respecto, afirma que en aplicación del principio de la libertad de contratación, las partes, perfectamente, pueden concertar el contrato de préstamo, antes de la entrega de la cosa.

Así, el acto de entrega constituye un acto de cumplimiento de lo prometido, no siendo elemento esencial del perfeccionamiento del contrato de mutuo, sino simple ejecución del mismo.

Como ya indicamos, esta es la postura adoptada por nuestro código actual que, siguiendo la corriente consensualista, dispone que el mutuo se perfecciona con solo el consentimiento de las partes. Postura claramente distinta a la asumida por nuestros códigos anteriores, que caracterizaban al mutuo como un contrato real.

En el Código Civil de 1852, podía ser también un contrato formal, pues debía constar en «documento escrito» si el valor del bien era mayor a doscientos pesos, y, además, si se hubiesen pactado intereses. Lo mismo sucedía en el código de 1936, conforme al cual se debía hacer constar por escrito cuando el valor de bien excediera de quinientos soles.

En el código de 1984, el contrato de mutuo se rige, al igual que el de suministro, en cuanto a su probanza, por el primer párrafo del artículo 1605 (remisión hecha por el numeral 1649). Esto quiere decir que su existencia y contenido pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecería sobre todos los otros medios probatorios.

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.). Este acto debía constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1650, con remisión al numeral 1625). Sin embargo, cuando se modificó el texto del artículo 1625 —relativo a la donación—, en virtud de la ley n.° 26189, al haberse eliminado el requisito de la celebración del contrato de donación de bienes muebles de valor, por escritura pública, y habiéndose suprimido el parámetro ahí señalado; debería entenderse que, no existiendo actualmente la referencia a que hace mención el artículo 1650

[13] Citado por Arias-Schreiber Pezet, Max. (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 238.

del Código Civil, todo contrato de mutuo es consensual, incluso el mutuo entre cónyuges.

Sobre este punto volveremos en detalle oportunamente.

2.7. En cuanto al tiempo

El mutuo es, esencialmente, un contrato de duración. Esta duración podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

Messineo[14] se pronuncia sobre el particular, afirmando que la restitución (y el deber inherente), es el efecto y, al mismo tiempo, la causa de extinción del mutuo, pero el deber de restitución queda diferido en el tiempo, de manera que el mutuo adquiere carácter de contrato de duración.

Recalca, además, que es económicamente inconcebible que la entrega del equivalente pueda verificarse *ad nutum* del mutuante. De ser así, el negocio resultaría inútil para el mutuatario, el cual, estando implícitamente autorizado para consumir la cosa, no siempre, o casi nunca, estará en situación de procurarse inmediatamente el equivalente a restituir.

A esto debemos agregar que el tiempo es también prestación con relación a las cosas entregadas y dará, asimismo, la medida del interés.

Como expresa Rinessi[15]:

> En cuanto al elemento cronológico puede afirmarse sin vacilaciones que el mutuo es un contrato de duración y que el plazo-interés tiene indiscutible valor negocial. En consecuencia, el plazo y la restitución provienen de la manifestación de dos voluntades diversas: la restitución se promete por el mutuatario, mientras que el plazo es concedido por el mutuante. Esto a su vez tiene su contrapartida, correspondiendo la entrega y restitución a los recíprocos intereses de la sustitución, y el plazo por otro lado, que puede o no estipular su compensación; constituyendo el objeto del contrato de mutuo.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre no le daba fuerza ejecutiva cuando no se pactaba plazo para la devolución; en cambio, nuestros códigos han sido menos drásticos y consideraron que en esos casos debía regir el plazo legal. En el código de 1836, este plazo era de cuarenta días; en el de 1852, de seis meses;

---

[14] Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1979, tomo II, p. 117.

[15] Rinessi, Antonio J. (s/f). *Op. cit.*, tomo XXII, p. 38.

y en el de 1936, de treinta días. Por su parte, el código de 1984 establece el plazo de treinta días contados desde la entrega.

2.8. En cuanto a su negociación

El mutuo puede ser un contrato de negociación previa, es decir, un contrato en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido (usual en el mutuo entre particulares). Sin embargo, también puede celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Consideramos que este último supuesto es el de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

2.9. En cuanto al rol económico

El contrato de mutuo es uno de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del mutuante que luego se verá compensada con la devolución de lo mutuado. También es un contrato de cambio, pues está destinado a la circulación de los bienes, independientemente de si incluye o no pacto de intereses.

Asimismo, se trata de un contrato de restitución, ya que obliga a quien recibe el bien a devolverlo (en este caso, no devolverá el mismo bien sino otro similar, por ser un préstamo de consumo). También es un contrato de crédito, es decir, basado en la confianza.

Debemos tener en cuenta que no toda entrega es índice de préstamo. Es necesario considerarla en el conjunto de cláusulas, de manera tal que esa entrega armonice con los requisitos del contrato; es decir, que esa entrega esté supeditada a la devolución de la cosa, en la estructura del mutuo.

Por lo mismo, una entrega puede ser también la constitución de un derecho real que no corresponda al contrato de mutuo. Todo concepto que se elabore al respecto tiene que ser comprensivo de los elementos y requisitos del contrato. Por otra parte, la entrega no se realiza con carácter de uso sino de propiedad[16].

2.10. En cuanto a su función

El contrato de mutuo es fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría formar parte de uno modificatorio o regulatorio. Sin embargo, nunca será un contrato resolutorio o extintivo, puesto que siempre generará la obligación del mutuante de ejecutar, en favor del mutuatario, la entrega en propiedad de una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, a cambio de la obligación del mutuatario de devolverle otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad.

---

[16] *Ibidem*, tomo XXII, p. 37.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

Al respecto debemos tomar en cuenta, que las partes que celebran el contrato de mutuo deben cumplir con condiciones mínimas derivadas de la propia naturaleza del mutuo.

El mutuante debe ser propietario de la cosa o bien consumible que es objeto del mutuo, toda vez que debe tener capacidad para enajenarla. Como el préstamo de consumo es un acto de disposición, los que solo tienen poderes o una capacidad limitada a los actos de administración, no pueden, por tanto, efectuarlo sin inconvenientes. Para tal efecto, remitimos al lector a lo expresado en torno al mutuo sobre bienes ajenos.

Asimismo, en vista de que el préstamo de consumo crea obligaciones para el mutuatario, es preciso que este tenga capacidad para obligarse[17].

El Código Civil de 1852 y el de 1936 disponían que el mutuante y el mutuatario debían tener capacidad de disposición sobre sus bienes (artículos 1802 y 1574, respectivamente). El código de Santa Cruz y el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre no contenían una norma expresa al respecto, pero se deduce que se exigía esa capacidad (sobre todo para el mutuante), en virtud de que era un contrato que se celebraba con la entrega y que esta cumplía, además, la función de trasladar la propiedad. No olvidaba el principio según el cual nadie puede transmitir más derechos de los que tiene.

Los códigos civiles de 1852 y de 1936 establecían expresamente que no había acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de celebrar este contrato (artículos 1803 y 1575, respectivamente). Pero el código de 1936 agrega que cesa esta prohibición cuando el incapaz celebró el mutuo para atender sus alimentos.

El artículo 1804 del Código Civil de 1852 expresaba que los guardadores y los administradores podían celebrar este contrato, en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administraban, pero para ello tenían que observar las mismas reglas que se prescribían para la transacción.

El Código Civil de 1984, en sus artículos 1651 y 1652, que tomaron como fuente el artículo 1576 del Código Civil de 1936, establece que los representantes de los incapaces o ausentes, para celebrar un mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deberán solicitar autorización judicial. En tal caso, se escuchará la opinión del Ministerio Público y del Consejo de Familia, cuando lo haya y el juez lo estime necesario. Esto no es de aplicación cuando el valor del bien no excede el límite impuesto por el artículo 1652.

---

[17] Colín, Ambroise y Henri Capitant. (1955). *Op. cit.*, tomo IV, p. 511.

2.12. En cuanto a la prestación

Si se considerase que el contrato de mutuo es un contrato real —como de hecho lo sostienen muchos ordenamientos jurídicos— que se celebra con la entrega del bien por parte del mutuante, es obvio que sería unilateral, en la medida en que luego de celebrado solo quedaría obligado el mutuatario.

Como recuerda Rinessi[18]:

> Borda expresa que para la doctrina clásica, es un contrato unilateral, porque entregada la cosa en el momento de la celebración del acto, ya no quedan obligaciones pendientes de cumplimiento, sino para el mutuatario; pero que desde el punto de vista de la pura lógica parece más razonable considerar a este contrato como bilateral, porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuatario la de restituirla en su momento, y eventualmente, la de pagar intereses.
>
> La circunstancia de que una de las partes llene todas sus obligaciones al celebrar el contrato no significa que no estaba obligada a hacerlo conforme al acuerdo de voluntades. De igual modo que la compraventa manual es típicamente bilateral, no obstante que todas las obligaciones quedan cumplidas en el instante mismo de celebrar el contrato.

Resultan sugerentes las dudas planteadas por Borda. Estas, sin embargo, desaparecen si partimos de concebir al préstamo de consumo como un contrato consensual. De ese modo, obtenemos que dicho contrato posee prestaciones recíprocas, considerando que la obligación principal del mutuante es la de entregar el bien; y la obligación principal del mutuatario es la de restituirle a aquel un bien de la misma especie, cantidad y calidad.

Es esta última la posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984, posición que como hemos tenido ocasión de mencionar, resulta innovadora con respecto a la opción legislativa de los códigos que le precedieron.

Desde el Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836, hasta el Código Civil de 1936, el mutuo era un contrato de prestación unilateral. La prestación estaba a cargo del mutuatario, quien debía restituir el bien al mutuante (no el mismo bien, dado que se trata de bienes consumibles) en las condiciones prescritas.

El artículo 1254 del Código Civil de 1836 establecía la obligación del mutuatario de devolver «la cosa o cosas que se consumen por el uso en la misma especie y calidad». Luego, se agregó el término «cantidad» en su artículo 1261, donde disponía la

[18] Rinessi, Antonio J. (s/f). *Op. cit.*, tomo XXII, p. 39.

obligación de devolverlo en el «término convenido, en la misma cantidad y calidad». La devolución del bien era la única obligación creada al momento de la celebración del contrato.

En la posición de este código (que, como veremos, continuó el de 1852), el mutuo era un contrato sinalagmático imperfecto, pues con posterioridad a su celebración surgían obligaciones a cargo del mutuante.

Estas obligaciones estaban reguladas en el capítulo V, artículos 1257 a 1260.

El artículo 1257 prescribía que el mutuante no podía exigir la devolución de la cosa prestada antes del término convenido. A su vez, el artículo 1258 no preveía ninguna obligación del mutuante, sino que se fijaba el término para la devolución que, en caso de no haberse pactado, era de cuarenta días. El artículo 1259, por su parte, facultaba al juez para fijar el término, según las circunstancias, en caso de haberse convenido que el mutuatario pagara cuando pudiera o tuviera medios para hacerlo. Por ultimo, el artículo 1260 establecía la obligación del mutuante de reembolsar los gastos necesarios en que haya incurrido el mutuatario para conservar la cosa. Aquí, podemos apreciar la existencia de una contradicción; dado que si el artículo 1255 establecía que, desde la entrega, el mutuatario se hacía dueño de la cosa, entonces deberían haberle correspondido a él los gastos de conservación.

En el capítulo VI se regulan las obligaciones del mutuatario, que vendrían a ser las accesorias, pero en el artículo 1261 se reitera la principal.

En el artículo 1262 se dispuso que el mutuatario, ante la imposibilidad de devolver el bien en las condiciones señaladas, quedaba obligado al pago del valor de las cosas con respecto al tiempo y al lugar en que estas 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 solo estableció obligaciones a cargo del mutuatario, y no se pronunció acerca de ninguna obligación del mutuante. En el artículo 8 del título 11 señalaba: «Todos los acontecimientos ordinarios y extraordinarios sobre el dinero mutuado caen en el mutuatario». En su artículo 9 establecía que quedaban derogadas las leyes de la *non numerata pecunia*. Esta disposición, según Vidaurre, se fundamenta en que ninguno debe obligarse por lo que aún no ha recibido[19].

[19] De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Proyecto del Código Civil Peruano. Segunda Parte.* Lima: Imprenta del Constitucional por Justo León, 1836, p. 205.

El Código Civil de 1852 siguió los mismos lineamientos que su antecesor (es decir, también consideró al mutuo como un contrato sinalagmático imperfecto); sin embargo, demuestra mayores precisiones y mayor riqueza de supuestos.

Al igual que el código de 1836, el de 1852 disponía que era obligación del mutuatario devolver el bien, según el artículo 1800, en la misma especie y calidad. El término «cantidad» fue agregado en otro artículo, el 1814. Esta era la única obligación creada al momento de la celebración del contrato.

Lo que en el Código Civil de 1836 se enfocaba como una obligación de no hacer o de abstención, en el de 1852 se hace estableciendo que el mutuante no tiene derecho a «pedir que se le pague lo que dio en mutuo antes del vencimiento del plazo»; y agrega: «sea convencional o legal; a no ser que el deudor malverse sus bienes y no otorgue la fianza que se le exija».

El plazo legal era más largo que en el anterior código (seis meses), y operaba solo a falta de plazo convencional.

Repitiendo lo establecido en el artículo 1259 del código de Santa Cruz, el artículo 1812 facultaba al juez para designar el plazo en caso de que se haya pactado que el mutuatario pagare cuando tuviese medios para hacerlo. Además, este artículo agregaba que, en tal caso, el juez evaluaría las circunstancias del deudor.

Cabe reconocer aquí que este último código emplea una mejor sistemática, al no regular ya lo concerniente al plazo y las atribuciones del juez con respecto a las obligaciones del mutuante.

A diferencia del Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana, el Código Civil de 1852 sí establecía que al mutuatario (después de la entrega) le correspondía la mejora, deterioro o destrucción de la cosa prestada, y por ende, ya no habría reembolso. Asimismo, este código muestra los primeros antecedentes de las obligaciones de saneamiento, cuando en sus artículos 1807 y 1808 se responsabilizaba al mutuante por los defectos ocultos de la cosa entregada en mutuo si, sabiéndolo, no daba aviso al mutuatario. En cambio, si se ignoraba los vicios ocultos, solo estaba obligado a sufrir la reducción proporcional del valor de la cosa mutuada.

Con respecto a las demás obligaciones del mutuatario, se repitieron las reglas del código de la Confederación, agregando que si: «Las cosas fueron apreciadas al tiempo del mutuo, está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago».

El artículo 1810 facultaba al mutuatario (algo sobre lo cual no se pronunciaba el código de 1836) a «pagar lo que recibió en mutuo, antes del tiempo convenido con el mutuante, sin que obste pacto en contrario». Aquí podemos apreciar que no se pensó en la posibilidad de que se hubieran pactado intereses, caso en el cual este dispositivo resultaba perjudicial para el mutuante.

En el Código Civil de 1936 —al igual que sus antecesores— en el momento de la celebración del contrato (en virtud de que este se celebraba con la entrega), solo el mutuatario quedaba obligado a ejecutar la devolución. La obligación de devolver el bien debía hacerse, según el artículo 1573, en «la misma especie y calidad» (el término «cantidad» fue agregado en otro artículo: el 1579).

En este código ya no se estableció la imposibilidad —por parte del mutuante— de pedir la devolución antes del vencimiento del plazo legal o convencional. Ello es explicado por Manuel Augusto Olaechea[20] en los siguientes términos:

> Suprimido por constituir una aplicación del principio general, ya legislado, en virtud del cual el deudor pierde todo derecho a utilizar el plazo, cuando después de contraída la obligación resulte insolvente y no garantice la deuda, o cuando por actos propios disminuyesen las garantías después de establecidas, o finalmente, cuando por caso fortuito las garantías concedidas desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

De acuerdo con el artículo 1578, si no se fijaba término para el pago, se entendía que era de treinta días.

Fue suprimida también la regla contemplada en el artículo 1812 del Código Civil de 1852. Ello se debió a que el Código Civil de 1936 ya había establecido (en la sección primera del Libro V, título V, De las modalidades de los actos jurídicos, artículo 1115) que: «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración».

Al igual que el código de 1852, el de 1936 también estableció que el mutuatario debía responder por la mejora, deterioro o destrucción de la cosa después de la entrega.

Las obligaciones de saneamiento que pudieran haberle correspondido al mutuante ya no fueron reguladas dentro del capítulo concerniente a este contrato, sino que estuvieron dentro de los principios generales, dada su naturaleza (títulos IV y V). Por su parte, las demás reglas concernientes a las obligaciones del mutuatario permanecieron.

En el Código Civil de 1984, el mutuo ya no es considerado como un contrato real. La entrega es, ahora, la obligación fundamental que asume el mutuante, la cual halla su correspondencia en la obligación de restitución que asume el mutuatario. La entrega implica el inicio de ejecución del contrato, ya no su celebración.

La regulación de las prestaciones sigue, básicamente, los mismos lineamientos que el código anterior.

---

[20] 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.

El artículo 1658 regula un supuesto no previsto en el código de 1936, aunque sí fue abordado por el de 1852, pero con un precepto contrario al actual. Este artículo permite que el mutuatario efectúe el cumplimiento de su prestación antes del plazo estipulado, en caso de no haberse pactado intereses o cualquier otra retribución por el uso. Hallamos que esta disposición es acertada, en tanto con ella se está protegiendo el derecho del mutuante a recibir un beneficio que las partes habían convenido libremente. Consideramos, asimismo, que esta norma es dispositiva y, por consiguiente, cabe pactar en contrario.

En lo referente al objeto de las prestaciones en el contrato de mutuo, debemos precisar que aquel podría consistir en dinero (bien fungible por excelencia) o en cualquier otro bien consumible.

El proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre reducía el mutuo solo al préstamo de dinero, y agregaba que si se trataba de «mercancías en todo o en parte» (artículo 2 del título 11) el contrato era de «compra y venta».

El Código Civil de la Confederación Perú Boliviana de 1836, hablaba de las «cosas» que se consumen por el uso (artículo 1254) y del dinero (artículo 1264); en tanto el código de 1852 empleaba la frase «cosas fungibles» —en su artículo 458 definía, erróneamente, a las cosas fungibles como aquellas que se consumen por el uso—. El Código Civil de 1936 hablaba de dinero y de cosas que se consumen por el uso (artículo 1573).

Por su parte, el Código Civil de 1984 se refiere al dinero y, empleando un término más exacto y técnico, alude a bienes consumibles (artículo 1648). Como sabemos, todos los bienes materiales tienen como destino final el consumo por el uso, pero los bienes consumibles son aquellos que se extinguen con el primer uso. Entonces, con las primeras definiciones, se estaba abarcando aquellos bienes fungibles que tenían un lapso de aprovechamiento más duradero y, por consiguiente, quizá no hubiera podido hacerse (en lo que al objeto se refiere) una clara diferenciación con el contrato de comodato.

Los códigos civiles de 1852 y 1936 sancionaban con nulidad el mutuo en que se pactare prestar una cantidad de dinero para devolverlo en mercaderías (artículos 1818 y 1582, respectivamente), pues se consideraba que ello desnaturalizaba el contrato. En el Código Civil de 1984, bajo el principio de preservación del contrato, se dispone que este debe ser reputado como de compraventa (artículo 1665).

El artículo 1817 del Código Civil de 1852 disponía:

> Artículo 1159.- 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 aquellas 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, el cual establecía lo siguiente:

> Artículo 1581.- El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal.

La misma disposición se mantiene en el código de 1984, pero está ubicada, dada su naturaleza, ya no dentro de las normas del contrato de mutuo, sino en el Libro de las Obligaciones, artículo 1234. Con ello fue adoptada como regla la teoría nominalista.

2.13. En cuanto a la valoración

Sobre este punto resulta sugestivo dedicar unas líneas a los antecedentes históricos del préstamo con intereses, a fin de observar la atención que ha merecido por parte del legislador, debido a los conflictos que ha suscitado entre los que manejan dinero y los prestatarios, obligados a asumir sus condiciones.

En principio, tenemos, como indican los Mazeaud[21], que mucho antes de la aparición del mutuo, los romanos habían practicado el préstamo con interés por el *nexum* o por el juego de la estipulación, a modalidades de interés por lo demás considerable. Las reacciones de los humildes llevaron al legislador, unas veces a prohibir el préstamo con interés y otras, a limitar el tipo de interés; pero esas limitaciones no tuvieron repercusión.

Cuando apareció el mutuo en Roma, este consistía únicamente en la entrega y la restitución, por lo que los intereses debían ser estipulados en un negocio separado. De esta manera, la obligación de pagar intereses era eventual, puesto que no se concebía ligada al vínculo conmutativo de otra prestación del mismo negocio[22].

Pese a que los intereses debían ser pactados en un negocio distinto al contrato de mutuo, el legislador romano entendió necesario fijar un límite máximo a dichos intereses, prohibiendo a los acreedores la estipulación de un interés superior al permitido, tal como indican Colin y Capitant[23]:

---

[21] Rinessi (s/f). *Op. cit.*, tomo XXII, p. 36.

[22] *Ibidem*, tomo XXII, p. 36.

[23] Colín, Ambroise y Henri Capitant (1955). *Op. cit.*, tomo IV, p. 514.

> Este sistema es el que empleó, durante todo el transcurso de su historia, el Derecho Romano, y ese *maximum*, que parece haber sido establecido, por primera vez en Roma por la Ley de las Doce Tablas, ha variado muchísimo desde esta época hasta la de Justiniano. Su sanción, por lo demás, era puramente el vil y consistía en la restitución de los intereses ilegalmente percibidos, pues el hecho de prestar con un interés muy crecido no era un delito que castigase la ley penal.

A partir de Carlomagno, el antiguo derecho francés, influido por la Iglesia, prohibió el préstamo con interés. La Iglesia para conseguir esto se valió de los preceptos mosaicos y del Evangelio de San Lucas, añadiendo más tarde a Aristóteles.

Sobre el particular, debemos tener en cuenta que la influencia de la Iglesia se explica mejor en una civilización como aquella, cuya actividad principal era la agrícola, tal como recuerda Rinessi[24]: «El préstamo no era practicado sino por las personas víctimas de un acontecimiento desdichado o que carecían momentáneamente de disponibilidades. El dinero no estaba invertido en el comercio o en la industria».

La Iglesia se pronunció de manera más rigurosa que los romanos, al sancionar el préstamo con interés. No solo otorgó sanciones civiles, esto es, la nulidad de la estipulación de intereses, sino también sanciones de orden penal, excomulgando a quienes ignoraban la prohibición.

En tal sentido, presentamos las expresiones de Josserand[25]:

> En nuestro antiguo derecho, el préstamo a interés estaba prohibido por influencia del derecho canónico, que había adoptado, a este efecto, una máxima de Cristo: *Mutuum date, nihil inde sperantes*. Dicha prohibición era verdaderamente antinatural; fue transgredida oblicuamente mediante estratagemas diversas; se recurría, para ello al contrato pignorativo (préstamo que revestía el aspecto de una venta con derecho de retracto), a la venta con derecho a retracto mismo, al contrato a mohatra (compra al contado a bajo precio, acompañada de una venta a término, celebrada a alto precio), y también a la constitución de renta, es decir, al contrato por el cual una persona —el acreedor de renta— entrega a otra persona, llamada deudor de renta, un capital en dinero cuyo reembolso no podrá ser exigido, y esto mediante el establecimiento de una renta cuyos plazos deberán ser pagados en las condiciones estipuladas entre las partes.

Al no estar sometidos al derecho canónico, los judíos fueron autorizados para comerciar con el dinero. De ese modo, los judíos se adjudicaron un verdadero monopolio que compartieron luego con los lombardos.

---

[24] Rinessi, Antonio J. (s/f). *Op. cit.*, tomo XXII, p. 37.

[25] Josserand, Louis. *Derecho Civil.* Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, tomo II, vol. 2. p. 272.

Mientras tanto, los cristianos tuvieron que acudir a procedimientos indirectos, que fueron tolerados porque no chocaban de frente con la regla canónica; y, porque el acudimiento al crédito es una necesidad que no puede excluir eficazmente ninguna legislación[26].

Poco a poco ese rigor extremo se fue relajando, al punto que a fines del antiguo Derecho, la prohibición era tan solo teórica, pues únicamente se perseguía la usura extrema y no la moderada. El derecho revolucionario suprimió la prohibición y, de igual manera, el derecho canónico renunció a ella.

Llegamos así a los tiempos actuales en los que el mutuo es concebido, en principio, como un préstamo a título oneroso, siempre que las partes no hayan estipulado, expresamente, que el mismo es gratuito.

Podemos recordar que, para el código de Santa Cruz, el mutuo era un acto a título oneroso, pues si no se pactaban intereses, corría el interés legal. Entonces, si las partes querían pactar un mutuo gratuito, lo debían manifestar expresamente. En caso las partes hubieren pactado un interés superior a los topes que el código señalaba, el contrato era nulo.

El proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre también presumía la onerosidad del mutuo, cuando en su definición señalaba que dicho contrato: «es el préstamo de una cantidad de dinero con interés legal, menor, o sin él».

Posición distinta adoptaron nuestros códigos civiles de 1852 y 1936. Para ellos, en el mutuo no se debían intereses sino en el caso de estar pactados (artículos 1819 y 1583), es decir, el mutuo se presumía gratuito. Ambos códigos siguieron la misma regla respecto al anatocismo, pues no se podía pactar la capitalización de intereses. Ello era posible solamente después de dos años y constando por escrito (artículos 1823 del código de 1852 y 1586 del código de 1936).

Nuestros códigos civiles, hasta el de 1936 inclusive, fijaban la tasa de interés. Así, el de 1836 disponía que el interés legal era de 6% al año, y el convencional no debía excederse del 2% mensual; en tanto, los Códigos de 1852 y 1936 solo establecían interés legal de 6% y 5%, respectivamente.

Mediante la ley n.° 23413, de junio de 1982, se estableció que el interés legal sería fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.

Esta disposición tenía como sustento el hecho de que la realidad económica del país estaba sujeta a continuas variaciones (inflación y devaluación) y, en tal contexto, el interés no podía ser fijado por un Código Civil, ya que este es un instrumento normativo con vocación de permanencia.

El artículo 1663 del código vigente establece que:

---

[26] Rinessi, Antonio J. (s/f). *Op. cit.*, tomo XXII, p. 37.

> Artículo 1663.- 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; en tal caso, sería a título gratuito. Para pactar la capitalización de intereses, se dispone que debe mediar no menos de un año de atraso en el pago de los mismos (artículo 1250).

2.14. En cuanto al riesgo

Podemos decir que el mutuo es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el mutuante es cierta (vale decir, conocida de antemano); aunque podría revestir la modalidad de aleatorio, pues su naturaleza no lo impide.

2.15. En cuanto a sus efectos

El mutuo es un contrato obligatorio u obligacional.

Sobre este punto, la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 manifestó lo siguiente:

> (El mutuo) Es un contrato obligatorio por cuanto genera un nexo obligacional entre mutuante y mutuatario, a diferencia del código anterior, que en su articulo 1573 consagraba el carácter traslativo del mutuo. Como quiera que este se perfeccionaba con la entrega de la cosa mutuada, dicha tradición importaba, también la tradición de la propiedad a favor del mutuado.
>
> Sin embargo, cabe mencionar que aun cuando el contrato por sí mismo no transfiere el dominio, este se adquiere por parte del mutuatario en el momento en que el mutuante cumple con la entrega del bien mutuado.

3. La formalidad en el contrato de mutuo

3.1. Regla general

Con la intención de facilitar la obtención de crédito, se ha optado, en el Código Civil de 1984, por simplificar la contratación. De este modo, en aplicación del principio de libertad de forma contenido en el artículo 143 de este mismo cuerpo legislativo, el mutuo es un contrato informal, ya que se celebra sin requerir el cumplimiento de ninguna formalidad específica.

Ahora, es suficiente el simple acuerdo de las partes, por lo que, en consecuencia, este contrato típico puede celebrarse de forma oral o escrita.

A decir de Max Arias-Schreiber Pezet[27]:

> Si bien existían opiniones en el sentido de que cuando el mutuo excediese determinado importe debería formalizarse por escrito, tal como lo preceptuaba el artículo 1585 del código derogado, este planteamiento en definitiva no prosperó. En efecto, se ha estimado que en numerosos casos un requisito de este orden no será cumplido; que no es fácil cuantificarlo; y que cuando se trata de mutuos de varias cifras es usual que las partes convengan en utilizar un instrumento, por su propia seguridad. Sería realmente imprudente, por decir lo menos, que un préstamo de dinero por una suma importante, no conste de un documento y quede a merced de la memoria, que ordinariamente es frágil o, lo que es más grave, a la mala fe de un contratante.

En virtud de lo establecido por el artículo 1649 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1649.- La existencia y contenido del mutuo se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605.

En tal sentido, debe recordarse que el artículo 1605 es una norma propia del contrato de suministro. Dicha norma regula la formalidad en el suministro celebrado a título oneroso, al señalar lo siguiente:

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

Consideramos que este párrafo, aplicable no solo al suministro sino también al contrato de mutuo, no aporta absolutamente nada. Sin su inclusión se habría entendido lo mismo.

Pero si se estableciese la prevalencia del instrumento escrito, se tendría incluso que llegar a detallar de modo más minucioso la prevalencia de los instrumentos escritos entre sí, y en ese caso, la norma resultaría ociosa e intrascendente.

Sin embargo, lo más interesante es que, si bien el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (vigente al momento de la promulgación del Código Civil Peruano en 1984) establecía en materia probatoria el sistema de la prueba tasada, a través del cual se asignaba, de manera apriorística, mayor valor probatorio a determinados medios por sobre otros; el Código Procesal Civil de 1993 no efectúa tal distinción. Este último considera que todos los medios probatorios tienen —en principio— igual importancia, y deja al juez su adecuada valoración, según las circunstancias del caso.

---

[27] Arias-Schreiber Pezet, Max (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 263.

Por estas razones, consideramos que podría haberse prescindido del artículo 1649 del código y también de su referente (el primer párrafo del artículo 1605, norma propia del contrato de suministro).

En otras palabras: hubiéramos preferido que el mutuo sea un contrato absoluta y simplemente consensual.

3.2. El mutuo entre cónyuges

Según lo establecido por el artículo 1650 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1650.- El mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su valor exceda el límite previsto por el artículo 1625.

Antes de ingresar al análisis de la norma propiamente dicha, deberíamos manifestar que sería muy difícil, en el plano teórico, que se diese un supuesto de mutuo entre cónyuges.

Decimos esto por las siguientes consideraciones.

Si se presentase el caso en el cual los cónyuges hubiesen contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales, es evidente que dichos cónyuges tendrían tanto bienes propios como bienes comunes.

Si uno de ellos quisiera prestar al otro un bien propio, por la naturaleza de la operación, el mutuatario no sería el cónyuge aparentemente beneficiado con el préstamo, sino la sociedad conyugal. Esto se debe a que, dada la naturaleza de la operación, el dinero percibido por la sociedad le corresponde a ella y no a alguno de los cónyuges en especial.

Es evidente que este caso no sería uno de mutuo entre cónyuges, sino de mutuo de un cónyuge a la sociedad conyugal.

El otro supuesto se presentaría cuando los cónyuges rigieran sus relaciones bajo el régimen de separación de patrimonios.

En este caso, sí se podría presentar el supuesto en el cual uno de ellos preste dinero al otro, ya que dichos bienes seguirían teniendo la calidad de bienes propios.

Entonces, entendemos que el mutuo entre cónyuges solo se podría dar en el supuesto de la existencia del régimen de separación de patrimonios y no en el de sociedad de gananciales.

Dentro de tal orden de ideas, resulta pertinente preguntarse si el mutuo entre cónyuges es un contrato formal, tal como aparentemente lo establece el artículo 1650 antes citado.

De acuerdo a la redacción original del Código Civil de 1984, el mutuo podía ser también un contrato formal si se celebraba entre cónyuges y su valor excediera de ciento cincuenta Sueldos Mínimos Vitales (S.M.V.). Este acto debía constar por

escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1650, con remisión al numeral 1625). No obstante, cuando se modificó el texto del artículo 1625 —relativo a la donación—, en virtud de la ley n.° 26189, y al haberse eliminado el requisito de la celebración del contrato de donación de bienes muebles de valor, por escritura pública, habiéndose suprimido el parámetro ahí señalado, debemos entender que —al no existir la referencia a que hace mención el artículo 1650 del Código Civil—, todo contrato de mutuo es consensual, incluido el mutuo entre cónyuges. Y está bien que ello sea así, pues la realidad nunca fue de la mano con una norma como esta.

Si la pareja se lleva bien, sería impensable que quien presta exija a su cónyuge la celebración del contrato por escritura pública. Y si la pareja se lleva mal, o simplemente no se lleva, no habría préstamo.

Así, la contratación entre cónyuges con patrimonios separados es una de las conquistas de nuestro código actual. Por aplicación de la norma contenida en el artículo 1650, nada impide que se celebre un contrato de mutuo entre cónyuges.

Si bien en un principio se imponía una formalidad cuando el mutuo versaba sobre valores representativos y prefijados en el artículo 1625, de modo que se buscaba lograr «mayor seguridad de la estabilidad familiar, del derecho de los herederos legitimarios y de los acreedores»[28]; ello ha sido dejado de lado.

3.3. El mutuo de incapaces o ausentes

La capacidad de las partes es un tema de suma importancia, que ha merecido tratamiento jurídico por parte del legislador. Recordemos que el mutuo, como contrato de préstamo de consumo, implica por parte del mutuante, capacidad para enajenar sus bienes; toda vez, que el mutuatario debe tener capacidad para aceptar las obligaciones que el mutuo conlleva.

El Código Civil de 1936 dispuso, al respecto, tres reglas: la primera, la del artículo 1574, se refiere a la capacidad jurídica de las partes; mientras que las otras dos, las de los artículos 1575 y 1576, están referidas a la capacidad de ejercicio.

El artículo 1574 señalaba que tanto el mutuante como el mutuatario, para celebrar este contrato, deben tener capacidad para disponer libremente de sus bienes.

Como bien comenta José León Barandiarán[29], esta norma se traduce en una exigencia de capacidad de goce, de la facultad para contraer el mutuo ya sea como mutuante o como mutuatario. El mutuante debe ser dueño de lo que da en mutuo, pues este importa una dación, una transferencia de la cosa mutuada, cuya propiedad pasa al

[28] *Ibidem*, tomo II, p. 264.

[29] León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Imprenta UNMSM, 1975, tomo II, p. 13.

mutuatario. Con la tradición surge la obligación del mutuatario de devolver, de restituir el bien o su equivalente, para lo cual es necesario que dicho mutuatario sea dueño de lo que da en pago, por lo que también debe tener capacidad de disposición.

En los casos en que las personas poseen capacidad de goce para celebrar el mutuo en su carácter de mutuantes, pero no pueden celebrarlo directamente, sino por intermedio de sus representantes legales, nos encontramos frente al supuesto de incapacidad de ejercicio.

En estos casos, en los que la incapacidad de ejercicio puede ser absoluta o relativa, el código de 1936 también se había pronunciado. Con la finalidad de proteger los intereses de los incapaces, estableció que los representantes de aquellos podían dar o recibir en mutuo en nombre de sus representados, pero siempre que se observen para ello ciertas formalidades.

Tratamiento similar es el asumido por la legislación actual, al que a continuación nos remitimos.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1651 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1651.- Los representantes de incapaces o ausentes, para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deben observar lo dispuesto en el artículo 1307.

Sin duda alguna, el mutuo, al ser un acto de disposición patrimonial (si se es mutuante) o contener una obligación de restitución (si se es mutuatario), constituye un contrato cuya importancia hace que la ley estime necesario resguardarlo no solo de las formalidades. También debe regular la hipótesis en la cual este contrato sea celebrado por incapaces o ausentes, a través de sus respectivos representantes.

Para tal efecto, hace de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1307, precepto que regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces, tratándose de casos bastante especiales; ya que, estos requieren la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente, si se trata de realizar concesiones recíprocas que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Como indica Arias-Schreiber[30]:

> Creemos que el mutuo es riesgoso no solo para el mutuante, sino también para el mutuatario. No hay que olvidar que con la entrega se transmite la propiedad y que el mutuatario igualmente lo hace cuando devuelve bienes de la misma especie, calidad o cantidad y particularmente si se trata de préstamo de sumas de dinero. A ello se agrega que en la actualidad el contrato es oneroso en principio y es raro que no se convenga el pago de intereses.

[30] Arias-Schreiber Pezet, Max (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 265.

En términos generales, el artículo 1651 sigue la solución del código anterior, salvaguardando los intereses de los incapaces por medio de la imposición de «formalidades habilitantes», esto es, requisitos exigidos por ley para completar la voluntad de un incapaz, o para protegerlo.

Para tal efecto, hace de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1307, precepto que regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces. Se trata de casos bastante especiales, ya que requieren de la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente, si se trata de realizar concesiones recíprocas que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Entonces, puesto que la transacción supone dichas concesiones, las cuales pueden consistir en verdaderas renuncias o disminución de derechos, resulta indispensable cautelar el interés de los ausentes e incapaces mediante la exigencia imperativa de que sus representantes legales obtengan la aprobación del juez. Este, por su parte, debe oír previamente al Ministerio Público y al Consejo de Familia (si lo hubiere).

Siendo esta la regla general para el caso de todos los incapaces y ausentes, es menester armonizarla con los preceptos específicos que a cada uno de ellos destina el Código Civil.

Así, en el caso de los ausentes[31], son de aplicación los artículos 52 y 56 del Código Civil, los cuales establecen que quienes hubiesen obtenido la posesión temporal de los bienes de los ausentes no pueden gravarlos ni menos aún enajenarlos, salvo casos de necesidad, en la medida de lo indispensable y previa autorización judicial.

En cuanto a los incapaces, el artículo 1307 comprende tanto a los incapaces absolutos como a los relativos. Ambos, por disposición del propio código, deben tener representantes, ya que no cuentan con capacidad de ejercicio plena[32].

---

[31] Como sabemos, ausentes son los desaparecidos de quienes no se haya tenido noticia en dos o más años, y que el juez, a pedido de quien tenga legítimo interés, los haya declarado en tal condición (situación jurídica de ausencia).

[32] Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.

La norma general sobre representantes legales prescribe que estos requieren autorización expresa para disponer de los bienes del representado o gravarlos, celebrar transacciones, celebrar compromiso arbitral y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (artículo 167 del Código Civil).

En el caso de menores sujetos a patria potestad, para transigir se exige a los padres obtener autorización judicial (inciso 3 del artículo 448 del Código Civil).

En concordancia con el artículo 447, los padres no tienen la facultad de enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. En tales casos, el juez deberá verificar y evaluar la existencia de necesidad o utilidad.

Para los menores sujetos a tutela, el artículo 532 (inciso 1) del Código Civil establece que los tutores no podrán obtener la aprobación judicial si no se da audiencia previa del Consejo de Familia, en resguardo de los intereses del menor.

Antes de concluir con nuestros comentarios acerca de las formalidades en el contrato de mutuo celebrado por representantes de incapaces o ausentes, debemos precisar que la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 1307 del código solo será pertinente cuando el valor del bien mutuado exceda diez veces el sueldo mínimo vital mensual.

Ello, en virtud de lo señalado por el artículo 1652 del propio código. Dicho precepto establece:

> Artículo 1652.- En el caso del artículo 1651, no será necesaria la intervención de los representantes o el cumplimiento de las formalidades de la transacción, según el caso, cuando el valor del bien mutuado no exceda de diez veces el sueldo mínimo vital mensual.

Estimamos que el sentido del precepto que acabamos de anotar resulta adecuado, en la medida en que no guardaría proporción el exigir formalidades considerables cuando estuviésemos en presencia de un contrato de mutuo, celebrado por una cantidad poco apreciable.

---

8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Sin embargo, si bien al momento de entrada en vigencia del Código Civil en 1984, el Sueldo Mínimo Vital (SMV) mensual constituía una unidad de referencia de uso corriente y masivo dentro de nuestra legislación, hoy en día ya no lo es, y ha sido sustituida por la Unidad Impositiva Tributaria (UIT).

Además, en cuanto a monto se refiere, el Sueldo Mínimo Vital ha quedado desfasado con respecto a la UIT.

En tal sentido, sería conveniente que el artículo 1652 establezca como referencia: «cuando el valor del bien mutuado no exceda de diez Unidades Impositivas Tributarias». Ello, para adoptar un parámetro acorde con la realidad y de actualización constante.

En todo caso, es claro que la norma contenida en el citado artículo responde a la necesidad de facilitar la contratación en los casos en que el bien objeto del mutuo carece de valor considerable. De allí, que si se trata de incapaces, estos podrán celebrar el contrato por sí mismos, y si lo realizan por medio de representante, este no se encuentra obligado a cumplir con las formalidades habilitantes que prevé el artículo 1307.

4. Momento de entrega del bien

El artículo 1653 del Código Civil de 1984 establece que el mutuante se encuentra obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato.

Como ya hemos acotado, el contrato de mutuo es hoy caracterizado, dentro de nuestro ordenamiento legal, como un contrato consensual y no así real.

De esta forma, la entrega del bien por parte del mutuante no supone la celebración del contrato, sino que se configura como la obligación principal que este mismo sujeto asume frente al mutuatario.

Podemos inferir de lo anterior, tal como lo hace Arias-Schreiber[33], que:

> La libertad de forma del mutuo hizo imperativo incorporar este artículo, pues la entrega es uno de los efectos del contrato y la obligación primordial que asume el mutuante. Con ella, se inicia la ejecución de la relación obligacional.
>
> Aunque no lo diga este numeral, es valor entendido que la entrega debe hacerse en los términos convenidos por las partes y que el mutuatario estará en el derecho de resistirse a ella cuando el bien que debe recibir no responde a la que ha sido la voluntad contractual.

[33] Arias-Schreiber Pezet, Max (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 265.

El precepto contenido en el artículo 1653 no es imperativo sino supletorio de la autonomía privada de las partes. Solo en el caso de que los contratantes no hubieran resuelto el momento de la entrega, cuando celebraron el contrato, se aplicarán las normas pertinentes que revisaremos a continuación.

Conforme a lo establecido por la regla general de pago, el artículo 1240 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1240.- Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

De acuerdo con la teoría elaborada por Fernando J. López de Zavalía[34], los contratos pueden clasificarse en aquellos de ejecución inmediata y aquellos de ejecución diferida, según como se responda a la pregunta: ¿cuándo debe comenzar su ejecución?

Tal clasificación es aplicable también al caso de la ejecución de las obligaciones en general; ya que, si bien dicha teoría está elaborada para los contratos, definitivamente estos (de acuerdo con la corriente de opinión más moderna al respecto) se agotan al momento de su celebración, y lo único vigente con posterioridad a ese momento, es la relación jurídica patrimonial (conformada por las obligaciones surgidas de ellos).

Una obligación de ejecución inmediata será aquella cuya prestación comience a ejecutarse, como su nombre lo indica, inmediatamente después de nacer dicha obligación; mientras que, una obligación de ejecución diferida, será aquella cuya prestación comience a ejecutarse una vez transcurrido un lapso desde el momento del nacimiento de la misma.

Una obligación podría no ser de ejecución inmediata en dos supuestos:

a) Cuando se le hubiese establecido un plazo suspensivo.
b) Cuando estuviese sujeta a condición suspensiva.

Pero ambos (el plazo y la condición) son modalidades de un acto jurídico, las cuales tienen que ser necesariamente pactadas por las partes para integrar dicho acto. En caso contrario, el acto se considerará como puro y simple.

Entonces, de acuerdo con el razonamiento antes esbozado, al no haberse introducido estos elementos en una relación obligacional, ya sea por ley o por voluntad de los otorgantes, el acto constitutivo de dicha obligación será puro y simple. De aquí se deriva la consecuencia establecida por el artículo 1240 del código.

---

[34] López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general.* Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía (Editor), 1984, pp. 68 y 69.

Cabe señalar[35] que el sistema adoptado por el Código Civil Peruano de 1984, a través del artículo 1240, no es el único existente en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. Como expresa León Barandiarán[36], cuando se refiere al entonces vigente artículo 1252 del Código Civil de 1936:

> El artículo 1252 sigue el criterio que ha inspirado las legislaciones modernas. Importa la consignación de la regla *quod sine die debetur, praesente debetur*. Al respecto, hay tres sistemas. Los códigos francés y argentino disponen que no existiendo plazo convenido la obligación debe cumplirse en el plazo que señale el juez. Otros códigos sudamericanos indican un plazo legal para el cumplimiento, a lo menos para las obligaciones de dinero. Los códigos alemán, suizo, brasileño e italiano resuelven que el pago es exigible inmediatamente.
>
> Este último sistema, ya acogido también por el código español, está por encima de sus rivales. El del plazo legal no tiene fundamento racional alguno; existiendo una deuda, su exigibilidad es concomitante con ella. El sistema del plazo judicial confiere al juez un poder arbitrario.

Como dice Llambías[37], la oportunidad del cumplimiento de la obligación no puede quedar al arbitrio de cualquiera de las partes. El acreedor no puede pretender que se le pague en un momento impropio; tampoco el deudor puede retrasar el pago cuando él quiera, o adelantarse a hacerlo cuando el acreedor no está preparado para recibirlo. Resulta esencial, entonces, establecer cuál es el tiempo propio del pago.

Por su parte, Jacques Dupichot[38] expresa que en principio toda deuda es pura y simple y, por tanto, exigible inmediatamente; sin embargo, la exigibilidad puede ser diferida por un término suspensivo o por un término de gracia judicial.

Coinciden con ellos Larenz, Cazeaux y Trigo Represas, Wayar, entre otros profesores[39].

---

[35] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. Volumen XVI, segunda parte, tomo V.

[36] León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil Peruano, obligaciones. Modalidades y efectos*. Buenos Aires: EDIAR S. A. Editores, 1954, tomo II, p. 309.

[37] Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, tomo II-B pp. 231 y 232.

[38] Dupichot, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión Castellana de Rosangela Calle. Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 112.

[39] Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. Tomo I, p. 264 y ss. Véase también: Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. Compendio de Derecho de las Obligaciones. La Plata: Editorial Platense, 1986. Tomo II, p. 185 y ss.; y también: Wayar, Ernesto Clemente. Derecho Civil. Obligaciones. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, tomo I. p. 417 y ss.

Aquí conviene mencionar que el Código Civil Peruano regula el tema del plazo también —y fundamentalmente— en las normas referentes a las modalidades de los actos jurídicos (artículos 178 a 184)[40].

Cabe recordar que resulta indispensable la adecuada concordancia de este principio con los artículos mencionados del Libro de Acto Jurídico, puesto que muchas veces resulta imposible, por la naturaleza de la obligación, pagar inmediatamente,

---

[40] Los textos de los artículos mencionados, con las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, son los siguientes:

Artículo 178.- Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho.

Artículo 179.- El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Artículo 180.- El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición.

Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.

2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.

3. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a este, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

Artículo 182.- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y estos no lo señalaren. La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.

3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.

4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.

tal como lo establece el artículo 182. En el caso del contrato de mutuo, el artículo 1656 prescribe que cuando no se ha fijado plazo para la devolución, ni este resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

En conclusión: la regla del artículo 1240 del Código Civil Peruano no es absoluta. Cuando no hay plazo designado para el pago, no siempre el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraída la obligación.

La referida norma tiene tres notorias excepciones.

Primero, la prevista por el primer parágrafo del artículo 182 del Código Civil. Este prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer —construir un edificio— no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Lo contrario (es decir, el pago inmediato) constituiría un imposible. Caso distinto sería si se tratara de un bien —por ejemplo un cuadro— que el deudor, sin señalarse el plazo, se obliga a entregar al acreedor. Aquí, la aplicación del artículo 1240 sería absoluta.

Luego, la señalada por el segundo párrafo del artículo 182, la cual prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo, cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero, y estos no lo señalaren.

Finalmente, la excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece, lo reiteramos, que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y este no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

El origen del artículo 1240 del Código Civil Peruano es romano. Las reglas allí vigentes permitían exigir el pago de inmediato en caso de faltar un plazo estipulado. Esta norma romana —que también recogen las legislaciones alemana, suiza y brasileña—, es la adoptada por el Código Civil Peruano de 1984 y por su antecedente inmediato, el Código Civil de 1936.

Sin embargo, no es este el único sistema. El código argentino, al igual que las legislaciones francesa y española, prescribe que a falta de plazo estipulado, este debe ser designado por el juez. A su turno, otros códigos, singularmente latinoamericanos, señalan un término fijo, a falta de plazo pactado, para el cumplimiento de la obligación.

En nuestra opinión, la norma del Código Civil Peruano es la adecuada. El pago debe efectuarse inmediatamente después de contraída la obligación. La intervención judicial, la misma que puede ser arbitraria, solo entra en juego en los casos antes previstos; es decir, si las partes no han señalado un plazo y es evidente que el deudor requiere de él para cumplir la obligación; o, si su determinación ha quedado a voluntad del deudor o de un tercero, y estos no lo fijan.

La solución argentina, como se ha comentado por los intérpretes del respectivo código, es poco práctica y se presta fácilmente a que los deudores de mala fe dilaten el cumplimiento. El precepto romano, se ha dicho, era mucho más expeditivo al disponer que el pago se exigiera de inmediato.

5. Efectos de la entrega del bien

5.1. La transferencia de propiedad

De conformidad con lo establecido por el artículo 1654 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1654.- Con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuatario y desde este instante le corresponde la mejora, el deterioro o destrucción que sobrevengan.

En primer lugar, es preciso señalar que, a pesar de que el artículo 1648 no lo señala expresamente, el hecho de que el mutuante se obligue a entregar en propiedad al mutuatario los bienes mutuados, va de la mano con la naturaleza del contrato de mutuo.

Vale decir, que no se trata de una obligación de entrega cualquiera, sino una obligación de entrega en propiedad.

Como es obvio, el contrato de mutuo, a pesar de que no exista imposibilidad legal al respecto, siempre recaerá sobre bienes muebles, en la medida en que resulta sumamente difícil imaginar bienes inmuebles de carácter consumible.

En tal sentido, el artículo 1648, así como el numeral 1654 bajo comentario, son normas plenamente concordantes; en la medida de que, en caso de muebles, la propiedad del bien se transfiere con la entrega o tradición, tal como lo establece el artículo 947 del propio Código Civil.

Resulta evidente que cuando el mutuatario ejecute su obligación de devolver bienes de la misma especie, calidad y cantidad; también, tendrá que transferir la propiedad de los mismos.

Se podría decir que el mutuo es un contrato que implica dos obligaciones de transferir propiedad, pero de distintos bienes iguales.

En segundo término, es necesario precisar los alcances de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1654; en el sentido de que desde el momento de la entrega del bien mutuado al mutuatario, corresponde a este último la mejora, el deterioro o la destrucción que sobrevengan en torno al bien.

Dicha solución resulta evidente, dado que con la entrega ya se ha transferido la propiedad del bien. Así, cuando el mutuatario se convierte en propietario del mismo,

él tendrá, definitivamente, todo el derecho de disponer y proceder al consumo del bien mutuado.

Es claro que el mutuatario no va a devolver el mismo bien, sino uno equivalente. Por esta razón —es decir, por el hecho de que el mutuatario no tiene con respecto al bien recibido en mutuo ninguna obligación en la que sea deudor (pues es deudor de un bien equivalente, pero no de ese bien)—, dicho mutuatario sufrirá las consecuencias de la pérdida, deterioro, destrucción o mejora del bien; tal y como corresponde a cualquier propietario con relación a los bienes de su propiedad. Esto último, por estricta aplicación del antiguo principio romano *resperit domino* («la cosa se pierde para su dueño»).

Estimamos que tanto la primera como la segunda parte del artículo 1654, bajo comentario, resultan de solución evidente, razón por la cual bien podría no haberse incluido esta norma en el Código Civil.

Podemos deducir que un pacto por el cual queda reservado para el mutuante el dominio del bien que se entrega en mutuo, desnaturalizaría el contrato, que supone —aun si no hubiese sido contemplado de manera expresa en el artículo 1654— el consumo del bien por parte del mutuatario.

De la misma manera, dada la naturaleza especial del contrato, el mutuante debe ser dueño de la cosa en el momento de la entrega. Ello no impide, evidentemente, que un mutuante pueda obligarse a entregar bienes ajenos, pues los podrá hacer de su propiedad antes de la ejecución del contrato.

Además, cabe reiterar que la tradición o entrega material de las cosas dadas en mutuo se puede realizar de la misma forma en que se realiza la tradición de las cosas muebles.

5.2. Presunción de buen estado del bien

Conforme a lo establecido por el artículo 1655 del Código Civil:

> Artículo 1655.- Recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó.

Como en su momento señaló la Comisión Revisora en su Exposición de motivos del Código Civil de 1984, en virtud de esa norma la recepción del bien hace presumir que este se encuentra apto para servir al uso al que se pretende destinarlo; puesto que, de otro modo, el mutuatario no lo habría recibido.

Si, con posterioridad a la entrega, el mutuatario hiciera algún tipo de reclamo, aduciendo que el bien no presenta las cualidades requeridas, será este quien deberá aportar la correspondiente prueba para destruir la presunción que establece este precepto.

La presunción de buen uso, establecida por el citado numeral, tiene directa relación con la idea de que una vez entregado el bien, por el mutuante al mutuatario, dicho bien se halla en estado de servir; vale decir, resulta útil a efectos del contrato celebrado.

Esta norma resulta una introducción novedosa con respecto al código de 1936. Según expresa el ponente del contrato de mutuo ante la Comisión Reformadora, Max Arias-Schreiber Pezet[41], dicho artículo está destinado a facilitar la concertación del mutuo y a exigir por parte del mutuatario una actitud prudente al momento de la entrega del bien mutuado, en forma similar a lo que sucede en el artículo 1679 del Código Civil, relativo a las obligaciones del arrendador.

Así, cita como ejemplo el caso de un préstamo de una suma de dinero, en el cual, cuando se hace la entrega de los billetes circulares, se presume que son legítimos; si ello no fuera así, el mutuatario tendría que demostrar que eran falsos, lo que no resultará fácil si —a su vez— han circulado.

El citado profesor refiere que algo similar se produciría si el préstamo fuese en especie, pues una vez consumido el bien no habría manera de acreditar que no estaba en aptitudes de satisfacer el uso para el cual se le destinó.

De allí, según Arias-Schreiber, se desprende que, si bien la regla del artículo 1655 consagra una presunción *iuris tantum*, que es susceptible de superarse mediante la prueba en contrario, el mutuatario deberá tomar siempre la precaución de examinar con la mayor diligencia el bien que se le está entregando, para evitar lo que en algunos casos se convertiría en prueba diabólica; esto es, de imposible realización.

Desde nuestro punto de vista, la presunción establecida por el artículo 1655 no resulta adecuada.

En primer término, porque dentro de la lógica de las obligaciones de dar podría pensarse en la creación de una regla similar para todos los contratos que impliquen este tipo de obligaciones. Y, como sabemos, ello no es así; en la medida de que dichos contratos y dichas obligaciones no se encuentran amparados por ninguna presunción.

En segundo lugar, el tema de la presunción de buen uso resulta excesivo. Pensamos que el mismo debería regirse, en todo caso, por las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento contenidas en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil:

> Artículo 1484.- Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.
>
> Artículo 1485.- En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos

[41] Arias-Schreiber Pezet, Max (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 267.

> propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

En tercer término, estimamos que la presunción contenida en el artículo 1655 del Código Civil no aporta nada, en la medida de que incluso si no existiese, el mutuatario que se sintiera perjudicado debería demostrar que el bien mutuado no se hallaba en estado de servir para el uso al cual se destinó. Esto, en virtud del principio de Derecho Procesal que reza que todo aquel que alegue un hecho debe probarlo. Es así que dicha prueba tendría que aportarse con la existencia de la presunción a favor del mutuante o sin ella.

Por otra parte, resulta evidente que la situación del mutuante no variaría si la presunción no existiese; ya que, si el mutuatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar dicho perjuicio.

6. Momento de devolución del bien

En palabras de Rinessi[42]:

> Expresa Muñoz, al discurrir acerca de la naturaleza jurídica del plazo, que este es una concesión hecha al deudor para que cumpla en un momento ulterior, pero además puede hablarse de una obligación de no pedir, esencia de la prestación, y que satisface el interés del derecho de no pagar actualmente. Cabe decir que hay una situación durable de ventaja, mejor que un derecho de disfrute.
>
> De esta situación obligatoria es sujeto pasivo el acreedor mutuante, que no debe turbarla. Que la obligación del acreedor sea de ejecución continuada resulta evidente porque consiste en un *non faceré* y solo puede concebirse durable, ininterrumpida desde la entrega de la cosa, desde el nacimiento del derecho o desde la estipulación.
>
> El patrimonio del acreedor, por consiguiente, queda afectado, pues en lugar de existir en él la cosa, se aprecia un derecho a obtenerla.
>
> Es necesario además afirmar que la pretensión al plazo está protegida por la acción enderezada a la entrega de la cosa y a la existencia del mismo plazo sin el cual carece de significado la entrega.

Tras lo expuesto podemos concluir que, para Muñoz, el plazo no es un elemento accidental del contrato de mutuo; sino que, por el contrario, es un elemento constitutivo, sin el cual no puede llevarse a cabo la función crediticia del préstamo de consumo.

---

[42] Rinessi, Antonio J. (s/f). *Op. cit.*, tomo XXII, p. 41.

Nuestra legislación —reconociendo la importancia del plazo en un contrato de duración como el del mutuo, en el que la obligación de restituir es inherente a su naturaleza— ha previsto en los artículos 1656, 1657 y 1658 del Código Civil, diferentes supuestos y fórmulas que pretenden evitar o resolver las posibles controversias que pueden surgir con relación a esta figura jurídica contractual.

A continuación desarrollaremos los supuestos contemplados.

6.1. Pacto de partes

En principio, las partes tienen la más absoluta libertad para establecer el plazo de devolución del bien mutuado; y en la mayoría de casos, pactarán el que consideren conveniente a sus intereses. En tal sentido, en el aspecto práctico, casi todo contrato de mutuo contiene un plazo de devolución de dicho bien.

6.2. Ausencia de pacto de partes

Si se aplicara al mutuo el principio general de pago establecido en el artículo 1240 del Código Civil («Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación»), tal situación representaría un absurdo dentro del contrato que nos ocupa.

Decimos esto, en la medida de que nadie pide prestado algo y se hace de la propiedad de un bien, para devolverlo inmediatamente después de contraída la obligación. Ello simplemente resultaría absurdo, dado que carecería de sentido para el mutuatario haber contraído el préstamo.

En otras palabras, si necesitara el bien y me lo prestan para consumirlo, es evidente que me encontraría en la absoluta imposibilidad de efectuar una devolución inmediata del mismo al mutuante; pues, no habría tenido razón alguna para pedirlo prestado.

En adición a este argumento, debe señalarse el de los intereses, puesto que el mutuo es un contrato que se presume oneroso (vale decir, se presume con intereses). De esta manera, quien presta lo hace fundamentalmente con un fin de lucro; y los intereses, que constituyen el lucro propiamente dicho, no se generan inmediatamente con el préstamo mismo, sino que se van devengando con el paso del tiempo.

En este sentido, y en virtud de dicho argumento, también carecería de toda razón el mutuo en el cual el préstamo debiera devolverse inmediatamente después de entregado el bien al mutuatario.

Así, y a pesar de que la inmensa mayoría de contratos de mutuo incluyen plazos establecidos con claridad a efectos de la devolución del bien por parte del mutuatario, es evidente que existirán algunos casos en los cuales las partes, ya sea por olvido o por alguna otra circunstancia, hayan omitido establecer dicho plazo.

Dentro de tal orden de ideas, para evitar la aplicación de la que sería la norma pertinente (vale decir, el principio general de oportunidad de pago contemplado por el antes aludido artículo 1240 del propio Código Civil), la ley, a través del numeral 1656 establece:

> Artículo 1656.- Cuando no se ha fijado plazo para la devolución, ni este resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

Es claro que el haber establecido como plazo el de treinta días resulta simplemente de una opción legislativa, en la medida de que la ley pudo haber establecido un plazo diferente (por ejemplo, noventa días, seis meses, un año, etc.). Lo que ocurre es que se ha estimado un plazo que podría considerarse como el mínimo razonable, a efectos de que el mutuatario pueda hacer uso (consumo) del bien mutuado y, además, se encuentre en aptitud de reponerlo al mutuante.

6.3. Pago a mejor fortuna

Un tema que guarda directa relación con el artículo bajo tratamiento es el referido al plazo de gracia[43]. Sobre el mismo, Salvat[44] señala que en el derecho romano era permitido a los jueces acordar al deudor, teniendo en cuenta su situación personal, sea un plazo prudencial para el pago de una obligación ya vencida, sea diversos plazos escalonados para el pago de ella en cuotas sucesivas: este era el plazo de gracia. El plazo de gracia existía también en el antiguo derecho francés, del cual pasó al Código Napoléon, pero no a las legislaciones modernas. En ellas, el plazo de gracia solo será eficaz en la medida en que sea acordado por acreedor y deudor.

Por otra parte, Salvat[45] trata el tema de la facultad de pagar cuando el deudor pueda o tenga medios, señalando que podría ocurrir que al contraerse la obligación se haya dejado al deudor la facultad de pagar cuando le sea posible o tenga los medios para hacerlo. Esta es una estipulación bastante frecuente, mucho más de lo que podría creerse.

Si la obligación autorizara al deudor para satisfacerla cuando pudiese o tuviese medios para hacerlo, los jueces, a instancia de parte, designarían el tiempo en que debiera hacerlo; es decir, que corresponde al juez, en tal caso, señalar el tiempo o plazo para el pago. En consecuencia, Salvat considera que la obligación de pagar

---

[43] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1996). *Op. cit.*

[44] Salvat, Raimundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino.* Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo II, p. 297 y ss.

[45] *Ibidem*, tomo II, p. 312 y ss.

cuando el deudor pueda o tenga los medios de hacerlo constituye una obligación a plazo incierto y no una obligación condicional, pues en ningún momento el acreedor ha pensado que su derecho de acreedor se pone en duda o puede discutirse. Lo que se ha dejado en la incertidumbre es el tiempo del cumplimiento, con mayor latitud que cuando no se indica fecha; por eso, se trata de un caso de plazo incierto.

Este tema es resuelto por el Código Civil Peruano en el primer párrafo de su artículo 182, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 182.- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
>
> También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y estos no lo señalaren. El procedimiento es el de menor cuantía.

Por otra parte, Eduardo B. Busso[46] aborda el tema de las cláusulas de pago cuando el deudor así desee hacerlo. El citado tratadista argentino refiere que ya en el derecho romano se discutía el alcance de la cláusula «pago cuando el deudor quiera» (*cum volueris*). Paulo, reflejando la opinión dominante, decía: «Si el deudor antes de morir expresó su voluntad de cumplir la deuda, sus herederos quedan obligados a hacerlo. En caso contrario, quedarán liberados». En cambio, consideraba siempre inválida la estipulación «si el deudor quiere» (*si volueris*).

Busso recuerda que Pothier rechazaba esas distinciones: la estipulación «cuando quisiere» sería siempre inválida, como la que dijera «si me place o si quisiere». Duranton, en tanto, retomó la idea romana: si yo debo para «cuando quiera», es menester que yo manifieste mi querer para que la obligación se perfeccione; y si yo muero sin haber querido, ya será imposible el acto perfeccionante. No habiendo perfeccionado en ningún momento la obligación en mi cabeza, ella no pasará a mis herederos. Esto, para Duranton —a decir de Busso— era evidente.

Busso señala que tiende a prevalecer la tesis que se pronuncia por la eficacia de estas cláusulas. No lo fue, sin embargo, para Demolombe y para la mayoría de los autores de tiempos más modernos, quienes se apartaron de la tesis romana, no ya en el sentido de Pothier, sino en otro totalmente opuesto: no debe pensarse que la estipulación «cuando quiera» expresa una condición puramente potestativa (en cuyo caso la obligación sería inválida aun en vida del deudor), sino que se la debe reputar como cláusula que instituye un término incierto. Así, la deuda existe, y lo único que queda pendiente es su exigibilidad. Sin embargo, esa misma causa de suspensión no

[46] Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: EDIAR S.A. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1951, tomo V, p. 550 y ss.

durará más que la vida del deudor que la instituyó: su muerte indicará el vencimiento del plazo y sus herederos podrán ser compelidos a cumplirla.

El Derecho positivo peruano se ha inclinado por la validez de este pacto, en el segundo párrafo del artículo 182, al establecer que el juez fija la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y estos no lo señalaren; dicha pretensión, además, debe tramitarse como proceso sumarísimo.

Antes de concluir nuestros comentarios con respecto al término del pago a mejor fortuna, y en especial a lo previsto por el artículo 1657 del Código Civil, pensamos que, a pesar de que la normatividad procesal vigente a partir de 1993 no deja lugar a duda, podría actualizarse la parte final del artículo 1657; precisándose que el procedimiento a seguir para que el juez fije el plazo atendiendo a las circunstancias, es el del proceso abreviado, y ya no el del antiguo juicio de menor cuantía.

6.4. Plazo de devolución del bien en el mutuo gratuito

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1658:

> Artículo 1658.- Si se conviene que el mutuatario no abone intereses u otra contraprestación al mutuante, aquel puede efectuar el pago antes del plazo estipulado.

Si bien es cierto que en Derecho los plazos se pactan para cumplirse y que el beneficio de un plazo es, por regla general, en favor del acreedor y del deudor (vale decir, de las dos partes), el legislador ha preferido establecer un supuesto de excepción para el caso del contrato de mutuo, en la eventualidad de que dicho contrato hubiese sido pactado a título gratuito (vale decir, sin intereses).

Cuando se pacta un contrato de mutuo a título oneroso, como ha sido referido por nosotros en ocasiones anteriores, la finalidad fundamental que tiene el mutuante al celebrar un contrato de esta naturaleza es el lucro.

En tal sentido, resulta claro que si alguien presta a un mutuatario estableciendo plazos para el pago de la deuda por parte de este último, incluyendo los intereses que se devenguen en dicho período, tal mutuante habrá efectuado las previsiones del caso, contemplando dentro del giro del negocio una determinada ganancia o utilidad con respecto al acto celebrado.

Así, si el mutuatario lograra obtener los fondos necesarios para pagar la totalidad o una parte sustancial del préstamo de manera anticipada a los plazos convenidos, es evidente que podría efectuar dicho pago, pero el mismo deberá incluir los intereses pactados.

Lo que no puede hacer el deudor (mutuatario) es forzar el pago devolviendo el capital y solamente el monto de los intereses ya devengados, pues una situación

como esta podría perjudicar enormemente los intereses patrimoniales del acreedor (mutuante).

No debe olvidarse que los plazos se establecen en beneficio tanto del deudor como del acreedor.

Sin embargo, la excepción a lo expresado la hallamos en el crédito comercial, reglado por el Decreto Legislativo sobre protección al consumidor (Decreto Legislativo n.° 716 del 11 de julio de 1991), y su texto Único Ordenado (Decreto Supremo n.° 039-2000-ITINCI, publicado el 11 de diciembre de 2000). Según establecen estos dispositivos, en toda operación comercial en la que se conceda crédito a un consumidor (vale decir, a una persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute, como destinatario fanal, productos o servicios), el proveedor está obligado a informar, entre otros aspectos, el derecho que tiene el consumidor a liquidar anticipadamente el saldo del precio, con la consiguiente reducción de los intereses.

En cuanto al derecho de pago anticipado que asiste al tomador del crédito comercial, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuál es la tasa de interés aplicable a la cancelación anticipada de créditos, considerando que a menor plazo del crédito la tasa es inferior, e inversamente, a mayor plazo corresponde una tasa igualmente mayor?

Si se tiene en consideración que el plazo constituye el factor que determina una mayor o menor tasa de interés, resulta obvio que, cuando se efectúa el pago adelantado de la obligación, la correspondiente reducción del monto de los intereses no solo debe resultar consecuencia lógica de la disminución del plazo originalmente pactado entre acreedor y deudor, sino también debe producirse, en forma correlativa, una efectiva reducción de la tasa de interés pactada. Esta debe guardar armonía con los plazos que para cada caso corresponda aplicar, según las regulaciones dictadas por el Banco Central de Reserva del Perú.

Ahora bien, todo lo que hemos expresado hasta este momento se refiere directamente al mutuo oneroso o con intereses. Pero si las partes hubiesen pactado que dicho contrato no generase tales intereses (vale decir, que estuviéramos ante un mutuo celebrado a título gratuito o de liberalidad), la ley otorgaría un tratamiento benévolo al deudor, permitiéndole, a través de lo dispuesto por el numeral 1658 del Código Civil, que el mutuatario devuelva lo recibido en préstamo antes del vencimiento del plazo estipulado.

Si bien es cierto, que el precepto bajo comentario resulta razonable, debemos reparar en que no basta la ausencia de estipulación de intereses; pues, entendemos que tal situación solo debería regir a menos que la naturaleza de la prestación o las circunstancias del caso justifiquen una negativa del acreedor a recibir el bien antes del vencimiento del plazo pactado para su devolución.

Decimos esto, en la medida en que un pago anticipado podría no beneficiar sino más bien perjudicar al acreedor (mutuante), como sería el caso en que el mutuatario quisiera devolver por anticipado productos perecibles que el mutuante no tenga dónde guardar o conservar.

Sin embargo, admitimos que en la generalidad de supuestos, el pago anticipado resultará beneficioso para el mutuante, habida cuenta de que la inmensa mayoría de contratos de mutuo se celebran sobre dinero o monedas extranjeras. Además, resultará claro que, difícilmente, un mutuante pueda verse perjudicado con una eventual devolución anticipada de los bienes prestados.

7. Lugar de devolución y entrega

Conforme a lo establecido por el artículo 1659 del Código Civil:

> Artículo 1659.- La entrega de lo que se presta y su devolución se harán en el lugar convenido o, en su defecto, en el que se acostumbre hacerlo.

El citado artículo se refiere a dos lugares de entrega distintos.

El primero de ellos es dónde debe entregar el bien el mutuante al mutuatario; y el segundo, dónde debe devolver el bien el mutuatario al mutuante.

Si aplicásemos la regla general de pago establecida por la primera parte del artículo 1238, tendríamos que dicho pago debería efectuarse en el domicilio del deudor; salvo disposición en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación, o de las circunstancias del caso.

Para el supuesto concreto del contrato de mutuo, no se ha considerado aplicable en primer lugar la regla general del artículo 1240.

En el caso del mutuo, la entrega y devolución de los bienes no se deberán hacer en el domicilio del deudor, sino en el lugar convenido (lugar que podría coincidir o no con el del domicilio del deudor).

El Código Civil ha procedido a establecer como primer supuesto aquel en el cual las partes contratantes hayan pactado el lugar de pago. Esto nos parece obvio, pues ante la presencia de normas generales de carácter dispositivo (como es el caso de aquellas relativas al lugar de pago), no podría esperarse otra cosa que atenerse en primer término a lo que las partes hayan convenido o establecido a efectos del lugar de pago. Dentro de tal orden de ideas, resulta inútil la precisión efectuada en la primera parte del artículo 1659.

Sin embargo, dicho numeral recurre como segunda opción al lugar donde se acostumbre efectuar el pago. Esta precisión merecería relevancia si dicho lugar fuese notoriamente conocido (como sería el caso de las oficinas de una institución bancaria),

pero si no existiera una costumbre notoriamente establecida con antelación, la norma citada conducirá a una imprecisión absoluta.

Ahora bien, es claro que de no ser posible aplicar ni el primero ni el segundo de los supuestos previstos por el artículo 1659, bajo comentario (vale decir, en el caso que no exista pacto y tampoco costumbre en torno al lugar de pago), serán de aplicación supletoria las normas del artículo 1660 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 1660.- Cuando no se ha convenido lugar ni exista costumbre, la entrega se hará en el sitio en que se encuentre el bien y la devolución en el domicilio del mutuatario.

La existencia del artículo 1660 implica que el código ha establecido un tercer orden prelatorio.

Si se trata de la entrega del bien por parte del mutuante al mutuatario, el lugar de entrega sería aquel en donde se encuentre el bien.

Por otra parte, este tercer orden prelatorio establece que la devolución del bien por parte del mutuatario al mutuante se efectuaría en el domicilio del mutuatario (deudor). En este último extremo, es claro que se ha hecho coincidir deliberadamente el lugar de pago con el del domicilio del deudor (regla general del primer párrafo del artículo 1238 del Código Civil).

Como podemos apreciar, los artículos 1659 y 1660 no hacen otra cosa que continuar con la lógica ya manifestada en el artículo 1654, en el que se observa la importancia que tiene la entrega del bien mutuado. Esto, en tanto es con la entrega con lo que se transmite la propiedad, toda vez que los riesgos y beneficios pasan al mutuatario.

Las reglas referidas al lugar de la entrega del bien que, a su vez, se extienden a su devolución, son bastante simples:

En principio rige lo acordado por las partes en ejercicio de su autonomía privada. De no mediar pacto, la entrega y la devolución se deben realizar en el lugar en que se acostumbre a hacerlo. Si no hubiera pacto ni costumbre, la entrega debe efectuarse en el lugar en el que se encuentre el bien y la devolución en el domicilio del mutuatario.

Si bien es cierto, que resulta muy difícil pensar en que no se pueda aplicar ninguno de los tres órdenes prelatorios, establecidos por los artículos 1659 y 1660, para el pago en el contrato de mutuo, no queda duda de que, en tal caso, siempre resultarían de aplicación supletoria las normas generales contenidas en los artículos 1238 y 1239 del propio Código Civil[47].

---

[47] Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.
Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos.

8. Supuestos de devolución de valor

Como todos sabemos, en materia de obligaciones de dar bienes ciertos, si el bien se pierde sin culpa de las partes, sería de aplicación el principio *periculum est debitoris* (argumento del artículo 1138 del Código Civil).

En tal sentido, el bien, obviamente, no podría ser entregado por el deudor y este sufriría las consecuencias de la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Pero en materia de bienes inciertos y fungibles, no resulta aplicable la teoría del riesgo. Esto se debe a que, por tratarse de especies de número ilimitado o prácticamente infinito, no resultaría factible pensar en la imposibilidad de entregar bienes de dicha especie, por más que se hubieran perdido algunos de ellos.

El único caso de excepción contemplado por la doctrina es el relativo a las obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*; es decir, aquellas obligaciones de género o especie limitada en donde, por razones obvias, podría resultar factible la pérdida de todos los individuos de dicha especie.

Teniendo estas consideraciones como punto de partida, podemos indicar que en la inmensa mayoría de casos nunca se presentará la imposibilidad de devolver el bien mutuado por parte del mutuatario al mutuante. Decimos esto, en la medida de que casi todos los contratos de mutuo versan sobre dinero o monedas extranjeras, las cuales son en el Perú signos que representan al dinero.

Así, resultaría inimaginable pensar que una moneda desaparezca y no sea reemplazada por otra que la sustituya. En tal caso, obviamente, se tendría que pagar en la nueva moneda, empleando para tal efecto el factor de conversión legalmente establecido. Este podría ser el conocido caso en el cual una deuda contraída en Soles de Oro hubiese tenido que ser pagada en Nuevos Soles; así, habría que haber convertido los Soles de Oro a Intis (quitándoles tres ceros) y los Intis a Nuevos Soles (quitándoles seis ceros más). Y, si existiese fracción monetaria circulante a efectos de pagar, dicho pago debería efectuarse en Nuevos Soles.

Sin embargo, dentro de la enorme casuística que puede presentar el contrato de mutuo, tiene que considerarse la posibilidad de que constituyan objeto de préstamo de consumo bienes distintos al dinero o monedas extranjeras; que sean también de naturaleza consumible, pero cuya cuantía o existencia práctica (vale decir, el número de individuos que conforma la especie) no sea muy grande.

Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».
Artículo 1239.- Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado este como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

Es para estos casos, que el Código Civil ha recogido la regla del artículo 1661, que establece lo siguiente:

> Artículo 1661.- Si el mutuatario no pudiese devolver bien similar en especie, cantidad y calidad al que recibió, satisfará su prestación pagando el valor que tenía al momento y lugar en que debió hacerse el pago.

Entendemos que el precepto citado intenta solucionar, con criterio de equidad, el problema que se presentaría en caso se tuviera que devolver bienes de una especie que se ha extinguido con posterioridad al momento de la entrega de los mismos por parte del mutuante al mutuatario, pero con anterioridad a la devolución de ellos por parte del mutuatario al mutuante.

Como expresa Max Arias-Schreiber[48]:

> Estos hechos no liberan al mutuatario, pues de otro modo se estaría enriqueciendo indebidamente y por ello deberá satisfacer su prestación pagando lo que en doctrina se conoce como valor de reposición, o sea el que tendría el bien mutuado al momento en que debió ingresar, en calidad de restitución, al patrimonio del mutuante. Este pago, por cierto, no está en *facultate solutionis*. Es la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación lo que determina su reemplazo por el abono de una suma de dinero que le permita reponer su valor y ello sucede en numerosas situaciones, como son la extinción del género, guerras, sismos, incendios o prohibición de ser comercializados por mandato de la ley, entre otros.

Un razonamiento semejante es el adoptado por José León Barandiarán[49], quien afirma que ante la imposibilidad de ejecutar la prestación de la manera como corresponde al contrato, se impone una obligación sustitutoria que consiste en el pago de dinero por el equivalente respectivo.

Asimismo, debemos tener en cuenta lo comentado, sobre este tema, por Messineo[50]:

> El mutuario deberá restituir el valor de las cosas mutuadas, teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en que la restitución se debía llevar a cabo, si las cosas no son dinero y la restitución se ha hecho imposible (por perecimiento) o notablemente difícil, por causa a él no imputable.
>
> En cambio si la deuda es de dinero —cosa eminentemente fungible y de género— la imposibilidad, o (menos aún) la dificultad de restitución no es admisible; y la restitución tiene lugar siempre por medio de dinero.

---

[48] Arias-Schreiber Pezet, Max (1988). *Op. cit.*, tomo II, p. 271.

[49] León Barandiarán, José. (1975). *Op. cit.*, tomo II, p. 22.

[50] Messineo, Francesco. (1979). *Op. cit*, tomo II, p. 117.

Lo que el Derecho no desea es que se produzca un enriquecimiento indebido en favor del mutuatario, quien ya habría disfrutado de los bienes prestados.

Por tal razón, ante la imposibilidad de devolución de los mismos, la ley establece que deberá pagarse el valor que ellos tenían al momento y lugar en que debió hacerse el pago. No obstante, cabría formular una observación, en el sentido en que si los bienes no existiesen, resultaría absolutamente imposible establecer cuál sería el valor actual de los mismos, por cuanto hablaríamos de una especie ya extinguida para el Derecho de Obligaciones.

En tal sentido, dicha valoración no podría efectuarse con respecto al valor que tenían los bienes al momento en que se debió efectuar su devolución (salvo para el caso en que el mutuatario deudor haya sido constituido en mora y los bienes todavía existiesen al momento de dicha constitución en mora). Caso contrario, el criterio valorativo a adoptar tendría que ser el del valor que dichos bienes hubiesen podido tener al momento en que se efectúa el pago.

Ello sería así porque resulta evidente que esta es una típica deuda de valor, ya que su naturaleza así lo manda. La misma se encuentra regida en el artículo 1236 del Código Civil, en virtud del cual el valor a pagar no deberá ser considerado solamente al día en que debió efectuarse el pago, sino al día en que dicho pago se verifique realmente.

Dos aspectos finales.

El primero de ellos referido a subrayar la natural dificultad que se presentará con ocasión de efectuar una valorización de bienes de especie extinguida, jurídicamente hablando. Sin duda, este será un problema serio no solo en el aspecto teórico, sino fundamentalmente en el terreno práctico, si consideramos los criterios que deberían asumir los peritos, a efectos de proceder con su labor.

Nuestra última consideración se basa en precisar que la aplicación del artículo 1661, bajo comentario, solo podría tener lugar cuando la especie se haya perdido por culpa del deudor (mutuatario) o sin culpa de las partes, por aplicación del principio *periculum est debitoris*, que rige en Derecho de Obligaciones. Obviamente, si la prestación hubiese devenido en imposible por culpa del acreedor (mutuante), este sufrirá las consecuencias de la pérdida de la contraprestación, lo cual significa que el mutuatario no deberá devolverle ningún valor. Esto último, por estricta aplicación del principio *periculum est creditoris*.

De otro lado, debemos anotar que el Código Civil Peruano hace bien en contemplar el supuesto en el cual se asigne un valor a los bienes mutuados, en previsión de que ocurra la hipótesis regulada en el numeral 1661.

Así, el artículo 1662 establece:

> Artículo 1662.- Si en el caso del artículo 1661, fueran evaluados [sic] los bienes al momento de la celebración del contrato, el mutuatario está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al momento del pago.

Sin embargo, debemos efectuar ciertas precisiones.

En primer término, el Código Civil comete un error al emplear la palabra «evaluados», ya que no se trata de ninguna evaluación de los bienes. Lo apropiado hubiera sido utilizar el término «avaluados» o, en todo caso, «valorizados».

Sin embargo, y a pesar de lo que pudiera parecer, el caso del artículo 1662 no es el de una deuda de valor, sino el de una deuda de dinero.

Decimos esto porque la cantidad que habría que pagar sería la que hubiese surgido como resultado de la valorización de los bienes al momento de la celebración del contrato; ya sea, que dicha valorización hubiese sido efectuada en moneda nacional o en moneda extranjera; por tanto, lo que el mutuatario estaría obligado a pagar sería ese valor histórico de los mismos, «aunque valgan más o menos al momento del pago».

La última frase entrecomillada resulta bastante clara para reafirmar que se trata de una deuda de dinero y no de una deuda de valor. Sin embargo, la ley peruana habría podido prescindir de una norma como el artículo 1662, en la medida de que siendo un supuesto de carácter netamente nominalista, el mismo se resolvería por el principio general de nominalismo en el pago, establecido por el artículo 1234 del propio código.

9. El mutuo y los intereses

9.1. Precisiones necesarias

A diferencia del Código Civil de 1936, el código de 1984 no abordó el tema de los intereses dentro del contrato de mutuo, sino dentro del Libro de las Obligaciones. Consideramos absolutamente idónea la ubicación que se ha otorgado a dicho tema.

Sin embargo, la relación existente entre el contrato de mutuo y la obligación de pagar intereses resulta notable, ya que es el único contrato que se presume genera la obligación de pago de intereses. Esto último, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1663 del código:

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

En tal sentido, no hemos querido circunscribirnos a un análisis exegético del artículo 1663, sino que vamos a desarrollar los conceptos necesarios para ubicar el tema de los intereses dentro de un contexto más amplio (el cual necesariamente comprenda a los intereses en el contrato de mutuo).

También resulta evidente que el sentido del artículo 1664 («Si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso»), será analizado conjuntamente con el tema que le corresponde por naturaleza en materia de intereses, que no es otro que el de la usura.

9.2. Consideraciones generales acerca del pago de intereses[51]

9.2.1. Cuestiones preliminares

Al emprender el estudio de los intereses, advertimos su innegable naturaleza económica, una realidad financiera y bancaria y, desde luego, una evidente perspectiva jurídica; todas estas ponen de manifiesto las insospechadas dimensiones que el tema ofrece.

Ante ello, prontamente concluimos en que un análisis sobre la materia, con pretensión de seriedad, debe comprender dicho tema en forma integral, aun cuando ello signifique encarar un panorama de dispersas e interminables perspectivas.

La natural complejidad del tema y el silencio de voces autorizadas han conspirado, a nuestro entender, contra el logro de un conocimiento absoluto y certero sobre el pago de intereses en el campo del Derecho. Sin embargo, las lagunas de conocimiento que en materia de intereses suelen aparecer no son exclusivas del Derecho. Ya decía John Maynard Keynes que el tema de los intereses sigue siendo un reto para el teórico de hoy. Los intereses, indiscutiblemente, superan las tradicionales teorías, análisis y recomendaciones económicas; por ese motivo, se ha dicho que la teoría general sobre los intereses es confusa y confunde.

A nuestro modo de ver, un error fundamental para comprender conceptos esenciales es olvidar su dimensión económica. La falta de integración de una perspectiva económico-jurídica da como resultado afirmaciones que, al ignorar una de las caras del fenómeno, no son del todo certeras. Esta visión no pretende hacer una confrontación con los puntos de vista anteriores al nuestro, intentamos simplemente escribir sobre lo que no se ha dicho, pero que necesariamente debe decirse.

9.2.2. Naturaleza de los intereses

El peso de una realidad inocultable nos hizo comprender que los intereses, si bien ostentan profusas proyecciones en el campo jurídico, son un fenómeno económico y no una figura ideada por el Derecho.

---

[51] Los conceptos consignados hasta el punto 12.9 y los de los puntos 12.11, 12.12, 12.13 y 12.14, han sido tomados —fundamentalmente— de la obra publicada por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1996). *Op. cit.* Segunda parte, tomos V, VI y VII.

Bajo esta perspectiva, sostenemos que a la noción de intereses le asiste una naturaleza económica antes que jurídica.

Conforme señala Gastón Fernández Cruz[52], la concepción más extendida y aceptada en torno a la naturaleza jurídica del interés es aquella que lo concibe como un fruto civil. Así lo entiende Luis María Boffi Boggero, citado por Carlos Villegas y Mario Schujman[53], quien señala:

> Los frutos civiles son una creación jurídica que permite ver en los "emolumentos", "salarios", "intereses", "alquileres", etc., verdaderos frutos de la actividad material o inmaterial, del uso o privación de una cosa. Estos frutos se producen solo jurídicamente, mientras que los otros se producen en el mundo natural y tienen reconocimiento jurídico.

El citado autor añade que en los frutos naturales hay un esquema normativo que recoge el proceso natural, mientras que en los civiles, ese esquema es puramente jurídico.

Por su parte, Vohn Tuhr, citado por Gastón Fernández Cruz[54], sostiene que, económicamente considerados, los intereses representan la renta del capital del cual el acreedor se priva; jurídicamente, pueden considerarse como frutos civiles del crédito.

Mariconde, también citado por Fernández Cruz[55], afirma que los intereses son un tipo de fruto civil, dado que provienen del uso o goce de la cosa, o de su privación; y como tales, son accesorios del capital que los rinde con arreglo a los términos del contrato o de la ley.

Al respecto, debemos anotar que el tratamiento legislativo del interés, como fruto civil, ha tenido gran resistencia. En la antigüedad, teólogos y juristas, basándose en la doctrina de Aristóteles, sintetizada en su famoso principio *pecuni non parir pecuniam* («el dinero no produce dinero»), afirmaban que no se podía exigir interés por el dinero, por tres razones principales, a saber:

a) Porque el dinero es estéril.
b) Porque debiendo haber en todo contrato igualdad entre el valor que se recibe y el que se da, en el mutuo se falta a esa igualdad cobrando intereses, dado que el mutuante cobra más de lo que dio, sin dar por su parte un *compensatio* al aumento que exige.

---

[52] Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y Economía». *Derecho PUC*, Revista de Derecho editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 45, 1991, p. 191.

[53] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990, p. 86.

[54] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 196.

[55] *Ibidem*, p. 207.

c) Porque es principio general de Derecho que las cosas solo producen frutos para sus dueños; y como el tomador del dinero prestado se hace dueño de él, el mutuante no puede sacar provecho de un capital que ya no es suyo.

Empero, el principio de la esterilidad del dinero es ya historia, pues si partimos de la premisa de que productivo es todo lo que directa o indirectamente puede contribuir al aumento de la riqueza, podemos concluir en que tan productivo es un fundo como un capital de 100 nuevos soles.

Gastón Fernández Cruz[56] considera que el gran problema de entendimiento, en torno a la naturaleza jurídica del interés, se presenta por la utilización indistinta de términos con los que este suele definirse (fruto, precio, remuneración, rédito, rendimiento).

De esta manera, señala el citado autor, la pregunta en torno a la naturaleza jurídica de los intereses no es sino la pregunta en torno a la noción misma del interés.

Ahora bien, para arribar a la noción de interés como fruto en nuestro Código Civil, según anota el citado autor[57], es necesario interpretar en forma sistemática las normas referidas a frutos y al pago de intereses. De este modo, al comprender al interés dentro de los supuestos del artículo 891 del Código Civil Peruano, que define a los frutos civiles, la relación jurídica a que alude la norma citada debe entenderse como una de carácter obligacional. Esta determina la producción de nuevos bienes de igual género y calidad, en compensación por el uso de los bienes adeudados o la privación temporal de aquel en forma indebida.

A entender de Fernández Cruz[58], no son los bienes adeudados los que producen intereses como consecuencia de una relación jurídica, tampoco esta última; el interés es producido por un capital.

El interés, según señala el mencionado autor[59], constituye un rendimiento por la aplicación indebida o debida de un capital y, en función del tiempo de aplicación, dicho rédito estará constituido por bienes de la misma naturaleza que los debidos por la prestación.

De esta manera, Fernández Cruz manifiesta su desacuerdo con aquella doctrina que cataloga a los intereses como frutos civiles, ignorando con ello toda la concepción económica del capital que los produce.

Por ello, dicho autor señala que partiendo del concepto económico de capital (entendido este como valor de cambio), mal puede hablarse de que el interés constituya

---

[56] *Ibidem*, p. 197.

[57] *Ibidem*, p. 192.

[58] *Ibidem*, pp. 196 y ss.

[59] *Ibidem*, p. 202.

un fruto civil o, peor aún, que sea el precio, remuneración, compensación o renta de un bien. El interés es, más bien, el rendimiento de un capital.

Por su parte, Carmen Robles Moreno[60] califica a los intereses como un fenómeno jurídico económico. Así, afirma que jurídicamente los intereses pueden considerarse como frutos civiles, en la medida en que provienen del uso o goce de una cosa, o de su privación; en tanto, económicamente, representan la renta del capital de la que el acreedor se priva, constituyendo el precio del dinero o de cualquier otro bien.

9.2.3. Definición de la obligación de dar intereses

Consideramos que hay obligación de dar intereses cuando, por mandato legal o contractualmente, el deudor se halla constreñido frente al acreedor al pago, o —excepcionalmente— a la capitalización de un valor cuantificable, en una tasa, establecida por las partes, la ley o la autoridad monetaria, consistente en una suma de dinero o una cantidad de bienes fungibles. Ellos aumentan, por períodos determinados, el capital otorgado en razón directa con la duración de la transacción, con el riesgo que importa la falta de cumplimiento o retrasos en el pago del mismo, con el costo de oportunidad, con la cantidad de dinero o bienes y, en algunos casos, con las fluctuaciones en el valor de estos últimos.

Pero debemos anotar una cuestión adicional.

No toda renta, beneficio o retribución que pague un deudor por la transferencia de un capital, constituye lo que se denomina pago de intereses.

Para que pueda hablarse del pago de intereses, debe existir una obligación principal de la cual los intereses son la obligación accesoria a cargo del deudor, sea porque las partes así lo han acordado, o en virtud de un mandato legal.

Asimismo, es preciso que dicho pago se efectúe con cierta periodicidad y, finalmente, que el beneficio que recibirá el acreedor se fije, por lo menos, en proporción al tiempo y riesgo que supone la operación. Solo entonces estaremos frente a una obligación de pagar intereses.

9.2.4. Caracteres de la deuda de intereses

A continuación anotamos los rasgos que con mayor notoriedad caracterizan a la deuda de intereses.

9.2.4.1 Accesoriedad

Por definición, la obligación de dar intereses es accesoria a una deuda principal.

---

[60] Robles Moreno, Carmen del Pilar. «Régimen legal de los intereses para adeudos de carácter civil, financiero, tributario y aduanero». *Bibliotecal.* Año 2, n° 3. Lima, 2001, p. 239.

Las consecuencias que se derivan de dicha accesoriedad son las siguientes:

a) No puede generarse una obligación de intereses sin la existencia de una deuda principal.
b) El devengamiento de los intereses se va produciendo a través de la duración de la deuda principal; de modo que frente a la extinción de esta última, cesa la deuda de intereses.
c) La transmisión de la obligación principal importa la transmisión de la deuda de intereses, así como de la garantía que protegía a ambas deudas.

En este orden de ideas, si bien la obligación de dar intereses nace de una deuda principal respecto de la cual es accesoria, con posterioridad puede adquirir condiciones especiales de autonomía, haciendo posible la constitución de nuevas relaciones jurídicas en torno a ella.

9.2.4.2. Deuda dineraria, por regla general; deuda de valor, por excepción

La diferencia existente entre una deuda dineraria y una deuda de valor nos obliga a precisar qué clase de deuda es el pago de intereses.

Cabe recordar que por deuda de valor se entiende aquella obligación en la que el objeto de la prestación es un valor abstracto, el cual habrá de medirse en dinero al momento del cumplimiento de la prestación. Vale decir, se debe un valor que se traducirá en dinero al momento del pago.

En cambio, en las deudas dinerarias, llamadas también pecuniarias o numerarias, el objeto de la prestación debida es el dinero en un monto determinado. En otras palabras, se debe una suma definida de dinero.

Al respecto, entendemos que, por regla general, el pago de intereses es una deuda pecuniaria. Ello, en virtud de que, normalmente, los intereses se pagan con una suma de dinero. Además, desde el origen de la obligación, la retribución por concepto de intereses debida al acreedor es fijada en una suma perfectamente determinable, ya que mediante el establecimiento de una tasa es posible hacer el cálculo del interés que efectivamente se va a pagar.

Empero, si bien sale de lo usual, es posible que las partes convengan que el pago de intereses sea en especie y no en dinero. En este supuesto, la deuda de intereses, por excepción, dejaría de ser una deuda de dinero para convertirse en una deuda de valor, ya que sería preciso avaluar los bienes a pagar por concepto de interés para, sobre la base de dicho valor, poder calcular los intereses debidos.

Un gran sector de la doctrina, sin embargo, se pronuncia únicamente sobre el carácter pecuniario de la deuda de intereses.

No obstante, es posible sostener que independientemente del carácter que revista el pago de intereses, este procede sobre una deuda pecuniaria o no.

10. Clasificación de los intereses

Numerosos son los criterios de clasificación que la doctrina ha elaborado en torno a los intereses. Sin embargo, ante tan profusa materia, hemos seleccionado tan solo algunos de ellos. Así, pasamos a citar ciertos conceptos de distinción, en función de los cuales es posible clasificar la materia en estudio.

10.1. Según su fuente

Por su fuente, los intereses pueden ser convencionales o legales, según que la obligación de dar intereses surja de la voluntad de las partes o en virtud de la ley.

De esta manera, en atención al origen de dicha obligación, es posible clasificar a los intereses en: intereses legales, cuando el deber de pagar intereses surge de la ley; e intereses convencionales, si el deber nace de un convenio entre las partes.

Von Tuhr, citado por Gastón Fernández Cruz[61], clasifica a los intereses en:

a) Voluntarios: tienen su origen casi siempre en un contrato, pero cabe que provengan también de un acto de última voluntad.
b) Legales: nacen sin la voluntad de las partes, por prescripción de la ley. Supuestos importantes de aplicación de esta clase de intereses son los moratorios y los procesales. Para Von Tuhr, según anota Fernández Cruz, hay casos en que la deuda empieza a producir intereses, antes de constituirse al deudor en mora, por el mero hecho de entablarse la acción o reclamación.

Ahora bien, los intereses, tanto convencionales como legales, pueden, a su vez, clasificarse en compensatorios y moratorios.

Al respecto, Busso[62] señala que los criterios enunciados dan lugar a clasificaciones paralelas que no son incompatibles. Tanto los intereses compensatorios como los moratorios pueden ser convencionales y legales.

Salvat[63], al pronunciarse sobre la materia, señala que los intereses, según su fuente, se clasifican en convencionales y legales. Los primeros los establecen las partes, los segundos los fija la ley. Precisa el citado tratadista que los intereses convencionales pueden ser compensatorios y moratorios. Son compensatorios cuando se estipulan para retribuir el precio del uso del dinero ajeno; son moratorios cuando las partes fijan el tipo de interés que regirá en caso de mora.

---

[61] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 180.

[62] Busso, Eduardo B. *Op. cit.* Tomo IV, p. 267.

[63] Salvat, Raimundo M. *Op. cit.* Tomo I, p. 421.

A decir de Roberto De Ruggiero[64], los intereses pueden reconocerse por causa directa de la ley o por la voluntad manifestada mediante negocio jurídico. Llámanse legales los primeros y convencionales los segundos. Los intereses voluntarios, mal llamados convencionales, son aquellos que se reconocen por causa directa de la voluntad. En los intereses legales pueden subdistinguirse dos especies perfectamente caracterizadas y separadas, ya que es completamente diverso el motivo o título por el que la ley los impone al deudor. Una es la de los intereses de mora; y, la otra, los intereses retributivos. Moratorios son los intereses debidos por haber omitido el deudor el cumplimiento de la obligación. Retributivos son aquellos cuya función es restablecer el equilibrio patrimonial y son debidos por el uso de un capital.

Alterini, Ameal y López Cabana[65], junto con De Ruggiero, consideran que es más apropiado llamar a los intereses convencionales «intereses voluntarios»; ya que, esta última expresión es más amplia y abarca también el supuesto en el que los intereses se establecen por acto unilateral. Verbigracia: un legado sometido a plazo que, por decisión del testador, devenga intereses.

Por otra parte, Carlos Villegas y Mario Schujman[66], agregan que el deber de pagar intereses, por su origen, puede ser clasificado también como interés judicial. Este corresponde al que fija el juez y se deriva de la facultad otorgada por la ley.

Los referidos autores también señalan que, en el Derecho Argentino, se presenta el caso de los intereses sancionatorios, los cuales son fijados por el juez frente a una inconducta procesal maliciosa del deudor.

Esta opinión es apoyada por Llambías[67], quien sostiene que los intereses legales se derivan de la previsión legal que determina cierta tasa de interés o faculta a los jueces, para imponerla en ausencia de otra disposición concreta, contractual o legal.

10.2. Según su función

Por su función, los intereses pueden ser compensatorios o moratorios.

Los intereses compensatorios, según anotan Carlos Villegas y Mario Schujman[68], tienen por función otorgar un beneficio, un lucro, al capital invertido o transferido.

Por ello, el interés compensatorio constituye una contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

---

[64] De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1944, p. 55.

[65] Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Curso de obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Perrot. Tomo II, 1988, p. 119.

[66] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 99.

[67] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.* Tomo II, p. 203.

[68] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 100.

Los intereses moratorios se devengan (de haberse pactado) debido a las circunstancias del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación, por parte del deudor, y a la constitución en mora de este último. Su función es la de indemnizar la mora en el pago.

Por su parte, Alterini, citado por Gastón Fernández Cruz[69], señala que son intereses voluntarios los que nacen de la voluntad de las partes, comúnmente de una convención. Entre ellos cabe distinguir, a su vez —según su finalidad— los siguientes:

a) Lucrativos: comúnmente denominados compensatorios, constituyen frutos civiles de capital.
b) Punitorios: comportan una cláusula penal moratoria, prevista para el caso de mora del deudor.

En cambio, son intereses legales los establecidos por la ley independientemente de la voluntad de los sujetos. Estos intereses pueden, a su vez, desde el enfoque de su finalidad, distinguirse en:

a) Retributivos: son impuestos por la ley con la finalidad de mantener o restablecer un equilibrio patrimonial, con independencia del estado de mora del deudor.
b) Moratorios: también son impuestos por la ley y representan el daño moratorio, es decir, la indemnización consiguiente al estado de mora del deudor.

René Padilla, también citado por Fernández Cruz[70], clasifica a los intereses por su fuente y la finalidad que persiguen. Así, tenemos que los intereses pueden ser:

a) *Convencionales* (o contractuales, dado su carácter voluntario): estos intereses, en atención a su finalidad económica, a su vez pueden ser:
   a.1. Compensatorios: son aquellos que deben pagarse por el uso de un capital ajeno, pues aparecen como fruto de él.
   a.2. Punitorios: no son sino los daños moratorios prefijados como intereses en la llamada cláusula penal moratoria, la cual cumple entonces una doble finalidad: indemnizatoria y compulsiva.
b) *Legales*: aquellos intereses que acusan su etiología en la ley. Atendiendo a su finalidad, pueden ser de tres clases:
   b.1. Retributivos: Cumplen una función semejante a la de los compensatorios, aunque son de fuente legal.

[69] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 182.
[70] *Ibidem*, pp. 183 y 184.

b.2. Sancionatorios: Reconocidos por el artículo 622 del Código Civil Argentino; vale decir, aquellos que la ley impone en razón de la conducta maliciosa observada por el deudor durante la tramitación de un proceso judicial.

b.3. Moratorios: Aquéllos que, en obligaciones pecuniarias, se generan con la mora por imperativo legal.

10.3. Según se paguen o capitalicen a su vencimiento

Las partes pueden acordar que el interés vencido, de acuerdo a los intervalos establecidos, se pague o se capitalice. Esto hace necesario distinguir un supuesto del otro.

Cuando solo el capital gana intereses por todo el tiempo que dura la transacción, el interés es «simple». Este resulta de aplicar una tasa nominal sobre el importe del capital inicial en un plazo determinado.

Por otra parte, el interés es «compuesto» cuando se capitaliza; vale decir, cuando el interés simple se adiciona al capital al final de cada intervalo de tiempo pactado para ganar intereses.

Así, el interés compuesto supone que los intereses, al adicionarse al capital, generen junto con este último, intereses en el siguiente período.

Al respecto, Villegas y Schujman[71] anotan que el interés es simple o compuesto según se calcule en forma directa o capitalizada. De esta manera, es simple el interés generado en forma exactamente proporcional al tiempo, capital y tasa. Mientras que se trabaja con un interés compuesto cuando los intereses producidos al cabo de un período se capitalizan y, a su vez, siguen produciendo intereses hasta el final del plazo.

10.4. Según se apliquen sobre un capital actualizado o no

Conforme apuntan Carlos Villegas y Mario Schujman[72], el interés que se cobra en las operaciones acordadas sin ajuste de capital se denomina «interés nominal», en oposición al «interés real», aplicable a obligaciones ajustadas con alguna cláusula de estabilización.

Naturalmente, al contener una fuerte previsión por depreciación de la moneda, el monto del interés nominal es mayor que el monto del interés real.

Por otro lado, el interés real también se denomina «interés puro», ya que se aplica a las obligaciones indexadas.

---

[71] Villegas Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 104.

[72] *Ibidem*, p. 103.

En el caso de las operaciones bancarias —agregan los autores citados— es menester que el interés real retribuya el costo operativo, el riesgo que genera la posible insolvencia o morosidad del deudor y que además reembolse la carga fiscal que grava la operación financiera. Solo en esta instancia podremos hablar de interés real o de interés puro.

10.5. Según la forma de cálculo del interés sobre una operación amortizable en cuotas

Ante el supuesto de una operación en la que se haya pactado que la devolución del capital pueda realizarse a través de una amortización de cuotas periódicas, el interés a pagar puede revestir dos formas de cálculo; estas originan la clasificación de «interés directo» e «interés sobre saldos».

El interés directo —señalan Carlos Villegas y Mario Schujman— es el que se calcula sobre el total del capital adeudado; de modo que la tasa se aplica sobre la deuda inicial, durante todo el plazo, sin tener en cuenta las amortizaciones de capital realizadas.

En cambio, el interés sobre saldos es menos oneroso, pues se calcula sobre los saldos de capital después de cada amortización; así, la tasa se aplica sobre el monto adeudado en cada período.

11. Nacimiento y extinción de la obligación de dar intereses

Conforme anotan Villegas y Schujman[73], al ser la obligación de intereses una obligación accesoria, el nacimiento de los intereses depende de la obligación principal.

No obstante, es menester precisar que, si bien el nacimiento de la deuda de intereses depende de la existencia previa de la obligación principal, el momento en que dicha deuda nace, puede o no coincidir con la fecha en que se generó la obligación principal. La deuda de intereses puede tener, entonces, una fecha posterior.

Además, debe igualmente distinguirse el nacimiento de la obligación de dar intereses, del devengamiento de los mismos.

Por devengamiento de intereses se entiende el fenómeno por el que un capital, a lo largo del tiempo que transcurre entre el día del préstamo y el de la devolución, genera un plus al cual el acreedor tiene derecho. Así, el devengamiento se produce según la periodicidad pactada o la establecida por ley.

En cuanto a la extinción de la deuda de intereses, se ha dicho que —dado el carácter accesorio que reviste dicha deuda— la extinción de la obligación principal

[73] *Ibidem*, p. 121.

conlleva a la extinción de la obligación de dar intereses. Ello, como consecuencia del principio latino que reza: «Lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Al respecto, debemos anotar que la certeza de dicha afirmación dependerá de la forma en que la obligación principal se haya extinguido.

A nuestro modo de ver, este sería el caso de la consolidación o confusión total; toda vez que, al reunirse las condiciones de acreedor y deudor en una misma persona, ambas deudas (la principal y la de intereses) se extinguirán, ya que nadie va a pagarse a sí mismo.

Distinto sería el caso si la extinción de la obligación principal se produjera por otros medios previstos por la ley; tales como la novación, la compensación, la condonación, la transacción o el mutuo disenso. En estos supuestos, la obligación de dar intereses subsistiría.

Queremos insistir en el hecho de que si bien la deuda de intereses depende de la deuda principal para su nacimiento, a partir de entonces es autónoma en su existencia.

Por otra parte, la extinción de la obligación de dar intereses puede producirse de diferentes formas, las que apuntamos a continuación:

11.1. Por renuncia del acreedor a cobrarlos

El acreedor puede renunciar al cobro de los intereses por vencer, no cobrándolos en los hechos.

11.2. Por pacto adelantado de las partes

Los sujetos de la obligación de dar intereses pueden convenir el no devengamiento de los mismos, de modo que el derecho de cobro y el deber de pago se desvanecen.

11.3. Por los medios de extinción de las obligaciones

Usualmente, la deuda de intereses se extingue por el pago. No obstante, dicha extinción puede producirse, tal como lo hemos señalado, mediante una novación, compensación, condonación, consolidación, transacción o mutuo disenso.

11.4. Por entrega de recibo sin reserva sobre los intereses

El recibo del capital, que entrega el acreedor al deudor, en el cual no se hace reserva alguna sobre los intereses impagos, extingue la obligación del deudor respecto de ellos, salvo prueba en contrario.

Se trata de un modo propio de extinción de los intereses.

Carlos Villegas y Mario Schujman[74] señalan que la ausencia de toda salvedad en el recibo de pago del capital es una presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, otras opciones, entre ellas la del artículo 1232 del Código Civil Peruano, consideran que la presunción es *iuris tantum*.

Así, mientras el acreedor no pruebe que los intereses no le fueron pagados y que no ha estado en su ánimo liberar de esa deuda al deudor, habrá que admitir la extinción de los intereses. Aunque esa prueba es difícil —agregan los citados autores—, puede haber situaciones en las que se puede convencer al juez de la verdad de esos hechos.

11.5. Por prescripción de la acción de cobro de intereses

El devengamiento de intereses a través del tiempo importa, sobre el monto de la deuda, un constante acrecentamiento. Este, con el transcurso del tiempo, puede resultar exorbitante para el deudor.

De este modo, si el acreedor no reclama el pago de los intereses dentro del plazo previsto por la ley, al prescribir la acción de cobro de los mismos se extinguiría la acción del acreedor para exigir el pago de la deuda de intereses.

Por ello, se afirma que por el transcurso del tiempo un deudor podría liberarse de una obligación. Esto no es otra cosa que la prescripción liberatoria o extintiva.

Por otra parte, según la regla del artículo 2001 del Código Civil Peruano, las obligaciones civiles prescriben a los diez años. En consecuencia, esta prescripción daría al deudor el derecho de plantear una excepción en el proceso que eventualmente su acreedor pueda entablarle para materializar el cobro de los intereses.

Resulta relevante preguntarse si la prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda por el capital, que se origina a los diez años, conlleva a la prescripción de la acción de cobro de los intereses que se han ido devengando durante los mismos.

En nuestra opinión, la prescripción de la acción de cobro de la obligación principal no importa la prescripción de la acción de cobro de los intereses. Lo contrario supondría ignorar la autonomía y sustantividad propia que —a nuestro modo de ver— ostenta, una vez nacida, la deuda de intereses.

En otro sentido, la interrupción y suspensión de este tipo de prescripción se regulan —respectivamente— por lo señalado en los artículos 1994 y 1996 del Código Civil.

---

[74] *Ibidem*, p. 127.

12. Tasas de interés

Un eslabón necesario en la cadena de exposición sobre el tema de los intereses es el relativo a la tasa del interés, razón por la cual le hemos dedicado algunas líneas.

12.1. Definición

Con anterioridad hemos señalado que la cuestión de los intereses ha sido escasamente discutida en la literatura jurídica, fundamentalmente por su inevitable contenido económico y natural complejidad.

En la literatura económica ocurre algo semejante, pues los economistas han debatido, con mucha mayor amplitud, cuestiones relativas a la tasa de interés antes que sobre el interés en sí. Sin embargo, en materia de tasas de interés, no hemos encontrado posiciones unívocas; por ello, pueden esbozarse sobre el tema diversas definiciones, tal como anotamos a continuación.

El valor del dinero a través del tiempo, corresponde al concepto de tasa de interés.

Así lo entiende también Avelino Sánchez[75], quien señala que la tasa de interés es la relación del interés devengado al capital en la unidad de tiempo.

Alfredo Rodríguez[76] señala que la tasa de interés es el precio de la mercancía dinero.

En cambio, los manuales de teoría económica Keynesiana, conforme anota Raúl Noriega[77], asumen que la tasa de interés es igual al costo de oportunidad del capital.

Otros autores insisten en considerar a la tasa de interés como uno de los patrones referenciales básicos, que se toman en cuenta, al analizar los beneficios y costos de un proyecto empresarial o gubernamental.

12.2. Clases

A continuación presentamos las diversas formas que las tasas de interés pueden adoptar.

12.2.1. Tasas máximas

La tasa de interés máxima es aquella tasa promedio que considera un riesgo abstracto; de modo que una vez traducido en el caso concreto, es posible de disminuir o aumentarse en relación al menor o mayor riesgo que importe la operación de crédito.

---

[75] Avelino Sánchez, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994, p. 7.

[76] Rodríguez, Alfredo. *Técnicas de organización bancaria*. p. 89.

[77] Noriega, Raúl. «Teoría y política de tasas de interés». *Moneda*, n.° 3, septiembre de 1988, pp. 22 y 23.

12.2.2. Tasas referenciales

Las tasas referenciales son aquellas que se toman en consideración en el proceso de fijación de la tasa de interés nacional, sobre todo en una economía de libre mercado y abierta al exterior.

Las tasas referenciales suelen ser las que paga y cobra la banca internacional.

Como sabemos, el grado de interdependencia de los mercados cada vez es mayor; ello implica que los movimientos internacionales en el orden económico y, concretamente, en el financiero, incidan definitivamente en el mercado nacional.

Al respecto, Benedicto Cigüeñas[78] estima que en una economía abierta como la peruana, con libertad absoluta para la entrada y salida de capitales, se espera que la tasa de interés interna esté determinada, en buena medida, por la competencia internacional. Esto, en virtud a que los agentes económicos domésticos tienen la opción de obtener créditos del exterior, y las entidades internacionales de otorgarles, sin restricciones ni controles, dichos créditos.

12.2.3. Tasas preferenciales

Las tasas preferenciales son aquellas que tienen por objeto estimular determinado tipo de actividad económica que el Gobierno considera de carácter prioritario; siempre con miras a propender un desarrollo equilibrado de la economía; y, tendiendo a dinamizar el crecimiento o estimular el despegue de aquellos sectores considerados rezagados dentro del contexto global y nacional.

12.2.4. Tasas en moneda nacional y moneda extranjera

La existencia de un mercado de dinero y de crédito con una base monetaria dual, una de moneda nacional y otra de moneda extranjera, no es otra cosa que la manifestación de la particular realidad que nuestra economía presenta: su dolarización.

Por dolarización debe entenderse el proceso por el cual la moneda nacional ha sido desplazada por la extranjera —el dólar— en sus principales funciones; esto es, como medio de cambio, depósito de valor y unidad de cuenta.

Este fenómeno aparece en las economías que han sufrido traumas inflacionarios en los cuales los agentes económicos defendían el valor real de su riqueza financiera a través del atesoramiento de moneda extranjera.

De allí que, conforme señala Raúl Noriega[79], en la economía peruana, indudablemente, un dólar norteamericano es tan líquido como un depósito bancario en

---

[78] Cigüeñas, Benedicto. «Costo del crédito: mito que va desapareciendo». *Moneda*, n.° 70, año 5, abril de 1994, p. 33.

[79] Noriega, Raúl. *Op. cit.*, p. 24.

moneda nacional. Es posible cambiarlo, prácticamente, en cualquier lugar de Lima, e incluso es aceptado como medio de pago en la mayoría de establecimientos comerciales.

Resulta obvio, entonces, que el sistema bancario opere necesariamente en moneda nacional y moneda extranjera, fijando tasas de interés que recojan esta realidad.

Así, el tratamiento ofrecido a las tasas de interés es distinto según se trate de una operación realizada en moneda extranjera o en moneda nacional.

En cambio, cuando el concepto de tasas de interés se relaciona con el rendimiento monetario de cualquier instrumento financiero, se suele distinguir entre las siguientes:

12.2.5. Tasa nominal

La tasa nominal se refiere al pago directo efectuado en unidades nominales de moneda.

Es la tasa de interés básica que se nombra o se declara en la operación; sin distinguir si se cobra adelantada o vencida, si lleva comisiones o no y, en su caso, impuestos.

12.2.6. Tasa de interés real

La tasa de interés real es aquella que resulta de eliminar el efecto inflacionario de la tasa nominal.

12.2.7. Tasa de interés efectiva

La tasa de interés efectiva es aquella que refleja el tiempo en que se pagan los intereses, impuestos, comisiones y cualquier otro tipo de gasto que incluya la operación financiera.

Cabe señalar que este tipo de tasa de interés incluye una capitalización de intereses. Esto pone de manifiesto el interés a obtenerse por una unidad de capital inicial en una unidad de tiempo, dependiendo de una tasa de interés nominal, cuyo período de capitalización generalmente no es anual.

Por su parte, Avelino Sánchez[80] señala que cuando el interés es convertible más de una vez en una unidad de tiempo, nos encontramos frente a una tasa de interés nominal. En cambio, una tasa de interés efectiva es aquella que nos permite saber, exactamente, cuánto paga el deudor a su acreedor por concepto de intereses.

La tasa efectiva puede calcularse en dos formas: tasa de interés efectiva «vencida» o «adelantada». La primera es la que se agrega al capital inicial para formar un monto dado al cabo de una unidad de tiempo. La segunda, es lo que se deduce a cada unidad monetaria de monto final para calcular un capital inicial; es decir, el préstamo inicial

[80] Avelino Sánchez, Esteban. *Op cit.*, p. 11.

no es de un capital final al cual se le descuentan los intereses, sino un capital inicial cuyo valor, incluidos los intereses, será el capital final. Esto, según lo anotado por un documento que elaborara la sucursal de Arequipa del Banco Central de Reserva del Perú[81].

12.2.8. Tasa de interés al rebatir

La tasa de interés al rebatir es una tasa simple que se cobra sobre los saldos de la deuda pendiente y se calcula según el plan de pago de cuotas decrecientes.

12.2.9. Tasa de interés proporcional

La tasa de interés proporcional es la que corresponde a diferentes fracciones de tiempo, generalmente períodos menores de un año, con los cuales es directamente proporcional.

12.2.10. Tasa de interés equivalente

Las tasas de interés son equivalentes cuando, con períodos diferentes de conversión, producen el mismo interés compuesto al final de una unidad de tiempo dado.

12.2.11. Tasa de interés fija

La tasa de interés es fija cuando sobre el capital o crédito otorgado, debe aplicarse un porcentaje preestablecido.

Este tipo de tasa de interés es propio en períodos de estabilidad económica o baja inflación, o cuando por lo menos se tiene certeza del ritmo de evolución de los precios.

12.2.12. Tasa de interés flotante

La tasa de interés es flotante cuando una tasa fijada inicialmente se ajusta cada cierto tiempo, es decir, se indexa.

La indexación, señala Alfredo Rodríguez[82], está referida a la posibilidad que tiene, en este caso, la entidad financiera para ajustar la tasa, en lugar de modificarla, en la misma proporción en que varíe el índice que se ha tomado como referencia.

12.3. Importancia económica y jurídica

La aspiración de toda sociedad por alcanzar el desarrollo y crecimiento de su economía determina que su política económica promueva la inversión de capitales.

---

[81] Banco Central de Reserva del Perú, sucursal de Arequipa. *Investigación Económica*, 1987, pp. 6 y 7.

[82] Rodríguez, Alfredo. *Op. cit.*, p. 96.

Esta inversión, debemos señalar, se hace viable, entre otros aspectos, con un cierto nivel que las tasas de interés del crédito bancario puede ostentar.

Por ello, se ha dicho que la creciente expansión del crédito, que significa un incremento en el financiamiento de la producción, es un factor esencial para orientar un país en la ruta del crecimiento económico.

Así, el interés es un instrumento de política monetaria que incentiva u orienta el ahorro y la inversión, incrementa la productividad del capital y contrarresta las presiones inflacionarias; además, determina la productividad de los activos de capital y mantiene el equilibrio del mercado de valores.

Al respecto, Villegas y Schujman[83] consideran que la primera función de los intereses en una economía de mercado es la de establecer un equilibrio entre el consumo presente y el consumo futuro (ahorro).

Asimismo, señalan que el interés tiene diversas funciones en la Economía, las cuales pasamos a anotar:

a) Los intereses establecen el equilibrio entre la oferta y la demanda de fondos prestables.
b) Los intereses influyen en la política monetaria, incentivando o conteniendo el proceso económico.
c) Los tipos de interés pueden influir en el volumen de ahorro, y en particular, puede observarse que con tipos de interés negativos se agudizan los procesos de desmonetización.
d) Los intereses distribuyen los fondos prestables entre los distintos usuarios, de manera que los ahorros escasos se distribuyen en aquellos proyectos de inversión cuya tasa de retorno sea mayor a los niveles de interés.

Con lo expresado hasta el momento, resulta evidente la importancia económica de las tasas de interés.

12.4. Los intereses compensatorios y monitorios

El régimen de los intereses se inicia en el Código Civil Peruano de 1984 con el artículo 1242, que define a las dos clases del interés convencional: los intereses compensatorios y los moratorios.

Al respecto, Mauricio Olaya Nohra[84] señala que la incorporación de los intereses dentro del esquema de pago permite el establecimiento de una retribución, en favor

[83] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 162.

[84] Olaya Nohra, Mauricio. «El régimen de intereses en el Perú». *Diario Oficial El Peruano*. Sección Economía y Derecho, 16 de agosto de 1994.

del acreedor. Esta se deriva del uso que este permite realizar al deudor de un dinero o bien que se encuentra obligado a entregarle. Tales intereses son conocidos como «compensatorios».

El citado autor agrega que la incorporación de los intereses dentro del esquema del retraso en el pago, permite establecer una sanción contra el deudor que, injustificadamente, incumple con realizar el pago que le corresponde en la fecha establecida con su acreedor. Estos intereses son conocidos como «moratorios».

Por su parte, Gastón Fernández Cruz[85] considera que el artículo 1242 del Código Civil no define la noción de interés; y opta más bien por definir, en atención a la finalidad que los intereses persiguen, las formas que estos últimos indistintamente pueden adoptar.

Es claro que el Código Civil Peruano define a dichas clases de interés en función de su finalidad. Así, con arreglo al primer apartado del artículo 1242, el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien; en cambio, de acuerdo con el parágrafo segundo del mismo precepto, es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

En igual sentido opinan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[86], al señalar que cuando se difiere en el tiempo la entrega de una suma de dinero, se suele pagar como compensación por el uso de ese capital otra suma de dinero a la que se llama interés. Este es el precio que se abona por el uso del dinero o, en su caso, por haber privado al dueño de usar ese capital.

En cuanto a la definición de interés compensatorio que el precepto legal peruano establece, Fernández Cruz[87] manifiesta su absoluta discrepancia. Expresa, en primer lugar, que la finalidad perseguida a través de esta clase de interés es la de obtener ganancia o lucro, y no una mera retribución o pago compensatorio.

De otro lado, el citado autor señala que el artículo 1242 del Código Civil, al considerar el dinero como bien, lleva a ignorar o confundir las funciones de aquel con su naturaleza jurídica, aun cuando resulte difícil adscribirse en torno a esta última noción.

Sobre el particular, Carmen Robles[88] sostiene que tras la lectura del articulo 1242 es posible afirmar la existencia de cuatro tipos de interés: convencional compensatorio, convencional moratorio, legal compensatorio y legal moratorio.

---

[85] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 179.

[86] Moisset De Espanés, Luis; Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Inflación y actualización monetaria.* Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1981, p. 221.

[87] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 208.

[88] Robles Moreno, Carmen del Pilar. *Op. cit.*, p. 240.

De esta forma, la citada profesora define el interés convencional compensatorio como aquel que se pacta y que puede tener la finalidad de compensar, equilibrar, restablecer el equilibrio patrimonial, o de lucrar; interés que se devenga solo cuando se haya pactado, a excepción del caso del contrato de mutuo, pues allí los intereses se presumen.

Asimismo, se refiere al interés convencional moratorio, denominado también indemnizatorio o punitorio, señalando que este tiene por objetivo indemnizar la mora en el pago, resarcir al acreedor del daño producido por el incumplimiento o por el mal cumplimiento del deudor. Para que exista y se devengue este interés es necesario que concurran tres condiciones: que exista pacto expreso, que exista incumplimiento o mora, y que se haya constituido en mora al deudor, salvo pacto de mora automática.

Por último, afirma que el interés legal es aquel que nace como consecuencia de la voluntad del legislador, y será compensatorio o moratorio, dependiendo de la función que desempeñe.

En opinión nuestra, el Código Civil Peruano, al establecer que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, está determinando la necesidad de formular algunas precisiones.

Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas: deuda pecuniaria o dineraria, deuda no pecuniaria o de valor. Por ello, correspondía ubicar a los artículos 1242 a 1250 inclusive, referidos al pago de intereses, en el Título del pago, en el Libro de las Obligaciones, tal como lo hace el Código Civil vigente.

De este modo, ni la naturaleza de la obligación principal ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de intereses.

Al respecto Von Böhm-Bawerk, citado por Fernández Cruz[89], señala que todo capital puede producir un interés, cualesquiera que sean las clases de bienes que lo formen; ya se trate de bienes fructíferos por naturaleza o de bienes estériles, de bienes consumibles o inconsumibles, de bienes fungibles o de bienes no fungibles, de dinero o mercancías.

Busso[90], por su parte, sostiene que el interés presupone una obligación de capital, y representa el rendimiento de este último.

Según Fernández Cruz[91], es posible concebir una prestación accesoria, que represente siempre el rendimiento de esos bienes tomados como capital, independientemente

[89] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 201.

[90] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 273.

[91] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 201.

de la finalidad que persigan: ya sea lucrativa, a través de la expectativa de ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatoria, como satisfacción para el acreedor por la privación indebida de la posibilidad de aplicación del capital.

De este modo, el mencionado autor[92] opina que el Código Civil al calificar en el artículo 1242 a los intereses compensatorios, debió establecer que estos se deben en calidad de contraprestación por el uso y disfrute de cualquier capital.

Ello, en virtud de que el interés, en opinión de Fernández Cruz[93], —coincidente con Busso—, constituye el rendimiento de un capital.

En este orden de ideas, resulta necesario precisar los conceptos de bien, dinero y capital, respectivamente.

Guillermo Cabanellas[94] señala que «bien» es todo aquello que compone la hacienda, el caudal, la riqueza o el patrimonio de las personas.

En doctrina no existe unanimidad de criterios respecto a lo que se entiende por «bienes». Sin embargo, nosotros hemos adoptado aquella teoría por la cual se comprende dentro de dicho concepto a las cosas (bienes corporales) y a los derechos (bienes incorporales).

El dinero, conforme señala Mann, citado por Carlos Villegas y Mario Schujman[95], es un medio de cambio, desde el punto de vista económico, y un medio de pago, jurídicamente hablando.

A decir de Hirschberg, citado por Gastón Fernández Cruz[96], dinero es el común denominador del valor de todos los bienes y servicios.

En nuestra opinión, cuando de la noción del dinero se trata, es preciso hacer una distinción conceptual de los términos dinero y moneda, toda vez que esta última es solo una de las formas que el dinero puede revestir.

Al respecto, Villegas y Schujman[97] señalan que los distintos pueblos, a través de su historia, han utilizado los más diversos elementos como dinero. Así, se usó el dinero ornamental (conchas caurí en África y territorios del Océano Índico hasta el corazón de Asia; cuentas de vidrio, ámbar, coral, colmillos de marfil, etc.); dinero utilitario (trigo, ganado, esclavos, aguardiente, armas, etc.); dinero indumentario (pieles, cueros, tejidos, etc.); dinero signo (fichas de juego, en Indochina; trozos de piel, en Rusia, etc.); metales nobles (primero fundidos y después acuñados); etcétera.

---

92 *Ibidem*, p. 198.

93 *Ibidem*, p. 201.

94 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual.* Décimo quinta edición, Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1982, tomo I, p. 477.

95 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 12.

96 Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 203.

97 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 10.

En el siglo VII A.C., el dinero apareció en forma de moneda, las más antiguas fueron las de Lidia, en Persia. Así, del metal acuñado se pasó al papel moneda, y de este al dinero electrónico. Este último, constituido por depósitos bancarios, es movilizado a través de tarjetas magnéticas, transferencias telefónicas, Internet o con el medio —hoy más rudimentario— llamado cheque.

A decir de Fernández Cruz[98], el dinero no puede reducirse a la categoría de bien mueble de naturaleza fungible, pues ello lleva erróneamente a identificar los conceptos de moneda y dinero.

En este contexto, resulta sumamente interesante preguntarnos si la productividad que caracteriza al dinero explica la producción de intereses en una obligación dineraria o pecuniaria.

A nuestro modo de ver, el devengamiento de intereses opera en virtud de un mandato legal o del acuerdo de partes, dentro de los límites de la ley, sobre cualquier clase de obligación. No importa el objeto de su prestación; toda vez que el interés puede generarse del dinero, capital o cualquier otro bien, independientemente de la productividad o improductividad de los mismos.

En opinión de Fernández Cruz[99], la afirmación: «el dinero es esencialmente productivo, pudiendo generar intereses *per se*», determina la falsa creencia de que el dinero es un bien fungible, fructífero por esencia.

El citado autor agrega que no es el signo monetario, como bien, el que genera intereses, sino el valor dinerario que este representa.

Ello es así —según Fernández Cruz— porque el dinero en el Derecho cumple distintas funciones de las que originalmente estaba destinado a cumplir (estas son: la de servir como unidad de cuenta, instrumento de cambio, medida de valor, reserva, depósito de valor y medio de pago).

Hernández Gil, citado por Fernández Cruz[100], sostiene que en el Derecho de Obligaciones el dinero se desempeña:

a) Como precio: cuando se debe en razón de la transmisión de la propiedad de un bien.
b) Como renta: cuando se debe en razón del uso y disfrute de un bien.
c) Como interés: cuando se debe en razón de la función de valor y cambio del dinero.
d) Como retribución: cuando se debe en calidad de contraprestación de una prestación de hacer.

---

98 Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 203.

99 *Ibidem*, p. 203.

100 *Ibidem*, p. 204.

e) Como indemnización: cuando se debe en razón de la función valorativa del *quantum* del daño.
f) Como abono de gastos.

Por otra parte, tenemos que Hermann, también citado por Gastón Fernández[101], define al capital como el patrimonio que ofrece constantemente su utilidad a las necesidades del hombre, como un bien continuamente nuevo, sin que merme nada su valor de cambio.

A decir de Mesa, citado por Busso[102], se entiende por capital, en sentido jurídico, la suma de dinero o cualquier otra cantidad de cosas fungibles por la cual una persona es acreedora con relación a quien debe los intereses como compensación del uso de esa suma o cantidad.

Bajo esta óptica, Busso[103] sostiene que el capital, al cual el interés corresponde debe consistir —en la opinión más difundida— en dinero u otras cosas fungibles.

El citado autor agrega que, en casos especiales, también una deuda de cuerpo cierto puede jurídicamente actuar como capital a los efectos de devengar intereses a cargo del obligado. Esto, tal como ocurriría si, por ejemplo, se entregara a una persona una cosa determinada para que la vendiera y retuviera el precio a título de mutuo.

Similar sería el caso del depositario que usara indebidamente la cosa que le fue confiada.

Aparicio Ramos, citado por Fernández Cruz[104], señala que cuando se habla llanamente de capital, se está haciendo referencia al concepto económico del mismo; en cambio, cuando se habla de patrimonio, se hace referencia al concepto jurídico del capital.

Ahora bien, luego de haber anotado algunas de las cuestiones preliminares al tema del interés convencional compensatorio y moratorio, nos adentraremos en el estudio de dichos tipos de interés.

En relación al interés convencional compensatorio, debemos señalar que en doctrina no existe un criterio unívoco en cuanto a su denominación.

Villegas y Schujman[105] sostienen que el término compensatorio es una denominación ligada al concepto de «compensar» y se vincula con la idea de «privación del uso».

---

[101] *Ibidem*, pp. 198 y 199.
[102] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 273.
[103] *Ibidem*, tomo IV, p. 274.
[104] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 109.
[105] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 109.

Los autores citados agregan que a este tipo de interés se le suele llamar «retributivo» o «lucrativo», denominaciones que expresan mejor la naturaleza del mismo. Sin embargo, por tradición y por el uso cotidiano del término compensatorio, se le sigue denominando «intereses compensatorios».

Salvat[106] señala que los intereses compensatorios son llamados también «intereses lucrativos», calificativo que se ajusta a la finalidad que explica su existencia.

En opinión de Cárdenas Quirós[107], es preferible referirse a intereses «retributivos», ya que esta expresión refleja con mayor claridad la naturaleza de este tipo de interés: la retribución debida por el uso del dinero o de cualquier otro capital.

El citado autor agrega que la denominación de interés compensatorio debería —en todo caso— circunscribirse al supuesto en el cual se acuerda, a favor del acreedor, una suma mayor como indemnización del daño ulterior (esto, según la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil Peruano).

De otro lado, debemos señalar que el interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha el dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada para su uso.

Por ello, se ha dicho que los intereses compensatorios cumplen con la función económica de retribuir el uso de un capital ajeno.

Al respecto, Villegas y Schujman[108] sostienen que el interés compensatorio cumple ciertas funciones jurídicas; entre las cuales destacan el fin de lucro, constituir una defensa contra la depreciación monetaria, y representar una prima del riesgo del propio crédito.

Ahora bien, en lo referente al devengamiento del interés convencional compensatorio, debemos señalar que para que este tipo de interés se genere, es necesario que se haya pactado (sea al momento de contraerse la obligación o posteriormente).

Tal interés podrá devengarse a partir de la fecha convenida por las partes o, en su defecto, desde que se contrajo la obligación, hasta el día del pago.

Al respecto, Carlos Cárdenas Quirós[109] sostiene que una excepción a la regla que acabamos de señalar la constituye el artículo 1663 del Código Civil Peruano, según el cual el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.

Por lo tanto, para que el mutuatario no se encuentre obligado al pago de intereses compensatorios, deberá acordarlo en forma expresa con el mutuante.

---

[106] Salvat, Raimundo M. *Op. cit.* Tomo I, p. 421.

[107] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.* Lima: San Jerónimo, 1986, tomo II, p. 245.

[108] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 109 y ss.

[109] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 247.

En la misma línea de pensamiento, Mauricio Olaya[110] anota que el interés compensatorio solo podrá ser exigido al deudor en caso de que se haya pactado su aplicación dentro del contrato. Con la única excepción del contrato de mutuo o préstamo, en el que la ley presupone la existencia de intereses compensatorios.

De otro lado, en las siguientes líneas abordamos el tema relativo al vencimiento del interés convencional compensatorio; vale decir, desde qué momento es exigible al deudor este tipo de interés.

Conforme señala Busso[111], tratándose de rentas constituidas por contratos, lo usual es que se fije una fecha determinada, repetida, sucesiva y periódica (trimestres, semestres, años, etc.). En esa fecha vencerán los intereses devengados en el período inmediatamente anterior (pago atrasado o post-numerando), o los intereses aún no devengados (pago adelantado o prenumerando).

Busso[112] expresa que si se estipula el vencimiento y pago de los intereses por períodos adelantados, eso no implica que constituyan desde ese momento, en el patrimonio del acreedor, un bien adquirido definitivamente. Si el crédito se extinguiera antes de transcurrir íntegramente el período, correspondería una devolución proporcional de los intereses que no han llegado a devengarse. El pago anticipado carecería parcialmente de causa por no haberse realizado íntegramente aquella que se tuvo en cuenta al efectuarlo.

Ahora debemos adentrarnos en el estudio del interés convencional moratorio, el cual, a decir verdad, se constituye como la clase de interés convencional que mayores cuestionamientos y polémicas suscita.

El Código Civil de 1984, a diferencia del código anterior, distingue el interés moratorio del compensatorio, y le señala una función distinta en las relaciones contractuales.

El interés convencional compensatorio proporciona al acreedor un lucro, un beneficio o ganancia, y una compensación por el uso de un capital.

El interés moratorio, en cambio, repara los daños y perjuicios que el retraso culpable o doloso en el pago pudiese causar.

Bajo esta perspectiva, el Código Civil Peruano, conforme consigna el segundo apartado del artículo 1242, establece que el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Los intereses moratorios son, entonces, aquellos que cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.

---

[110] Olaya Nohra, Mauricio. *Op. cit.*

[111] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 277.

[112] *Ibidem*, tomo IV, p. 277.

Por otra parte, cabe señalar que este tipo de interés es indistintamente denominado por la doctrina como interés punitorio, moratorio o indemnizatorio.

Esta última denominación obedece al reconocimiento de la naturaleza indemnizatoria de esta clase de intereses.

De otro lado, ante la estrecha relación entre los intereses moratorios y la mora, consideramos necesario anotar algunas generalidades sobre esta última noción.

Bevilaqua señala, citado por Jorge Eugenio Castañeda[113], que la mora es el retardo en la ejecución de la obligación. Si es por culpa del deudor, se dice que la mora es *solvendi*; si es por acto del acreedor, se denomina *accipiendi*.

Castañeda[114] nos enseña que la mora del deudor viene a ser, en última instancia, un caso de inejecución, ya que no se cumple con la obligación en el tiempo prefijado. Y aunque la obligación fuese cumplida, es obvio que el retardo ha producido daños y perjuicios.

Elemento esencial de la mora es la posibilidad del cumplimiento tardío. Por ello, la mora difiere del incumplimiento. En este último caso, la obligación jamás será cumplida.

La mora —como es sabido— debe provenir siempre de dolo o culpa, a fin de que exista la obligación de indemnizar.

En efecto, producido el retraso sin culpa o dolo del deudor, este, en tanto pruebe que se debió a caso fortuito, de fuerza mayor o a algún supuesto de simple ausencia de culpa, por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida, no será responsable de los daños y perjuicios que dicho retardo hubiera ocasionado al acreedor.

Debe aclararse, además, que la mora, conforme a la ley peruana, usualmente precisa de una condición formal: la interpelación.

Se requiere pues que el deudor sea interpelado; es decir, compelido al cumplimiento de la prestación. En otras palabras, salvo las excepciones previstas por la ley, hay que exigir el pago para constituir en mora.

Ahora bien, la interpelación puede ser extrajudicial o judicial, de modo que el deudor puede quedar incurso en mora aunque no haya sido demandado en juicio.

Planiol, Ripert y Esmein, citados por Jorge Eugenio Castañeda[115] afirman que el deudor, si no ha recibido reclamación alguna de su acreedor, puede creer que este no necesita el cumplimiento inmediato, aun cuando hubiese pactado un plazo para dicho cumplimiento. El silencio del acreedor importa, por tanto, una prórroga tácita del plazo pactado.

---

[113] Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones*. Lima: 1957, tomo II, p. 90.

[114] *Ibidem*, tomo II, p. 90.

[115] *Ibidem*, tomo II, p. 96.

En palabras de Jorge Eugenio Castañeda[116], mientras no se interpele al deudor, el acreedor está autorizando tácitamente al deudor a postergar el cumplimiento de su obligación, presumiéndose que, en realidad, no le causa perjuicio alguno la demora.

De igual manera, Mauricio Olaya[117] sostiene que de acuerdo con nuestro ordenamiento legal, si llegada la fecha de pago el acreedor no lo exige, se entenderá que ha concedido una prórroga o plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación del deudor.

En este orden de ideas, es menester señalar que el pago de los intereses moratorios constituye la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Adicionalmente, debemos mencionar que en el caso de haberse pactado la indemnización del daño ulterior, conforme a lo previsto por el artículo 1324 del Código Civil, corresponde al acreedor demostrar haberlo sufrido. En ese caso, además de recibir los intereses moratorios correspondientes, tendrá derecho al pago de una indemnización adicional que va a cubrir la integridad de los daños y perjuicios ocasionados por efectos de la mora.

A entender de Uribe Restrepo[118], la única indemnización que se deriva del incumplimiento de una obligación pecuniaria, la única, es precisamente la del pago de los intereses moratorios. Frente al incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, o de dar cosas distintas de dinero, los intereses constituyen una indemnización suplementaria.

En este sentido, expresa Busso[119], los intereses moratorios reemplazan, en principio, a las pérdidas e intereses que corresponden a las obligaciones no pecuniarias.

A decir de René Padilla, citado por Cárdenas Quirós[120], los intereses moratorios tienen una doble función: una indemnizatoria y otra compulsiva.

La función indemnizatoria importa una liquidación convencional por anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor. De otro lado, la función compulsiva aflora su carácter represivo e incita al cumplimiento exacto de la prestación debida, ante el temor que pueda tener el deudor de sufrir la pena.

En opinión de Mauricio Olaya Nohra[121], los intereses moratorios son una especie de indemnización legal que recibe el acreedor por la demora injustificada en que

---

[116] *Ibidem*, tomo II, p. 96.

[117] Olaya Nohra, Mauricio. *Op. cit.*

[118] Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 152.

[119] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 290.

[120] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 250.

[121] Olaya Nohra, Mauricio. *Op. cit.*

incurre el deudor y, por lo tanto, aquel no tendrá necesidad alguna de probar haber sufrido perjuicios o daños para tener derecho a recibirlos.

Con relación a si en el supuesto de mora debitoria, puede o no, el acreedor exigir una indemnización adicional al pago de los intereses moratorios, debemos señalar que no existe un criterio legal y doctrinario uniforme.

En nuestro ordenamiento legal la responsabilidad del deudor, por los daños y perjuicios que la mora en el pago cause al acreedor, se limita a los intereses moratorios, salvo el pacto de daño ulterior.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil admite la posibilidad de que las partes estipulen una indemnización por daño ulterior. Esta obligación coexistirá con los intereses moratorios que se hubiesen pactado o, en defecto de estos, con el interés legal.

Mauricio Olaya Nohra[122] señala que en nuestro ordenamiento legal, como quiera que los intereses moratorios no siempre han de significar una satisfacción integral para el acreedor afectado con el retraso, resulta importante establecer —en aquellos contratos en que debe pagarse una suma de dinero por el deudor— la indemnización de daño ulterior que pueda derivarse del retraso. Este pacto permitirá al acreedor exigir una indemnización mayor a la que le otorgan los intereses moratorios, en caso pueda probar de manera efectiva que los ha sufrido.

Debe precisarse que la existencia del daño ulterior, así como su cuantía, tendrán que ser probados por el acreedor. No ocurre lo mismo con el interés moratorio; al cual está obligado el deudor sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daños y perjuicios por la mora en el pago, así como tampoco el monto en aquellos.

En el caso del Derecho peruano, tal como antes hemos referido, existe la norma consignada en el segundo párrafo del artículo 1324. Esta, al prever el pago de una indemnización adicional y distinta a los intereses moratorios, determina que sean lícitas las estipulaciones que las partes convengan en este sentido; siempre y cuando —para evitar la cobranza de intereses usurarios— el acreedor pruebe la existencia y cuantía del daño no resarcido por tales intereses moratorios.

Más aún, también es claro, conforme a la ley civil peruana, que para exigir el pago de intereses moratorios no se precisa demostrar el dolo o la culpa del deudor; ya que, la presunción del artículo 1329 del Código Civil determina el actuar culposo del deudor, salvo prueba en contrario. De este modo, luego de constituido en mora el deudor, los intereses moratorios operan automáticamente. Caso distinto, sin duda, es el de la reparación del daño ulterior, pues allí se precisa que el acreedor pruebe los daños sufridos; sin embargo, el deudor podrá eximirse de su pago, como sucede

[122] *Ibidem.*

en la hipótesis anterior, si demuestra causa no imputable para la inejecución de la obligación.

Conviniendo con Eduardo Busso[123], debemos señalar que la negativa a admitir el resarcimiento del daño mayor, posiblemente, se deba a cierta confusión entre los intereses moratorios y la cláusula penal.

El devengamiento de los intereses moratorios requiere de la concurrencia de ciertos supuestos de hecho. Estos son: que la deuda principal sea cierta, líquida y se encuentre vencida e impaga; vale decir, conocida en su existencia y cuantía; asimismo, exigible en su cumplimiento.

Es preciso, además, que se produzca la hipótesis de una mora debitoria, debiendo concurrir, para ello, los requisitos generales necesarios para la configuración de la mora del deudor.

No obstante, debemos aclarar que para que se configure la mora, es indispensable que el deudor incurra en incumplimiento doloso o culposo. De aquí, resulta evidente que si el deudor retrasa el cumplimiento de la prestación a su cargo por causa no imputable, queda liberado de la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que dicho retraso pudiese haber causado al acreedor.

En este orden de ideas, anotamos que el supuesto de un deudor súbitamente empobrecido (esto es, que ha devenido en insolvente con posterioridad al momento en que contrajo la obligación) no lo exime del pago de los intereses moratorios, pues esta hipótesis, para efectos de la teoría del derecho de obligaciones, es asimilable al incumplimiento por causa imputable al deudor, con las consideraciones y salvedades relativas a la culpa. Resulta, entonces, que tal caso no es exoneratorio de responsabilidad; aun cuando se requiere, desde luego, la constitución en mora del deudor.

En el ordenamiento legal civil peruano, salvo en el caso de mora automática —sea convencional o legal— se requiere de la constitución en mora para que los intereses moratorios empiecen a devengarse.

Finalmente, en cuanto a los intereses convencionales compensatorios o moratorios, debemos precisar que, según el régimen vigente, la tasa de dichos tipos de interés —para las personas ajenas al sistema financiero— se determina por acuerdo de partes. Sin embargo, aquella no puede ser pactada libremente o sin restricción alguna, porque el artículo 1243 del Código Civil prevé tasas máximas.

Sobre el particular, Llambías[124] señala que si los intereses se originan en la convención de las partes, han de liquidarse conforme a la tasa pactada, siempre que no sea usuraria.

---

[123] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 299.

[124] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 213.

En ello juega el respeto por la libertad contractual que ha de ser amparada, mientras no infrinja el orden público o no ofenda la moral y las buenas costumbres.

De este modo, si bien la tasa de interés convencional compensatorio o moratorio se determina por acuerdo de partes, esta —para que lícitamente pueda convenirse y cobrarse— debe haberse fijado dentro del límite que la ley establece.

Este límite no es otro que la tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio que determina el Banco Central de Reserva del Perú con arreglo, conforme se ha señalado, a lo previsto por el artículo 1243 del Código Civil.

A decir de Carmen Robles[125]:

> «Para determinar las tasas de interés existen diversos regímenes que se pueden utilizar; así tenemos el régimen de tasas máximas, mínimas, libre fijación de tasas y sistema mixto. Actualmente tenemos que el legislador ha optado por establecer un régimen mixto, uno sujeto a tasas máximas y que se aplica a los adeudos entre personas ajenas al sistema financiero, y otro régimen liberalizado o de libre fijación de tasas, que se aplica para los adeudos dentro del sistema financiero».

Como bien señala Robles[126], con el artículo 1243 del Código Civil, el legislador dispuso varios puntos relevantes:

La existencia de una tasa máxima para el caso en que se pacte interés convencional, sea este compensatorio o moratorio. Esta fijación constituye, evidentemente, la de una tasa máxima, una limitación a la voluntad de las partes al momento de contratar.

Esa tasa máxima se aplica para las operaciones celebradas tanto dentro del sistema financiero como fuera de él.

La entidad encargada de fijar las tasas máximas de interés era el Banco Central de Reserva del Perú.

Cualquier exceso sobre la tasa máxima permitida da lugar a la devolución o a la imputación del capital, a voluntad del deudor. Este supuesto, como analizaremos más adelante, no impide que las partes puedan pactar tasas por encima de las permitidas, puesto que no existe sanción de nulidad.

12.5. Tasa máxima de intereses compensatorios y moratorios

Nuestra legislación civil ha optado por establecer, a través de la fijación de tasas máximas, un límite a los intereses que las partes libremente pueden convenir en las obligaciones de dar sumas de dinero.

---

[125] Robles Moreno, Carmen del Pilar. *Op. cit.*, p. 243.

[126] *Ibidem*, p. 246.

De allí que la finalidad principal, entre los varios objetivos del artículo 1243 del Código Civil Peruano, sea la de establecer una tasa máxima en el cobro de los intereses convencionales.

Este tipo de tasas, como hemos señalado, supone un riesgo abstracto promedio en las operaciones de crédito, cuyo monto, una vez determinado sobre el caso concreto, puede ser disminuido o aumentado de acuerdo con los criterios que intervienen en la fijación de las tasas de interés.

El dinero no es tan solo un instrumento de cambio, sino también una mercancía, y como tal, su valor no puede ser normalmente fijado por disposición legal. Este valor depende de múltiples factores, entre los cuales figuran la oferta y la demanda, la estabilidad o la inestabilidad de la moneda, el cuadro general de la economía del país, el curso de los acontecimientos políticos, etcétera.

En este sentido, debe entenderse que el Banco Central de Reserva del Perú, al establecer un interés máximo, no está fijando precisamente el valor del dinero, sino tan solo las condiciones más propicias en el mercado. Esto, en cumplimiento del mandato que la ley le encomienda, a saber, la formulación de una política crediticia.

Por otra parte, debemos señalar que la cuantía o monto del interés por cobrar se justifica en cada caso en particular, principalmente en razón al riesgo, al tiempo que importa la operación de crédito, a las circunstancias especiales de las partes contratantes y al contexto en que el acto se celebró.

Al respecto, Karl Larenz[127] anota que la cuantía de los intereses fijados por contrato no tienen más límite que el señalado por ley. Esta algunas veces prescinde —con razón— de la fijación de un límite máximo, puesto que la cuantía del tipo correspondiente de interés considerado en cada caso como «adecuado», depende de factores variables, como son la fluidez del mercado de capitales, las garantías ofrecidas en el caso concreto y el riesgo unido a la cesión del capital.

Se ha dicho, por ello, que si estas causas influyen en la fijación de las tasas de interés, los intereses no deben tener una tasa fija. Lo contrario podría significar el establecimiento de una tasa prontamente obsoleta e injusta.

Ahora bien, el empleo de tasas máximas como límite, techo o tope del interés convencional exigible, data de muchos siglos atrás.

En Babilonia, el código de Hammurabi establecía una tasa de 33.30% anual para el préstamo de trigo y un 20% anual para los préstamos de dinero.

[127] Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, p. 186.

Según anotan Villegas y Schujman[128], quien pidiera intereses más elevados de los allí fijados perdía el derecho no solo a ellos, sino que, conforme establecía dicho código, perdía todo el capital.

En Egipto, el interés máximo se estableció en una tasa de 30%, con la limitación de que los intereses acumulados no debían sobrepasar el doble del capital original.

Como vemos, la preocupación por fijar un límite en las tasas de interés tiene antigua data.

En este sentido, podemos señalar que en el derecho romano esa preocupación se reflejó en la Ley de las Doce Tablas, la cual fijó el límite máximo de interés en la *uncia*, es decir, en no más de 1/12 del capital, al que se denominó *femus unciarum*. Este límite máximo fue confirmado en el año 357 A.C. por la *lex duilia menenia*.

Posteriormente, Justiniano fijó tasas máximas de interés variables. Así, para las personas ilustres, el interés máximo era del 4%, y la tasa ordinaria, en cambio, era del 6%; para los comerciantes, incluyendo a los banqueros, era del 8% anual.

En la actualidad, en Alemania, Italia e Inglaterra existe un límite al monto de los intereses por cobrar.

En Francia, si bien la Revolución de 1789 suprimió el interés máximo, este fue restablecido por ley del 3 de septiembre de 1807. Al respecto, Laurent[129] nos dice que se fijó un interés máximo de 5% en materia civil y de 6% en materia comercial. Sin embargo, más allá del porcentaje máximo, debe conocerse el por qué las tasas de interés, en materia civil, difieren de las tasas en materia comercial.

Las operaciones comerciales son mucho más lucrativas que las civiles. Luego, es justo que quien presta a otro para asuntos de comercio perciba un interés más elevado.

Por otra parte, normalmente en el ámbito comercial los actos se celebran sobre la base de la buena fe comercial, mientras que en las operaciones civiles se estipulan y constituyen ordinariamente derechos reales de garantía, que otorgan mayor seguridad al cumplimiento de la deuda. Esto es lo que ha llevado al legislador francés a diferenciar el tipo máximo de interés, según la naturaleza de la operación.

No obstante, en 1918 se abrogó el interés máximo en las operaciones comerciales, alegándose que las razones que justifican el préstamo con intereses son las mismas que prohíben la limitación de la tasa de interés en materia de intereses.

En el Perú, según el régimen actual, la fijación de las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio para las operaciones de crédito que realizan

[128] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit*, p. 41.

[129] Laurent, Francois. *Principes de Droit Civil Français*. París: Librairie A. Maresq Ainé, 1875-1893, tomo XVI, p. 376.

los particulares (esto es, las personas ajenas al sistema financiero), corresponde a la autoridad monetaria; es decir, al Banco Central de Reserva del Perú (BCR).

En tal sentido, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (Decreto-Ley n.° 26123 del 30 de diciembre de 1992, vigente a partir del 1 de enero de 1993) prescribe, en el primer párrafo de su artículo 51, que el Banco Central establece, de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero.

Ahora bien, la obligatoriedad del establecimiento de dichas tasas, a través de las publicaciones que el Banco Central de Reserva efectúa en el diario oficial El Peruano, es absoluta. Así lo establece el artículo 4 del Decreto-Ley n.° 26123, al señalar que las disposiciones que emita el Banco en ejercicio de sus obligaciones son de forzoso cumplimiento para todas las entidades del sistema financiero (y para las demás personas naturales y jurídicas, cuando corresponda).

Al respecto, se ha dicho que la facultad del Banco Central de Reserva del Perú de fijar tasas máximas de interés emana del Código Civil y de su Ley Orgánica, cuyo artículo 51 contiene la misma facultad prevista por el artículo 1243 del Código Civil, limitándolo a las operaciones concertadas fuera del sistema financiero.

La facultad de fijar tasas máximas mediante circulares, proviene del artículo 4 de la misma Ley Orgánica del BCR y no de la Constitución; pues, en el artículo 84 de la carta vigente se señala, únicamente, entre otras funciones del Banco Central de Reserva, la de regular la moneda y el crédito del sistema financiero.

Sapena Pastor[130] considera —sobre la fijación de tasas de interés en Paraguay— que la intervención del Banco Central de Reserva servirá de moderador de las tasas de interés con más aptitud y agilidad que las regulaciones legislativas; pues, según señala, no es conveniente la fijación por ley de dichas tasas. Este sistema es rígido, y cualquier fijación resulta prontamente obsoleta, ya que las tasas de interés están forzosamente relacionadas con las condiciones económicas y financieras del país.

Resulta pertinente recordar la evolución de las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio que, con arreglo a lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil, el Banco Central de Reserva del Perú ha venido publicando desde 1985.

Las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio, para las personas ajenas al sistema financiero, han sido publicadas en el diario oficial El Peruano por intermedio de dos docenas de avisos, comprendidos entre el 1 de enero, 1 de febrero de 1985 y el 28 de diciembre de 1990.

---

[130] Sapena Pastor, Raúl. *Fuentes próximas del Código Civil*. Asunción: Editorial El Foro, 1986, pp. 18 y 19.

Mediante aviso de fecha 12 de marzo de 1991, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de ese mes y año, el Banco Central de Reserva del Perú hizo de público conocimiento que, a partir del 11 de marzo de 1991, las tasas efectivas máximas del interés convencional compensatorio y moratorio, expresadas en términos mensuales, serían las siguientes:

Tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio:

Para las operaciones sujetas y no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas:

Plazo hasta 360 días	TAMN
De 361 a 719 días	TAMN+ 1
De 720 a más días	TAMN + 2

Tasa efectiva máxima de interés convencional moratorio:

Para deudas sujetas y no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas, el equivalente al 15% de la TAMN.

A partir de este momento se varió la manera de establecer las tasas, pues ellas dejaban de ser fijas —como venían siéndolo— para convertirse en referenciales.

En aviso de fecha 4 de julio de 1991, publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de ese mes y año, el Banco Central de Reserva del Perú hizo de público conocimiento que, a partir del 1 de julio de 1991, las tasas efectivas máximas del interés convencional compensatorio y moratorio, expresadas en términos mensuales, serían las siguientes:

Tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio:

Para las operaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas:

Plazo hasta 360 días	TAMN
De 361 a 719 días	TAMN+ 1
De 720 a más días	TAMN + 2

Y para las operaciones sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas:

Plazo hasta 360 días	TAMN
De 361 a 719 días	TAMN+ 1
De 720 a más días	TAMN + 2

La tasa efectiva máxima por todo concepto dependerá del plazo del crédito y será calculada de forma tal que el rendimiento de estas operaciones, incluido el reajuste,

sea equivalente a las tasas señaladas para las obligaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas, según el plazo correspondiente.

Se precisó, además, que en los préstamos de dinero entre personas ajenas al sistema financiero no estaba permitido el cobro de comisiones u otros cargos.

No estaban comprendidos en esta limitación los saldos de precio en las ventas de bienes muebles e inmuebles, en los cuales era de aplicación, adicionalmente, la comisión que se estableciera de acuerdo con el dispositivo legal correspondiente.

Tasa efectiva máxima de interés convencional moratorio:

Para las operaciones sujetas y no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas, el equivalente al 15% de la TAMN.

Sobre este tipo de interés, se señaló que el interés moratorio se cobraba solo cuando se hubiera pactado, y únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo estuviera vencido.

El interés moratorio se computaba y cobraba a partir de la fecha en que el deudor incurría en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se cobraban sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no estuviera vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectuaba por cuotas, el cobro del interés moratorio únicamente procedía sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras se mantuvieran en esa situación.

Es de hacer notar que a partir del 1 de enero de 1995, la tasa máxima del interés convencional compensatorio y moratorio, en moneda nacional, para las personas ajenas al sistema financiero (esto es, la TAMN), se expresa en términos efectivos anuales.

Es necesario precisar que la citada normativa sobre tasas de interés fue modificada por la Circular n.° 021-2007-BCRP, de fecha 28 de setiembre de 2007, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de setiembre de 2007.

Vale recordar en este punto que la tasa máxima de interés convencional se expresó en términos mensuales durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1988 y el 31 de diciembre de 1994.

Por otra parte, para una mejor comprensión de la materia, conviene conocer que son varias las políticas que pueden asumirse en un régimen de tasas máximas de interés.

Dichas tasas pueden fijarse en un tanto porcentual o en una tasa referencial.

Al respecto, se ha dicho que si el Banco Central de Reserva fijase la tasa máxima de interés convencional en un tanto por ciento, requeriría de un contexto económico de

estabilidad monetaria, ya que ese es un factor determinante e indispensable para que puedan ser normalmente respetados los límites señalados para el cobro de intereses.

Es decir, si la moneda estuviera sometida a fuertes presiones inflacionarias o deflacionarias y, por tanto, si perdiera o ganara valor en apreciable medida, nadie operaría a ese tipo, simplemente porque habría que compensar la desvalorización o revalorización sufrida además del interés. Es obvio que también en este caso, inevitablemente, surgiría un mercado negro de dinero.

Son estas, quizá, las razones por las que los regímenes de los presidentes Fujimori, Paniagua, Toledo y García —hasta el momento de cierre de esta edición— han adoptado y mantenido una tasa referencial de variación diaria.

De otro lado, las tasas máximas de interés pueden tener una periodicidad anual o mensual. Asimismo, pueden ser tasas efectivas o nominales y, finalmente, únicas o diferenciadas, según el tipo de interés, las monedas sobre las cuales van a aplicarse, el tiempo que dure el crédito otorgado y de acuerdo a si este último se halla o no sujeto al Sistema de Reajuste de Deudas, en adelante S.R.D.

En cuanto a las características y cuantía de la tasa máxima de interés convencional compensatorio y moratorio, que actualmente los particulares pueden cobrar en sus operaciones de crédito, debemos señalar que dichas tasas fueron publicadas en el diario oficial El Peruano el 6 de julio de 1991, parcialmente modificada por la circular n.° 021-2007-BCRP, publicada el 30 de setiembre de 2007.

12.6. Para el interés convencional compensatorio

Una tasa referencial, de periodicidad anual, efectiva o diferenciada, según se trate de moneda nacional o extranjera, por el tiempo de duración del crédito y dependiendo de si este último se sujetó o no al S.R.D.

12.6.1. En moneda nacional

12.6.1.1. Para operaciones no sujetas al S.R.D.

La tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio el sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales.

Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

12.6.1.2. Para operaciones sujetas al S.R.D.

La tasa máxima de interés convencional compensatorio, es calculada de forma tal que el costo efectivo de estas operaciones, incluido el reajuste, sea equivalente a la tasa señalada para las operaciones no sujetas al S.R.D.

12.6.2. En moneda extranjera

La tasa máxima de interés convencional es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

12.7. Para el interés convencional moratorio

Se ha establecido una tasa referencial de periodicidad anual, efectiva y diferenciada según el tipo de moneda sobre la cual habrá de calcularse.

12.7.1. En moneda nacional

La tasa máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, tratándose de operaciones sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas o no, es equivalente al 15% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica de forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal.

Es necesario precisar que el interés moratorio se cobra solo cuando se ha pactado, y únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Dicho interés se computa y se percibe a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora.

12.7.2. En moneda extranjera

12.7.2.1. En dólares de los Estados Unidos de América

Para este caso, la tasa máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, es igual al 20% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica de forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal.

Deben tenerse presente, en todo caso, las precisiones dictadas por el Banco Central de Reserva en cuanto al cómputo y cobro del interés moratorio.

Hasta el momento nos hemos referido al interés máximo que los particulares pueden cobrarse entre sí en sus operaciones de crédito. A este lo hemos denominado crédito civil propiamente dicho, para distinguirlo del crédito comercial y financiero.

Ahora bien, es preciso anotar que el establecimiento de una tasa máxima de interés, en términos efectivos, ha generado una polémica que no ha perdido actualidad, y en torno a la cual se han emitido las más diversas opiniones.

El problema consiste en precisar si realmente la determinación de una tasa efectiva de interés, al constituir una expresión capitalizada de intereses, contraviene lo

dispuesto por el artículo 1249 del Código Civil; esto es, la prohibición de capitalizar intereses.

Al respecto, debemos señalar que en el medio jurídico nacional predomina una opinión que sostiene que el establecimiento de una tasa máxima compuesta, sobre la base de tasas efectivas, lejos de contravenir el tenor del artículo 1249 del código anotado, expresa los costos finales del crédito, con capitalización.

Cuando el Banco Central de Reserva señala como «tasa máxima» de interés convencional compensatorio a los promedios ponderados diarios de tasas de interés convencional compensatorio para créditos a la microempresa, no transgrede el contenido y alcances del artículo 1249; pues, en lugar de fijar, por ejemplo, como tasa compensatoria convencional para el día 27 de mayo de 2007, en moneda nacional, el 37.91% anual, señala que debe ser la citada tasa de ese día. Esto resulta más práctico, si consideramos que diariamente varían las tasas del crédito a las microempresas que la ley ha adoptado como referencia.

Dichas tasas constituyen las «tasas máximas» posibles de ser concertadas por las partes como compensatorias; mientras que el 15% de ellas en moneda nacional y el 20% de ellas en moneda extranjera, constituyen las tasas máximas posibles de ser concertadas como interés moratorio fuera del sistema financiero. Es obvio que conforme lo dispone el artículo 1249 del Código Civil, estas tasas no son susceptibles de ser capitalizadas, salvo las excepciones que el propio código establece.

12.8. ¿Es posible pactar intereses superiores a los fijados como máximos por el Banco Central de Reserva del Perú?

Ante la pregunta de si es posible pactar intereses superiores a los fijados como máximos por el Banco Central de Reserva del Perú, Manuel de la Puente[131] anota que al no existir una norma que expresamente sancione de nulidad a dicho pacto, al no serle aplicables las causales señaladas en el artículo 219 del Código Civil y por contemplar el artículo 1243, una sanción distinta a la nulidad del pacto de intereses superiores al máximo legal; es posible concluir en que se puede estipular un interés superior al permitido legalmente.

De la Puente agrega que la diferencia existente entre las palabras «estipular» y «exigir» origina que, si bien puede estipularse dicha tasa, el deudor solo está obligado a pagar la tasa máxima que fija el BCR, pues el exceso, según lo prescrito por el

[131] De La Puente y Lavalle, Manuel. «Pago de intereses usurarios». *Thémis*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.° 12, 1989, p. 62.

artículo 1243 del Código Civil, deberá tener un destino distinto al pactado (esto es, aquel deberá devolverse al deudor o imputarse al capital).

Así tenemos, según De la Puente, que por un lado no se pueden exigir intereses superiores a la tasa máxima y, por el otro, que el pacto de intereses superiores a ella no es nulo; pues, conforme a lo dispuesto por el texto del artículo 1243, cualquier exceso sobre la tasa máxima originará la devolución o la imputación al capital, a voluntad del deudor, y no la nulidad del contrato ni la suspensión del pacto de intereses.

De este modo, si en un caso concreto se presenta tal exceso, este se reputará como no puesto, correspondiendo al deudor decidir su destino: ya sea su restitución o su imputación al capital. Parece conveniente que la solución no sea la de anular el contrato, con los efectos consiguientes que ello produciría, ni que se presuma que las partes no han convenido pactar intereses.

Carlos Cárdenas[132], por su parte, opina que los contratantes no están en aptitud de estipular una tasa que exceda el máximo permitido. Por consiguiente, tienen la libertad de convenir solo un interés que no sea superior al límite establecido.

Así, agrega el referido autor, puede afirmarse que el código admite que las partes estipulen un interés compensatorio o moratorio inferior a ese máximo.

No obstante, De la Puente señala que en virtud al principio de autonomía de la voluntad, bajo el cual precisa interpretarse el artículo 1243, debe permitirse que las partes contratantes estipulen cualquier tipo de interés; ya que, no podría negárseles tal acuerdo cuando con entera libertad ellas estimasen que las circunstancias justifican el cobro de los intereses pactados.

De allí que, según anota Manuel de la Puente[133], si el deudor desea pagar el exceso sobre la tasa máxima, este seguirá rigiendo, pues se trata de una obligación lícita, pero no exigible.

Nosotros disentimos del parecer de nuestro apreciado amigo e ilustre maestro. Consideramos que al prescribir el Código Civil, a través de su artículo 1243, la obligatoriedad del Banco Central de Reserva del Perú de fijar una tasa máxima como límite legal para el pago de los intereses convencionales; y al efectuar la mencionada institución bancaria la fijación de dicha tasa (hoy, establecida en función de las tasas de interés referenciales del sistema financiero), la norma no constituye una de carácter referencial ni de carácter dispositivo, sino de carácter imperativo (esto es, que las partes tienen la obligatoriedad de respetarla). Lo contrario no solo sería ilegal sino ilícito.

---

[132] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 224.

[133] De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, p. 63.

Por otro lado, Carmen Robles[134] afirma que si bien es cierto que la norma contenida en el primer párrafo del articulo 1243 del Código Civil es imperativa, al señalar que las operaciones realizadas fuera del sistema financiero se encuentran sujetas a las tasas máximas de interés que fije el Banco Central de Reserva; esto es en cuanto al interés que el acreedor de la obligación puede exigirle al deudor de la misma, pero, no constituye —de ninguna manera— una limitación en cuanto a la tasa de interés que se puede pactar de común acuerdo entre el sujeto deudor y el sujeto acreedor de la obligación.

Concluye su razonamiento señalando que, asimismo, el segundo párrafo del citado artículo, otorga al sujeto deudor tres posibilidades: pedir la devolución de los intereses pagados en exceso a la tasa máxima, imputar los intereses pagados al capital y, en tercer lugar, siempre dentro de la libertad de contratación establecida en el artículo 1354 del Código Civil, ejercer este derecho y pagar los intereses establecidos, aunque estos excedan a las tasas máximas establecidas por el Banco Central[135].

Resulta claro que el pacto de intereses que exceda al límite legal no es nulo. Esto se explica en razón de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1243 del Código Civil, en el sentido de que cualquier exceso en la tasa máxima da lugar a la devolución o imputación al capital, a voluntad del deudor. Vale decir, que cualquier exceso sobre el límite legal no es exigible en Derecho y que no se podría recurrir —con éxito— ante los tribunales peruanos para obtener el cobro de intereses que excedieran ese límite.

Esto no significa que el pacto expreso de intereses por encima del límite legal no tenga ninguna consecuencia jurídica, pues más allá de la imposibilidad de exigirlos judicialmente, tal situación configuraría el delito de usura. Este delito está tipificado en el artículo 214 del código Penal. No obstante, adelantamos —como se verá en su oportunidad— que configura delito de usura tanto el celebrar un contrato con intereses cuyas tasas superen las del límite legal, como el exigir el efectivo pago de dicho exceso. Estos dos supuestos son usura, más allá de si en la práctica el deudor está conforme con el pago de un interés usurario —por convenir a sus intereses (como podría ser el caso de algunos de los supuestos de crédito comercial)— o si dicho deudor, por las mismas consideraciones, estima conveniente no recurrir a las instancias penales correspondientes a fin de efectuar la respectiva denuncia.

Al margen de estas consideraciones, no nos cabe la menor duda de que la usura, como la mayoría de los delitos, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, es perseguible de oficio; esto equivale a decir que, para actuar a este respecto, el Ministerio

---

[134] Robles Moreno, Carmen del Pilar. *Op. cit.*, pp. 252 y 253.

[135] *Ibidem*, p. 253.

Público y el Poder Judicial no necesitan recibir denuncias específicas, sino simplemente tomar conocimiento de la producción de hechos delictivos concretos.

Si esto no se produce en la actualidad, lo cual obedece a las más variadas razones, ello no resta en lo más mínimo solidez y valor a nuestra conclusión. En ese sentido, creemos que el acreedor que pacta o cobra a su deudor una tasa de interés superior a la del límite legal es un usurero, y por tanto, un delincuente, como sujeto activo del delito de usura; a su vez, el deudor que pacta, o a quien se le exigen intereses usurarios, constituye el sujeto pasivo de dicho delito.

Lo antes mencionado es nuestra firme posición al respecto, pues creemos con convicción que en el tema de los intereses hay un punto de confluencia entre las normas imperativas del Código Civil, del Banco Central de Reserva del Perú y del código Penal.

El Estado Peruano no ha renunciado a controlar la usura y la sanciona penalmente. El día en que no exista en el Perú el delito de usura, podríamos reconsiderar nuestra posición. Hoy, es la que acabamos de afirmar.

Otras legislaciones, en cambio, sancionan con nulidad al pacto que establece intereses usurarios, fundando dicha invalidez en un vicio de lesión o en una afectación de las buenas costumbres.

Así tenemos que, según señala Sapena Pastor[136], la usura o percepción de intereses lesivos es una especie dentro del género de la lesión jurídica; en realidad, es una ruptura de la justicia conmutativa o del equilibrio que teóricamente debe existir entre las prestaciones de las dos partes en un contrato cualquiera.

Por su parte, Llambías[137] estima que, por su contradicción con el orden moral, el pacto que estipula intereses exorbitantes es nulo, constituyendo una causa ilegítima de obligaciones. Pero ¿será una nulidad total que aniquile por completo el derecho del acreedor a percibir intereses, o será una nulidad parcial que reduzca la cuantía de los intereses a una tasa no contraria a la moral y buenas costumbres? La jurisprudencia tuvo alguna vacilación al respecto, pero actualmente está firmemente orientada a favor de la nulidad parcial. Los jueces no invalidan el pacto de intereses en sí mismo, como causa de deber, sino los intereses, en cuanto tienen de exorbitantes. Es la solución correcta la que impone la reducción de los intereses pactados a términos equitativos.

En opinión de Villegas y Schujman[138], el análisis del tema de los intereses usurarios, a la luz de las buenas costumbres, exige admitir qué tasa es o no admisible, pero ello depende de las condiciones económicas, sociales y culturales de cada sociedad.

---

[136] Sapena Pastor, Raúl. *Op. cit.*, p. 17.

[137] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 252.

[138] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 163.

Por otra parte, debemos señalar que en el derecho francés, conforme apunta Laurent[139], según el artículo 1907 del Código Napoléon, el interés convencional podía exceder al interés legal siempre que las leyes no lo prohibieran.

Por ello, expresa dicho autor, las partes quedaban libres para estipular el interés que estimaran conveniente.

Fue solo en 1807 que se sancionó, mediante la ley contra la usura, al préstamo con intereses superiores al interés legal. De este modo, por ser dicha ley de orden público, las partes, contractualmente, ya no podían superar la tasa legal sin que dicho acuerdo deviniese en ilícito.

Así, no se podía pactar directa ni indirectamente, bajo forma de cláusula penal, intereses superiores al legal.

No obstante, la realidad se encargó de probar que ello se tornó contrario al deudor, pues el acreedor impuso condiciones más onerosas a los préstamos que efectuaba. Por otro lado, la oposición a un préstamo que excediera el interés legal tenía otro inconveniente: trababa las relaciones entre propietarios, comerciantes e industriales; pues, el dinero, en tanto mercancía, posee un precio que sube o baja. ¿Por qué defender, entonces, la regla por la cual el precio de la mercancía llamada dinero debe estar controlado y regulado?

Este razonamiento, anota Laurent, llevó al legislador belga a dejar en plena libertad a las partes contratantes para fijar los intereses a devengarse en los actos que ellas mismas celebren.

En Francia, fue solo con la ley del 5 de mayo de 1865 que la tasa de interés convencional se dejó libre, mientras que el interés legal siguió fijado en un 5% en materia civil y en un 6% en materia comercial.

12.9. Los intereses usurarios

Cuando se abordan las tasas máximas de interés, no puede obviarse el tema de la usura. De allí que una de las finalidades del artículo 1243 del Código Civil Peruano es la de evitar el cobro de intereses usurarios.

El término «usura» deriva de la voz latina *utis usus*, que significa: servirse, emplear, gozar.

Conforme apuntan Villegas y Schujman[140], la palabra «usura» proviene etimológicamente de una voz latina que designaba el concepto de interés cobrado por el dinero en el contrato de préstamo: era el precio por el *usus* del capital.

---

[139] Laurent, Francois. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 375.

[140] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 177.

Consideramos necesario señalar que la doctrina, respondiendo a sus propios regímenes jurídicos, ha elaborado diversas definiciones en torno al concepto de «usura», en los que puede o no existir una tasa máxima de interés.

Así tenemos que, en atención a la fijación de una tasa máxima de interés, Sapena Pastor[141] sostiene que hablar de usura importa referirse a la percepción de intereses excesivos.

Por su parte, Busso[142] señala que, en un concepto estricto, la usura es un interés superior a la tasa máxima que las leyes consienten.

En opinión de Rezzónico, citado por Villegas y Schujman[143], la usura puede definirse como la actividad en la que se presta dinero a intereses excesivos.

Moisset de Espanés[144], señala que si cien pesos son siempre iguales a cien pesos, todo interés que supere la tasa de estabilidad originaria en el aprovechamiento de un capital ajeno es usuraria.

En cambio, ante la ausencia de una tasa máxima de interés, la usura puede ser definida conforme apuntamos a continuación.

Llambías[145] considera que una tasa es usuraria cuando la cifra estipulada no se justifica en las particulares y especiales circunstancias del acto realizado. De allí, que se estimen usurarios los intereses que por su elevado monto, en comparación con el capital que los produce, ofenden a la moral y a las buenas costumbres.

Manuel Albaladejo[146] diferencia a los intereses usurarios del interés leonino. El interés usurario no es aquel que pasa de una cifra o tasa determinada, sino aquel que es notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado de acuerdo con las circunstancias del caso. En cambio, el interés leonino es aquel que ha sido aceptado en una situación angustiosa o por un deudor inexperto.

Según anota Corgatelli[147], la usura es sinónimo de alto interés (interés odioso, desproporcionado, excesivo) en el precio de los préstamos de dinero que el prestamista cobre, exija, o se haga dar o prometer por su dinero.

---

[141] Sapena Pastor, Raúl. *Op. cit.*, p. 16.

[142] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 282.

[143] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 177.

[144] Moisset De Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas.* Córdoba (Argentina): Víctor P. De Zavalía, Editor, 1982, p. 113.

[145] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 230.

[146] Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil.* Barcelona: Librería Bosch, 1980, vol. II, tomo II, pp. 73-74.

[147] Corgatelli, Darío S. En Cajarville, Juan Pablo. *Régimen legal de los intereses. Delito de usura.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1980, p. 60.

Por su parte, Carlos Cárdenas[148] señala que la doctrina distingue la tasa legal de la convencional y, en relación con esta última, cuando la ley establece limitaciones, diferencia la tasa lícita de la ilícita o usuraria.

Así, en el caso del interés convencional, las partes pueden estipular un interés compensatorio o moratorio igual a ese máximo. De este modo, la tasa será lícita cuando la cuantía que las partes han acordado se mantenga dentro de los márgenes legales, o usuraria, si supera el tipo máximo fijado.

Eduardo Busso[149] estima que aun en aquellos regímenes en los que la estipulación de intereses es libre, puede existir usura. Esta debe entenderse como la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia mediante la estipulación de ventajas desproporcionadas en la concesión de un mutuo o en la prórroga de un crédito pecuniario.

Bajo esta perspectiva, a decir de Spota, citado por Villegas y Schujman[150], usura es todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación notablemente excesiva en relación con la que entrega o promete.

En otro sentido, conviene señalar cuándo una tasa de interés es usuraria y, por consiguiente, cuándo operarían las consecuencias jurídicas de la norma bajo comentario.

Sobre este asunto, Sapena Pastor[151] sostiene que no hay una respuesta numérica (matemática) en porcentajes exactos, y si la tuviéramos hoy, no serviría mañana. Pero, agrega el citado autor que sí se pueden afirmar ciertas bases que servirían para su establecimiento.

Las tasas de interés, conforme señala el referido autor, nunca deben ser inferiores al índice de la pérdida del valor adquisitivo del dinero. No se precisa ser economista ni financista para comprender que las tasas de interés negativas —o por debajo del índice de devaluación monetaria— no representan ganancia, sino una pérdida real.

Ante ello, tenemos que la determinación de la cuantía y funciones de la tasa de interés es un problema que ha preocupado siempre al legislador, según señala De Ruggiero[152]. Esto es así por las múltiples cuestiones de altísima trascendencia social que lleva aparejadas, y por la dificultad de conciliar los criterios económicos con los jurídicos.

---

[148] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 224.

[149] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 282.

[150] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 159.

[151] Sapena Pastor, Raúl. *Op. cit.*, p. 18.

[152] De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, pp. 56 - 57.

De Ruggiero agrega que un grave y complejo problema también lo constituye el responder cuáles son los criterios que deben presidir la fijación de la tasa de interés, entre los cuales se señalan los siguientes:

a) Si, por respeto a la libertad individual, debe dejarse su fijación al arbitrio de las partes o debe, por el contrario, intervenir el Estado para corregir los errores y reprimir los abusos de la usura.
b) De admitirse la intervención estatal, cuáles deben ser sus límites y cuándo puede considerarse lícito el interés y cuándo usurario.
c) De qué modo podrá actuarse una represión eficaz de la usura.

Estos son los problemas que el legislador debe enfrentar.

Al respecto, Villegas y Schujman[153] establecen algunas pautas objetivas que pueden servir de guía para determinar si una tasa de interés es excesiva o no.

De este modo, los citados autores señalan que, para dar a cada uno lo suyo a partir de las condiciones objetivas en las que debe ser aplicado, es menester preguntarse:

¿Cuáles son las tasas activas y pasivas vigentes en el mercado?

¿Qué costo tiene el dinero para quien lo presta?

¿Cómo se conforma la tasa de interés en la realidad económica?

¿Qué retribución debe percibir razonablemente quien efectúa el préstamo?

Y, finalmente, si la aplicación de la tasa de interés acordada por acreedor y deudor reporta al primero una ventaja irracional que importa un despojo para el segundo.

De igual manera, cuando la fijación de la tasa de interés la hace el juez, es menester inquirir si la establecida no importa un despojo al acreedor en beneficio del deudor.

Resulta de interés precisar que la usura puede revestir diversas modalidades.

Así, tenemos que cuando se castiga a la usura en el empleo de capitales, nos encontramos ante la llamada usura propia o usura del prestamista.

En cambio, cuando se castiga la conducta de usura como «estipendio» de la mediación, hablamos de usura impropia, usura por intermediación o usura del comisionista.

Al respecto, Corgatelli[154] señala que, en el caso de la usura impropia, el intermediario le consigue a una persona necesitada un préstamo usurario, y ese intermediario es un cooperador, es decir, un copartícipe en el hecho de hacerse dar o prometer, aprovechándose de la necesidad. Así, se trata de un copartícipe del agente principal, que será el prestamista. En cambio, si le consigue un préstamo «honrado» —vamos a llamarlo así: un préstamo lícito— pero ese intermediario exige (porque

[153] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 181.

[154] Corgatelli, Darío. En Cajarville, Juan Pablo. *Op. cit.*, pp. 83 y 84.

cobra, o porque se hace prometer) una comisión categorizada como usuraria porque sobrepasa el *plafond* máximo de la usura penal, entonces incurre en esta segunda modalidad: sería autor de esta forma de usura impropia. Además, pueden darse otras posibilidades: que el intermediario por una parte intermedie en la concertación del préstamo usurario y sea un copartícipe, y por otra parte cobre, o se haga prometer, a su vez, una comisión usuraria; en tal caso, a entender de dichos tratadistas, deberá responder penalmente por esos dos delitos en concurso.

Resulta claro, agrega el referido autor, que también el prestamista usurero puede fingir ser mediador, y por un lado se puede dar o prometer, por el préstamo de dinero, un interés usurario aprovechándose de la necesidad del prestatario; mientras por otro lado puede cobrar o hacerse prometer una comisión usuraria como si él también fuera un intermediario. También les parece que, en este caso, deberá responder por esas dos modalidades de usura en concurso.

Por otra parte, debemos precisar que existe otro tipo de usura. Esta es la denominada usura sucesiva, la cual se da en operaciones con un crédito usurario. Esto es, cuando después de haberse concertado el préstamo usurario, este se hace efectivo o se transfiere, entrega o cede a otra persona, a sabiendas de que es precisamente usurario.

Por otro lado, se ha dicho que la cuestión de la usura y del interés del dinero se ha presentado siempre oscura y enmarañada por dos razones principales: la primera, porque no se ha comprendido bien la importancia del dinero, creyéndolo estéril e improductivo; y la segunda, porque no se ha hecho una distinción entre los contratos de mutuo y préstamos con intereses.

Algunos autores afirman que, según el derecho natural y el Evangelio, hay una obligación de prestar gratuitamente al que está necesitado. Este contrato es el que se ha denominado mutuo.

El mutuo, conforme a las leyes divinas, eclesiásticas y civiles, se dice, es esencialmente gratuito; luego, cualquier cantidad adicional que se exija en la devolución es indebida y usuraria.

En este sentido, puede entenderse por usura a toda ganancia que proviene del contrato de mutuo, *lucrum ex mutuo proveniens*. De allí que se haya reprobado en múltiples ocasiones.

Si el llevar intereses es contrario a la esencia del mutuo, dejará de ser mutuo el contrato en que se estipula el pago de intereses.

Luego, hay un contrato que no es ni puede ser igual al mutuo y que consiste en dar dinero por intereses, esto es, el préstamo a intereses.

De modo que usura es todo lucro que proviene del mutuo; e interés es la utilidad que resulta del préstamo a intereses.

Así, la usura está prohibida por las leyes divinas y humanas, mas no el interés.

Finalmente, esta posición concluye señalando que la diferencia entre interés y usura no radica en la cantidad que se percibe por el dinero, sino en la especie de contrato que se celebra al entregar el dinero que se presta. Así es como en algunos casos será usura todo lo que se perciba por un préstamo, cualquiera sea su cantidad y aunque no se haya estipulado un rédito muy alto.

Para concluir con estas reflexiones, debemos señalar que la lucha contra la usura tiene antigua data.

Según anota Llambías[155], la usura ha sido siempre un flagelo de la humanidad, pues en todos los tiempos ha habido individuos inescrupulosos que, aprovechando su riqueza, han abusado de la necesidad de sus semejantes mediante el cobro de intereses excesivos por el préstamo de su dinero.

Las leyes hebraicas llamaron usura al interés mismo, sea alto o insignificante; y, yendo más allá de lo justo, prohibieron el interés.

Conforme señala el profesor uruguayo Corgatelli[156], en la época del derecho romano, desde la Ley de las Doce Tablas, se preveía como delito la excesiva ganancia de un préstamo. Este se castigaba con una sanción pecuniaria, aplicándose una multa al usurero, que era llamado *fenerator*. En esos casos, cuando el hecho tenía una singular y muy importante proyección, intervenía el magistrado, porque tal suceso conmovía la polis.

En la Edad Media, se vinculó el problema de la usura con el concepto de la justicia conmutativa, y los canonistas condenaron el interés, cualquiera que este fuera. Llevados por sus ideas morales y religiosas, San Alberto el Grande y Santo Tomás de Aquino, consideraron que los intereses eran siempre un aprovechamiento de las necesidades del prójimo.

Al respecto, Laurent[157] afirma que si bien por influencia del pensamiento cristiano no se admitió el pacto de intereses, ya por el Decreto del 3 de octubre de 1789 se autorizó en Francia la estipulación de intereses, la que se mantuvo como principio en el código de Napoléon.

Hoy por hoy, según anota Busso[158], aunque rige en muchos países un sistema de libertad en la fijación de los intereses, la reprobación de la usura es un principio universalmente aceptado en las comunidades jurídicas modernas. Cuando las leyes no lo establecen, son los tribunales los que ponen de relieve la antijuridicidad de la usura,

---

[155] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 26.

[156] Corgatelli, Darío. En Cajarville, Juan Pablo. *Op. cit.*, p. 61.

[157] Laurent, Francois. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 375.

[158] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 282.

dado que está reñida con los principios morales y sociales que sirven de soporte a la legalidad.

Corgatelli[159] expresa que si bien en todos los tiempos la usura y el usurero merecieron la repulsa y la reprobación moral y social, no siempre en todas las épocas se sancionó penalmente esta conducta.

Los citados autores agregan que los sistemas jurídicos inspirados en la filosofía racionalista y en el liberalismo económico desconocieron, para ser consecuentes con esa posición, el delito de usura.

Se entendía que debían suprimirse las leyes sobre usura porque, se decía, atacaban la libertad de contratar y porque se consagraba, en consecuencia, una tutela impertinente del Estado.

No obstante, de manera progresiva se reconoció la necesidad de sancionar penalmente a algunas actividades calificadas como usurarias.

Así es como, en nuestra legislación, la Ley n.° 2760 (promulgada el 26 de junio de 1918), aparte de sus disposiciones protectoras de los pensionistas, empleados y obreros frente a prestamistas y compradores de sueldos y cédulas, estableció las siguientes limitaciones en los contratos de préstamo celebrados entre personas ajenas al sistema financiero:

Que no se pacte, bajo pena de nulidad, un interés superior al 14% anual, si el capital es de 500 soles o más, y del 18%, si es inferior a esa suma;

Que no se estipule la capitalización de intereses.

Estas limitaciones fueron establecidas en el artículo séptimo de la referida norma, que literalmente dice lo siguiente:

> Artículo séptimo.- Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés superior al 14% anual si la cantidad prestada es de 500 o más soles y 18% al año si es menor de esta suma. En esta clase de contratos queda prohibida la capitalización de intereses.
>
> Será igualmente nulo el contrato en que se simule recibo de mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sea su cantidad y sus condiciones, ya se trate de venta, pacto de retroventa o depósito, letra de cambio u otro semejante destinado a disfrazar el préstamo.

Asimismo, el artículo octavo de este dispositivo señala que lo dispuesto por la citada ley se aplicaba a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que fueran las formas que revistiera el contrato y la garantía que para su cumplimiento se hubiera ofrecido.

---

[159] Corgatelli, Darío. En Cajarville, Juan Pablo. *Op. cit.*, pp. 61 y 62.

Posteriormente, con fecha 5 de agosto de 1949, dándose cumplimiento al artículo 28 de la Constitución Política de 1933, que ordenaba la dación de una ley para el establecimiento del interés máximo en los préstamos de dinero y para sancionar a quienes lo contravenían, se promulgó la Ley n.° 11078. Esta norma definió, en términos generales, la figura de agio y usura en todo contrato de préstamo de dinero, sin establecer excepción alguna, y les otorgó carácter delictuoso.

La citada ley constituía una excepción al artículo 19 de la Ley n.° 2760, el cual establecía que sus disposiciones no comprendían a las operaciones bancarias ni otras de instituciones análogas. De este modo, las operaciones que realizaban las instituciones financieras, incuestionablemente, estaban comprendidas en los supuestos del agio y de la usura previstos por la Ley n.° 11078.

Nos parece importante citar los artículos pertinentes de la Ley n.° 11078, que a renglón seguido transcribimos:

> Artículo 1.- Compréndase el agio y usura del artículo primero de la ley n.° 10906.

Al respecto, debemos señalar que la Ley n.° 10906, promulgada el 3 de diciembre de 1948, estableció un fuero privativo para juzgar los delitos de especulación y, además, creó un Derecho Penal especial para sancionarlos.

> Artículo 2.- Constituye agio y usura:
>
> Todo contrato, obligación o pacto sobre préstamos de dinero con o sin garantía prendaria en que se estipule un interés, manifestado o no, superior al 14% anual, si la cantidad prestada es de 500 o más soles; y de 18% al año, si es menor de esta suma;
>
> Todo contrato en que se simule recibo de mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que sea su cantidad y sus condiciones, ya se trate de venta, pacto de retroventa, o depósito, letra de cambio u otro semejante destinados a disfrazar; y
>
> Toda clase de préstamos con garantía hipotecaria, que no esté de acuerdo con los tipos de interés y modalidad que señala la ley de bancos.

Según Héctor Lafaille[160], en el estado actual de las ciencias jurídicas y sociales, ya no está en discusión la posibilidad práctica de suprimir la usura por medios legislativos o punitorios. Los poderes públicos disponen, pese a tantas dificultades, de los recursos necesarios para orientar su política a fin de reducir los efectos de aquellos males.

---

[160] Lafaille, Héctor. *Derecho Civil, tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1943, tomo IV, vol. I, p. 161.

Por otra parte, podemos mencionar que el código Penal (promulgado por Decreto Legislativo n.° 635 el 3 de abril de 1991 y vigente desde el 26 de abril del mismo año) tipifica la usura como conducta delictiva.

La sanción penal de la usura, cualquiera que sea la modalidad de la acción, supone, en opinión nuestra, el reconocimiento de la importancia que esta práctica presenta en el orden del Derecho, y las consecuencias y efectos que proyecta en la economía.

La usura afecta no solo al patrimonio del deudor: los negocios usurarios también afectan el orden público económico.

Según la prescripción legal contenida en el artículo 214 del referido código, el delito de usura consiste en obligar o hacer prometer a otro (en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago) el pago de un interés superior al límite fijado por la ley, con el fin de obtener una ventaja patrimonial para sí mismo o para un tercero.

Es preciso anotar que, en tanto no existan tasas máximas de interés para el sistema financiero, solo las personas ajenas a dicho sistema podrán asumir la condición de sujetos activos en el delito de usura, siempre que incurran en la conducta que acabamos de señalar.

Al respecto, se ha dicho que de la misma manera en que las tasas máximas de interés convencional compensatorias y moratorias (a las cuales se refiere el artículo bajo comentario) se vienen fijando solo para las personas ajenas al sistema financiero; la figura delictiva que se trata el artículo 214 del código Penal únicamente resulta aplicable para estas personas.

De este modo, los intermediarios financieros podrían incurrir en el delito de usura siempre que el Banco Central de Reserva, dando cumplimiento a lo prescrito por el artículo 52 de su Ley Orgánica, hubiese fijado una tasa máxima de interés para dichas instituciones.

De otro lado, el agraviado en el delito de usura será el titular del bien jurídico protegido. En este caso, la confianza y la buena fe en los negocios constituyen el objeto de la tutela penal.

Ahora bien, en cuanto a la sanción establecida para el delito de usura, tenemos que el delincuente será reprimido con pena privativa de la libertad, no menor de uno ni mayor de tres años, y con multa.

En este orden de ideas, debemos señalar, además, que ante la concurrencia de circunstancias agravantes (esto es, la incapacidad o el estado de necesidad del agraviado), la pena privativa de la libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Finalmente, creemos que si esta cuestión pudiera solucionarse solo a través de la norma jurídica, hace muchos siglos se habría resuelto; empero, según se ha expresado, es preciso tratarla en el terreno de la moral y de la conciencia misma, aplicarle

las palabras de la Biblia relacionadas con ella y los principios de la ciencia económica. Por eso, y ante la necesidad de conciliar todos estos elementos, la lucha contra la usura constituye un tema de permanente actualidad.

12.10. La tasa de interés legal

El artículo 1244 del Código Civil Peruano de 1984 establece la obligatoriedad del Banco Central de Reserva de fijar la tasa de interés legal.

En igual sentido, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (Decreto Ley n.° 26123, del 30 de diciembre de 1992) señala, en el primer párrafo de su artículo 51, que el Banco Central establece, de conformidad con el Código Civil, la tasa de interés legal para las operaciones ajenas al Sistema Financiero.

Resulta relevante recordar que el Código Civil de 1936 reguló el tema que nos ocupa estableciendo una tasa anual de interés legal específica. En efecto, el artículo 1325 del código derogado señalaba que el interés legal del dinero, para los casos en que no hubiera convenio expreso, era del 5% al año.

En cuanto a la inconveniencia de un precepto como el que acabamos de anotar, se ha dicho que los intereses no deben tener una tasa única fija o específica prevista por una ley; porque si esta determinase la tasa que un acreedor puede exigir a su deudor, obligaría a todos los capitalistas a prestar a una misma tasa, lo cual las haría injustas.

Supongamos que una persona ha prestado a otras dos un capital: en un caso, para especular en favor de una persona de modestos recursos; y, en otro, en favor de una persona acaudalada que desea ampliar un negocio en el cual, con anterioridad, se habían reportado ingentes ganancias. ¿Qué razón puede haber para que se cobre igual interés a los dos tomadores del crédito? Luego, si para ambos casos prescribiese la ley un interés fijo y único, se obraría con injusticia. Esto último, siempre que por «justicia; entendamos el valor axiológico por el cual es menester tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Estas fueron —quizá— algunas de las consideraciones por las cuales en el año de 1982 dicho texto legal fue modificado.

En efecto, mediante Ley n.° 23413 del 1 de junio de 1982, se autorizó al Banco Central de Reserva a fijar la tasa de interés legal. De este modo, el tenor del artículo 1325 del Código Civil de 1936 fue modificado como anotamos a continuación:

> El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú. Las consignaciones judiciales y administrativas que se efectúen en el Banco de la Nación devengarán el mismo interés legal a favor de quien las retira.

De esta manera, desde la vigencia de la Ley n.° 23413, el Banco Central de Reserva del Perú se encuentra facultado para determinar la tasa del interés legal, lo cual le otorga flexibilidad y equidad.

Hoy por hoy, dando cumplimiento al régimen vigente (esto es, al artículo 1244 del Código Civil y al artículo 51 del Decreto Ley n.° 26123), el Banco Central de Reserva ha venido fijando la tasa de interés legal a través de avisos publicados en el diario oficial El Peruano.

Por otra parte, debemos precisar que son varias las políticas que puede adoptar la fijación de una tasa de interés legal.

Dicha tasa de interés puede determinarse en una periodicidad anual o mensual. Asimismo, puede ser nominal o efectiva; específica o referencial.

Por otro lado, la tasa de interés legal puede ser única o diferenciada, según el tipo de moneda y de acuerdo a si el crédito se halla o no sujeto al Sistema de Reajuste de Deudas.

En este sentido, es menester señalar que, desde julio de 1982, el Banco Central de Reserva ha fijado la tasa de interés legal adoptando una u otra de las características que acabamos de anotar.

Así, tenemos que:

a) A partir del 2 de julio de 1982, el Banco Central de Reserva del Perú fijó una tasa de interés legal específica nominal, expresada en términos anuales, diferenciada en razón del tipo de moneda y según hubiera de aplicarse a un crédito ajustado o no.
b) A partir del 26 de agosto de 1985, el Banco Central de Reserva del Perú estableció una tasa de interés legal específica, efectiva, anual, diferenciada en razón del tipo de moneda y según se hallare el crédito sujeto al Sistema de Reajuste de Deudas o no.
c) Desde el 1 de diciembre de 1988, el Banco Central de Reserva del Perú fijó una tasa de interés legal, específica, efectiva, expresada en términos mensuales, diferenciada en razón al tipo de moneda y según se hubiera de aplicar a un crédito ajustado o no.
d) A partir del 1 de abril de 1991, el Banco Central de Reserva del Perú estableció una tasa de interés legal referencial, diferenciada en razón al tipo de moneda y según se hubiera de aplicar a un crédito ajustado o no.
e) Desde el 16 de septiembre de 1992, el Banco Central de Reserva del Perú ha venido fijando una tasa de interés legal referencial, diferenciada en razón al tipo de moneda y según se haya de aplicar a un crédito ajustado o no.

Entre el 2 de julio de 1982 y el 28 de diciembre de 1990, el Banco Central de Reserva del Perú publicó en el diario oficial «El Perúano» veintinueve avisos en donde ponía en conocimiento del público las tasas de interés legal específico, anual y diferenciado, de acuerdo a la moneda de que se trate.

Mediante aviso de fecha 12 de marzo de 1991, publicado en el diario oficial «El Peruano» el 15 de marzo de dicho año, el Banco Central de Reserva del Perú puso en conocimiento del público la tasa efectiva de interés legal para las operaciones en monedas extranjeras. Para las deudas contraídas en dólares estadounidenses, se estableció la TAMEX.

A través de circular n.° 0278-2001-EF/90 publicada en el diario oficial «El Peruano» el 20 de noviembre de 2001, el Banco Central de Reserva del Perú hizo de público conocimiento que la tasa efectiva de interés legal, en moneda nacional, para las operaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas (S.R.D.), era igual a la tasa de interés pasiva mercado promedio ponderado; esto es la TIPMN.

La TIPMN —según lo señalado en dicho aviso— es la tasa promedio ponderado de las tasas pagadas por los bancos y financieras sobre los depósitos en moneda nacional, incluidos los depósitos a la vista.

Para las operaciones sujetas al S.R.D., la tasa efectiva de interés legal debía ser calculada de forma tal que el costo efectivo de estas operaciones, incluido el reajuste, fuera equivalente a la tasa señalada para las obligaciones no sujetas al S.R.D.

Estas disposiciones fueron ratificadas por la circular n.° 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de setiembre de 2007.

La tasa de interés legal efectiva para las obligaciones contraídas en moneda extranjera, se fijó en el equivalente a la tasa de interés pasiva mercado promedio ponderado en moneda extranjera; esto es: la TIPMEX. Ello en virtud a la Circular n.° 028-2001-EF/90, publicada el 20 de noviembre de 2001.

La TIPMEX —conforme precisa la referida circular— es la tasa promedio ponderado de las tasas pagadas por los bancos y financieras sobre los depósitos en moneda extranjera, incluidos los depósitos a la vista.

Para el cálculo del interés legal de las monedas extranjeras distintas al dólar estadounidense, se dispuso la conversión a esa moneda, para luego aplicarse la TIPMEX.

Estas disposiciones fueron ratificadas por la circular n.° 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de septiembre de 2007.

12.11. Aplicación supletoria de la tasa de interés legal

El artículo 1245 del Código Civil Peruano establece la aplicación supletoria de la tasa del interés legal cuando las partes han pactado el pago de un interés convencional sin haber fijado la tasa.

En consecuencia, en caso que los contratantes hayan estipulado el devengamiento de intereses sin señalar el monto de los mismos, regirá la tasa establecida para el interés legal, de acuerdo con el precepto aludido.

En este orden de ideas, debe precisarse la diferencia existente entre el interés convencional de tasa legal y el interés legal.

Cuando la ley fija el deber del deudor de pagar intereses, nos encontramos ante el llamado «interés legal».

Este tipo de interés debe diferenciarse del interés convencional de tasa legal, toda vez que este último opera cuando las partes acuerdan el devengamiento de intereses, pero omiten determinar el monto de los mismos. Vale decir que un supuesto es que la ley señale la procedencia del pago de intereses cuando este no se ha convenido, y otro distinto que supla la voluntad de las partes señalando simplemente la cuantía de la obligación convencional y accesoria de dar intereses.

En la misma línea de pensamiento, Fernández Cruz[161] afirma que no debe confundirse la noción de tasa legal de interés con la de interés legal, los cuales son diferenciables.

En nuestra opinión, el supuesto contemplado en el artículo 1245 del Código Civil Peruano es uno de interés convencional, de tasa legal, antes que un caso de interés legal.

Compartimos así la posición de Carmen Robles[162] quien, sobre el particular, anota que:

> El interés legal no debe ser confundido con el supuesto contemplado en el artículo 1245 del Código Civil, conocido como "interés convencional de tasa legal", en el cual las partes han convenido el pago de intereses (por esta razón estamos ante un caso de interés convencional y no ante un caso de interés legal); pero por alguna razón, han omitido señalar cuál es la tasa de interés que se va a pagar. En este caso, el legislador ha previsto que cuando deba pagarse interés sin haber fijado la tasa, el deudor deberá abonar el interés legal.

Suele pensarse, sin embargo, que la hipótesis de dicha norma está referida al pago del interés legal a falta de pacto del interés convencional.

A nuestro modo de ver, una aseveración como la que acabamos de anotar constituye un desacierto. Si esto fuese así, estaríamos ante la necesaria aplicación supletoria del interés legal, lo que permitiría concluir en que todas las obligaciones de dar sumas de dinero devengarían forzosamente intereses, ya sean convencionales o, en su defecto, legales.

---

[161] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 180.

[162] Robles Moreno, Carmen del Pilar. *Op. cit.*, p. 240.

Debe recordarse que la obligación de dar intereses se genera en todo préstamo de dinero o de bienes fungibles, solo en tanto exista un acuerdo de partes o un mandato legal en este sentido.

Por eso, consideramos que el supuesto del artículo 1245 no obliga al deudor al pago de un interés legal. El mandato de la norma ha previsto la obligación del deudor de pagar la tasa correspondiente al interés legal; es decir, aquella que fija el Banco Central de Reserva del Perú —en cumplimiento del artículo 1244 del Código Civil— cuando se haya pactado el devengamiento de un determinado tipo de interés sin haberse fijado la tasa. Ello, en virtud de que la ley suple tal vacío fijando la cuantía de ese interés convencional.

Ante ello, cabe preguntarse en qué supuestos corresponde el pago de un interés instituido por ley.

El devengamiento del interés legal se produce —según las consideraciones que hemos venido señalando— cuando el deber de pagar intereses nace de un mandato legal.

En algunas circunstancias, es preciso restablecer el equilibrio contractual de aquellas relaciones jurídicas, en donde la ausencia del pacto de intereses genera una situación perjudicial para una de las partes.

Bajo esta perspectiva, la ley civil peruana, supliendo la voluntad de las partes, prevé —en algunos casos— el devengamiento de un cierto tipo de interés, según deba retribuirse al acreedor un beneficio como contraprestación al crédito que ha otorgado, o bien una indemnización por los daños que la mora en el pago pudiese ocasionar.

Llambías[163] señala que, en ciertas situaciones especiales, la ley impone al deudor el pago de intereses, al margen de toda convención.

Así, los intereses legales son algunas veces instituidos por las leyes por razones de equidad en función del uso de dinero ajeno.

De igual manera, Messa, citado por Busso[164], señala que los intereses legales compensatorios son aquellos debidos, en virtud de ley, con independencia de cualquier convención o del retardo doloso o culposo del deudor; estos, por razones especiales de equidad, nacen simplemente como consecuencia del uso de un dinero ajeno.

Alterini, Ameal y López Cabana[165], en cambio, denominan a este tipo de interés «intereses legales retributivos», a los que definen como aquellos impuestos por la

[163] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 207.

[164] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 268.

[165] Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 119.

ley con la finalidad de mantener un equilibrio patrimonial, con independencia del estado de mora del deudor.

En otros casos, en cambio, según anota Busso[166], los intereses instituidos por las leyes son puestos a cargo del deudor en razón del retardo incurrido en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias.

En efecto, los intereses legales operan algunas veces como intereses compensatorios y otras en calidad de intereses moratorios. De allí que se suela diferenciar el interés legal compensatorio del interés legal moratorio.

A entender de Roberto de Ruggiero[167], los intereses legales pueden subdistinguirse en dos especies que deben ser perfectamente caracterizadas y separadas; ya que es completamente diverso el motivo o título por el cual la ley los impone al deudor. Una es la de los intereses compensatorios y otra la de los intereses de mora.

Al respecto, Llambías[168] señala que los intereses legales compensatorios no deben confundirse con los intereses legales moratorios; aquellos no se relacionan con la idea de sanción sino con el carácter fructífero de los capitales. Los intereses legales moratorios, en cambio, responden a la idea de sanción y se imponen a quienes por su culpa o dolo incurren en retardo en la devolución de dineros ajenos.

En nuestra legislación son diversos los supuestos en que el pago de intereses es debido por causa directa de la ley, cumpliendo una función compensatoria o, en su caso, una función indemnizatoria.

Con relación al momento desde el cual deben empezar a computarse los intereses moratorios, precisamos anotar que el devengamiento de este tipo de interés se produce a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora.

En este sentido, debemos señalar que, en el caso de la mora judicial o extrajudicial, el cómputo de los intereses (moratorios) —por regla general— debe iniciarse a partir de la fecha en que se constituye en mora al deudor.

Existen, sin embargo, dos excepciones a la regla que acabamos de anotar. Estas son: los casos de mora automática y de deudas vencidas pero ilíquidas.

En este último caso (vale decir, en el caso de deudas cuyo monto deba ser determinado por resolución judicial conforme a lo dispuesto por el artículo 1334 del Código Civil), hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda, exceptuándose —en el ámbito de la responsabilidad extracontractual— el supuesto previsto en el artículo 1985 del Código Civil, en cuyo caso los intereses legales se devengan desde la fecha en que se produce el daño.

---

[166] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 218.

[167] De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 55.

[168] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II- A, p. 207.

No obstante, en el caso en que los intereses se devenguen por mandato de la ley en calidad de moratorios, estos empezarán a computarse a partir del momento en que la propia ley lo señale. Sería el supuesto, por ejemplo, de los artículos 1269 y 1324 del Código Civil Peruano de 1984 (entre otros).

En efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 1269 del Código Civil, los intereses legales a los que se encuentra obligado quien acepta un pago indebido de mala fe se devengan desde la fecha del pago indebido.

En cambio, según lo establece el artículo 1324 del propio Código Civil, el incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero devenga el interés legal desde la fecha en que el deudor incurre en mora.

Al respecto, debe señalarse que de acuerdo a lo previsto por el artículo 1333 del mismo cuerpo legal, hay mora a partir de la fecha en que se constituye en mora al deudor, salvo los casos de mora automática y de deudas vencidas pero ilíquidas, según hemos señalado con anterioridad.

En consecuencia, los intereses legales que se devengan en calidad de moratorios, en el caso de la mora judicial, empezarán a computarse — según lo previsto por el artículo 1324, en concordancia con el artículo 1333 del Código Civil— a partir de la fecha de la constitución en mora del deudor.

Con relación al carácter que asiste a los intereses legales devengados por la indemnización de daños y perjuicios extracontractuales, Cárdenas Quirós[169] sostiene que, teniendo en cuenta la naturaleza compensatoria de la indemnización en tales casos, debe descartarse el carácter moratorio de los intereses que debe devengar el monto de tal indemnización.

El citado autor agrega que no puede afirmarse que hay retardo en la observancia del deber general de no dañar después de que el daño ha sobrevenido, o que exista mora en el cumplimiento de la obligación de indemnizar nacida de la violación del deber genérico de no dañar, pues dicha obligación es exigible solo después de causado el daño.

En este sentido, Wayar, citado por Cárdenas Quirós[170], señala lo siguiente:

> Los intereses de las sumas debidas en concepto de indemnización de daños corren desde el momento en que la víctima sufre efectivamente el perjuicio, con absoluta prescindencia de la situación de mora en que pudo o no incurrir el obligado; el principio que manda reparar íntegramente los daños que el obrar ilícito provoque, así lo impone.

---

[169] Cárdenas Quirós, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 8, año 5, junio de 1994, p. 22.

[170] Cárdenas Quirós, Carlos (1994). *Op. cit.*, p. 21.

De otro lado, en opinión de Fernández Cruz[171], nuestro Código Civil ha admitido los criterios de origen y finalidad de los intereses, sin que pueda hablarse de subclases en cada uno de ellos.

Sostiene el citado autor que, según la *ratio legis* de la legislación peruana a partir de la dación del Código Civil de 1984, los intereses deben ser clasificados de la siguiente manera:

a) De acuerdo a la fuente en donde se originan: convencionales y legales.
b) De acuerdo a la finalidad que persiguen: compensatorios y moratorios.

Fernández Cruz agrega que, en esta forma, los intereses siendo de origen convencional o legal, pueden comportarse con una naturaleza compensatoria o moratoria.

Tratándose del devengamiento de los intereses legales, precisa anotarse que el Código Civil Peruano los establece para diversos supuestos, los cuales reseñamos a continuación.

En el caso de la patria potestad, cuando terminada la administración legal de los padres, sobre los bienes de sus hijos menores, resultase un saldo deudor o acreedor en la cuenta final de dicha administración (artículos 430 y 431 del Código Civil).

De igual manera, el pago de los intereses legales se presenta cuando, por negligencia del tutor, el dinero del pupilo hubiese permanecido por más de un mes improductivo (artículo 525 del Código Civil), o si terminada la tutela resultase un saldo deudor en contra del tutor en la cuenta final que este debe rendir (artículo 547 del Código Civil).

Igualmente, integran la masa hereditaria los intereses legales, los frutos que produzca el dinero y los demás bienes colacionables desde la apertura de la sucesión (artículo 840 del Código Civil).

En el caso de las obligaciones de dar, cuando los gastos de conservación son asumidos por un deudor no propietario o por un tercero, el reintegro comprende lo gastado más sus intereses (artículo 1141 del Código Civil).

Otro supuesto de pago de intereses legales se presenta en el caso del pago indebido recibido de mala fe (artículo 1269 del Código Civil).

En el contrato de mutuo —caso en el cual se presume la existencia de intereses—, de no haber pactado las partes el devengamiento de los mismos, el deudor se encontrará obligado al pago del interés legal.

Caso distinto sería el supuesto en el cual las partes hubieran pactado el pago de intereses, pero sin fijar su monto, pues en esta hipótesis regiría el artículo 1245 del Código Civil, de modo que el deudor estaría obligado al pago de un interés convencional de tasa legal.

---

[171] Fernández Cruz, Gastón. *Op. cit.*, p. 180.

También tienen derecho al pago de intereses legales el acreedor de una obligación dineraria vencida e impaga (artículo 1324 del Código Civil), el mandatario (artículo 1796, inciso 3, del Código Civil), el fiador (artículo 1890, inciso 2, del Código Civil) y quien aproveche las ventajas de la gestión de negocios (artículo 1952 del Código Civil).

Finalmente, en caso de responsabilidad extracontractual (artículo 1985 del Código Civil).

En adición a los casos anotados, no sería posible, en opinión nuestra, exigir el pago de intereses legales en ningún otro supuesto previsto por la ley civil peruana.

Al respecto, Llambías[172] sostiene —en criterio que compartimos— que no es admisible extender por analogía la disposición de la ley a otros supuestos semejantes, porque se está frente a un régimen de excepción que agota sus posibilidades en los confines que el legislador ha puesto.

Por otra parte, de todo lo dicho hasta este momento respecto de los intereses convencionales, legales, compensatorios y moratorios, podemos apreciar que son susceptibles de presentarse los siguientes tipos o clases de interés:

a) Interés convencional compensatorio: fijado por acuerdo de partes, compensa el uso del dinero o cualquier otra clase de bien.
b) Interés convencional moratorio: fijado por convención de partes, con la finalidad de indemnizar la mora en el pago.
c) Interés legal compensatorio: determinado por mandato de ley, compensa el uso del dinero o cualquier otra clase de bien.
d) Interés legal moratorio: fijado por mandato de ley con el fin de indemnizar la mora en el pago.

Antes de finalizar estas reflexiones, debemos reiterar que la tasa legal de interés regirá tanto para el caso de los intereses compensatorios como para el caso de los intereses moratorios, cuando se hubiese celebrado un contrato en el cual se pacte que la obligación principal genera intereses y no se señale la tasa aplicable.

12.12. El pago de intereses moratorios

12.12.1. Precisiones conceptuales

Resulta indiscutible que, producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida, y ante la concurrencia de los requisitos para el devengamiento de intereses moratorios, por acuerdo de partes o mandato de la ley, dicho deudor estará obligado a su pago.

[172] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, pp. 208 y 209.

En efecto, el devengamiento de los intereses moratorios —a diferencia de los intereses compensatorios— no requiere necesariamente del acuerdo de partes.

Bajo esta perspectiva, el artículo 1246 del Código Civil Peruano establece que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora. El supuesto de esta norma es entonces uno de devengamiento legal de interés moratorio.

El referido artículo 1246 ha previsto un orden entre los tipos de interés que, a partir de la constitución en mora del deudor, habrán de devengarse en calidad de intereses moratorios. Dichos intereses son, en primer lugar, el interés convencional compensatorio y, en segundo término, el interés legal.

Así, conforme al aludido precepto, de no haberse acordado el interés moratorio, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado; el cual se devengará a partir de la fecha de la constitución en mora como interés moratorio. Solo en ausencia del interés convencional compensatorio, el deudor pagará el interés legal con calidad de moratorio.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el mandato del artículo 1246 —a cual venimos haciendo referencia— debe concordar con el artículo 1324 del propio Código Civil. De este modo, cuando no se ha pactado el interés moratorio, el deudor solo estará obligado al pago del interés convencional compensatorio, en tanto su monto sea mayor al de los intereses legales.

El artículo 1324 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Así, desde la fecha en que se constituye en mora el deudor, el acreedor tiene derecho a exigir el pago del interés convencional compensatorio que venía devengándose antes de la mora, pero en calidad de interés moratorio. Todo esto, siempre que no se haya convenido el interés moratorio y en la medida en que la tasa de interés compensatorio pactada sea mayor a la tasa del interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1244 del Código Civil.

Al respecto, Llambías[173] señala que es menester reconocer el derecho del acreedor a liquidar los intereses moratorios a la tasa que más le convenga.

---

[173] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 216.

El citado tratadista argentino agrega que, sin duda, no procede retacear el derecho del acreedor al cobro de los intereses legales moratorios, por el hecho de que se hubieren pactado intereses compensatorios menores a aquellos. Siempre aparecería la novedad de la mora del deudor como causa justificante de la pretensión a los intereses mayores.

En este sentido, expresa Cárdenas Quirós[174], que el precepto contenido en el artículo 1246 se vincula con el artículo 1324 del Código Civil, el cual regula específicamente al interés que devengan las obligaciones de dar sumas de dinero en el supuesto de mora del deudor.

Así, en este último caso, el interés legal constituye el resarcimiento por el incumplimiento del deudor, es decir, por la falta oportuna de entrega de la suma de dinero al acreedor.

Por otra parte, en relación a los intereses legales moratorios, Alterini, Ameal y López Cabana[175] señalan que estos son impuestos por la ley para el supuesto en el cual el deudor retarde en forma imputable el cumplimiento de la obligación dineraria. Tales intereses representan, por ende, el daño moratorio.

Eduardo Busso[176], por su parte, anota que los intereses moratorios, en cuanto especie del interés legal, son aquellos puestos a cargo del deudor por un mandato legal, en razón del retardo incurrido en el cumplimiento de obligaciones dinerarias.

De otro lado, precisa advertirse que, a primera vista, el mandato legal del artículo 1246 del Código Civil parecería no revestir mayor dificultad. Empero, es este otro de los temas más controversiales del llamado interés convencional. Ello, en razón de que no existe un criterio unívoco respecto del interés que el deudor se encuentra obligado a pagar a partir de la mora.

Sobre el particular se ha dicho que, una vez producido el incumplimiento de la obligación principal, no es posible hablar de interés compensatorio, ya que este, al tener por disposición de la ley la función de compensar el uso del dinero o cualquier otro bien, solo procedería a aplicarse durante la vigencia del plazo establecido en el contrato para el cumplimiento de la obligación; esto es, cuando el deudor, en virtud del título de la obligación contraída, mantiene legítimamente en su poder el dinero o el bien entregado por el acreedor.

Así, el interés generado a partir del incumplimiento, únicamente, puede ser un interés moratorio.

---

[174] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 249.

[175] Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 119.

[176] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 267.

Bajo esta línea de pensamiento, señala Salvat[177], no puede haber daños y perjuicios compensatorios, porque ellos constituyen la indemnización que la ley concede al acreedor por la inejecución de la obligación. En la imposibilidad de ejecutar esta directamente, la ley llega a la ejecución indirecta, convirtiendo así la primitiva obligación en la de pagar daños y perjuicios. Así, cambia el objeto de ella y sustituye el objeto debido el monto de la indemnización, es decir, una suma de dinero.

En las obligaciones de esta última clase —agrega Salvat— no hay conversión alguna que hacer, por consiguiente, los únicos daños y perjuicios que debían tenerse en cuenta y reglamentarse son los moratorios.

Debe precisarse que esta posición sostiene que el interés generado a partir del incumplimiento es únicamente el moratorio. De esta manera, se atiende a la distinta finalidad que corresponde desempeñar al interés compensatorio y al moratorio, toda vez que esta finalidad los hace excluyentes entre sí. De este modo, no se considera correcta la solución que plantea desdoblar el interés generado a partir de la mora en un interés compensatorio y en uno moratorio.

Otro sector de la doctrina sostiene que los intereses compensatorios corren hasta la fecha de la constitución en mora, pues esta tiene la virtud de suspender el curso de aquellos.

En consecuencia, el interés moratorio no sería susceptible de adicionarse al interés compensatorio (o, en su defecto, al legal).

El interés compensatorio, entonces, solo debe generarse durante el plazo que acreedor y deudor han acordado para el pago. Producida la mora, el único interés que correspondería aplicar debe ser el moratorio.

Una posición distinta, en cambio, sostiene que el interés que sobreviene al incumplimiento puede distinguirse en dos componentes: uno compensatorio y el otro moratorio. En tales términos, el interés moratorio podría cobrarse en forma adicional al compensatorio. Por ello, se ha dicho que, a partir del incumplimiento, el interés a pagar es la sumatoria del interés compensatorio —o, en su defecto, el legal— y del interés moratorio.

Según esta opinión, dado que los intereses compensatorios corresponden al uso que se hace de un dinero o bien ajeno, aquellos deberán seguir su curso en tanto el deudor no pague al acreedor lo adeudado.

En este sentido, el mandato legal del artículo 1246 del Código Civil zanja las polémicas y aclara las dudas generadas en torno al interés que el deudor está obligado a pagar a partir de la mora, suponiendo que no se hubieran pactado intereses moratorios.

---

[177] Salvat, Raimundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 429.

12.12.2. Cuándo se devenga el interés moratorio

Así, conforme a las consideraciones que venimos analizando, el interés sobreviniente al incumplimiento de la obligación principal, ante la ausencia de un interés convencional moratorio, es el interés compensatorio pactado o, en su defecto, el interés legal.

Creemos, sin embargo, que la polémica generada en torno al tema que nos ocupa debe resolverse desde la perspectiva que seguidamente desarrollamos.

A nuestro modo de ver, la cuestión de fondo no está por el lado de la diversa finalidad que asiste a cada tipo de interés o por la posible incompatibilidad entre uno y otro. Por esto, debemos atenernos, únicamente, al tipo de devengamiento de las distintas clases de interés.

En este sentido, precisa recordarse que el interés compensatorio se devenga solo cuando se haya pactado. Esto, a diferencia del interés moratorio, al cual asiste un devengamiento convencional o, en su defecto, legal. Por su parte, el interés legal —evidentemente— se devenga por mandato de ley.

De lo dicho hasta el momento, pueden observarse los siguientes supuestos:

12.12.2.1. Si solo se pactó interés compensatorio

Cuando las partes hayan acordado únicamente el pago de un interés compensatorio, este se devengará hasta la fecha del pago efectivo, salvo que por incurrir el deudor en mora, sean de aplicación los artículos 1246 y 1324 del Código Civil. De este modo, a partir de la fecha en que se constituya en mora al deudor, se devengará el interés compensatorio pactado en calidad de moratorio, si este es mayor al interés legal.

No obstante, si el interés legal fuese superior al interés convencional compensatorio —conforme hemos venido anotando—, será dicho interés legal el que deberá devengarse como moratorio hasta la fecha del pago efectivo.

Llambías[178] señala que puede ocurrir que las partes hayan convenido el interés compensatorio que deba satisfacer el deudor como contraprestación por el uso del capital del acreedor, sin estipular nada en calidad de interés moratorio. En tal caso, el acreedor puede optar, luego de la constitución en mora del deudor, por atenerse al interés pactado (aunque ahora como moratorio) o bien prescindir de la convención, ateniéndose a los intereses legales correspondientes.

12.12.2.2. Si solo se pactó interés moratorio

En caso que solo se hubiera convenido el pago de intereses moratorios, a partir de la fecha en que se constituya en mora al deudor únicamente se devengaran los intereses

[178] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 215.

convencionales moratorios, hasta el día del pago inclusive. Ello, no obstante, sería diferente en el caso en que por concepto de intereses compensatorios se hubiese tenido que aplicar la tasa de interés legal, supuesto en el cual el interés convencional moratorio se suma al legal a partir del día de la constitución en mora (circular n.° 021-2007-BCRP).

12.12.2.3. Si no pactó interés compensatorio ni moratorio

En el supuesto en que las partes no hubiesen acordado el pago de un interés compensatorio ni moratorio, producida la mora deberá devengarse el interés legal en calidad de interés moratorio, por ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 1246 y 1324 del Código Civil Peruano.

Ahora bien, si por interés compensatorio se venía devengando el interés legal, entonces, a partir del día de la mora se seguirá pagando la tasa de interés legal.

12.12.2.4. Si se pactaron intereses compensatorios y moratorios

Cuando las partes pacten previa y diligentemente el devengamiento de un interés compensatorio a fin de obtener una retribución o ganancia que compense el costo de oportunidad del capital prestado y, además, un interés moratorio con la finalidad de que este último indemnice los daños que una posible mora en el pago pueda ocasionar, la ley premia esa diligencia permitiendo que después de la constitución en mora del deudor ambos tipos de interés se devenguen sobre el capital.

En consecuencia, en el caso que exista un pacto expreso sobre el cobro de intereses compensatorios y moratorios, el acreedor, a partir de la fecha en que constituyó en mora al deudor, recibirá un interés efectivo adicional al compensatorio, mediante el cual se sanciona al deudor incumplido y se indemniza al acreedor perjudicado.

En este sentido, una nota aclaratoria del Banco Central de Reserva del Perú (publicada en mayo de 1991 en el diario oficial El Peruano y en otros medios de comunicación locales) con respecto a la determinación del interés moratorio, señala que este se cobra solo cuando se haya pactado, a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se perciben sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no esté vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Se precisó, además, que el interés moratorio se cobra, únicamente, sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectúe por cuotas, el cobro del interés moratorio procede solo sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras estas se mantengan en tal situación.

Estas consideraciones fueron complementadas por la circular n.° 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de setiembre de 2007.

Se ha dicho que la decisión del Banco Central de Reserva del Perú de mantener diferenciada la tasa de interés compensatorio de la tasa de interés moratorio, de manera que esta última pueda adicionarse a la primera cuando el deudor incurre en mora, obedece a que ha sido práctica comercial generalizada aplicar el cálculo de la mora por encima de los intereses compensatorios.

12.13. Limitaciones a la capitalización de intereses

12.13.1. Conceptos generales

Uno de los temas que mayor polémica y discusión ha generado en materia de intereses, es el referido a su capitalización.

En efecto, la capitalización de intereses, también denominada «anatocismo», dados los efectos que produce y su actual normatividad, constituye un tema complejo y controvertido.

Por capitalización de intereses se entiende la adición de los mismos al capital, de suerte que en el siguiente período estos generan —junto con el capital— nuevos intereses.

Boffi Boggero[179] señala que la expresión «anatocismo» deriva del griego *anatokismos* (*ana* equivale a repetición y *tokos* a cosa producida o interés) y significa reduplicación de usura, aumento o repetición de un producto.

A decir de Llambías[180], anatocismo es la capitalización de intereses o interés compuesto, de modo que tales intereses, al ser agregados al capital originario, pasan a redituar nuevos intereses.

Interés compuesto —expresa Busso—[181] es el interés productor de intereses que se capitalizan y producen nuevos intereses a su turno.

En opinión de Carlos Cárdenas Quirós[182], se habla de anatocismo cuando los intereses impagos y vencidos se agregan al capital con el objeto de generar, a su vez, nuevos intereses.

A entender de Villegas y Schujman[183], la capitalización de intereses o anatocismo es la incorporación de los intereses devengados al capital para juntos constituir una unidad productiva de los mismos.

---

[179] Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, tomo II, p. 403.

[180] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 235.

[181] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo II, p. 328.

[182] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 257.

[183] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 147.

En este sentido, Laurent[184] afirma que hay anatocismo cuando los intereses producen nuevos intereses; sea produciendo intereses reunidos con el capital o formando un nuevo capital.

En opinión de Raimundo M. Salvat[185], por anatocismo se entiende la capitalización de intereses, esto es, cuando los intereses ya vencidos o devengados se agregan al capital y pasan a producir nuevos intereses.

Al respecto, Josserand[186] señala que:

> Se designa con el nombre de anatocismo la capitalización de intereses de una cantidad de dinero, los cuales toman a su vez la posición jurídica de capitales, se convierten en productores de intereses, que son en realidad, sub intereses: si una suma de cien mil francos es prestada al interés fijado anualmente del cinco por ciento, cada anualidad vencida se convertirá a su vez en productiva de intereses, de suerte que el prestatario que no pague, deberá pagar, después del primer año, no ya los intereses de cien mil, sino de ciento cinco mil francos; y así sucesivamente.

De igual manera, León Barandiarán, citado por Carlos Cárdenas Quirós[187], expresa:

> La acumulación de intereses al capital; para que produzca nuevos intereses, o sea, que haya interés de intereses, es el anatocismo. Los intereses devengados vienen automáticamente a representar un aumento del capital que obliga, a su vez, el pago de nuevos réditos calculados sobre ese capital de tal modo aumentado.

Busso[188], a su turno, anota que hay anatocismo cuando una deuda accesoria de intereses, que ha nacido de la productividad asignada a una deuda principal de capital, se convierte en ella misma, y en las relaciones entre el acreedor y el deudor, en capital, para dar de sí nuevos intereses. Es, en síntesis, la capitalización de los intereses hecha entre acreedor y deudor.

Añade el citado autor que para que se configure anatocismo es menester que la capitalización tenga lugar directamente entre acreedor y deudor. Cuando ella se produce como consecuencia de la intervención de un tercero en el pago de la deuda originaria, la capitalización de los intereses en su beneficio no importa anatocismo.

---

[184] Laurent, Francois. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 401.

[185] Salvat, Raimundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 443.

[186] Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, Vol. II, p. 523.

[187] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet. *Op. cit.*, tomo II, p. 257.

[188] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.

Busso[189] agrega que quien cobra intereses por cuenta ajena —por ejemplo— no es deudor «de intereses» con relación a la persona por cuya cuenta los cobró. Su obligación de restituir importa una deuda de capital. Ello, en razón a que la configuración del anatocismo requiere que el crédito haya nacido como un crédito de intereses, en las relaciones entre el acreedor y el deudor.

Adicionalmente, dice Busso, el anatocismo existe cuando no hay solución de continuidad entre el devengamiento de un interés y su capitalización. Cuando por la intervención de una tercera persona tiene lugar un nuevo negocio jurídico que determina la capitalización, esta no se halla comprendida en la prohibición del anatocismo. Si Pedro paga una deuda a Juan que comprende capital e intereses, no hay inconveniente en que el crédito de reembolso que nace en favor del primero devengue de inmediato nuevos intereses, pues su crédito es de capital. Las partidas de intereses que se hayan incluido tenían el carácter de tales en el negocio primitivo, pero no lo conservan en la nueva relación jurídica que nace en razón del pago hecho por el tercero.

Sostiene Busso[190], sin embargo, que no queda comprendido en dicha regla el caso de un tercero que hace el pago subrogándose en los derechos del acreedor.

En este supuesto, se ha dicho que el crédito por intereses, en virtud de la subrogación, no se extingue, sino que se transfiere del acreedor primitivo al tercero subrogante; y la situación de este no podría ser mejor que la de la persona en cuyos derechos se ha subrogado.

Al respecto, Villegas y Schujman[191] anotan que es requisito para la configuración del anatocismo que el acuerdo de capitalización de intereses deba producirse directamente entre acreedor y deudor.

En consecuencia, si por la intervención de un tercero en el pago de la deuda originaria se estipula la capitalización de intereses en favor del acreedor, dicha estipulación no está comprendida en la prohibición del anatocismo.

Por otra parte, suele pensarse que la acumulación de intereses importa anatocismo.

En nuestra opinión, la acumulación de intereses supone tan solo la adición de un interés a otro, mientras que la capitalización de intereses importa la adición o incorporación al capital de los intereses, los cuales pierden tal condición para formar un nuevo capital.

---

[189] *Ibidem*, tomo IV, pp. 326 y 327.

[190] *Ibidem*, tomo IV, p. 327.

[191] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 148.

Acerca de la diferencia existente entre los conceptos de capitalización y acumulación, Busso[192] expresa que en el Derecho Argentino algunos fallos jurisprudenciales, alterando el concepto técnico de «anatocismo» y siguiendo un procedimiento de simplificación de las ideas a los efectos de su aplicación práctica, llegan a considerar que allí donde haya acumulación de intereses extorsivos hay anatocismo.

No obstante —agrega el citado autor— capitalizar un interés es algo distinto a acumular dos intereses.

Sería, por ejemplo, el caso en el que los contratantes acuerden el pago de un interés compensatorio y, para el supuesto de mora, un interés moratorio adicional a aquel.

Busso sostiene que ese interés suplementario no importa anatocismo, pues si bien añade un interés a otro, no lo añade al capital productor de intereses.

Otra cuestión a saber es si, en una operación periódica o a plazos, el convenio por el que las partes acuerdan que los intereses vayan incluidos en las cuotas de amortización importa anatocismo.

Busso[193] —en criterio que compartimos— sostiene:

> Jurídicamente el interés presupone una suma de dinero que es devengada periódicamente por el capital y que es distinta e independiente de él. Cuando un capital, por estipulación inicial de las partes incluida en la convención que genera la deuda, es acrecentado con nuevas sumas en razón del tiempo que su recuperación va a durar, y esas sumas forman con él un todo indivisible, no se puede decir que exista una deuda accesoria de intereses, pues falta a esos acrecidos la individualidad y la independencia necesarias para asignarles el carácter de tales. Hay en la operación un precio único que debe ser calificado en su totalidad como deuda de capital. El llamado «interés matemático» que sirve para determinar el monto de cada una de las cuotas, no es jurídicamente un interés.

Dentro de tal orden de ideas, precisa aclararse que nuestra legislación prohíbe a los contratantes la estipulación anticipada sobre capitalización de intereses en el artículo 1249 del Código Civil Peruano, al establecer que no puede pactarse tal capitalización al momento en que se contrae la obligación principal (de la cual se derivan los intereses).

En efecto, el artículo 1249 del Código Civil establece una limitación a la capitalización de intereses al prohibir el pacto anticipado sobre anatocismo, con la excepción de los intereses correspondientes a cuentas bancarias, mercantiles y similares.

---

[192] Busso. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.

[193] *Ibidem*, tomo IV, p. 329.

De este modo, es posible concluir en que la capitalización de intereses —en nuestro ordenamiento jurídico— es legal: lo que se prohíbe es su estipulación anticipada, vale decir, la capitalización de intereses futuros (esto es, aquellos que no han vencido al momento en que se intenta su capitalización).

Salvat, citado por Cárdenas Quirós[194], señala:

> La razón de la ley es que exigiendo que se trate de intereses vencidos, el deudor se dará cuenta del incremento notable de su deuda; tratándose de intereses no vencidos, por el contrario, esta posibilidad no existe. Puede agregarse que en el caso de intereses vencidos, todo se reduce a un préstamo nuevo que el acreedor hace al deudor; el acreedor podrá, en efecto, por el importe de los intereses vencidos, hacer un nuevo préstamo al deudor, como una operación distinta e independiente de la anterior; era preferible, entonces, no establecer una prohibición que las partes hubieran podido violar fácilmente.

Por otra parte, es de hacer notar que el Código Civil Peruano de 1936 estableció en el artículo 1586 una limitación similar a la prevista en el artículo 1249 del código de 1984. El artículo 1586 del código derogado disponía:

> Artículo 1586.- No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos.

Los antecedentes de esta norma los encontramos en la Ley n.° 2760 del 26 de junio de 1918 (Ley de agio y usura), la cual prohibía la capitalización de intereses en los contratos de préstamo.

De otro lado, la norma contenida en el mandato legal del artículo 1249 del Código Civil no es privativa de la ley civil peruana, pues prohibiciones —relativas o absolutas— sobre capitalización de intereses las encontramos en la legislación universal.

La prohibición del anatocismo encuentra sus orígenes en el derecho romano.

Justiniano proscribió absolutamente al anatocismo, de suerte que los intereses devengados y no pagados no podían capitalizarse.

Esta prohibición fue acogida por el antiguo derecho francés, la legislación italiana del pasado y el Código Civil Alemán.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la prohibición del anatocismo en algunas legislaciones fue relativa, es decir, se permitió bajo ciertas condiciones.

---

[194] Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, pp. 258 y 259.

Al respecto, Busso[195] menciona que el código francés modificó el sistema de prohibiciones absolutas del antiguo Derecho y aceptó la validez del anatocismo en determinadas condiciones.

En este sentido, expresa Laurent[196] que la ley admite la capitalización, pero la condiciona con el fin de evitar los abusos del anatocismo. El anatocismo es lícito en principio; son los abusos de este los que son ilícitos.

El citado autor continúa señalando que la prohibición de la capitalización de intereses puede concebirse en una época donde el préstamo a interés era reputado como usura. Así, aquella solo puede comprenderse cuando los préstamos a interés están autorizados, ya que, si el cobro es legítimo, su capitalización también lo es.

En cuanto a las condiciones que el derecho francés estableció en torno al anatocismo, Laurent[197] enseña que, según el artículo 1154 del código de Napoléon, es necesario un acuerdo especial o una demanda judicial para que los intereses puedan producir nuevos intereses.

Cabe preguntarse si el principio jurisprudencial, por el cual la demanda por el capital hace correr la de los intereses, es aplicable al anatocismo; de modo que, podría concluirse en que la demanda por los intereses hace correr el interés de los intereses. Teóricamente —dice Laurent— ello se puede sostener.

En efecto, si la ley permite el anatocismo, está considerando a los intereses como un capital. De esta manera, como demandar los intereses es demandar el capital, consecuentemente, la demanda debería hacer correr los intereses de ese capital. No obstante, continúa señalando Laurent, legalmente esto no sería posible.

Para que proceda la capitalización de intereses, estos deben ser líquidos y estar vencidos, toda vez que esto último es otra de las condiciones para que los intereses produzcan intereses.

En el derecho romano, la prohibición del anatocismo se extendió también a los intereses vencidos.

Al respecto, Villegas y Schujman[198] anotan que la prohibición de capitalizar los intereses vencidos fue considerada injusta, porque si el deudor debe tomar un nuevo préstamo frente a un tercero, para poder pagar al acreedor el capital e intereses adeudados, el monto total de la nueva deuda generará intereses; por tal motivo, no se justifica que le impida renovar su deuda con el acreedor en los mismos términos que podría convenir con un tercero.

---

[195] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

[196] Laurent, Francois. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 401.

[197] *Ibidem*, tomo XVI, p. 402.

[198] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 149.

Sobre el particular, Llambías[199] señala que la prohibición respecto de los intereses ya vencidos fue poco razonable, y por ello el Derecho posterior ha mantenido la prohibición del anatocismo respecto a los intereses futuros; es decir, los aún no devengados al tiempo de intentarse su capitalización.

Así, algunas legislaciones disponen que no se incurre en anatocismo cuando la convención contempla intereses ya devengados en ese momento. Tales son los casos del código francés (artículo 1154), el código alemán (artículo 248) y el código italiano (artículo 1283), entre otros.

El derecho francés exige al anatocismo una tercera condición: la periodicidad en la que deben capitalizarse los intereses.

En ese sentido, no puede pactarse que los intereses se capitalizarán a corto plazo (esto es, antes de un año), porque una capitalización en estos términos es la más ruinosa para el deudor.

Laurent[200] señala que todo ello tiene una excepción: los intereses que se devengan de una cuenta corriente. Esto se debe a que la ley considera que el dinero no puede quedar improductivo; de modo tal, que los banqueros pueden exigir el reembolso por balance de los saldos acreedores, pactando la capitalización de intereses en los términos más amplios.

Comentando el artículo 1154 del Código Civil Francés, Théophile Huc[201] expresa que el derecho de exigir el anatocismo que asiste al acreedor se ha condicionado al vencimiento y amortización de los intereses, siempre que medie un acuerdo especial o una demanda judicial.

Esto último —señala Huc— porque la ley permite obtener mediante contrato lo que se puede obtener a través de una demanda judicial. Aquello que no se puede exigir judicialmente al deudor, tampoco se puede obtener por el libre consentimiento del mismo.

Acerca de los límites o condiciones establecidos al pacto del anatocismo, Roberto de Ruggiero[202] sostiene que fueron notables las restricciones que se impusieron al principio de la licitud del anatocismo por la misma norma que lo admitió. Se exige, en efecto, para que puedan ser capitalizados, que se trate de intereses debidos por un año completo. Así, se prohíbe la capitalización de los intereses mensuales o semestrales; además se exige que los intereses capitalizados hayan vencido en el momento en que judicialmente se demanden las *usurae usurarum* o en el momento en que estas se

---

[199] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 235 (en nota de pie de página n° 115).

[200] Laurent, Francois. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 410.

[201] Huc, Théophile. *Commentaire theórique etpratique du Code Civil.* París: Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, 1897, tomo IV, pp. 230 y 231.

[202] De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 61.

fijen mediante convención. De esta manera, resulta prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros, y cualquier convención por la que se pacte una anticipada capitalización de los mismos.

De otro lado, resulta importante anotar los fundamentos en que se basa el principio que veda o limita el convenio sobre capitalización de intereses.

A decir de Laurent[203], el deudor que con urgencia necesita dinero se ve obligado a aceptar todas las condiciones que a él se le impongan, esperando poder cumplirlas y sin conocer realmente los ruinosos efectos del anatocismo. Esto es que la capitalización de intereses dobla la deuda en un corto plazo. El acreedor que ve a su deudor en la imposibilidad de cumplir lo debido, no estará interesado en poner fin al acuerdo, si no basta que el capital se doble o triplique, así la ruina del deudor se habría consumado.

En opinión de Busso[204], si el anatocismo fuese extorsivo, se le prohibiría en forma absoluta. Cuando se señala que la capitalización de intereses otorga ganancias desmedidas al acreedor y despoja al deudor por aumentar extraordinariamente la productividad del capital, se está esgrimiendo un argumento que no tiene mayor solidez jurídica, ya que solo refleja la realidad económica del anatocismo.

Busso agrega que la verdadera razón por la que se prohíbe el anatocismo es porque constituye un medio que tiene el acreedor para sorprender a los deudores y obligarlos a la entrega del dinero por anticipado.

Por ello —dice Busso— la ley hace bien en disponer la nulidad del pacto anticipado sobre anatocismo, ya que mediante este se explota la ignorancia o la necesidad del deudor.

De igual manera, Llambías[205] expresa que el fundamento por el cual la ley proscribe la capitalización anticipada de intereses radica en la presunción legal de que un negocio tan ruinoso para el deudor revela su apremiante estado de necesidad, o su ignorancia supina acerca del alcance de un compromiso susceptible de conducirlo a la ruina.

No obstante, algunos autores propician la abrogación de las limitaciones o condiciones que la ley establece al anatocismo.

En este sentido, Villegas y Schujman[206] anotan que el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial argentina, a fin de adecuar el artículo 623 del Código Civil de ese país a la realidad negocial contemporánea, proponía la modificación de dicho precepto por uno del siguiente texto:

---

[203] Laurent, Francois. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 399.

[204] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

[205] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 236.

[206] Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 160.

Se deben intereses sobre intereses si:

(a) Se ha convenido la acumulación de los intereses al capital.

(b) Se ha demandado judicialmente el cobro del capital. La acumulación de los intereses al capital ocurrirá en la fecha de la interposición de la demanda.

(c) En los demás casos previstos por este código.

De otro lado, debemos anotar que la norma prohibitiva de capitalización anticipada de intereses contenida en el artículo 1249 del Código Civil Peruano es una de orden público, de suerte que el pacto que contraviene dicho mandato legal sería nulo. Ello, según lo previsto por el inciso 8 del artículo 219 de nuestro Código Civil.

Al respecto, Boffi Boggero[207] expresa que los elevados fines morales de la prohibición del anatocismo permiten concluir en la anulación de toda cláusula que la contravenga.

A decir de Busso[208], por la finalidad que persigue y por la naturaleza del problema social que aspira a remediar, la norma que prohíbe el anatocismo es de orden público y, en consecuencia, el acuerdo de partes no sería eficaz a efectos de capitalizar intereses en otras condiciones que aquellas consentidas por la ley.

El citado autor añade que algunos fallos de los tribunales argentinos sostienen que la norma prohibitiva del anatocismo no afecta principios de moral ni de orden público.

Sostener lo contrario —alegan dichos fallos— significaría confundir la naturaleza de la norma con su extensión. El hecho de que se permitan las convenciones de capitalización posterior, en razón de que no se las considera peligrosas, no impide que la norma sea de orden público, en cuanto prohíbe las convenciones anteriores a través de las que puede consumarse la explotación del deudor.

En opinión de Llambías[209], el principio que veda el pacto de capitalización de intereses todavía no vencidos es de orden público, y no puede quedar sin efecto por el acuerdo de las partes o la renuncia anticipada del deudor.

Llambías agrega que la cláusula que contiene un pacto prohibido de esa índole es nula de (nulidad absoluta), por ser este grado riguroso de sanción, el que corresponde a la trasgresión de una norma de orden público. En consecuencia, resulta viable la repetición de lo pagado en concepto de intereses originados por el capital espurio, formado por una adición al capital.

---

[207] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 404.

[208] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

[209] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II - A, p. 236.

Por otra parte, cuando el pacto que contraviene la norma prohibitiva del anatocismo esté contenido en una cláusula contractual, la nulidad de la que adolece dicha cláusula, no invalidará la totalidad del contrato; ya que este adolecería únicamente de nulidad parcial.

En este sentido, anota Llambías[210], la nulidad de la cláusula prohibida importa solo la nulidad parcial del contrato que vincula a las partes, porque se refiere a la obligación accesoria de pagar los intereses capitalizados en infracción de la ley. Así, se trata de una nulidad de la obligación accesoria, relativa a esos intereses, que deja intacta la validez de la obligación principal.

De igual manera, Busso[211] expresa que la nulidad de una cláusula de anatocismo no afecta a otras cláusulas válidas de la convención, por lo cual el deudor no pierde el derecho a reclamar el capital y los intereses simples, que puedan corresponderle según el contrato.

Adicionalmente, Busso señala que si el deudor hubiera pagado intereses de aquellos que la ley prohíbe, tendría a su favor una acción de reintegro por el valor de los mismos. Ese crédito podría ser compensado con las deudas que tuviera el propio deudor en concepto de intereses debidamente liquidados o de capital.

No obstante todo lo indicado en torno al anatocismo, su prohibición ha dejado de tener la importancia que tuvo cuando, en 1984, entró en vigencia el Código Civil.

Decimos esto, porque en esa época las tasas de interés se expresaban, en el Perú, en términos nominales, es decir, que no se capitalizaban automáticamente.

Ello dejó de ser así a partir del aviso del Banco Central de Reserva del Perú, de fecha 12 de marzo de 1991, publicado tres días después en el diario oficial El Peruano, a través del cual se estableció que las tasas de interés se expresaban en términos efectivos con el sistema de capitalización diaria.

Esto equivale a decir que, desde la fecha, como los intereses, apenas se generan, se incorporan al capital (al tratarse de tasas efectivas), carece de objeto —en principio— toda discusión en torno al anatocismo y a la prohibición impuesta por el artículo 1249 del Código Civil Peruano de 1984.

13. El falso mutuo

Conforme a lo establecido por el artículo 1665 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1665.- Cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

---

[210] *Ibidem.*, tomo II - A, pp. 236 y 237.

[211] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 326.

Esta norma regula la figura del llamado «falso mutuo».

Como sabemos, en Derecho, los actos son lo que su naturaleza impone y no necesariamente lo que las partes consideran. Esto significa que la naturaleza jurídica de un contrato no se determina por lo que las partes han entendido celebrar, sino por aquello que jurídicamente han celebrado.

En tal sentido, la doctrina coincide en que el contrato de mutuo implica, necesariamente, que el mutuatario devuelva al mutuante bienes de la misma especie, calidad y cantidad que aquellos que recibió.

La excepción está dada por lo que establecen los artículos 1661 y 1662 del Código Civil. Tales preceptos, como hemos visto, contemplan supuestos de excepción, en caso resulte imposible devolver bienes de la misma naturaleza y, en consecuencia, sea necesario que el mutuatario devuelva dinero. Pero este es un supuesto absolutamente excepcional y de ninguna manera podría ser tomado como una modalidad de mutuo.

A nuestro modo de ver, el artículo 1665 solamente establece una de las modalidades que podría revestir el falso mutuo.

Dicha norma plantea la figura en la cual se preste una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa.

Es obvio que este contrato no sería uno de mutuo, sino una compraventa, tal como señala el artículo 1665. Decimos esto, pues las partes se están obligando a transferir la propiedad de un bien a cambio del pago de una cantidad de dinero. Además, la entrega de ambas prestaciones se hará a título de propiedad, con lo cual se configuran todas las características de un contrato de compraventa.

Sin embargo, el falso mutuo también podría revestir otra modalidad, la cual no lo conduciría a ser una compraventa, sino una permuta.

Sería el caso, por ejemplo, en el cual el mutuante transfiera al mutuatario bienes de naturaleza consumible, distintos al dinero, y que el mutuatario se obligue a devolver al mutuante, no dinero, sino otros bienes de distinta naturaleza de aquellos que recibió. Este caso, que también constituiría un falso mutuo, no sería una compraventa sino una permuta.

Con lo expresado no queremos decir que el falso mutuo solo pueda revestir las modalidades anotadas, pues, dentro del orden de las posibilidades y la imaginación, el falso mutuo podría terminar siendo no solo compraventa o permuta, sino algunas otras figuras contractuales típicas o atípicas.

El contrato de arrendamiento

1. Conceptos generales

El contrato de arrendamiento ocupa un lugar de privilegio dentro del Código Civil Peruano de 1984.

Decimos esto porque, después de la compraventa, es el contrato típico que recibe la regulación más extensa y detallada. El mismo se encuentra regulado en el título VI de la sección segunda, relativa a los contratos nominados, entre los artículos 1666 y 1712.

Además, la importancia práctica del arrendamiento es muy grande, y los problemas derivados de relaciones contractuales de esta naturaleza son también muy frecuentes.

En virtud de ello, estudiaremos a continuación el referido contrato, tomando como punto de partida y eje central de nuestros comentarios, al Código Civil de 1984.

1.1. Antecedentes, historia y concepto

El contrato de arrendamiento siempre estuvo regulado en la legislación peruana. Esto se entiende, pues es uno de los contratos más usuales y antiguos.

El Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, trataba el tema en el título 19, entre los artículos 1 a 22.

Por su parte, el Código Civil de la Confederación Perú Boliviana, de 1836, lo hacía en el título IX, entre los artículos 1128 a 1178; cada unos de los cuales contenía diversos capítulos. Así, el capítulo I trataba sobre las disposiciones generales; el capítulo II, acerca de las reglas comunes a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos; el capítulo III, de las reglas particulares al alquiler de casas y muebles; el capítulo IV, de las reglas particulares a los arrendamientos de predios rústicos; el capítulo V, del arrendamiento de ganados, y así sucesivamente (pues son nueve capítulos).

El Código Civil de 1852 abordaba el tema en el título III, entre los artículos 1540 a 1631, tratando sobre las obligaciones del locador, las obligaciones del conductor, los modos de rescindir y de acabar la locación y las mejoras.

Por su parte, el Código Civil de 1936 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. En el capítulo I trata sobre las disposiciones generales; en el capítulo II, sobre las obligaciones del arrendador; en el capítulo III, sobre las obligaciones del arrendatario; en el capítulo IV, acerca de la duración del arrendamiento; en el capítulo V, sobre el subarrendamiento y la cesión del arrendamiento; en el capítulo VI, acerca de la resolución del arrendamiento; y, por último, en el capítulo VII, de la conclusión del arrendamiento. Este es el orden que hemos seguido para el desarrollo del presente estudio.

Como señala Jack Bigio Chrem[1], uno de los más destacados miembros de la Comisión Revisora del Código Civil, el contrato de arrendamiento, ubicado dentro del libro VII sobre fuentes de las obligaciones, sección segunda de los contratos nominados, título VI del Código Civil de 1984, ha sido regulado de manera autónoma. El código vigente le da un tratamiento distinto al que tenía en el código de 1936, empezando por su denominación, continuando con la distinción que hace respecto a los contratos de locación de servicios y de obra, así como la ampliación del ámbito de aplicación de dicho contrato, al no limitarlo a la cesión del uso de cosas únicamente, como se hacía en el código derogado.

Recuerda Bigio que el código de 1936, incluía en el contrato de arrendamiento la *locatio-conductio*, ya de una cosa, ya de un servicio o de una obra, siguiendo el esquema del Derecho Romano. Sin embargo, estas tres clases de relaciones contractuales importan diferencias fundamentales, por lo cual se justifica su tratamiento diferenciado.

Según el citado profesor, al separar estas categorías no se hace otra cosa que reconocer, a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones jurídicas y regular con más propiedad la realidad socio-económica; ya que, no se pueden equiparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien, con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio que involucra la actividad humana, razón por la cual las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.

Así, el contenido de la obligación en el contrato de arrendamiento de un bien, la prestación, consiste en ceder el uso de ese bien; mientras que en los contratos de prestación de servicios y de obra se tiene como contenido de la obligación la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre.

---

[1] Bigio Chrem, Jack. *El contrato de arrendamiento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, pp. 25 y 26.

Bigio Chrem estima importante indicar, además, que se cambió la denominación del contrato, que antes era llamado locación-conducción de cosas y pasó a ser designado como arrendamiento, siguiendo el modelo de los códigos civiles de Italia y Bolivia.

El contrato de arrendamiento ha merecido regulación en todos los códigos civiles y proyectos de código de nuestra tradición jurídica.

Como referencia, podemos mencionar que el Código Civil Francés contiene tres normas que tratan acerca de las disposiciones generales del contrato de arrendamiento; las cuales establecen lo 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 este se obliga a pagarle.
>
> Artículo 1710.- El arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes de compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas.

Posteriormente, en el artículo 1713 se trata acerca del arrendamiento de cosas:

> Artículo 1713.- Cabe arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles.

En tanto que, en los artículos 1800 y 1892 se regula 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 este se obliga a pagarle.
>
> Artículo 1710.- El arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes de compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas.

Posteriormente, en el artículo 1713 se trata acerca del arrendamiento de cosas:

> Artículo 1713.- Cabe arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles.

Y los artículos 1800 y 1802 regulan 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 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 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 aún 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 esta se obliga a pagarle.

El Código Civil Uruguayo trata acerca del arrendamiento en sus artículos 1776 y 1777:

> Artículo 1776.- El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este uso, goce o servicio un precio determinado.
>
> El que recibe el precio es arrendador, y el que lo paga arrendatario.
>
> El arrendamiento se perfecciona por el mutuo consentimiento de las partes.
>
> Artículo 1777.- Pueden ser objeto del arrendamiento los bienes muebles no fungibles y todos los inmuebles. Exceptúense 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, entre otras normas:

> 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 el contrato de arrendamiento en sus artículos 1973 y 1974:

Artículo 1973.- El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

Artículo 1974.- Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

El Código Civil Venezolano de 1880 abordaba el tema en sus artículos 1486 y 1487:

Artículo 1486.- El contrato de arrendamiento tiene por objeto las cosas y las obras del hombre.

Artículo 1487.- El arrendamiento de cosas es un contrato en el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa por cierto tiempo y mediante un precio determinado que esta 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 de 1890, elaborado por G. Boissonade, se ocupaba del arrendamiento de ganado o arrendamiento de aparcería en el capítulo XXII. Así, respecto de la aparcería simple, el artículo 991 contemplaba lo 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 esta se comprometa a pagar alquiler por ella.

El Código Civil Alemán prescribe en su artículo 535 lo relativo al contrato de arrendamiento de uso, y en el artículo 581 lo referente al arrendamiento de uso y disfrute:

> Artículo 535.- Por el contrato de arrendamiento de uso el arrendador se obliga a conceder al arrendatario el uso de la cosa arrendada durante el tiempo del arrendamiento. El arrendatario está obligado a satisfacer al arrendador el alquiler estipulado.
>
> Artículo 581.- Por el contrato de arrendamiento de uso y disfrute el arrendador se obliga a conceder al arrendatario durante el tiempo del arrendamiento el uso del objeto arrendado y el goce de los frutos, en tanto que hayan de considerarse como producto según las reglas de una ordenada economía. El arrendatario está obligado a satisfacer al arrendador el alquiler estipulado.
>
> Al arrendamiento de uso y disfrute, en tanto que de los parágrafos 582 a 597 no se deduzca otra cosa, se aplican oportunamente las disposiciones sobre el arrendamiento de uso.

De otro lado, el Código Civil Nicaragüense de 1903 también regula 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 compra-venta, es aplicable al contrato de arrendamiento.
>
> Artículo 2812.- Las cosas muebles no fungibles y no consumibles, y las raíces sin excepción, pueden ser objeto de arrendamiento.
>
> Artículo 2813.- Pueden dar y recibir en arrendamiento los que pueden contratar.
>
> Artículo 2814.- El que no fuese dueño de la cosa, podrá arrendarla, si tiene facultad de celebrar este contrato, ya en virtud de autorización expresa del dueño, ya por disposición de la ley.
>
> En el primer caso, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites que designe el convenio, y en el segundo, a los que la ley ha fijado al guardador, al albacea y a los demás administradores de bienes ajenos.
>
> Artículo 2815.- No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa, si no es sujetándose a las prescripciones establecidas en este código respecto de los comuneros.

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) o sea indeterminado, y aquellos en que se hubiere estipulado un precio periódico que exceda de doscientos pesos 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 trataba 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.

Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal de México de 1927, regula el tema en los artículos 2252 y siguientes:

> Artículo 2252.- Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto [...].
>
> Artículo 2254.- Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse excepto aquéllos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.

Artículo 2255.- El que no fuere dueño de la cosa podrá arrendarla si tiene facultad para celebrar ese contrato; ya en virtud de autorización del dueño, ya por disposición de la ley.

Artículo 2256.- En el primer caso del artículo anterior, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites fijados en la autorización, y en el segundo, a los que la ley haya fijado a los administradores de bienes ajenos.

Artículo 2257.- No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa sin consentimiento de los otros copropietarios.

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 regula al arrendamiento en el artículo 421:

Artículo 421.- Se llama arrendamiento el contrato por el cual las partes convienen que una de ellas arrendará a la otra una cosa para que la use o perciba sus frutos, y que la otra pagará por ella una renta.

La renta prevista en el párrafo anterior puede consistir en dinero o en frutos de la cosa arrendada.

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 trataba sobre la locación-conducción en el artículo 1475:

Artículo 1475.- Por la locación-conducción una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un plazo y por cierta renta convenida.

Por su parte, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 trataba el tema en los artículos 1015 y 1016:

Artículo 1015.- Habrá locación de cosas, cuando una parte se obligue a ceder el uso y goce de un objeto, por tiempo limitado, y la otra a pagar por ello, un precio cierto en dinero.

Serán asimismo, susceptibles de locación los bienes que no sean cosas, cuando pueda cederse el uso de ellos.

Se aplicará subsidiariamente a este contrato, lo dispuesto sobre los requisitos esenciales de la compraventa.

Artículo 1016.- Pueden darse en locación todos los bienes que estén en el comercio, aunque sean indeterminados. Los que estuvieren fuera de él, o los que no deban ser enajenados por prohibición legal o judicial, podrán ser objeto del contrato, si no fueren nocivos al bien público, o contrarios a la moral y buenas costumbres.

A su vez, 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 esta se obliga a pagar a aquella.
>
> 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 de 1943, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, 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.

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trataba 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.

Retomando el concepto peruano de arrendamiento, podríamos detenernos a analizar en qué consisten las obligaciones del arrendador y las del arrendatario.

1.1.1. Obligaciones del arrendador

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1666 del Código Civil:

> Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

En lo que respecta al arrendador, es claro que este contratante asume, como obligación fundamental, una obligación de dar. Esta consiste en la entrega del bien que deberá hacer al arrendatario a título de uso.

El Código Civil no establece distinción alguna en torno a la naturaleza del bien que puede ser objeto de arrendamiento. En tal sentido, podrían ser materia de este contrato tanto bienes muebles como inmuebles.

Sin embargo, posteriormente abordaremos lo relativo a los bienes que pueden ser materia de este contrato.

Dentro de tal orden de ideas, dado que el arrendador solamente se obliga a ceder el uso del bien, no podría entenderse que el contrato de arrendamiento versase sobre bienes de naturaleza consumible (vale decir, aquellos que se destruyen o deterioran notablemente con el primer uso).

El arrendamiento, entonces, deberá recaer sobre bienes no consumibles, dado que ellos deberán ser devueltos por el arrendatario al arrendador cuando concluya el plazo establecido en el contrato.

Además, debe señalarse que el arrendamiento, dada su naturaleza, no puede versar sobre bienes de naturaleza fungible. Así, si el arrendador entregase un bien fungible al arrendatario y este asumiera la obligación de devolverlo pagando durante el plazo del arrendamiento una cierta renta convenida, resultaría sumamente discutible que este contrato fuese, por su naturaleza jurídica, un contrato de arrendamiento; ya que, prácticamente reuniría todas las características del contrato de mutuo.

En tal sentido, el arrendamiento debe recaer sobre bienes ciertos o inciertos.

El bien cierto es aquel que se encuentra absolutamente determinado al momento del nacimiento de la obligación; vale decir, aquel que ha sido identificado como único objeto de la prestación al momento de la celebración del contrato. Las partes saben que ese bien tendrá que entregarse y que no podrá entregarse otro.

Como se recuerda, las obligaciones de dar bienes ciertos son reguladas por el Código Civil Peruano entre sus artículos 1132 y 1141.

Pero el arrendamiento también podría recaer sobre bienes inciertos. Estos, regulados entre los artículos 1142 y 1147 del Código Civil, deben especificarse, al menos, en su especie y cantidad (argumento del artículo 1142 del Código Civil).

Es claro que los bienes inciertos pueden ser objeto de arrendamiento. En este caso el arrendador deberá efectuar una elección para determinar el bien a entregar (argumento de los artículos 1143 y 1144 del Código Civil). Podrá, naturalmente, acordarse que esta elección sea realizada por el arrendatario o por un tercero.

Lo importante es que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1147 del Código Civil:

> Artículo 1147.- Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos.

Esto equivale a decir que, cuando se entrega el bien arrendado, este tendrá como característica la de ser cierto, y, en tal virtud, se aplicarán al caso las mismas consideraciones esgrimidas por nosotros cuando nos referimos a los bienes ciertos como objeto del arrendamiento.

Lo antes expresado equivale a decir que, ya se trate de un bien cierto o de un bien incierto, el arrendamiento finalmente terminará versando sobre un bien cierto. Y ello no podría ser de otro modo, ya que toda la regulación que la ley brinda a este contrato carecería de sentido si se tratara de bienes fungibles; especialmente en lo relativo a las obligaciones del arrendador, las obligaciones del arrendatario y la conservación del bien durante el plazo que dure el arrendamiento.

Ahora bien, consideramos importante resaltar lo expuesto por Jack Bigio[2], en el sentido de que el objeto del contrato puede ser un bien material o inmaterial. De este modo, el arrendador puede dar en arrendamiento una cosa u objeto corporal al arrendatario; o también, un bien incorporal, es decir, un bien que no puede ser apreciado por los sentidos.

Por consiguiente —agrega— el ámbito del contrato se amplía en relación a lo que podía ser objeto del contrato de locación-conducción de cosas, según lo dispuesto en el artículo 1490 del Código Civil de 1936.

Recuerda que en el régimen anterior, el numeral 1490 limitaba el arrendamiento a las cosas; es así que, la cesión del uso de una cosa a cambio del pago de una merced conductiva constituía un contrato de locación-conducción y la cesión del uso de un bien incorporal era un contrato atípico. Así, como consecuencia de la sustitución del vocablo «cosa» por el término «bien» se amplió el ámbito de aplicación del contrato de arrendamiento y se confirió carácter de contrato típico al arrendamiento de derechos a cambio del pago de una renta.

1.1.2. Obligaciones del arrendatario

Conforme a lo establecido por el artículo 1666 del Código Civil, el arrendatario tiene la obligación de pagar una renta a cambio del uso que hará del bien arrendado.

En tal sentido, cabe indicar que el Código Civil no establece cuál es la naturaleza de la renta; vale decir, si ella necesariamente tiene que consistir en dinero o signo que represente al dinero, o si la misma podría consistir en bienes de distinta naturaleza.

Es claro que, en la inmensa mayoría de contratos de arrendamiento, la renta se pacta en dinero o signo que lo represente (como es el caso de las monedas extranjeras). Sin embargo, cabe preguntarse si, en la eventualidad de que la contraprestación a ejecutar por parte del arrendatario fuese pactada en un bien de distinta naturaleza

[2] *Ibidem*, p. 32.

al dinero, seguiríamos en presencia de un contrato de arrendamiento o frente a un contrato de naturaleza jurídica distinta.

Podríamos imaginar un ejemplo en el cual el arrendatario, a quien el arrendador cede el uso de un almacén, se obligue a pagarle con determinados productos alimenticios que comercializa y guarda en dicho almacén.

Si tratásemos de imaginar una figura típica distinta al arrendamiento, a efectos de poder calificar este acto, difícilmente podríamos encontrarla, al menos dentro de la legislación nacional.

Y es que lo inusual de estos casos ha hecho que nunca se prevea —ni social ni legislativamente— un nombre para un acto de estas características.

Entonces, cabe formular la pregunta de si convendría considerarlo como un contrato atípico o como un contrato de arrendamiento.

Conforme a lo establecido por el artículo 1353 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

De acuerdo con el precepto citado, es claro que si optásemos por considerar a la figura como un contrato atípico o innominado, el mismo no carecería de regulación legislativa; sin embargo, resultaría extremadamente complejo determinar qué normas serían aplicables al mismo, en virtud de que la atipicidad hace que el acto no se encuadre, específicamente, dentro de alguna de las figuras reguladas por el código.

Así, deambularíamos entre las normas generales de Acto Jurídico, las normas de derecho de obligaciones y las de Contrato Parte General, e intentaríamos también hacer de aplicación al tema algunos de los principios de algún contrato típico, en especial del propio contrato de arrendamiento.

Sin duda, este camino no resultaría nada favorable para dar una solución adecuada al tema, ya que, tal vez por un prurito academicista, estaríamos condenando a un acto de estas características a carecer de una normatividad clara y precisa.

Además, debe quedar sentado que el propio código no establece cuál es el contenido que debe tener la renta en el contrato de arrendamiento.

Entendemos que si el legislador hubiese querido precisar que la misma debería consistir en dinero (o signo que lo represente), hubiese podido efectuar la precisión respectiva en el propio artículo 1666, tal como procedió a hacer dicha precisión en lo que concierne al artículo 1529 (norma en la que el Código Civil otorga un concepto para el contrato de compraventa).

Así, por las razones antes mencionadas, para no contravenir la naturaleza jurídica del arrendamiento y, además, por la aplicación del viejo principio interpretativo de

las normas jurídicas que reza «no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue», llegamos a la conclusión de que la renta puede consistir en dinero, signos que representen al dinero o bienes de cualquier otra naturaleza.

Dentro de tal orden de ideas, nos retractamos de lo expresado en ocasión anterior, cuando afirmamos la necesidad de que se efectuara la precisión contraria en el texto del artículo 1666[3].

Por lo expuesto, coincidimos plenamente con lo expresado por Bigio Chrem[4], cuando sostiene que la renta no tiene que consistir necesariamente en una suma de dinero, por cuanto el texto del artículo 1666 del Código Civil es deliberadamente abierto, respondiendo a la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de relaciones jurídicas que pueden encuadrarse en el arrendamiento.

En otras palabras, la definición del contrato de arrendamiento alude a la renta convenida, a diferencia del artículo 1529 del Código Civil vigente, el cual al definir la compraventa se refiere expresa y exclusivamente a la obligación de transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio en dinero. Así, el legislador peruano se ha apartado de la definición que contiene el artículo 1493 del Código Civil Argentino, según el cual se establece que la renta debe consistir necesariamente en una suma de dinero determinada.

Según refiere Bigio, no tiene ningún sentido estimar que cuando el arrendatario paga una renta consistente en una prestación distinta a una suma de dinero, a cambio de la cesión del uso de un bien, se está en presencia de un contrato atípico, por cuanto el contrato se regirá —en definitiva— por las reglas del arrendamiento, por ser este el contrato que más se le asemeja.

En consecuencia —agrega— de acuerdo a nuestra legislación, el arrendador puede convenir con el arrendatario en que la contraprestación por el uso de un bien —la renta— esté constituida, indistintamente, por una suma de dinero, por servicios, mediante la transferencia de la propiedad de otro bien, mediante frutos, por una abstención, etc. Igualmente, puede establecerse como contraprestación o como parte de ella, la obligación del arrendatario de efectuar todas las reparaciones que requiera el bien arrendado.

Según enseña Bigio, puede acordarse el pago de una renta mixta, es decir, que la contraprestación por el uso del bien consista, por ejemplo, en dar una suma de dinero y dar en propiedad el 50% de los frutos de un bien del arrendatario. También, puede fijarse en una cantidad fija y en otra variable que resulte de aplicar un

---

[3] Castillo Freyre, Mario (1998). *Tentaciones Académicas*, tomo II, p. 1002.

[4] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 34-36.

porcentaje de los beneficios obtenidos por el arrendatario con el uso del bien, en un período determinado.

En cuanto a la hipótesis de renta pagadera en una suma de dinero, que constituye el caso más frecuente, señala el citado profesor que ella puede consistir en una suma de dinero determinada, por ejemplo, S/. 1,000 al mes. También, puede convenirse la renta en un porcentaje determinado de las ventas que efectúe el arrendamiento en un plazo establecido. Tal sería el caso de un arrendatario que conduce un establecimiento dedicado a las ventas al por menor que ha convenido con el arrendador que la renta será el equivalente del 2.5% de la venta bruta en un mes. En este caso —según Bigio—, si bien el porcentaje se encuentra establecido, se trata de una renta no determinada pero determinable, estipulación que se encuentra admitida dentro del juego de la autonomía de la voluntad.

A decir de Bigio Chrem, el legislador incluyó esta fórmula amplia, respecto a la naturaleza de la renta, a fin de posibilitar que el pago de la misma sea efectuado por diferentes medios y no únicamente a través de una suma de dinero. La razón de ello reside en que se deseó otorgar la calidad de típico, también al contrato en virtud del cual se cede el uso de un bien a cambio de una contraprestación distinta a una suma de dinero, y sujetarlo a las normas del contrato de arrendamiento.

Antes de concluir lo relativo a este acercamiento a las obligaciones del arrendatario, debemos mencionar que, evidentemente, el pago de la renta, si bien constituye la obligación más representativa del arrendatario, no es la única, pues dicho contratante también deberá recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias. Además, deberá pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan; dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien; permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien; efectuar las reparaciones que le correspondan; no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres; no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador; no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder su posición contractual sin asentimiento escrito del arrendador; devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato, en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; y, por último, cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

Sin embargo, dada la naturaleza de este trabajo, nos ocuparemos de todas estas obligaciones del arrendatario en un capítulo especial.

2. Características del contrato de arrendamiento

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de arrendamiento en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa —como es habitual— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle, dictada en su Curso de contratos, Parte general, en la Pontificia Universidad Católica del Perú durante el primer semestre académico de 1986, cuando fui su alumno; además de la contenida en su obra *El contrato en general* (primera parte, tomo I, páginas 209 a 248), por considerar se trata de la clasificación más completa que conocemos.

2.1. En cuanto al nombre

El arrendamiento es un contrato nominado.

2.2. En cuanto a su regulación

El arrendamiento es un contrato típico social y legal, pues está jurídicamente regulado en la ley (el Código Civil).

Sin embargo, es necesario anotar que el arrendamiento reviste gran parecido con un derecho real principal. Nos referimos al derecho de uso, regulado en los artículos 1026 a 1029 del Código Civil. En tal sentido, resultan pertinentes las expresiones que al respecto formula Bigio[5], quien indica que cuando el derecho de uso se constituye a título oneroso, presenta similitud con el derecho que adquiere el arrendatario mediante el arrendamiento.

En efecto —dice— según la definición de cada una de estas figuras, cabe señalar como coincidencia entre ellas, que tanto el usuario como el arrendatario solo adquieren el derecho al uso del bien, mas no a los provechos que este pudiera generar.

Agrega Bigio, que coincide el derecho de uso con el arrendamiento, en que su constitución no está sujeta a ninguna formalidad, pudiendo celebrar uno u otro mediante la forma que las partes o el constituyente elijan, según el caso.

Sin embargo, anota el citado profesor que hay algunas diferencias que considera necesario precisar. En primer término, como consecuencia del carácter real del derecho de uso, la transferencia del bien durante el curso del contrato no importa su extinción, efecto que sí se puede producir por voluntad del nuevo propietario; en el caso, por ejemplo, de la venta del bien arrendado, a tenor de la facultad que le concede al adquirente el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

---

[5] *Ibidem*, pp. 44 y 45.

Agrega Bigio que el derecho de uso es intransferible; en consecuencia, no puede ser objeto de cesión a tercera persona (artículo 1029 del Código Civil), como sí puede suceder con el arrendamiento, que admite ser objeto de cesión de posición contractual en los casos permitidos por ley.

Indica Bigio que, si bien tanto el arrendamiento como el derecho de uso tienen origen contractual, el derecho de uso puede constituirse mediante acto unilateral y por testamento. En cambio, el arrendamiento solo tiene como fuente al contrato.

De otro lado —agrega— si por ejemplo se concede por medio de contrato el derecho de uso de un inmueble a tercero, por un plazo determinado, y si al finalizar este, el usuario permanece en posesión del bien y el propietario no exige su devolución, aquel se habrá convertido en ocupante precario, por cuanto su título posesorio ha terminado. No ocurre lo mismo en el contrato de arrendamiento, en que la permanencia del arrendatario en el uso del bien, más allá del plazo convenido, se entiende como la continuación de la relación obligacional, bajo sus mismas estipulaciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil.

2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el arrendamiento es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, el arrendamiento puede ser de naturaleza civil o mercantil.

Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontrarnos frente a arrendamientos de naturaleza civil que frente a arrendamientos de naturaleza mercantil; salvo que estemos hablando del arrendamiento financiero (*leasing*), contrato mercantil por excelencia, del cual haremos mención oportuna, pero que escapa al concepto y regulación del arrendamiento tradicional o arrendamiento propiamente dicho.

2.5. En cuanto a su autonomía

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

Sin embargo, cuando analizamos el contrato de arrendamiento, no podemos dejar de tratar acerca de un contrato derivado del mismo; es decir, de un contrato que sí depende jurídicamente del arrendamiento y que adopta sus principales caracteres: se trata del subarrendamiento.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, en el artículo 3 del título 19, relativo al contrato de arrendamiento, establecía que el arrendatario

podía subarrendar, pero para el mismo objeto que se le arrendó, no variando sus obligaciones con motivo del subarriendo. Este artículo señalaba, adicionalmente, que los bienes introducidos por el subarrendatario en el fundo quedaban obligados en subsidio del subarriendo.

Por otra parte, el Código Civil del estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836 establecía, en su artículo 1136, que el conductor podía subarrendar y aun ceder a otra persona su derecho si no se le había prohibido esta facultad, la cual era concesible en todo o en parte. Dentro de las reglas particulares de alquiler de casas y muebles, el artículo 1156 establecía que el sub inquilino estaba obligado con el propietario, solamente, por el precio de la sub locación, y era su legítimo deudor por la parte que ocupa en la casa.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1581 que el conductor tenía derecho a subarrendar a otro el todo o parte de la cosa si en el contrato no se le había privado de esta facultad, en tanto, el artículo 1582 establecía que no había facultad de subarrendar cuando el contrato se celebraba a partir de frutos con el dueño, salvo que este se la hubiese concedido expresamente. En el numeral 1583 se precisaba que por el subarriendo total o parcial no se menoscababan los derechos ni las obligaciones que respectivamente correspondían al locador y al arrendatario, ni se alteraban tampoco las fianzas e hipotecas, convencionales o legales, que estaban destinadas a la seguridad del contrato.

Adicionalmente, el Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 1597, establecía que el subarrendatario no estaba obligado al dueño sino subsidiariamente, mientras que el artículo 1598 señalaba que la obligación subsidiaria prescrita en el artículo anterior constituía responsable al subarrendatario en favor del dueño, no solo de la cantidad adeudada por la renta del subarriendo, sino también de la que hubiese pagado anticipadamente, sin estar vencidos los plazos prefijados en este contrato.

Por su parte, el artículo 1599 decía que la obligación del subarrendatario era solidaria con la del conductor si éstos lo habían pactado así, o si el conductor o el dueño habían estipulado, en el contrato principal, que esta clase de obligación resultaría en caso de subarrendamiento. A su vez, el artículo 1600 agregaba que cuando el conductor y el arrendatario estaban obligados solidariamente, este último tenía derecho a procurar, antes o después de haber pagado la renta del subarriendo, que el locador reciba la que le corresponda en virtud del contrato principal. Por último, debemos señalar que el artículo 1601 establecía que todo subarrendatario a quien el dueño le hubiera hecho una prevención por escrito, tenía la obligación de retener la cantidad adeudada al conductor, y de no pagarle ni estas ni las rentas posteriormente devengadas sino con conocimiento del dueño. Luego, este mismo artículo agregaba que no se concedía la facultad de hacer retener lo adeudado al arrendatario sino en la

parte que bastase para pagar lo que se debía al dueño por plazo cumplido o próximo a cumplirse. Sin embargo, cabe indicar que este mismo código señalaba, en el inciso 7 del artículo 1606, que se acababa el contrato de locación por subarrendar el conductor contra pacto expreso.

El Código Civil de 1936 establecía, en su artículo 1523, que el conductor tenía el derecho de subarrendar a otro el todo o parte de la cosa arrendada si en el contrato no se le hubiera privado de esta facultad. A su vez, el artículo 1524 señalaba que la cláusula que impedía al conductor subarrendar sin consentimiento del locador, al mismo tiempo no impedía al conductor subarrendar si el subarrendatario propuesto ofrecía todas las condiciones de solvencia y buen crédito. El numeral 1525 establecía que no hay facultades de subarrendar cuando el contrato se ha celebrado a partir de frutos con el dueño, salvo que este la hubiese concedido expresamente; en tanto el artículo 1526 prescribía que el subarrendatario estaba obligado al dueño solidariamente con el conductor. A su vez, el artículo 1527 anotaba que cesando la locación se resolvían los subarrendamientos cuyos plazos no hubieran concluido aún, salvo el derecho del subarrendatario para exigir del conductor la indemnización correspondiente.

Debe mencionarse adicionalmente que el artículo 1528 establecía que no termina el subarrendamiento si la locación hubiese cesado por confusión en la persona del conductor o del locador. Finalmente, el artículo 1531 (inciso 5) de dicho código establecía que se acaba el contrato de locación por subarrendar en los casos no permitidos.

El Código Civil Peruano de 1984 regula en un capítulo especial (el quinto) el tema del subarrendamiento y la cesión del arrendamiento (con esta última denominación se hace referencia a la cesión de posición contractual de arrendatario). En el artículo 1692 se define el contrato de subarrendamiento, señalándose que es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador. El artículo 1693 establece que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario. En tanto que el numeral 1694 señala que a la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir al arrendatario la indemnización correspondiente. Por último, en el artículo 1695 se señala que el subarrendamiento no termina si el arrendamiento cesa por consolidación —en la persona del arrendatario y del arrendador—.

Debe mencionarse también que el artículo 1681 (inciso 9) establece, dentro de las obligaciones del arrendatario, la de no subarrendar el bien total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador. Por lo demás, el inciso

4 del artículo 1697 del propio código establece como causal de resolución del arrendamiento la de subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso o sin asentimiento escrito del arrendador.

Ya en lo referente a la cesión del arrendamiento, el Código Civil de 1984 regula el tema en el artículo 1696. Allí establece que la cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario en favor de un tercero que lo sustituye, y se rige por las reglas de la cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

2.6. En cuanto a su formación

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

Cabe recordar, sin embargo, que el ya derogado Decreto Ley n.° 21938 y su reglamento, el Decreto Supremo n.° 052-77-VC, regulaban los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, prescribían la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contratación, en donde casi no cabía incluir algún punto adicional, salvo los datos elementales sobre el bien, la renta —que tenía topes— y los nombres de las partes. El Decreto Ley aludido fue derogado por el Decreto Legislativo n.° 709, del 8 de noviembre de 1991.

Adicionalmente, debemos señalar que si nos remitimos a los códigos civiles que antecedieron al vigente, comprobaremos también que no siempre el arrendamiento fue considerado un contrato consensual.

Dentro de tal orden de ideas, diremos que el Proyecto de código de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, establecía en su artículo 22 que la escritura pública era de rito en el contrato de arrendamiento, salvo en el servicio personal u obras de industrias. En tales casos, podía extenderse el contrato en documento privado. Luego, agregaba que la escritura debía contener el inventario y tasación de lo movible, semoviente, consumible o deteriorable.

Con relación a esta última norma, el autor del mencionado proyecto de Código Civil expresaba lo siguiente:

> Habiendo en otro título designado los contratos que exigen escritura, y entre ellos el de arrendamiento, es inútil la repetición. Añado que en la escritura debe insertarse un cuidadoso inventario de todo lo que se recibe y debe devolverse, que todo lo movible, semoviente, consumible o deteriorable, debe tazarse, y esta tasación es muy precisa. Es un sacrílego contra la patria el que dilapida los instantes. La vida es muy corta, es menester aprovecharla útilmente. Levanto mi tarea [...].

Por otra parte, debemos mencionar que el Código Civil del estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836, prescribía, en su artículo 1133, que se podía arrendar o alquilar por escritura o verbalmente. El artículo siguiente señalaba que si el arrendamiento o alquiler hecho sin escritura aún no tenía principio, y una de las partes lo negaba, no debía recibirse prueba de testigos, y solo se estaría al juramento prestado por aquel que negaba el contrato.

Por último, el artículo 1135 de este cuerpo legal prescribía que, cuando hubiera contestaciones sobre el precio del arriendo o alquiler verbal, y no existiese documento de pago, se estaría al juramento del propietario. Luego se precisaba que si el conductor no convenía, se haría la estimación por peritos inteligentes; y si el precio que regulasen fuera menor que el declarado por el propietario, este pagaría los gastos de la diligencia, sujetándose a la regulación. Asimismo, si el precio hubiese sido hecho en mayor cantidad que la declarada por el propietario, sería esta la cantidad que pagaría al conductor, al igual que los gastos ocasionados en la diligencia.

De otro lado, el Código Civil de 1852, en su artículo 1546, establecía que podía celebrarse el contrato de locación ya sea de palabra, por carta o por escritura pública o privada. Por su parte, el artículo 1547 agregaba que el contrato de locación se perfeccionaba por el mero consentimiento, del locador y del conductor, en la cosa arrendada y en la renta que se pagaría por usarla.

El Código Civil de 1936 no establecía ninguna formalidad específica para el contrato de arrendamiento, por lo que se entendía que este era consensual.

2.7. En cuanto al tiempo

El arrendamiento es, esencialmente, un contrato de duración, la cual podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha) o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial mas no el final).

Haciendo un recuento de las disposiciones que los diversos códigos peruanos han contemplado con relación al plazo en el contrato de arrendamiento, podemos decir, en primer lugar, que el proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, trató el tema en el artículo 6. Allí se estableció que en todo contrato de arrendamiento habría plazo señalado, el cual podría extenderse hasta diez años. De Vidaurre agregaba que este no sería rescindido por no haberse pagado la renta; salvo que así se hubiese pactado, que hallase mutuo convenio en ello o que el arrendatario no tuviera bienes con qué satisfacer. Finalizaba este numeral señalando que, durante el término del contrato, el dueño no podía pedir el fundo rústico o urbano con el pretexto de cultivarlo ni de ocuparlo personalmente.

En adición, debemos mencionar que dicho proyecto, en su artículo 7, establecía que, en el arrendamiento de fundos rústicos, seis meses antes de cumplido el plazo se intimaría por escrito el desahucio al inquilino por el dueño o al dueño por el inquilino, fijándose el día preciso para recibir el fundo. Precisaba, además, que si el arrendatario no estaba expedito a la entrega, continuaría un año más o pagaría al dueño el daño que resultase, a cuya elección quedaría esto. Asimismo, si el dueño era el culpable, sería igual la acción del arrendatario. El artículo 8, a su vez, establecía que si durante el tiempo del arrendamiento fuera preciso hacer reparaciones en la finca (debido al riesgo de caer en ruina), y al arrendatario no le importase sufrir las incomodidades de la obra, este podría permanecer allí. Si esto no fuera posible, dejaría la casa durante su reparación y, entre tanto, no le correría la renta ni el plazo estipulado. Asimismo, si un fundo rústico necesitase reparaciones que impidiesen sembrar algunas tierras, el arrendamiento sería rebajado en proporción.

El artículo 9 del mencionado Proyecto de código de Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía que se rescindía el arrendamiento durante el plazo si el arrendatario, haciendo mal uso de la cosa, la empeoraba. En el artículo 10 se señalaba que, si no había finalizado el plazo, por la muerte del que arrendó no concluía el arrendamiento. En tanto, el artículo 11 disponía que con la muerte del conductor se daba por concluido el plazo, teniendo los herederos tres meses para dejar el fundo urbano y la estación de entrega para el rústico. Sin embargo, si los arrendantes eran muchos, la muerte de uno de ellos no alteraba el contrato.

Adicionalmente, en el artículo 12 se establecía que por la venta concluía el arrendamiento si el nuevo dueño no quería continuarlo, pero al arrendatario se le resarcirían todos los daños que le resultasen. Además, este tendría el derecho de retención por las mejoras necesarias, y se le concederían tres meses para desocupar el fundo urbano y un año para el rústico (contados a partir de la fecha en que se hicieran comúnmente las entregas). Por último, el artículo 13 disponía que, si el fundo era legado, el arrendamiento no finalizaba si aún no se había cumplido el término.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil del estado Norperuano de la Confederación Perú Boliviana, de 1836, establecía, en su artículo 1141, que cuando el arrendamiento o alquiler se hacía por unos años forzosos y otros voluntarios, estas calidades de forzosos y voluntarios eran correlativas a ambas partes contratantes. De otro lado, el artículo 1147 señalaba que los arrendamientos o alquileres verbales cesaban cumplido el término; y si este no se había fijado, cuando el propietario desahuciaba o despedía al conductor.

En tanto, el artículo 1148 prescribía que si concluido el término señalado en la escritura o convenio el conductor quedaba y se le dejaba poseyendo la cosa, resultaba un nuevo contrato de arrendamiento con las mismas condiciones. Y el artículo 1149

agregaba que cuando el inquilino o colono era despedido expresamente, aunque continuara poseyendo la cosa, no podía invocar la tácita reconducción.

El artículo 1150 establecía que el contrato de arrendamiento o alquiler no se disolvía por la muerte del locador ni por la del conductor. En tanto que el artículo 1151 prescribía que si el arriendo o alquiler era hecho con escritura, y el propietario vendía la cosa, no podía el adquirente expulsar al colono o inquilino, a menos que se hubiera reservado este derecho en la escritura.

Por su parte, el artículo 1152 establecía que si se pactaba que en caso de venta el adquirente podía expulsar al colono o inquilino, el arrendador debía indemnizar los daños e intereses al conductor, quien no podía ser despedido antes de ser satisfecho. En tanto, el artículo 1153 disponía que el usufructuario tenía derecho a arrendar o alquilar el que como a tal le correspondía; mas, si morían sus herederos o la persona en quien recaía el usufructo, no estaba obligado a continuar el conductor, aunque no se hubiera cumplido el tiempo estipulado.

Por su parte, el artículo 1154 prescribía que si en los arrendamientos o alquileres hechos por quince o más años se dudaba sobre la satisfacción del precio, el inquilino o colono cumplía con manifestar los recibos de los tres últimos años; con lo cual, si no se probaba lo contrario, se presumían pagados los anteriores.

Todo lo anterior, con relación a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos. En adelante, nuestra referencia a las normas que el Código Civil de 1836 establecía con respecto al alquiler de casas y muebles.

El artículo 1157 señalaba que el alquiler de una casa, una habitación o tienda se juzgaba hecho por un año cuando se había tratado a tanto por año; por un mes, cuando se había hecho a tanto mensual; y por un día si se había pactado a tanto diario. Por su parte, el artículo 1158 señalaba que los muebles que se daban para guarnecer una casa, una tienda o aposento se consideraban alquilados por el tiempo ordinario fijado a la casa, tienda o aposento. En el artículo 1159, quedaba establecido que el propietario no podía deshacer el contrato sino cuando él mismo quisiera ocupar la casa alquilada; en razón de haberse destruido o deteriorado la que habitaba, o si la necesitaba para un hijo o hija que unía en matrimonio.

En el artículo 1160 del código de la Confederación quedaba prescrito que, en los alquileres verbales, el desahucio o despedida se haría con el término de quince días. En tanto que si fuese aposento o tienda, tendría el inquilino el término de treinta días para buscar otro. Por último, el artículo 1161 señalaba que si el contrato de alquiler se pactaba con escritura y expresión de años forzosos y voluntarios, el desahucio no podía hacerse sino con el término de tres meses.

Dentro de las reglas particulares a los arrendamientos de predios rústicos, el artículo 1163 señalaba que el arrendamiento pactado sin escritura se juzgaba hecho

por el tiempo que fuera necesario para que el colono recogiese todos los frutos. Así, el arrendamiento de fincas cuyos frutos se recogían totalmente en el curso de un año se juzgaba hecho para un año. En tanto que, cuando se dividían por estaciones o temporadas, se limitaba el arrendamiento a la estación o temporada. El artículo 1164 establecía que cuando resultara un tácito arrendamiento, por haber dejado al colono en posesión de la finca después de cumplido el término, sus efectos se regularían por el artículo anterior.

El artículo 1166 disponía que si el arrendamiento se hacía por muchos años, y en el tiempo de su duración se perdía la totalidad o la mitad de una o más cosechas por casos fortuitos ordinarios, el arrendatario podía pedir una rebaja del precio, a no ser que estuviera indemnizado por las cosechas precedentes. En caso de no estarlo, la regulación de la rebaja no podía tener lugar sino al fin del arrendamiento, a cuyo tiempo se haría, si no se compensaran los años malos con los buenos. Por su parte, el artículo 1167 establecía que si el arrendamiento no era sino para un año, y se perdían los frutos en su totalidad o mitad, el colono era descargado proporcionalmente de una parte del precio, deducidas las expensas. Si la pérdida era menor que la mitad, no podía el arrendatario pedir rebaja alguna.

Por otra parte, el artículo 1169 establecía que, en los arrendamientos sin escritura, el desahucio o despedida se haría diez días antes o diez días después de cumplido el término. Y en los escriturados con años forzosos y voluntarios, se advertiría al colono su despedida un año antes.

En lo referente al capítulo del arrendamiento de ganado, el artículo 1177 precisaba que si no se había fijado el tiempo que debía durar este arrendamiento, el mismo se juzgaba hecho por tres años. Sin embargo, si el arrendatario no cumplía con las condiciones estipuladas, el arrendador podía pedir antes la disolución del contrato.

En lo referente al Código Civil Peruano de 1852, el artículo 1553 del mismo precisaba que, si no se había estipulado su duración, el arrendamiento de una heredad era cuando menos por el tiempo que el arrendatario necesitase para recoger la cosecha. En tanto, el artículo 1554 establecía que en los arrendamientos de haciendas de caña dulce cuya duración no se fijaba en el contrato, se suponía que dicho término era de tres años.

Por su parte, el artículo 1555 señalaba que, cuando no se hubiera prefijado la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes que se decidiera a terminar el contrato le daría aviso a la otra con anticipación de seis meses. El artículo 1556, a su vez, establecía que si se omitía por ambas partes el aviso prescrito en el artículo anterior, el arrendamiento de la heredad continuaba por otro año. Sin embargo, en las haciendas de caña dulce, el arrendamiento continuaba por un bienio si ninguno de los interesados pedía su limitación al año concedido por regla general.

El artículo 1557 precisaba que el año rural se contaba en cada lugar, y para cada clase de heredades, a partir del momento en que, según la naturaleza del cultivo se acostumbrara recibirlas en arrendamiento.

Por otra parte, el artículo 1558 establecía que el alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputaba a ser por años, por semestres o por meses; según se pagase la renta al año, al semestre o mensualmente. Sin embargo, el alquiler no terminaba al año, semestre o mes si uno de los contratantes no avisaba anticipadamente al otro que ponía fin al contrato.

Por su parte, el artículo 1559 precisaba que, una vez dado por el locador el aviso prescrito en la segunda parte del artículo que antecede, se concedía al inquilino, para que desocupara la casa, un término de uno a cuatro meses. Dicho plazo variaba según la costumbre y las circunstancias, y se contaba desde el día del aviso. Adicionalmente, se establecía que el inquilino tenía la facultad de devolver la casa cumplido el mes, el semestre o el año en que debía hacer el próximo pago de la renta; aun cuando entonces no hubiese vencido el término que se le había dado para desocuparla.

A su vez, el artículo 1560 establecía que, en los arrendamientos cuya duración se contaba por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convertían en obligatorios siempre que el contratante, a quien se hubiese concedido el derecho de hacerlos valer, no avisara al otro que el contrato finalizaría al acabarse los años forzosos. En tanto, el artículo 1561 señalaba que seis meses antes de concluir los años forzosos se daría el aviso para que los años voluntarios no se hiciesen obligatorios. Asimismo, si en el contrato (artículo 1562) se hubiera declarado que los años serían voluntarios no solo para una de las partes, sino para las dos, bastaría que cualquiera de ellas diera a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior para que el contrato terminase al concluir los años forzosos.

Finalmente, en el artículo 1563 se precisaba que una vez que los años voluntarios empezaran a correr como obligatorios, el contrato continuaría hasta el vencimiento de todos.

Antes de terminar de exponer el tratamiento que el Código Civil Peruano de 1852 brindó al tema de la duración del contrato de arrendamiento, debemos precisar que dicho cuerpo legal regulaba bajo un título especial los modos de rescindir y acabar la locación (artículos 1602 a 1614).

Pasando al Código Civil de 1936, diremos que este cuerpo legislativo establecía, en su artículo 1494, que todo contrato en que se diera a un arrendamiento la duración de más de diez años sería nulo en lo que excediese de este plazo, cuando se trataba del Estado, de corporaciones o personas que no tenían la libre disposición de sus bienes. Asimismo, respecto de los menores e incapaces, regía lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 528. Este código señalaba también, en el artículo 1495,

que cuando no se hubiera fijado la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes podría terminar el contrato avisándole a la otra con una anticipación de seis meses; y en caso de omitirse por ambas partes el aviso, continuaría por otro año el arrendamiento de la heredad.

Por otra parte, diremos que el artículo 1496 establecía que el arrendamiento de una heredad era por el año rural. Se contaba este en cada lugar, y para cada clase de heredades, a partir del momento en que según la naturaleza del cultivo, se acostumbraba recibirlas en arrendamiento. En el numeral 1497 se señalaba que el alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputaba por años, semestres o meses, según se pagase la renta al año, al semestre o mensualmente. Sin embargo, el alquiler no terminaba en el año, semestre o mes si uno de los contratantes no avisaba anticipadamente al otro que ponía fin al contrato. Según el artículo 1498, una vez que el locador daba el aviso prescrito en la segunda parte del artículo anterior, se concedía al inquilino, para que desocupe la casa, un término de uno a cuatro meses. Dicho plazo variaba según las circunstancias y se contaba desde el día del aviso. Además, esta norma establecía que el inquilino tenía la facultad de devolver la casa cumplido el mes, semestre o año en que debía hacer el próximo pago de la renta, aunque en ese entonces no hubiese vencido el término que se le había dado para desocuparla.

El artículo 1499 del Código Civil de 1936 señalaba que en los arrendamientos cuya duración se contaba por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convertían en obligatorios siempre que el contratante, a quien se había concedido el derecho de hacerlos valer, no avisara al otro seis meses antes de la finalización del contrato, al acabarse los años forzosos. Por su parte, el artículo 1500 del código en mención establecía que si en el contrato se hubiera declarado que los años serían voluntarios no solo para una de las partes, sino para las dos, bastaría que cualquiera de ellas diera a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior para que el contrato terminase al concluir los años forzosos.

Asimismo, dentro del código de 1936 se establecían una serie de causales por las cuales acababa el contrato de locación. Estas eran: (a) por concluir el término de duración fijado por las partes, sin que fuera necesario un aviso de despedida del locador ni del conductor; (b) por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía; (c) por muerte del arrendatario, si sus herederos comunicaban al locador que no podían continuar en el contrato; (d) por ceder el arrendamiento contra pacto expreso o sin consentimiento del locador; (e) por subarrendar en los casos no permitidos; (f) por entrar en el ejercicio de sus derechos civiles el menor de edad; (g) por terminar el albaceazgo, en la locación que hubiese hecho algún albacea administrador.

El numeral 1532 contemplaba la figura de la reconducción tácita. Se decía que, una vez concluida la locación por haberse vencido el término, si pasaban quince

días sin que el locador solicitase la cosa ni el conductor la devolviese, se renovaba el contrato, pero quedando sujeto a las reglas de los de duración indeterminada. En tal caso, no subsistían las garantías constituidas por una tercera persona en el contrato anterior.

En el artículo 1533 se señalaba que no se extinguía el contrato si la pérdida o destrucción de la cosa era por caso fortuito, o en todo caso, de una parte de ella. En ese caso, el arrendatario podría pedir una rebaja en la renta o la rescisión de la locación. Si el arrendatario pedía la rebaja y el locador prefería la rescisión, se disolvía el contrato.

En el artículo 1534 se establecía que siendo dos o más los herederos del arrendatario, si la mitad o el mayor número de ellos no manifestaba su voluntad de extinguirla, continuaba el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros. En ese caso, subsistían las garantías que estaban constituidas a favor del locador, quien tenía, sin embargo, derecho a exigir nuevas garantías (y si estas no le eran otorgadas dentro de los quince días, se acababa el contrato).

Por su parte, el artículo 1535 establecía que cuando se rescindía o se acababa el contrato por causa imputable al conductor, caducaba el derecho de preferencia que a este se le hubiese concedido para la locación inmediata. Y, por último, en el numeral 1536 se decía que en ninguno de los casos en que finalizaba un arrendamiento podía ser obligado el locador de una heredad a recibirla antes de concluido el año rural; ni tampoco el locador de un predio urbano, antes de concluido el último mes, semestre o año, según se contaran los plazos del alquiler.

Ahora nos corresponde tocar el tema en el Código Civil Peruano de 1984.

Este código trata lo referente a la duración del arrendamiento en el capítulo cuarto del título relativo a este contrato, entre los artículos 1687 y 1691. La primera de las normas citadas establece que el arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada. Por su parte, el artículo 1688 señala que el plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años. Asimismo, se entiende que todo plazo o prórroga que exceda los términos señalados, será reducido a estos últimos.

En el artículo 1689 se establecen dos presunciones con relación al arrendamiento de duración determinada. En primer lugar, se señala que, a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento será de duración determinada cuando tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo. Y, en segundo lugar, si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo del arrendamiento será de una temporada.

El artículo 1690 señala que el arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta. En tanto el artículo 1691 establece que el arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, y pueden ser éstos en favor de una o de ambas partes.

Adicionalmente, debemos mencionar que el tema de la conclusión de este contrato se regula en el capítulo séptimo del título relativo al arrendamiento. Así, en el artículo 1699 se señala que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin necesidad de que estas den aviso previo.

El artículo 1700 señala que, vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución (la cual puede pedir en cualquier momento).

Por su parte, el artículo 1701 establece que en el arrendamiento cuya duración se pacta por períodos forzosos para ambas partes y voluntarios, estos últimos se irán convirtiendo uno a uno en forzosos si la parte a la que se concedió la opción no avisa a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar los períodos forzosos o cada uno de los voluntarios. Además, si se trata de inmuebles, se debe cursar el aviso con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período, y no menos de un mes en el caso de los demás bienes.

El numeral 1702 señala que si en el contrato se establece que los 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.

El artículo 1703 establece que se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (artículo 1703). Por su parte, el artículo 1704 prescribe que, vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, a 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) cuando el arrendador es vencido en juicio sobre el derecho que tenía; (b) si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo; (c) por la destrucción total o pérdida del bien arrendado; (d) en caso de expropiación; (e) si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario sus herederos, que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán el contrato.

El artículo 1706 establece que, en todo caso de conclusión del arrendamiento o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y este no puede o no quiere recibirlo, aquel podrá consignarlo. Asimismo, desde el día en que el arrendatario efectúa la consignación, se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación sea declarada fundada.

Un artículo importante dentro de las normas que venimos mencionando es el 1708. Este establece tres supuestos distintos sobre cómo se deberá proceder en caso de enajenación del bien arrendado: (a) si el arrendamiento ha sido inscrito, el adquirente debe respetar el contrato, así queda el arrendador sustituido en todos sus derechos y obligaciones; (b) si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento si ha asumido dicha obligación. Pero, tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

El artículo 1709 prescribe que, cuando concluye el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al arrendatario. Por su parte, el numeral 1710 señala que si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad o el número mayor de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros. En tal caso, no subsisten las garantías que estaban constituidas en favor del arrendador. Sin embargo, este tiene derecho a exigir nuevas garantías y, si no se le otorgan dentro de quince días, concluye el contrato.

El numeral 1711 precisa que, para desocupar el bien, el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto, de la autoridad respectiva. En caso que el arrendatario desocupe el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable de lo siguiente: (a) de la renta y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación y hasta que el arrendador tome posesión del bien; (b) de los daños y perjuicios correspondientes; (c) de que un tercero se introduzca en él.

2.8. En cuanto a su negociación

El arrendamiento puede ser un contrato de negociación previa —es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (el más usual)—, un contrato por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación (este último, de cierta frecuencia en lo que a predios multifamiliares se refiere). Asimismo, a esto debemos agregarle lo que señalamos con respecto a las formalidades impuestas por el derogado del Decreto Ley n.° 21938.

2.9. En cuanto al rol económico

El arrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado a que el arrendatario disfrute del bien, sin poder disponer del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

2.10. En cuanto a su función

El arrendamiento es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios. No obstante, nunca podrá ser resolutorio, ya que siempre se generará la obligación —por parte del arrendador— de entregar en uso el bien al arrendatario, y el arrendatario asumirá la obligación de pagar por dicho uso una renta determinada o determinable.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

2.12. En cuanto a la prestación

El arrendamiento es, esencialmente, un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

El arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien, mientras que el arrendatario se compromete a pagar cierta renta convenida.

El proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, establecía, en el artículo 1 del título relativo al contrato de arrendamiento, que este era propiamente un contrato consensual sobre cosa inmueble fructífera; para que se usara de ella, se gozara y se utilizaran sus producciones por tiempo señalado y precio cierto. Esto, según las condiciones incluidas en el pacto o señaladas por la ley, siendo necesaria la devolución al fin del plazo estipulado o cuando la ley lo determinara. El mencionado artículo agregaba que los muebles que podían usarse también se alquilaban.

Debe precisarse que este proyecto, al igual que los códigos que le sucedieron —el Código Civil de 1836, el Código Civil de 1852 y el Código Civil de 1936—, consideró que el arrendamiento podía versar no solo sobre cosas, sino también sobre servicios y obras. Esto llevó a De Vidaurre a decir lo siguiente, al comenzar la exposición de motivos relativa a este contrato:

> Mucho tiempo debió pasar después de poblado el mundo, para que se idease el contrato de arrendamiento. Debiéronle preceder poseedores, propiedades, términos

> y todas las leyes que aseguran el dominio. En este contrato de derecho de gentes, admitido y practicado entre todas las naciones cultas, hallo mejor que Rousseau el verdadero origen de la desigualdad. Uno que arrienda y otro que recibe en arrendamiento, son personas de carácter muy distinto. ¡Ah que la naturaleza parece que se resiente al ver que como el pan un semi máquina, que otro le presenta, sufriendo sobre sí el rigor de las estaciones! ¿Pero para qué exclamar? ¿Para qué estas quejas? El orden social así lo exige. Si no fueran permitidas las riquezas, no hubieran dado un paso las industrias. Ese propietario que parece dichoso, es gravado con la enojosa negligencia, y sus hijos o nietos ya vivirán de su trabajo. Disminuyamos las penas sociales, no destruyamos graduaciones sin las cuales se puede subsistir.

Continuando con el proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, podemos decir que en el mismo se regularon, aunque dispersas, tanto las obligaciones del arrendador como las del arrendatario. Así, en el artículo 15 se establecía lo siguiente:

> Artículo 15.- El arrendante es obligado a entregar la cosa arrendada, a defender a su costa la tenencia de ella, a hacer los reparos que sean precisos para su uso, a responder de todos los daños que resulten de los vicios de la cosa arrendada que conoció y debió conocer.

Y luego, en los artículos 17, 18 y 19, se regulaban las obligaciones del arrendatario. De esta forma, el artículo 17 establecía:

> Artículo 17.- El arrendatario está obligado a pagar la renta pactada, y en los plazos pactados —todo lo que se halla en el fundo está legalmente hipotecado por ello—. No se disminuye la renta por casos fortuitos previstos o imprevistos.

Y el artículo 18:

> Artículo 18.- Debe cuidar la cosa arrendada como un buen padre de familia —es responsable del deterioro que resulte por dolo, culpa, negligencia, impericia—, debe avisar al dueño los reparos que se necesite, y exigirle la respuesta por escrito.

Por su parte, el artículo 19 establecía:

> Artículo 19.- Al arrendatario se abonarán las mejoras necesarias, aun cuando no fuesen pactadas, las útiles con arreglos a los pactos. El escribano que en la escritura de arrendamiento pusiere que se abonarán mejoras en globo, sin especificarlas, será penado en las costas del pleito que resulte por la falta de especificación.

Adicionalmente, puede mencionarse que el artículo 20 del mencionado título del proyecto señalaba lo siguiente:

> Artículo 20.- Seis meses antes de concluido el arrendamiento, se hará la tasación de mejoras. Entre los seis meses no se podrá hacer cosa alguna sin consentimiento expreso o intervención del dueño. Si la cosa se arrienda a dos, es preferido a aquel que tiene escritura más antigua; al segundo se resarcirá los daños y perjuicios.

Por otra parte, el Código Civil de la Confederación Perú Boliviana, de 1836, establecía que el arrendamiento de cosas era un contrato por el cual una de las partes se obligaba a dar a la otra una cosa por cierto precio y tiempo determinado (artículo 1128). El mencionado cuerpo legal efectuaba una distinción de los diversos tipos de arrendamiento de cosas. En tal sentido, decía (artículo 1130) que, en el arrendamiento de heredades rústicas, al arrendatario o al que recibe la heredad se le denominaba «colono»; mientras que en el arrendamiento de casas de alquiler tomaba el nombre de «inquilino».

Para este código, las principales obligaciones del propietario en el mencionado contrato eran las siguientes: (a) entregar al colono o inquilino la cosa arrendada o alquilada; (b) mantenerla en estado de servir en el uso para el que se ha dado; (c) hacer que el conductor, mientras dure el contrato, goce de ella sin ser inquietado (artículo 1137). Adicionalmente, se establecía que el propietario también estaba obligado al saneamiento de las cosas arrendadas o alquiladas, según lo dispuesto en el contrato de venta (artículo 1138).

Las principales obligaciones de los inquilinos y colonos eran aquéllas que el código establecía para el usufructuario (artículo 1139). Adicionalmente prescribía que el inquilino y el colono estaban obligados a usar de la cosa arrendada o alquilada, como un buen padre de familia, según el destino que se le hubiera dado en el contrato o, en defecto de convención, según el que presumiera por las circunstancias. Asimismo, también estaban obligados a pagar el precio en los términos estipulados.

Cabe señalar, además, que el referido código establecía, en adición a las antes mencionadas reglas comunes a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos, normas sobre el alquiler de casas y muebles, preceptos referentes a los arrendamientos de predios rústicos y, por último, preceptos referentes al arrendamiento de ganado.

Por otra parte, el Código Civil de 1852, en su artículo 1540, establecía que la locación y conducción era un contrato por el cual una persona cedía a otra el uso de alguna cosa, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida. Adicionalmente, el artículo 1541 prescribía que la locación de bienes inmuebles se llamaba, en general, arrendamiento. En tanto que la de casas de habitación y la de muebles destinados al uso y ornato urbano se llamaba, con más especialidad, alquiler. A su vez, el artículo 1542 establecía que se le daba el nombre de renta al precio que se pagaba por usar una cosa. En tanto que el 1543 precisaba que quien concedía el uso de la cosa era denominado locador; conductor o arrendatario el que la recibe; y más

especialmente inquilino, el que toma en alquiler casas de habitación. Podía arrendarse toda cosa mueble o inmueble que estuviera en el comercio de los hombres y que no se consumiera con el uso.

El Código Civil de 1852 establecía, a partir de su artículo 1584, cuáles eran las obligaciones del locador. Así, en la norma citada se expresaba que el locador estaba obligado a entregar la cosa arrendada en el tiempo convenido y en estado de servir al objeto de la locación.

Por su parte, el artículo 1585 establecía que si no se había designado en el contrato el tiempo de la entrega, esta se verificaba inmediatamente, salvo que por costumbre debiera hacerse en otro momento. En tanto el artículo 1586 señalaba que entregada la cosa al conductor, se presumía, si no se probaba lo contrario, que esta se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso al cual se le destinó.

Adicionalmente, puede mencionarse que a través del artículo 1587 se establecían otras obligaciones para el locador. Estas eran las siguientes: (a) manifestar al conductor el vicio oculto que tenga la cosa arrendada; (b) mantener al conductor en el uso de ella durante el tiempo de la locación; (c) defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; (d) soportar todas las pensiones y cargas reales que graviten sobre la cosa; (e) hacer en ella las reparaciones necesarias que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario.

El artículo 1588 establecía que el locador indemnizaría al conductor de los perjuicios que este hubiera sufrido, y le pagaría las costas que le hubiera causado por falta de cumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 1584 y 1587.

Entre los artículos 1589 y 1594 se establecían determinadas reglas complementarias del tema. En tal sentido, el artículo 1589 señalaba que el locador que arrendaba de buena fe la cosa ajena, creyéndola propia, se libraba de responsabilidad si presentaba al conductor otra equivalente. Por su parte, el artículo 1590 establecía que el arrendatario no estaba obligado a admitir la cosa equivalente que se le ofrecía en lugar de la que contrató. En tanto, el artículo 1591 prescribía que en caso de haber sabido el arrendatario que era ajena la cosa arrendada, y de no haberse asegurado de la facultad con que se le daba el uso, no tendría derecho a ninguna indemnización por falta de entrega ni por privación de ella.

Por otra parte, debemos mencionar que el artículo 1592 establecía que si el locador vendía, donaba o enajenaba de otro modo la cosa arrendada, el nuevo dueño no podía negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que la tenga por escritura pública, a no ser que en el contrato de locación se hubiese pactado lo contrario. A su vez, el artículo 1593 establecía que el locador no podía eximirse de mantener al inquilino en la casa, aunque la necesitase para sí mismo o para sus hijos, si no había

reservado esta facultad en el contrato de locación. Por último, el artículo 1594 prescribía que si por reparar la cosa se impedía al conductor el uso de una parte de ella, se rebajaba de la renta una cantidad proporcional al tiempo y a la parte que no se ha usado.

En lo referente a las obligaciones del conductor, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1595 las principales: (a) cuidar de la cosa arrendada como propia y usarla en el destino que se le concedió; (b) pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio, en cada semestre; (c) dar aviso al locador sobre cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; (d) vencido el término de la locación, devolver la cosa a su dueño en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; (e) no abusar en modo alguno de la cosa arrendada; (f) si no hay pacto en contrario, hacer los reparos que determina la costumbre.

Por su parte, el artículo 1596 establecía que el arrendatario indemnizaría al locador por los perjuicios causados en los siguientes casos: por haber empleado la cosa en otro destino diferente del convenido; por no devolverla concluido el tiempo de la locación; por no dar aviso de las usurpaciones; y, en definitiva, por todos los perjuicios que por culpa de él hubiera sufrido el dueño (comprendiéndose, dentro de esta responsabilidad, la del pago de costas).

Por otra parte, el Código Civil de 1936, en el artículo 1490, definía al contrato de locación-conducción como aquel por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa durante un plazo y por cierta renta convenida. Este Código Civil establecía, como principales, las siguientes obligaciones del locador (artículos 1511 a 1516): (a) entregar al conductor la cosa arrendada en el tiempo convenido y en estado de servir al objeto de la locación; (b) en caso de no designarse en el contrato el tiempo de la entrega, esta se verificaría inmediatamente, salvo que por costumbre debiera hacerse por otra época (artículo 1511).

El artículo 1512 establecía que una vez entregada la cosa al conductor, si no se probaba lo contrario, se presumía que esta se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso al cual se le destinó. Por su parte, el artículo 1513 mencionaba otras obligaciones del locador; a saber: (a) mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación; (b) defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretendiera tener o quisiera ejercer algún derecho sobre ella; (c) hacer en ella los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no fueran por cuenta del arrendatario.

Adicionalmente, debe mencionarse el artículo 1514, el cual señalaba que en caso el arrendatario supiera que la cosa arrendada era ajena, no tendría derecho a ninguna indemnización por falta de entrega ni por privación de ella. En tanto, el artículo

1515 prescribía que si el locador enajenaba la cosa arrendada, el nuevo dueño no podía negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que tuviera inscrito su derecho; a no ser que en el contrato de locación se hubiese pactado lo contrario. Por último, el artículo 1516 señalaba que cuando para reparar la cosa se impedía al conductor usar una parte de ella, se rebajaba de la renta una cantidad proporcional al tiempo y a la parte que no hubiera usado.

Las obligaciones del arrendatario (el Código Civil de 1936 utilizó el término «conductor») son tratadas en los artículos 1517 y siguientes. El artículo 1517 establecía, como principales, las siguientes obligaciones del conductor: (a) cuidar de la cosa arrendada como si fuera propia y usarla en el destino que se le concedió; (b) pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio, cada mes; (c) dar aviso al locador sobre cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; (d) vencido el término de la locación, devolver la cosa al dueño en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; (e) si no hay pacto en contrario, hacer los reparos que determina la costumbre, y poner en conocimiento del locador la necesidad de las reparaciones que a este le incumben.

Adicionalmente, el artículo 1518 prescribía que el arrendatario era responsable del incendio; a no ser que proviniese de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción. El artículo 1519 agregaba que el arrendatario no respondía del incendio que se hubiera comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que podía exigirse. El artículo 1520 prescribía que si había varios arrendatarios, todos eran responsables del incendio en proporción a la parte que respectivamente ocupaban; a no ser que se probara que el incendio ha comenzado en la habitación de alguno de ellos (quien en tal caso sería el único responsable). El artículo 1521 agregaba que si el locador ocupaba alguna parte del inmueble, se le consideraba como arrendatario respecto de dicha responsabilidad. En tanto que, según el artículo 1522, en caso de incendio cesaba la responsabilidad del arrendatario en la medida en que el locador estuviese asegurado; salvo el derecho del asegurador contra el arrendatario si el incendio era causado por culpa de este último.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1984 es el primer cuerpo legislativo nacional en distinguir al contrato de arrendamiento como figura autónoma, con respecto a la locación de servicios y al contrato de obra. Así, en el artículo 1666 se establece el concepto de este contrato, al señalarse que por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

Las obligaciones del arrendador se encuentran reguladas en el capítulo segundo. El artículo 1678 establece que el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios; en el plazo, lugar y estado convenidos.

Luego, agrega que si no se indica el tiempo y el lugar de la entrega en el contrato, este debe realizarse inmediatamente donde se celebró; salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar o época. Por su parte, el artículo 1679 señala que una vez entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso. Por último, el artículo 1680 establece obligaciones adicionales del arrendador como: mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato, a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento; y realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

En lo que respecta a las obligaciones del arrendatario, las principales son enumeradas por el artículo 1681: (a) recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias; (b) pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes en su domicilio; (c) pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan; (d) dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien; (e) permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso que le corresponda conforme a la ley o al contrato; (f) no hacer uso imprudente del bien, o contrario al orden público o a las buenas costumbres; (g) no introducir cambios ni modificaciones en el bien sin asentimiento del arrendador; (h) no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato sin asentimiento escrito del arrendador; (i) al vencerse el plazo del contrato, devolver el bien al arrendador en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; (j) cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

Adicionalmente, en los artículos 1682 a 1686 se establecen algunas otras obligaciones del arrendatario. Así, se dice en el artículo 1682 que este está obligado a dar aviso inmediato al arrendador sobre las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes. Así, se precisa que si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador. Luego, el referido artículo agrega que, salvo pacto distinto, en los demás casos los gastos de conservación y mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario.

El artículo 1683 prescribe que, aun cuando deriven de incendio, el arrendatario es responsable por la pérdida y deterioro del bien ocurridos durante el curso del arrendamiento, si no prueba que han sucedido por causa no imputable a él. Luego, agrega que es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que hubiera admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien. Este artículo concuerda con el artículo 1329 sobre culpa leve.

Por su parte, el artículo 1684 señala que si el bien destruido o deteriorado por incendio ha sido asegurado por el arrendador o por cuenta de este, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada (o por abonar) por el asegurador y el daño efectivo. Y luego añade que si se trata de un bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador si este es indemnizado por el asegurador (quedando a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador). Este artículo concuerda con la teoría del riesgo prescrita en el artículo 1138 del Código Civil.

Debe mencionarse, adicionalmente, que el artículo 1685 establece que si son varios los arrendatarios, todos son responsables por la pérdida o deterioro del bien en proporción al valor de la parte que ocupan, salvo que se pruebe que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de ellos (quien, en tal caso, será el único responsable). Se trata de una responsabilidad solidaria.

Por último, el artículo 1686 agrega que si el arrendador ocupa alguna parte del predio, será considerado como arrendatario con respecto a la responsabilidad a la cual se refiere el artículo 1685.

2.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, el arrendamiento es un contrato celebrado a título oneroso.

Así, en tanto el arrendador se obliga a entregar el bien para que sea usado por el arrendatario, este asume la obligación de abonar una renta en favor de aquel.

2.14. En cuanto al riesgo

El contrato de arrendamiento es fundamentalmente un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el arrendador y el arrendatario son ciertas, vale decir, conocidas de antemano. Sin embargo, la naturaleza del arrendamiento no impide que revista la modalidad de aleatorio.

2.15. En cuanto a sus efectos

El arrendamiento es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

3. ¿Se puede arrendar un bien ajeno?

Sobre este particular, la ley peruana no es absolutamente clara.

En principio, como sabemos, debe descartarse de este punto lo relativo al contrato de subarrendamiento, ya que el tema de la contratación sobre bienes ajenos pasa

necesariamente por la no preexistencia de una relación contractual entre la parte que se obliga a entregar el bien ajeno y un tercero propietario del bien, de modo tal que se configurase un contrato principal y que el contrato sobre bien ajeno constituya un contrato derivado.

En tal sentido, no tiene nada que ver con el tema lo dispuesto por los artículos 1692 a 1695 del código nacional.

Por un lado, el Código Civil Peruano establece como regla general, en el artículo 1409 (inciso 2), que pueden ser objeto de obligaciones contractuales los bienes ajenos.

Esta norma bien podría haber constituido el único precepto del Código Civil Peruano en torno a esta materia; ya que tal vez hubiera sido preferible legislar sobre el tema conforme a una norma general y no estableciendo artículos privativos en cada contrato típico.

Pero no ha sido así, dado que el Código Civil legisla en tres contratos típicos acerca de la contratación sobre bienes ajenos.

Nos referimos a la compraventa (artículos 1537 a 1542)[6], la donación (artículo 1627)[7] y el arrendamiento, contrato en el que se aborda el tema en el artículo 1671, de texto siguiente:

> Artículo 1671.- Si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

---

[6] 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.

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

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 este.

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.

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

Sin lugar a dudas, el artículo citado nos trae a la memoria los numerales 1537 y 1627, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero en torno a futuros contratos de compraventa y donación, respectivamente.

No obstante, la regulación de estos dos casos dentro del resto de normas sobre compraventa y donación no impedía que se contratase, en estricto, la compraventa y la donación de bienes ajenos.

Sin embargo, el artículo 1671, relativo al arrendamiento, que aparentemente seguiría la misma línea de los artículos antes citados, parece desnaturalizar al arrendamiento de bien ajeno en estricto, haciendo que se rija por los preceptos propios de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Estos son los artículos 1470, 1471 y 1472[8].

Para mayor ilustración, podemos decir que los elementos del artículo 1671 son los siguientes:

- Se ha celebrado un contrato de arrendamiento.
- El bien objeto de la prestación contenida en la obligación de dar del arrendador es un bien ajeno, vale decir, no pertenece a ninguna de las partes contratantes.
- El arrendatario conocía el carácter ajeno del bien al momento de celebrar el contrato.
- El contrato de arrendamiento se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472; vale decir, por las normas relativas a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y no por las propias del contrato de arrendamiento.

Como podemos observar, a partir del último de los elementos mencionados del artículo 1671, no solo es que el Código Civil no contemple expresamente el contrato de arrendamiento de bien ajeno en estricto, sino que además establece, de manera taxativa, que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato de arrendamiento celebrado no se rige por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituye —en virtud del artículo bajo comentario— en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Tal situación no concuerda con la obligación nacida del artículo 1671 y resulta jurídicamente absurda.

---

[8] 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 carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.

Artículo 1472.- Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

Lo que está haciendo el Código Civil Peruano de 1984, a través del artículo 1671, es desnaturalizar la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno. Esto queda puesto en evidencia por la redacción de la norma.

Parece que, en este contrato, el recelo mostrado por el legislador para los casos de compraventa y donación de bienes ajenos se habría acentuado por razones que desconocemos, viéndose en la necesidad de restringir su campo de aplicación hasta llegar a desnaturalizarlo por completo.

Dentro de la línea de la figura típica del contrato sobre bien ajeno, debe señalarse que, además de nuestro Código Civil, hemos encontrado algunos otros códigos que dentro de nuestra tradición jurídica regulan, de una u otra forma, el arrendamiento de bienes ajenos.

Así, tenemos el anteproyecto de Código Civil de don Andrés Bello (artículo 2092), el Código Civil Chileno (artículo 1916), el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1884) y el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 803).

Los mencionados códigos, en los artículos señalados, permiten celebrar y consideran válido el contrato de arrendamiento de bien ajeno.

El Código Civil Paraguayo de 1987 lo hace en virtud de la aplicación supletoria de las normas relativas a la compraventa (artículo 803).

Además, los códigos mencionados, salvo el paraguayo, otorgan al arrendatario de buena fe la acción de saneamiento en caso de evicción.

Pero el problema del arrendamiento sobre bien ajeno no se limita al artículo 1671 del código, dado que en el artículo 1667 se establece lo siguiente:

> Artículo 1667.- Puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra.

Con relación a esta norma, debemos señalar que la misma resulta obvia, ya que todo aquel que tenga facultad de administración sobre uno o determinados bienes podrá arrendarlos. Esto, en virtud de que el arrendamiento es, por su carácter temporal, un típico acto de administración y no de disposición, supuesto para el cual se requeriría contar con poder especial.

Por otra parte, dada la redacción del artículo 1667, el mismo no puede ser interpretado *contrario sensu*; en el sentido de que no puede dar en arrendamiento el que no tenga esta facultad respecto de los bienes que administra. Decimos esto, por cuanto el citado numeral no establece un supuesto excluyente, de manera tal que pudiera admitirse la interpretación a contrario. Simplemente, efectúa una afirmación que, además de obvia, resulta indiscutible.

Así, la coexistencia de los artículos 1667 y 1671 es perfectamente posible, en la medida en que el artículo 1667 solo alude al arrendamiento de los bienes por parte

del administrador de los mismos; vale decir, al arrendamiento de un bien por alguien que, si bien no es propietario del mismo, sí cuenta con autorización del dueño o con autorización legal o judicial para poder arrendarlo.

En cambio, el artículo 1671 regula el caso del arrendamiento de bien ajeno, en estricto; supuesto para el cual quien arrienda no cuenta con ninguna autorización para estos efectos.

En tal sentido, una vez efectuada la distinción de los ámbitos de aplicación de ambos numerales, solo cabría establecer si el artículo 1667 nos conduce inexorablemente al caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero; o si, por el contrario, queda abierto el camino del arrendamiento de bien ajeno en estricto.

Así, más allá de la defectuosa redacción del artículo 1671, si efectuásemos una interpretación literal de la norma, deberíamos llegar a la conclusión de que todo arrendamiento de bien ajeno, en estricto, se rige por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

No obstante, conforme a una interpretación sistemática del artículo 1409 (inciso 2) y de los artículos 1537 y 1627, deberíamos concluir en que el artículo 1671 es un precepto de redacción equivocada; ya que en esta norma se quiso dar a entender un supuesto más de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero de ninguna manera un caso de arrendamiento de bien ajeno en estricto.

Estimamos que el régimen al respecto debe entenderse como dual, en el sentido de que si las partes contratantes desean celebrar y celebran una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referida a la futura celebración de un contrato de arrendamiento, dicho acto se regirá por las normas de los artículos 1470, 1471 y 1472.

En cambio, si los contratantes han celebrado un contrato de arrendamiento y el bien es ajeno, dicho contrato se regirá por las normas propias del contrato de arrendamiento. En tal caso, serán de aplicación al caso, *mutatis mutandis*, las consideraciones vertidas por nosotros al analizar el régimen legal peruano en torno al contrato de venta de bien ajeno[9].

En adición a lo señalado, debemos reparar en el hecho de que el Código Civil establece, en su artículo 1669, lo siguiente:

> Artículo 1669.- El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.

---

[9] Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. XVIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo II, pp. 395-446, y tomo III, pp. 27-222.

Esta norma nos trae a la memoria lo dispuesto por el artículo 978 del Código Civil:

> Artículo 978.- Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto solo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto.

Sin duda, el arrendamiento de una parte específica de un bien, que se encuentra bajo el régimen de copropiedad, es un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva; en la medida en que, conforme a lo dispuesto por el artículo 974 del propio código, cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común siempre que no altere su destino, ni perjudique el interés de los demás.

En tal sentido, a pesar de no tratarse de un acto de enajenación, dada la naturaleza del arrendamiento, este acto sí importaría el ejercicio de propiedad exclusiva.

En sede de compraventa, existe una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 978 y lo relativo al artículo 1540. Este último regula la venta de bien parcialmente ajeno, en tanto que el artículo 978 considera que el contrato es válido solo desde la ratificación por los demás condóminos. Y, en cambio, el artículo 1540 estima que el contrato es válido en origen y susceptible de rescisión.

Tal divergencia no se advierte en el caso del contrato de arrendamiento de bien parcialmente ajeno, específicamente, si es parcialmente ajeno por encontrarse en situación de copropiedad y si es arrendado por uno de los copropietarios.

Tanto para el artículo 978 como para el 1669, el contrato de arrendamiento, celebrado en esas condiciones, solo será válido desde el momento en que se adjudique el bien (entiéndase la totalidad del bien) o la parte al copropietario que celebró dicho arrendamiento en condición de arrendador.

La adjudicación de la totalidad o de la parte correspondiente se entendería según lo que haya dispuesto dicho copropietario-arrendador.

En otras palabras, para los artículos 978 y 1669 un arrendamiento de estas características, en principio, no es válido, por no contar el copropietario con la facultad de disponer de una parte material del bien indiviso (ya que sobre él no se ha realizado la división y partición correspondiente).

El copropietario es dueño de una cuota ideal sobre el bien, es decir, ese bien en parte le pertenece y en parte no (en parte es propio y en parte es ajeno).

En virtud de lo anotado anteriormente, queda claro que el artículo 1669 del Código Civil bien podría ser derogado, ya que tanto el contrato de arrendamiento, como cualquier otro que importe el ejercicio de propiedad exclusiva por uno de los copropietarios, deberían regirse por la norma general del artículo 978 del Código Civil. Caso contrario, con el mismo fundamento de la creación del artículo 1669 se tendría que crear normas análogas en la mayoría de contratos típicos regulados por el código.

4. ¿Quién puede ser arrendatario?

La regla general es que cualquier persona puede ser arrendatario de un bien, salvo que la ley lo impida.

En tal sentido, el artículo 1668 del Código Civil Peruano de 1984 se encarga de establecer que no pueden tomar en arrendamiento el administrador (respecto de los bienes que administra) y aquel que por ley está impedido.

Entendemos que el caso del administrador con relación a los bienes que administra resulta un principio de absoluta equidad, establecido, fundamentalmente, para evitar que se produzcan situaciones de injusticia en las que un administrador de bienes ajenos celebre un contrato consigo mismo, como arrendatario de uno de los bienes que administra.

La ley entiende que aquí se presenta uno de esos casos en los que existe conflicto de intereses, ya que el administrador podría aprovecharse de su condición para proceder a convertirse en arrendatario, bajo condiciones sumamente beneficiosas.

No obstante, debemos recordar que este sería un típico caso del denominado contrato consigo mismo, el cual se encuentra regulado por el artículo 166 del Código Civil Peruano. Esta norma establece que es anulable el acto jurídico que el representante concluye consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo haya autorizado, específicamente, o que el contenido del acto jurídico haya sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La norma agrega que el ejercicio de la acción le corresponde al representado.

5. Concurrencia de arrendatarios

Según refiere Jack Bigio[10], debe notarse que el artículo 1670 del Código Civil no hace distinción en cuanto a la naturaleza de los bienes arrendados a que se aplica; por lo tanto, es claro que la norma se refiere tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles. En caso de concurrencia, el precepto establece un orden de preferencia que se basa en pautas objetivas (inscripción, posesión, fecha cierta, título de fecha anterior) que, a su vez, deben ir acompañadas de otro elemento indispensable: la buena fe, puesto que si se comprobase la mala fe de uno de los arrendatarios que concurren, aunque el mismo hubiese inscrito su derecho, no tendría preferencia en relación a otro que procedió de buena fe, incluso si este último no hubiera inscrito su derecho.

---

[10] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 58-60.

Dentro de estas ideas, Bigio precisa que el orden de preferencia que establece el artículo 1670 es el siguiente:

a) Se prefiere al arrendatario de buena fe que ha inscrito en primer lugar el arrendamiento. La norma, al otorgar preferencia a la inscripción registral, se ubica en la misma línea de la regla contenida en el artículo 1135 del Código Civil; en la medida en que recoge como criterio el elemento de buena fe y establece como primera prioridad la inscripción del derecho. Esta preferencia tiene como fundamento el conocido adagio según el cual se establece que la preferencia en el Derecho, la tiene el primero en la inscripción.
b) En defecto de la inscripción, se preferirá al que tiene la posesión del bien.
c) Si ninguno estuviese en posesión del bien, prevalece quien tuviera documento de fecha cierta anterior. Cuando se dice que: «[...] será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste en documento de fecha cierta», se entiende que —excluyendo los supuestos (a) y (b)— quien posea documento de fecha cierta tendrá preeminencia, incluso en la hipótesis en que alguno tenga título de fecha anterior.
d) Y, por último, de no presentarse ninguno de los supuestos precedentes, se preferirá al arrendatario cuyo título sea de fecha anterior.

Según precisa Bigio, debe aclararse que aquí el concepto de buena fe debe ser entendido como el desconocimiento de que el mismo bien ha sido arrendado con anterioridad a otra persona y se requiere, como queda dicho, en todos los supuestos.

Recuerda el citado profesor, que el numeral suprime la referencia que hacía el artículo 1506, inciso 2, del Código Civil anterior, en cuanto a que el monto de la renta pueda ser determinante para otorgar la preferencia en caso de concurrencia de derechos que en principio son igualmente válidos.

Por nuestra parte, podemos decir que la concurrencia de arrendatarios es un supuesto más de concurrencia de acreedores.

En tal sentido, convendría analizar este particular partiendo del tratamiento general que, sobre la materia de concurrencia de acreedores, tiene el Código Civil en sus artículos 1135 y 1136[11].

Dentro del libro VI de las obligaciones, en el título sobre las obligaciones de dar, encontramos los artículos 1135 y 1136, los cuales se refieren a la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y muebles respectivamente. Dichos artículos establecen lo siguiente:

[11] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, vol. XVI, primera parte, tomo I, pp. 317-504.

> Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
>
> Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Para un distraído lector, los artículos citados podrían entenderse referidos solo al orden de preferencia para la transmisión de propiedad, en caso de existir diversos acreedores. Sin embargo, el ámbito de ambas normas es distinto, ya que sus preceptos se aplican, en términos generales, a la concurrencia de acreedores respecto de las obligaciones de dar; vale decir, a todos aquellos casos en que por cualquiera de las fuentes de las obligaciones (los contratos, la voluntad unilateral o la ley) una persona se encuentre obligada a entregar el mismo bien, en calidad de deudor, a diversos acreedores, quienes no necesariamente pueden tener títulos o derechos similares sobre el bien.

Los acreedores, en efecto, podrían actuar con títulos de distinta naturaleza, pero lo relevante será que todos ellos tengan derecho a que el deudor les entregue el mismo bien; ya sea para el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad (uso o goce) o ya sea la propiedad misma[12].

Así, uno de los acreedores puede haber celebrado un contrato de arrendamiento con el deudor, otro un contrato de permuta y un tercero un contrato de compraventa. De acuerdo con el orden de prelación establecido por los artículos 1135 y 1136, podría darse el caso de que el bien deba ser entregado al acreedor que celebró el contrato de arrendamiento y no a los otros acreedores, a quienes el deudor se obligó a transferir la propiedad del bien. Y es que, lo reiteramos, la finalidad de estos artículos es únicamente la de establecer un orden de preferencia para la entrega de los bienes.

Pero hay un caso en que el ámbito de aplicación de ambos artículos puede verse enriquecido. Se trata del supuesto en el cual la concurrencia de acreedores recae solo sobre personas cuyos títulos implican la obligación del deudor de transferirles la propiedad del bien.

---

[12] Respecto del tema de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, también reviste singular interés lo señalado por Gastón Fernández Cruz (Fernández Cruz, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». *Derecho*, n.° 41. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1987, pp. 215-219).

Si nos remitiésemos a la finalidad genérica de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, diríamos que, simple y llanamente, ellos determinan a quién va a entregarse el bien. Pero dicha entrega, por el carácter de los contratos celebrados entre el deudor y los diversos acreedores, determinará que uno de ellos, aquel a quien se le entregue el bien, ejerza sobre el mismo todos los derechos de propietario.

Aquí vemos como los artículos de concurrencia de acreedores, si bien no tienen como finalidad regir la transferencia de dominio, en el supuesto que hemos mencionado, tienen directa relación con este tema. Vale decir, luego de haber planteado el problema, observamos que las normas relativas a la transferencia de propiedad, los artículos 947 y 949, no están aisladas, sino que en ciertos casos deben concordarse con los numerales 1135 y 1136.

Evidentemente, estos conceptos también se aplican cuando la concurrencia de acreedores comprende la constitución de derechos reales distintos al de propiedad; como sería el caso del uso, habitación, usufructo, superficie, servidumbres o posesión; derechos reales de garantía como la hipoteca, la prenda o la anticresis; o, incluso, cuando estemos en presencia de cualquier otro título diverso que implique haberse obligado a entregar un mismo bien a más de un acreedor.

Nos ratificamos en el concepto de que, al no hacer el Código Civil Peruano excepción alguna, sus normas de concurrencia de acreedores son de aplicación a todos los casos —sin exclusión— en que un deudor se obligue a entregar un bien a más de un acreedor; sea por el título que fuere y para constituir o no derechos reales.

Conviene mencionar, en este punto, que si bien es cierto que las normas sobre concurrencia de acreedores, contempladas por el código en sus artículos 1135 y 1136, son de aplicación general a la multiplicidad de obligaciones de dar o contratos susceptibles de generar dichas obligaciones, el propio código ha recogido dentro del contrato de arrendamiento una norma especial referida a la concurrencia de arrendatarios. Se trata del artículo 1670, que establece lo siguiente:

> Artículo 1670.- Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta.

El artículo transcrito ha merecido opinión favorable por parte de un agudo profesor[13]; pero, más allá del problema que aparentemente supera, nos manifestamos contrarios a la permanencia de esta norma en el Código Civil Peruano de 1984. En

[13] Nos referimos a la opinión de Juan Luis Hernández Gazzo (Hernández Gazzo, Juan Luis. «Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores». *Ius et Ventas*. Revista de Derecho

abono de nuestra posición, cabe imaginar el supuesto en el cual estuviésemos frente a una concurrencia de acreedores en donde parte de los mismos sean arrendatarios y los restantes cuenten con títulos de distinta naturaleza. En tal caso, habría que aplicar únicamente las reglas generales de los artículos 1135 y 1136, y abstenernos de hacerlo con relación al artículo 1670, el cual únicamente es aplicable cuando la totalidad de los acreedores que concurran para la entrega de un bien sean arrendatarios (supuesto, por lo demás, poco frecuente).

---

editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, n.° 7, pp. 188-193).

Consideramos de interés citar, al respecto, la opinión del mencionado profesor:

«La función de los mecanismos de preferencia en las normas sobre concurrencia de acreedores es la de establecer a quien —entre los varios acreedores— se va a elegir para el goce exclusivo del derecho reclamado.

Con la elaboración de tal prelación lo que se nos dice en el fondo es cuál es el orden, de mayor a menor grado de importancia, que el legislador otorga a cada mecanismo de preferencia.

Como ya lo hemos mencionado, analizando los artículos 1135 y 1136, nos daremos cuenta de que en el caso de los bienes inmuebles la inscripción es para el legislador el máximo mecanismo de preferencia; para el caso de los bienes muebles, comprobaremos que la tradición es el supremo de los mecanismos. Constatamos también que, nuestro codificador considera la prioridad en el tiempo como la regla a seguir, teniendo en cuenta que la fecha cierta —no solo es la que consta en instrumento público— primará sobre la fecha que sea dubitable. Analicemos la racionalidad de los mecanismos de preferencia regulados en nuestro Código Civil. Para lograr dicho fin, investigaremos en abstracto cuál creemos que sería la mejor forma de regulación de dichos mecanismos, para luego compararla con el contenido de nuestras normas [...].

Si la función principal de la concurrencia de acreedores está —frente a diversos acreedores que reclaman derechos sobre un mismo bien— en escoger al acreedor que vencerá en la concurrencia para ejercer de manera exclusiva el derecho reclamado, los mecanismos de preferencia deberán ser idóneos para recoger como superior al mecanismo que mayor publicidad de a los derechos, pues solo a partir de la publicidad de un derecho podrá exigirse al resto su respecto, para permitir el uso exclusivo anhelado.

En atención a lo antedicho, consideramos que para poder gozar de un derecho en forma exclusiva tienen que darse las condiciones necesarias para que el resto pueda tener la información a su alcance de que tal derecho no les pertenece y, por lo tanto, hacerlo oponible *erga omnes*. Sin embargo, para poder adquirir un derecho (es decir, para el supuesto de las transferencias), no solo interesa saber a qué personas no les pertenece, sino fundamentalmente a quien le pertenece, pues de él se adquirirá el derecho pretendido. A esos medios capaces de brindar información sobre la titularidad de los derechos, y por ende generar oponibilidad, se les denomina signos de recognoscibilidad. De no existir tales signos, no tendríamos la posibilidad de saber quién es el titular del derecho, ni la seguridad de que adquirirá un derecho exclusivo frente a los demás. Estos signos de recognoscibilidad pretenden generar las condiciones propicias, a base de dar publicidad a los derechos de manera objetiva, para la seguridad jurídica dentro del tráfico económico de bienes que se produce en nuestra sociedad. A través de ellos, los sujetos podrán tener la información suficiente sobre los riesgos o garantías que la adquisición que van a realizar les brinda, la forma de oponer su derecho a terceros y en función de esa información valuar correctamente el derecho que desean adquirir, originando de esta manera transacciones eficientes [...].

6. El principio de identidad

Conforme a lo establecido por el artículo 1672 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1672.- El arrendador no puede realizar en el bien innovaciones que disminuyan el uso por parte del arrendatario.

Esta afirmación nos conduce inexorablemente a abordar de manera integral el principio de identidad en torno al contrato de arrendamiento y, específicamente, respecto a las obligaciones del arrendador.

Como se sabe, este principio se encuentra establecido de manera general en el artículo 1132 del Código Civil:

> Artículo 1132.- El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor.

Los signos de recognoscibilidad de derechos que se conocen son la posesión y el registro. Estos dos signos existen en nuestro ordenamiento, y han sido consagrados en los artículos 912 y 2012, respectivamente, del Código Civil de 1984. Es válido aclarar que si bien el artículo 912 se refiere a la presunción como propietario exclusivamente, no se puede negar que si la posesión es capaz de generar presunción respecto del "derecho máximo" como lo es el de propiedad, es obvio que puede brindar también recognoscibilidad respecto a otros "derechos menores". La posesión como signo de recognoscibilidad no nos brinda una información perfecta. Podemos imaginar una serie de situaciones en las que el poseedor no sea el titular del derecho que afirma le corresponde; por ejemplo, los casos de todos los poseedores ilegítimos, de los legítimos inmediatos (arrendatarios, usufructuarios, comodatarios, etc.) que dicen ser propietarios, etc. Son múltiples las situaciones que podríamos mostrar en las que la posesión como signo de recognoscibilidad nos brinda una información equívoca. Sin embargo, es clara la utilidad de la posesión como medio de ofrecer información sobre la titularidad de derechos, pues lo normal —y más frecuente en términos cuantitativos— es que los poseedores aparenten el derecho del cual son titulares. En consecuencia, a pesar de que la información hecha pública por la pose sión no nos pueda generar confianza plena en todos los casos, es indudable su utilidad, pues el error suele ser la excepción y no la regla. Otra razón importante para el uso de la posesión como signo de recognoscibilidad es que "[...] el registro tiene, como limitación, el ser un signo más oneroso, y por tanto, genera en algunos casos costos mayores a los que aliviaría por la certeza de la que está dotado [...]. Entonces la posesión aparece (en esos casos) como el elemento más adecuado, porque el costo que genera su verificación es sustancialmente menor [...]".

A pesar de lo expuesto, debemos reconocer el grado de inseguridad —por ende, de riesgo— que en determinadas transacciones puede originar la posesión como signo de recognoscibilidad, es por ello que origina solo una presunción iuris tantum sobre la titularidad del derecho.

El registro es el mayor signo de recognoscibilidad que se conoce. Este se caracteriza por ofrecer una información perfecta respecto de los sujetos titulares de derechos. Debemos aclarar que al aludir a información perfecta nos estamos refiriendo a los efectos absolutos que el ordenamiento da al contenido de las inscripciones, incluso en el caso que esa información no esté de acuerdo con la realidad. Por lo tanto, el actuar de las personas que confían en la información brindada por el registro para la realización de sus transacciones es protegido por el Derecho. Por ende, se entiende que existe una presunción iuris et de iure respecto al conocimiento del contenido de las inscripciones».

Este principio, que a pesar de encontrarse regulado dentro de las obligaciones de dar bienes ciertos resulta aplicable a todo el derecho de obligaciones, establece que el deudor debe cumplir con la prestación a la cual se ha obligado, no pudiendo pagar con algo distinto a menos que su acreedor acepte dicho pago. En tal caso, se estaría configurando una dación en pago o novación objetiva.

El principio de identidad, en lo que respecta a la entrega de bienes ciertos, siempre ha sido analizado desde la perspectiva que observa a la obligación desde su nacimiento hasta la entrega del bien. Y ello ha sido así en función a que resulta inevitable, no solo para el legislador, sino para cualquier hombre de Derecho, imaginar fundamentalmente aquella situación que resulta más común en la práctica.

En tal sentido, tal vez la obligación de dar más común sea aquella por la cual el deudor se obliga a transferir la propiedad de un bien cierto, y no aquellas otras en donde el deudor se obliga a dar el bien por un título diferente; vale decir, con el objeto de que su acreedor solo use o disfrute del mismo.

De esta forma, el principio de identidad siempre ha sido tomado como que concluye con la entrega del bien. Ello es así en todas las obligaciones de ejecución inmediata; vale decir, en aquellas obligaciones donde el deudor no asume el deber de mantener el bien en posesión del acreedor para que luego este se lo devuelva.

En otras palabras, el principio de identidad termina cuando finaliza el deber del deudor. Así, si el deber concluye con la entrega, no se hablará más del principio de identidad; pero si el deber de mantener el bien en posesión del acreedor se prolonga en el tiempo, el principio de identidad también se prolongará tanto tiempo como dure la ejecución de la obligación asumida.

Esto significa que, en resguardo del cumplimiento de este principio, el deudor del bien asume determinados deberes que implican un hacer y un no hacer.

En tal sentido, la propia ley establece como obligación del arrendador no realizar innovaciones en el bien que disminuyan el uso del mismo por parte del arrendatario.

Esta obligación de no hacer no solo se extiende desde el nacimiento de la obligación hasta la entrega el bien, sino que además permanece vigente durante todo el plazo en que el arrendatario usa del bien.

Resulta evidente que antes de la entrega (vale decir, cuando el arrendador tiene en su poder el bien) sería factible realizar estas modificaciones indebidas, situación que expresamente prohíbe la ley en el citado artículo 1672.

Pero también el Código Civil se coloca en la eventualidad de que el arrendador pueda introducir dichas innovaciones, que disminuyan el uso por parte del arrendatario, con posterioridad a la entrega del bien. Si bien es cierto que esta situación resultará más difícil, no por ello será imposible, en la medida de que su realización se encuentre al alcance del arrendador.

No obstante que el artículo 1672 solo hace referencia a innovaciones que disminuyan el uso del bien por parte del arrendatario, en realidad la obligación de no hacer se extiende a toda clase de innovaciones (salvo aquéllas que impliquen conservar el bien en el estado en que este se encontraba cuando fue entregado al arrendatario).

Ello significa que a pesar de que el arrendador deseara introducir en el bien innovaciones que mejorasen su uso por parte del arrendatario, no las podría efectuar si no contase con la autorización expresa de este último (dado que, al no tratarse de reparaciones al bien, no resultarían indispensables para la continuación del arrendamiento, así como tampoco irían de la mano con el principio de identidad). Se podría decir que con las innovaciones (ya sea que aumenten o que disminuyan el uso del bien), el arrendador estaría yendo contra el principio de identidad.

Estimamos que el alcance del principio establecido por el artículo 1672 es mucho más amplio que lo señalado en la norma misma, en la medida en que el arrendador debe conservar el bien sin innovaciones durante todo el plazo en que sea poseído por el arrendatario.

Resulta necesario precisar también que cualquier innovación que se introduzca en el bien por parte del arrendador correrá por cuenta del arrendador; vale decir, que si ella fuese autorizada por el arrendatario, quien debería correr con los gastos de dicha innovación sería el arrendador y no el arrendatario. Ello, naturalmente, si ambas partes no han pactado algo distinto.

Dejamos constancia de que diferente sería la situación de las reparaciones o mejoras necesarias que se introduzcan en el bien, tema que será abordado seguidamente.

7. Supuesto en que el bien requiera de reparaciones urgentes

En virtud del artículo 1673 del Código Civil Peruano, se establece lo siguiente:

> Artículo 1673.- Si en el curso del arrendamiento el bien requiere reparaciones que no pueden diferirse hasta el fin del contrato, el arrendatario debe tolerarlas aun cuando importen privación del uso de una parte de él.

Cuando analizamos el principio de identidad manifestamos que el arrendador no podrá realizar innovaciones en el bien sin autorización del arrendatario.

Así, resulta evidente que el arrendador tiene la obligación de mantener el bien a disposición del arrendatario en el mismo estado en que se encontraba al momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, el arrendador no solo tiene el deber de mantener el bien en ese mismo estado, sino también tiene el derecho de conservarlo en dicho estado.

Esto por varias razones.

En primer término, porque a pesar de encontrarse arrendado el bien, el propietario sigue siendo dueño del mismo, y tiene la expectativa de recuperar la posesión una vez concluido el contrato de arrendamiento.

Asimismo, dicha expectativa consiste en recibir en devolución el bien en el mismo estado en que se encontraba al momento de entregarlo al arrendatario, sin mayor deterioro que el del uso normal que se haga de él.

Sin embargo, si se produjera una situación que ameritara una reparación urgente del bien —como podría ser el caso de una columna que estuviera cediendo al peso de la construcción o una tubería que necesitase ser cambiada para evitar el colapso del inmueble— el arrendador, en su calidad de deudor del bien (en el sentido de tener que mantenerlo durante el plazo del contrato en el mismo estado en que se encontraba cuando contrató), tendrá el deber de repararlo; y esta reparación, al ser una reparación hecha por el arrendador propietario del bien, en la mayoría de veces no tendrá la condición de mejora (por lo menos de aquellas mejoras que interesan al derecho civil), que son aquellas introducidas en el bien por el poseedor no propietario, que interesan —justamente— si su valor deberá ser reembolsado por el propietario no poseedor.

Simplemente, se tratará de la reparación del bien para que siga en el mismo estado.

Es claro que el arrendatario resultará en la mayoría de casos beneficiado con dicha reparación, en la medida de que —precisamente— se está resguardando el cumplimiento idóneo de las obligaciones asumidas por el arrendador.

En tal sentido, por lo general, el arrendatario va a tolerar con agrado que el arrendador efectúe estas reparaciones, ya que ello le conviene.

Pero podría presentarse una situación distinta: que, dado el inminente colapso del bien, dichas reparaciones deban requerir la privación total del uso del bien por parte del arrendatario.

Esta situación, no prevista por el artículo 1673 del Código Civil, implicaría, sin duda, que la obligación del arrendador se extinguiese por resultar de imposible ejecución. En tal sentido, el contrato se resolverá de pleno derecho. Asimismo, en dicha situación solo cabría analizar si el colapso del bien obedeció a culpa del arrendador, caso en el cual este debería pagar al arrendatario una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; o si tal colapso obedeció a una situación ajena al accionar de las partes; vale decir, a un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor o la simple ausencia de culpa del arrendador, a pesar de que el mismo hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil Peruano).

No obstante, el artículo 1673 contempla el caso en el cual las reparaciones que haya que efectuar en el bien sean absolutamente urgentes, pero que no impliquen la privación del uso total del bien por parte del arrendatario, sino una privación parcial del mismo.

En tal sentido, ya que por el viejo principio de derechos reales todo bien se pierde en perjuicio de su dueño (*res perit domino*), el arrendador tendrá todo el derecho de tomar las acciones del caso para resguardar la integridad del bien, realizando las reparaciones a que haya lugar.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1673 impone al arrendatario la obligación de tolerar dichas reparaciones, entendiendo que las mismas no solo benefician al arrendador sino también al propio arrendatario.

Pero la ley también entiende que estas reparaciones pueden causar una enorme perturbación al arrendatario en el uso del bien, en tanto no le permitan efectuar un uso armónico e integral del mismo.

En tal sentido, si esas reparaciones implicasen un uso más restringido del bien en su conjunto (por las limitaciones que impondrían los actos reparatorios) o si dichas reparaciones implicasen la privación del uso de una parte específica del bien, el Derecho entiende que tal injusticia debería ser corregida.

Así, en el supuesto que los daños que han dado lugar a las reparaciones no hayan sido causados por culpa del arrendatario, este tendrá la facultad de resolver el contrato o solicitar una reducción de la renta, proporcional al menor uso que en general haga del bien o a la menor área que pueda utilizar del mismo (en caso esta pudiera identificarse de manera específica).

Así lo establece el artículo 1674 del Código Civil:

> Artículo 1674.- Cuando para reparar el bien se impide al arrendatario que use una parte de él, este tiene derecho a dar por resuelto el contrato o a la rebaja en la renta proporcional al tiempo y a la parte que no utiliza.

Antes de concluir con estos comentarios, debemos señalar que la ley no establece el tiempo de privación que podría dar origen a la resolución del contrato. Es lógico que no lo haga, pues se trata de un Código Civil y no de un libro de matemáticas.

Sin embargo, debemos considerar que los tribunales deberán apreciar, con estricto criterio de equidad, si el arrendatario está haciendo un uso correcto de su facultad de resolver el contrato o si tal iniciativa constituye un abuso del derecho.

8. Lugar de entrega y restitución de los bienes arrendados

El Código Civil no contempla, en materia de arrendamiento, norma alguna en torno al lugar donde se debe efectuar la entrega del bien por parte del arrendador al arrendatario.

En tal sentido, si el bien fuese inmueble, el mismo deberá entregarse en el lugar donde este se encuentre al momento de la celebración del contrato, salvo que las

partes hayan pactado algo distinto, como podría ser el caso de haber convenido una entrega ficta del mismo (cuando se considere entregado con la entrega de las llaves, por ejemplo).

En el caso de los bienes muebles, al no existir un principio especial, deberá aplicarse la norma general establecida por el artículo 1238 del Código Civil. Ésta establece que el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor salvo estipulación en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Esto significa que, en principio, el bien mueble debería ser entregado en el domicilio del deudor del bien; y el deudor del bien, al inicio del contrato de arrendamiento, no es otro que el arrendador.

Por otra parte, en lo que respecta al lugar de restitución del bien, el código no contempla norma alguna en caso de inmuebles. Ello es comprensible en la medida de que, dada la naturaleza de este tipo de bienes, la devolución del bien, fundamentalmente, se efectuará en el lugar donde se encuentre, salvo convenio de tradición ficta.

En cambio, el Código Civil sí establece norma especial para el caso del lugar de devolución de un bien mueble arrendado. En tal sentido, el artículo 1675 del Código Civil prescribe:

> Artículo 1675.- El bien mueble arrendado se debe restituir en el lugar en que fue entregado, salvo pacto distinto.

Sin duda, lo prescrito en esta norma constituye una variación de lo señalado por la norma general del artículo 1238, ya que no necesariamente el lugar donde fue entregado el bien será el domicilio del deudor. Sin embargo, la ley, con un precepto como este, solo busca que para el caso de la devolución del bien se sigan los mismos criterios que se utilizaron para la entrega del mismo.

9. El pago de la renta

Como ha sido expresado anteriormente, en el contrato de arrendamiento constituye obligación fundamental del arrendatario el pago de la renta.

Ésta, como hemos señalado, podrá consistir en dinero, signos que representan el dinero o bienes de cualquier otra naturaleza.

9.1. El pago de la renta como obligación conjuntiva

La obligación de pagar la renta constituye —sin lugar a dudas— una obligación de carácter conjuntivo, ya que implica la existencia de varias prestaciones que deberán ser ejecutadas para considerar efectuado el pago íntegro.

Esto significa que en el supuesto de que la renta se hubiese pactado para ser pagada mensualmente, cada mensualidad representará la ejecución de una prestación por parte del arrendatario; prestación que será independiente —jurídicamente hablando— de la renta anterior o rentas anteriores, y de la renta futura o rentas futuras.

Decimos que cada mensualidad o renta es diferente de las anteriores y futuras porque tiene autonomía e independencia. Esto en el sentido en que corresponde, no al pago de una parte de una prestación, sino al pago íntegro de una prestación independiente, que constituye contraprestación del mes transcurrido.

9.2. El pago de la renta apreciado como obligación alternativa

El rubro planteado constituye una contradicción con lo abordado cuando tratamos la obligación de pago de la renta, la cual considerábamos de naturaleza conjuntiva.

Sin embargo, existe un supuesto en el cual ello podría no ser contradictorio[14].

El artículo 1164[15] del Código Civil Peruano plantea el supuesto en el cual una obligación alternativa tiene por objeto dos o más prestaciones periódicas.

Debemos precisar que, dentro del concepto de prestaciones periódicas, deben comprenderse las siguientes:

a) Las prestaciones periódicas propiamente dichas.
b) Las prestaciones periódicas de carácter continuado.

En virtud del principio de unidad de la prestación (en este caso extendido al supuesto de pluralidad de prestaciones), esta debe ser ejecutada íntegramente.

En una obligación alternativa con prestaciones periódicas se plantean, para quien deba realizar la elección, dos caminos. Luego de decidir por uno de ellos, no podrá retroceder y comenzar con el otro. En este caso, cada uno de los caminos es irreversible. La opción elegida deberá ser cumplida en su integridad, sin que se pueda transitar por parte de una y por parte de otra.

Pongamos un ejemplo. Un deudor se obliga frente a su acreedor de manera alternativa a arrendarle un inmueble (para ser destinado a un establecimiento de venta de artefactos electrodomésticos), y le da como contraprestación (aquí está la alternatividad) la cantidad de 2,000 nuevos soles mensuales o un televisor marca Sony nuevo de 17 pulgadas, también mensualmente, como renta.

---

[14] Ver Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, tomo II, pp. 371-386.

[15] Artículo 1164.- Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si quien debe efectuar la elección es el deudor y este paga la primera mensualidad con la entrega de un televisor, deberá cumplir el resto de mensualidades con similar prestación. De ninguna manera (salvo que lo permita el acreedor) podrá cumplir con la entrega de los 2,000 nuevos soles en otra mensualidad y así alternativamente.

Ello nos lleva a plantearnos la hipótesis de que resulte imposible continuar con la ejecución de la prestación elegida. Esto podría suceder si luego de cuatro meses, por ejemplo, se descontinuara la fabricación de televisores de la marca Sony. En tal supuesto, salvo un nuevo acuerdo con el acreedor, la obligación se resolvería, ya que su ejecución resultaría imposible sin culpa de las partes.

La solución del Código Civil Peruano se sustenta en que es principio del Derecho disipar la incertidumbre. Y ello se logra, sin duda, con la primera y única elección —salvo las excepciones previstas por la ley— la cual fija efectivamente el objeto.

Resulta necesario señalar, adicionalmente, que la innovación más importante con relación al Código Civil de 1936, acogida por el artículo 1164 del Código Civil vigente, es que la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que él alude. Debe presumirse que la manifestación de voluntad expresada para un período alcanza a los demás.

Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, quien podrá adoptar las previsiones necesarias para ejecutar la prestación en los períodos siguientes. Se abandona, por otra parte, la expresión «prestaciones anuales», que empleaba el Código Civil de 1936, para sustituirla por la expresión «prestaciones periódicas», la cual revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la «periodicidad» y no la «anualidad» la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado solo opera cuando no resulte lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

El tema al cual se refiere el artículo 1164 del Código Civil Peruano no es nuevo. Ya Pothier[16] decía, apoyándose en una ley romana, que en las rentas y pensiones anuales alternativas, como si se tratara de una renta de treinta libras o un moyo de trigo por cada año, el deudor puede escoger cada año una de las dos cosas. Así, aunque haya pagado el primer año la suma de dinero, puede optar en el segundo año por el moyo de trigo y viceversa.

El Código Civil Argentino recoge un principio opuesto al del artículo 1164 del Código Civil Peruano. Su artículo 640 establece que cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros.

---

[16] Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Traducido al Español por M. Dupin y M. C. De las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1948, tomo I, *Del contrato de venta*, p. 204.

Los autores argentinos avalan el principio de su Código Civil. Así, Luís María Boffi Boggero[17] señala que el fundamento de la norma es que no se trata de pagos parciales de una obligación única, sino de pagos autónomos, de pagos diferentes, donde nace una nueva facultad de opción a partir de cada vencimiento. Boffi Boggero precisa, adicionalmente, que aunque la elección se hubiese reiterado durante varios períodos, subsiste el derecho de opción consagrado por el artículo 640 del código de su país, y agrega que el principio general es válido para esta hipótesis. No obstante ello, Boffi Boggero admite que si de los términos del contrato o de otras circunstancias surgiese que las partes han acordado que la elección por un año valiese para los otros, al tratarse de un principio que no reviste carácter imperativo, la norma dejaría su sitio a la estipulación nacida de la autonomía de la voluntad.

Por nuestra parte, señalamos que el principio recogido por el código Argentino, y los fundamentos que lo sustentan, revisten solidez, lo cual nos hace ver que en determinados aspectos resulta más conveniente la flexibilidad del precepto que la rigidez. Sin embargo, el principio recogido por el Código Civil Peruano resulta coherente, razón por la que creemos que el problema se reduce finalmente a un criterio de opción legislativa[18].

9.3. Momento de pago de la renta

En virtud de lo establecido por el artículo 1676 del Código Civil:

> Artículo 1676.- El pago de la renta puede pactarse por períodos vencidos o adelantados. A falta de estipulación, se entiende que se ha convenido por períodos vencidos.

En primer lugar, habría que decir que el artículo 1676, antes citado, no establece una presunción en torno al plazo de cada período.

En tal sentido, se entenderá que las partes deberán pactar en el contrato de arrendamiento cada cuántos días, semanas, meses o años se entenderá que vence un período. Así, el período podría ser diario, semanal, mensual, anual o el que las partes consideren conveniente pactar.

Sin embargo, podríamos imaginar el supuesto en el cual las partes hubiesen omitido, inadvertidamente, establecer la duración de cada período.

Pensamos que en tal situación, y naturalmente si las circunstancias del caso o una interpretación integral del contrato mismo no permitiesen deducir algo distinto, debería entenderse que los períodos son mensuales.

---

[17] Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Astrea 1979, tomo II, pp. 460.

[18] Ver Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, tomo II, pp. 371-386.

Pero independientemente de la duración de cada período, las partes pueden convenir que el pago de la renta se efectúe al inicio del período, al final del mismo o en algún momento intermedio.

Sobre este particular existe la más amplia libertad dentro del derecho peruano.

Sin embargo, lo que podría ocurrir es que las partes omitan efectuar tal precisión al momento de celebrar el contrato. En esta eventualidad, la ley presume, a través del artículo 1676, que el pago de la renta se ha convenido por períodos vencidos, lo cual equivale a decir que dicho pago deberá efectuarse el último día del período (no así el primer día del período siguiente, pues es razonable entender que se pague el día en que está venciendo el período al que corresponde la renta y no el día en que está comenzando el período siguiente).

Entendemos que la ley presume que la renta se pacta por períodos vencidos porque se trata de un pago que se efectúa como contraprestación a una prestación ya ejecutada. Es decir, el arrendatario paga la renta de un período por el que ya ha hecho uso del bien, y no paga la renta de un período por el que recién va a hacer uso del mismo.

Esta última situación también sería perfectamente justa, en la medida de que apreciásemos los intereses del arrendador.

Es claro que la ley ha preferido proteger los intereses del arrendatario, tal vez en aplicación directa del principio *favor debitoris*. Aquí es necesario entender, naturalmente, que nos estamos refiriendo al deudor de la renta, vale decir, al arrendatario.

Sin embargo, resulta frecuente apreciar en los contratos de arrendamiento que los contratantes acuerdan, al momento de su celebración, el pago de varias rentas o mensualidades adelantadas.

Esta deformación es fruto de la desconfianza que se generó entre arrendadores y arrendatarios en décadas pasadas con las diversas normas regulatorias del inquilinato, que tuvieron como norma más representativa el recordado Decreto Ley n.° 21938 y su respectivo reglamento.

Dicha situación llevó a que los arrendadores exigieran que los arrendatarios pagasen varias mensualidades adelantadas al momento de la celebración del contrato (independientemente de aquellas que se exigía como garantía).

Debemos precisar que situaciones como las descritas no alterarían para nada la naturaleza del arrendamiento ni de la renta.

Así, la obligación de pagar la renta continuaría siendo una de carácter conjuntivo, entendiéndose que si algunas o todas las mensualidades se pagasen por adelantado, serían diversas prestaciones independientes que se estarían pagando en un mismo momento.

10. El arrendamiento financiero

El contrato de arrendamiento financiero no está regulado propiamente por el Código Civil Peruano de 1984. Lo único que existe es una norma de remisión a las leyes especiales que rigen este contrato.

Se trata del artículo 1677 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1677.- El contrato de arrendamiento financiero, se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables.

Esta norma no pretende —en lo absoluto— regular el arrendamiento financiero, contrato típico distinto del arrendamiento propiamente dicho y, cuyas características y regulación, no son materia de este trabajo.

No obstante, podemos decir que es un contrato por el cual una empresa o persona natural, que desea usar y disfrutar de un bien, acude a una empresa de *leasing* para que esta última lo adquiera con tal propósito.

A través del *leasing*, la empresa dedicada a esta actividad cede al interesado el uso del bien durante todo el plazo que las partes prevén que el bien tendrá de vida económica o útil, o hasta que el mismo resulte obsoleto. El usuario debe pagar a la empresa de *leasing* una contraprestación consistente en dinero. Dicho pago se efectuará de manera fraccionada y hasta por el monto al que haya ascendido el precio de compra del producto en cuestión, más gastos e intereses compensatorios.

Finalizado dicho plazo, el usuario goza de la facultad de adquirir la propiedad del bien, pagando en ese momento el valor residual correspondiente.

11. El arrendamiento-venta

Si bien es cierto que el Código Civil Peruano no aborda el tema del arrendamiento-venta en el contrato de arrendamiento, sino en el contrato de compraventa, resulta pertinente recordar lo dispuesto por el artículo 1585 de dicho código. Este, como sabemos, establece lo siguiente:

> Artículo 1585.- Las disposiciones de los artículos 1583 y 1584 (preceptos relativos a la compraventa con reserva de propiedad) son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

El arrendamiento-venta o alquiler-venta es un contrato usual en nuestros días. Se trata de un acto que comparte rasgos característicos tanto de la compraventa como del arrendamiento.

Podríamos definirlo como el contrato a través del cual una parte, denominada arrendador-vendedor, se obliga a entregar un bien a la otra, denominada arrendatario-comprador. Este último contratante podrá usar y disfrutar del mismo; además deberá pagar mensualmente (o en períodos distintos, si ello así se conviniera) a su contraparte una determinada cantidad de dinero: esta constituirá, a la vez, renta y pago parcial del precio de una compraventa. La transferencia de propiedad del bien se producirá en el momento en que el arrendatario-comprador pague la última cuota convenida (que comparte, al mismo tiempo, la naturaleza jurídica de renta y de precio).

En buena cuenta, el arrendamiento-venta comparte, en su naturaleza, elementos propios del contrato de arrendamiento y del contrato de compraventa.

No pretendemos efectuar un estudio minucioso del arrendamiento-venta. Sin embargo, sería conveniente establecer de manera ordenada las características de este contrato, las mismas que pasamos a describir a continuación.

11.1. Por su nombre

Por su nombre, es un contrato nominado. En nuestro medio, sigue siendo conocido con la nomenclatura de alquiler-venta, como rezago de la terminología empleada en el medio forense antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984. Con la terminología del Código Civil vigente, sería más apropiado denominarlo arrendamiento-venta.

11.2. Por su regulación

Por su regulación, es un contrato típico, en la medida en que si bien no tiene una normatividad abundante —como podría ser un título o un capítulo completo del Código Civil o de alguna otra ley— el artículo 1585 del referido cuerpo normativo le da una regulación legal. Este precepto señala que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584, relativos a la compraventa con reserva de propiedad, resultan aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario, por efecto del pago de la merced conductiva (renta) pactada.

Sin embargo, resulta necesario precisar que el contrato de arrendamiento-venta se regirá tanto por normas de arrendamiento como por normas de compraventa.

Entendemos que todas las disposiciones generales de arrendamiento (artículos 1666 a 1676) resultan aplicables al contrato de arrendamiento-venta, con la salvedad del artículo 1677, referido al contrato de arrendamiento financiero. Este último se rige por una legislación especial y, supletoriamente, por las normas del contrato de arrendamiento y los artículos 1419 a 1425 del Código Civil, en cuanto le sean aplicables.

Creemos que también son de aplicación al contrato de arrendamiento-venta los artículos del capítulo de las obligaciones del arrendador (artículos 1678 a 1680), al igual que las normas de obligaciones del arrendatario (artículos 1681 a 1686).

Dudamos, en cambio, que resulten de plena aplicación los artículos referidos a la duración del arrendamiento, sobre todo porque el arrendamiento-venta es un contrato que se celebra —fundamentalmente— a plazo determinado; vale decir, teniendo claro un término inicial y un término final. Decimos esto porque en el arrendamiento-venta, al pactarse un precio precisamente para dicha compraventa, el mismo será simplemente la suma de todas las mensualidades (rentas) que pague el arrendatario-comprador. En tal sentido, no se concibe un arrendamiento-venta a plazo indeterminado, supuesto previsto por el artículo 1687 del Código Civil.

Por la naturaleza del arrendamiento-venta, no creemos que sea de aplicación —al carecer de sentido— lo prescrito por el artículo 1688 del Código Civil. Este establece que el plazo del arrendamiento, de duración determinada, no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenezca a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años (entendiéndose reducido a dichos plazos todo plazo o prórroga que exceda los términos señalados).

Pensamos que el referido artículo 1688 no debería aplicarse al arrendamiento-venta, en la medida de que aquella norma tiene por finalidad evitar arrendamientos a plazo fijo cuyos términos finales sean excesivamente grandes o extensos, lo cual, a su vez, podría llevar a desnaturalizar el derecho de propiedad del arrendador. En cambio, en el arrendamiento-venta no se presentaría el supuesto base o ratio legis del numeral 1688, dado que dicho contrato tiene por finalidad lograr que el arrendatario-comprador, al culminar el pago de las prestaciones convenidas como renta, se convierta en propietario del bien.

Por otra parte, el artículo 1689, el cual establece que, a falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada cuando tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo; agregando que si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada. Estimamos que dicha norma no es aplicable al contrato de arrendamiento-venta, ya que su naturaleza no se condice con los supuestos previstos en ella.

Tampoco resultan de aplicación al arrendamiento-venta los artículos 1690 y 1691:

> Artículo 1690.- El arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta.
>
> Artículo 1691.- El arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes.

En lo referente al subarrendamiento (artículos 1692 a 1695), este subcontrato sí podría resultar de aplicación al arrendamiento-venta, en la medida de que el subarrendamiento no implica cambio alguno en la posición contractual del arrendatario (quien, en nuestro caso, seguiría siendo arrendatario-comprador).

En lo que respecta a la cesión del arrendamiento (que nuestro código regula, en el artículo 1696, en la modalidad de cesión de posición contractual de arrendatario, a pesar de que podríamos estar también frente a una cesión de la posición contractual del arrendador), la misma podría aplicarse al contrato de arrendamiento-venta. Si aquí se produjera una cesión de posición contractual, ella estaría referida a la parte denominada arrendador-vendedor o a la parte denominada arrendatario-comprador, rigiéndose ambos supuestos por las normas generales de los artículos 1435 a 1439 del Código Civil Peruano.

De otro lado, en lo que respecta a la resolución del contrato de arrendamiento-venta, en principio resultarían aplicables los artículos 1697 y 1698 (norma, esta última, con un ámbito de aplicación cada vez más restringido, al desaparecer las normas especiales de regímenes de inquilinato).

Finalmente, debemos referirnos a las normas del capítulo relativo a la conclusión del arrendamiento.

A este respecto, el artículo 1699 del Código Civil establece que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas. En el arrendamiento-venta, también ocurrirá una situación similar, con la salvedad de que, al concluir el plazo pactado y haberse pagado la última cuota (o si se quiere, la última renta), el arrendatario-comprador se habrá convertido en nuevo propietario del bien.

En tal sentido, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 1700 del Código Civil, el cual establece que, una vez vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entenderá que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones (hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento).

Decimos esto, por cuanto en el arrendamiento-venta, después de concluido el plazo, el arrendatario-comprador será propietario del bien en tanto haya pagado la última cuota, teniendo derecho a la posesión del mismo (ahora a título de propietario y no de arrendatario).

En caso de no haber cumplido con el pago de la última cuota, es discutible si el arrendador-vendedor podrá demandar el desalojo del bien, la resolución del contrato o solamente la ejecución de las cuotas impagas.

No resulta aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1701, referido a arrendamientos que comprendan períodos forzosos y voluntarios. Como tampoco el artículo 1702, por idénticas consideraciones.

Igualmente, no es aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1703, por referirse a un arrendamiento de duración indeterminada.

Asimismo, la aplicación del artículo 1704 del Código Civil al arrendamiento-venta resulta un tanto confusa, ya que los supuestos planteados por dicha norma podrían resultar aplicables, en todo caso, si el arrendatario-comprador no hubiese cumplido oportunamente con el pago de la totalidad de sus cuotas.

Por otra parte, estimamos que sí es de aplicación al arrendamiento-venta lo señalado por el inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil, precepto que establece que el arrendamiento concluye, sin necesidad de declaración judicial, cuando el arrendador es vencido en juicio sobre el derecho que tenía.

Igualmente, pensamos que resulta aplicable la conclusión del arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en caso de expropiación (inciso 4 del artículo 1705), como también en caso de que el bien arrendado se destruya o se pierda totalmente (inciso 3 del mismo artículo).

Por el contrario, estimamos que el arrendamiento-venta no concluirá en los supuestos de los incisos 2 (si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo) y 5 (si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, los herederos que usan el bien comunican al arrendador que no continuarán la relación contractual).

También resultan de aplicación los artículos 1706 y 1707, preceptos relativos a la consignación.

Igualmente, resultará aplicable al arrendamiento-venta lo establecido por el artículo 1708 del Código Civil, norma que regula tres supuestos distintos de enajenación del bien arrendado y la forma cómo deberá procederse en cada uno de esos casos. Asimismo, también será aplicable, por la misma razón, el artículo 1709.

Dudamos de que sea aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto por el artículo 1710 del código, en la medida en que podría entenderse plenamente transmisible, a la totalidad de herederos del comprador-arrendatario, la obligación de adquirir la propiedad del bien pagando la integridad del precio convenido.

En cambio, el artículo 1711 del Código Civil sí resultaría de aplicación. Pero no el numeral 1712, ya que el arrendamiento-venta no es un contrato de arrendamiento regulado por ninguna ley especial que no sea el Código Civil.

Respecto de las normas de compraventa aplicables al arrendamiento-venta, consideramos pertinentes los artículos 1529 a 1531 (disposiciones generales del contrato de compraventa), así como lo dispuesto por los artículos 1532 a 1536 (normas relativas al bien materia de la venta).

Sin embargo, nos encontraríamos ante un serio problema si el bien materia del arrendamiento-venta fuese ajeno, ya que, por un lado, tendríamos la normatividad propia de la venta de bien ajeno (artículos 1537 a 1542) y por otro, al artículo 1671. Este último precepto intenta regular el arrendamiento de bien ajeno, pero, como hemos visto oportunamente, no solo desnaturaliza al arrendamiento de bien ajeno, en estricto, sino que difiere radicalmente del tratamiento recibido por la venta de bien ajeno.

Estimamos que las normas referidas al precio en la compraventa (artículos 1543 a 1548) podrían ser de aplicación, *mutatis mutandis*, al arrendamiento-venta.

En cuanto al tema de las obligaciones del vendedor, creemos que el artículo 1549 sí devendría aplicable al contrato que nos ocupa, al igual que el artículo 1550.

Estimamos que el momento en que el arrendador-vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido (artículo 1551) no será el de la entrega del bien, sino aquel en el cual se haya producido la transferencia de propiedad del mismo.

Por su parte, el artículo 1552 sí resultaría plenamente aplicable al arrendamiento-venta, ya que el bien debe entregarse inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto. Asimismo, también son de aplicación los artículos 1553, relativo al lugar de entrega, y 1554, que establece la responsabilidad del vendedor ante el comprador por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega.

Igualmente es de aplicación el artículo 1555, el cual prescribe que si al tiempo de celebrarse el contrato el comprador conoce el obstáculo que demora la entrega, no se aplica el artículo 1554 ni es responsable el vendedor de la indemnización por los daños y perjuicios.

Con relación a lo establecido por el artículo 1556, podríamos hacer de aplicación esta norma señalando que, cuando se resuelve el arrendamiento-venta por falta de entrega, el arrendador-vendedor debe reembolsar al arrendatario-comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado, e indemnizarle los daños y perjuicios sufridos.

Similares expresiones podríamos anotar con respecto al artículo 1557. Pues si, en un arrendamiento-venta, el vendedor-arrendador demorara la entrega del bien, resulta evidente que los plazos se prorrogan por el tiempo de la demora. Vale decir, que la renta (que a la vez constituye parte del precio) deberá empezar a pagarse recién a partir del momento en que el arrendatario-comprador reciba el bien.

En lo que respecta a las normas relativas a las obligaciones del comprador, la aplicación de las mismas al arrendamiento-venta resulta un tanto confusa.

Así, el artículo 1558 devendría mediatizado, pues el precio no debe pagarse, en principio, al contado en el momento de la entrega del bien, sino que deberá pagarse

en las mensualidades o plazos convenidos, aplicando el principio de que «el pago se hará en el domicilio del comprador» (este precepto concuerda con lo establecido por el artículo 1238 del propio código, en el sentido de que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso).

Pensamos que, dada la naturaleza del contrato de arrendamiento-venta, no le resultaría aplicable el artículo 1559, así como tampoco lo prescrito por el artículo 1560.

En cambio, sí resultarían pertinentes las disposiciones del artículo 1561, el cual establece que cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

Por su parte, el artículo 1563 del Código Civil sí tiene plena aplicación al contrato de arrendamiento-venta.

No creemos, por el ámbito de aplicación de la norma, que resulte pertinente a ese contrato el artículo 1564 del Código Civil, salvo que estemos en el supuesto excepcional del arrendamiento-venta de un bien mueble en el que, antes de su entrega, el arrendatario-comprador tuviese que pagar la primera cuota, mensualidad o renta.

Por otra parte, estimamos que el artículo 1565 sí sería de aplicación, ya que el arrendatario-comprador estaría obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato o en el que señalen los usos. Asimismo, también podría aplicarse lo dispuesto en el segundo párrafo de esta norma, el cual establece que, a falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador (en nuestro caso, el arrendatario-comprador) debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Pasando a otro tema, respecto al artículo 1566, estimamos que un arrendamiento-venta no podrá ser objeto de ser inscrito en el Registro Fiscal de Ventas a Plazo; ello, debido a que la Ley de la Garantía Mobiliaria derogó la Ley n.° 6565 que creó este registro. Así lo establece la sexta disposición final de la referida ley.

En materia de transferencia del riesgo, preferimos no referirnos a cada uno de los artículos del capítulo sexto, del título del contrato de compraventa, por las serias objeciones que tenemos en relación con estas normas. Sin embargo, debemos señalar que el tema de la transferencia del riesgo revestirá caracteres especiales en el arrendamiento-venta.

Antes de que el arrendador-vendedor entregue el bien al arrendatario-comprador, obviamente, se aplicarán las reglas contenidas en el Código Civil respecto de la teoría del riesgo y el principio *periculum est debitoris*. Esto equivale a decir que el arrendador-vendedor será quien corra con el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Luego de efectuada la entrega, no podríamos aplicar respecto de su contraparte el principio *res perit domino*, pues el arrendatario-comprador todavía no se habrá convertido en propietario del bien. Sólo lo será una vez que termine de pagar las cuotas convenidas.

Pero estaremos ante una curiosa situación, toda vez que el arrendatario-comprador no deja de ser arrendatario y, como tal, en la eventualidad de que no culmine con el pago de todas las cuotas o mensualidades, estaría obligado a devolver el bien al arrendador-vendedor. En tal sentido, podría pensarse que, mientras dure la relación contractual de arrendamiento-venta, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo correrá el arrendatario-comprador, aplicándose respecto de este contratante el principio *periculum est debitoris*.

Así, una vez que el arrendatario-comprador haya terminado de pagar la última cuota, mensualidad o renta debida, se hará automáticamente propietario del bien. Desde ese momento, al no existir relación obligacional alguna (pues todas ellas ya se habrán extinguido), resultará de aplicación el principio *res perit domino* («la cosa se pierde para su dueño»), evidentemente respecto del nuevo propietario.

Creemos que los anotados constituyen los principios básicos que deben regir el tema de la transferencia del riesgo en el arrendamiento-venta.

Por otra parte, estimamos que la compraventa a satisfacción del comprador (artículo 1571), la compraventa a prueba (artículo 1572) y la compraventa sobre muestra (artículo 1573) son aplicables al contrato de arrendamiento-venta —*mutatis mutandis*, evidentemente— según lo permita la naturaleza de este contrato y los usos y costumbres.

Asimismo, consideramos que las normas relativas a la compraventa sobre medida y a la compraventa en bloque (artículos 1574 a 1579 del Código Civil) son aplicables al arrendamiento-venta. Sin embargo, debemos anotar que en la eventualidad de tener derecho a una reducción del precio, ella se vería expresada en una disminución proporcional en las cuotas, mensualidades o rentas, que el arrendatario-comprador deba pagar al arrendador-vendedor.

Con relación al tema de la «compraventa sobre documentos», podrían ser de aplicación sus normas (los artículos 1580 y 1581) al contrato de arrendamiento-venta, pues en el plano teórico no existe impedimento alguno.

Sin embargo, en una perspectiva más amplia de esta compraventa, referida ya a la generalidad de mercancías que se comercializan en el mundo mercantil, sí resultaría raro ver un arrendamiento-venta.

Creemos que los pactos prohibidos para la compraventa, específicamente el pacto de mejor comprador y el pacto de preferencia, no se extienden al contrato de arrendamiento-venta, en la medida de que se trata de normas prohibitivas. Estas, de acuerdo

con lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, no pueden aplicarse por analogía; puesto que, se quiera o no, el arrendamiento-venta es un contrato distinto de la compraventa propiamente dicha.

Las normas de compraventa con reserva de propiedad son —por excelencia— aplicables al arrendamiento-venta, ya que precisamente el artículo 1585 es el numeral que de modo expreso las hace aplicables.

Por otro lado, con respecto a las disposiciones referidas al pacto de retroventa (artículos 1586 a 1591), estas sí son de aplicación al arrendamiento-venta; con la salvedad de que, si se llegase a resolver unilateralmente el contrato, el arrendatario-comprador debería devolver el bien recibido, en tanto que el arrendador-vendedor estaría en la obligación de reembolsar a su contraparte todas las cuotas, mensualidades o rentas que le hubiesen sido entregadas.

Finalmente, debemos anotar que las normas referidas al derecho de retracto (artículos 1592 a 1601) no son aplicables al arrendamiento-venta, en la medida en que, al ser preceptos restrictivos de derechos, no pueden aplicarse por analogía a un contrato distinto de la compraventa en estricto.

11.3. Por su estructura

Por su estructura, el arrendamiento-venta sería un contrato de carácter complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento. Así, podría sostenerse que, independientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

11.4. Por su contenido

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

11.5. Por su autonomía

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

11.6. Por su función

Por su función es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte —por excepción— de uno modificatorio. Sin embargo, nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará obligaciones entre las partes.

11.7. Por los sujetos a quienes obliga

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

11.8. Por la prestación

Por la prestación es un contrato bilateral o sinalagmático. Hoy en día, bajo nuestro Código Civil, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del código), pues una parte —el arrendador-vendedor— se obliga a entregar el bien a la otra —el arrendatario-comprador—, el cual a su vez se obliga a pagar el precio en cuotas mensuales o de periodicidad distinta (el cual constituye la renta). De esta manera, al pagarse la última de dichas cuotas, se transferirá automáticamente la propiedad del bien al arrendatario-comprador.

11.9. Por la valoración

Por la valoración, de acuerdo con lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, es un contrato a título oneroso, pues ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

11.10. Por el riesgo

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

Si bien aunque no se ha planteado, ni legislativa ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de arrendamiento-venta, podríamos imaginar algunos supuestos en los que ello resultaría factible, sobre todo si recordamos que no habría inconveniente teórico alguno para aplicar los principios que al respecto hemos tratado al estudiar el bien materia del contrato de compraventa.

11.11. Por su formación

Por su formación, el arrendamiento-venta es un contrato consensual; es decir, se celebra con el solo consentimiento de las partes, ya que la ley no establece ningún requisito de forma para este acto.

11.12. Por el tiempo

Por el tiempo se trata, esencialmente, de un contrato de duración; ya que, aunque el bien, objeto del mismo, se entrega poco después de la celebración del contrato

(en un acto instantáneo), el pago de las cuotas, mensualidades o rentas por parte del arrendatario-comprador se prolonga en el tiempo tanto como en un contrato de arrendamiento común y corriente. En tal sentido, podemos decir que es un contrato de duración continuada, dado que el arrendador-vendedor se obliga a permitir el uso y disfrute del bien por parte del arrendatario-comprador, en tanto dure la relación contractual y mientras no se produzca la transferencia de propiedad.

Pero, por otra parte, también será un contrato de duración periódica si nos atenemos a la obligación del arrendatario-comprador, la cual consiste en el pago periódico (por lo general, mensual) de las cuotas o rentas convenidas.

11.13. Por la negociación

Por la negociación puede ser tanto un contrato de negociación previa —es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (esta será la regla)— como un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación (supuestos excepcionales, por cierto).

11.14. Por el rol económico

Por el rol económico es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza. Y también un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del arrendador-vendedor, la cual se verá —a su vez— compensada con la contraprestación que debe recibir por parte del arrendatario-comprador (renta-precio).

11.15. Por sus efectos

Por sus efectos se trata de un contrato meramente obligatorio u obligacional.

12. Obligaciones del arrendador

Independientemente de aquellos conceptos relativos a las obligaciones que asumen las partes en un contrato de arrendamiento, sobre las cuales hemos hecho referencia oportunamente, el Código Civil Peruano de 1984 destina dos capítulos al tratamiento de las obligaciones del arrendador y a las obligaciones del arrendatario.

Así, el capítulo segundo (artículos 1678 a 1680) trata acerca de las obligaciones del arrendador, y el capítulo tercero (artículos 1681 a 1686) aborda lo relativo a las obligaciones del arrendatario.

En adelante, las obligaciones del arrendador.

12.1. Obligación de entrega del bien

El artículo 1678[19] del Código Civil Peruano de 1984 establece que el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado.

Resulta evidente que el citado numeral regula la que constituye una obligación de dar que asume el arrendador con respecto al arrendatario.

Esta obligación deberá ejecutarse en estricto apego a los principios de identidad e integridad del pago. Para tal efecto, remitimos al lector a las expresiones vertidas cuando analizamos lo relativo al artículo 1672 del Código Civil.

Adicionalmente, debemos precisar que el artículo 1678 establece que el bien debe entregarse con todos sus accesorios.

El citado precepto concuerda con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1134 del Código Civil, norma propia de las obligaciones de dar bienes ciertos. Dicho artículo señala lo siguiente:

> Artículo 1134.- [...]El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso[20].

El primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano de 1984 impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega; vale decir, la obligación de realizar todos los actos conducentes a que el bien conserve, en el momento en que se efectúe el traspaso del mismo al acreedor, todas las características que tenía cuando se generó la obligación (en el caso de los contratos, al momento de su celebración).

Como señala Luís María Boffi Boggero[21], va implícita la obligación de conservar la cosa, previa a la de entregarla. Además, agrega que resulta obvio que no puede entregarse una cosa no conservada por el deudor.

En lo relativo al segundo párrafo del artículo 1134, podemos decir que dicho precepto no hace sino recoger los principios establecidos en el artículo 888 del Código Civil, en lo referente a las partes de un bien que se consideran sus accesorios. Esta norma señala lo siguiente:

> Artículo 888.- Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien.

---

[19] Artículo 1678.- El arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos. Si no se indica en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, debe realizarse inmediatamente donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar o época.

[20] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 313-316.

[21] Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 308.

Así, el segundo párrafo del artículo 1134 recoge el antiguo principio jurídico de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal», de modo tal que si un deudor se halla obligado a entregar un bien cierto, deberá hacerlo junto con sus accesorios («salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso», según establece el mencionado artículo).

A decir de Boffi Boggero[22], si nada se puso en la obligación, parece acertado el criterio de Galli, quien recurre a la fuente:

> Freitas establece que las cosas accesorias aludidas por el artículo son «aquellas cuya retención impediría tener por cumplido el objeto que se tuvo en vista de contraer la obligación de entregar la cosa principal».

Resulta fácil imaginar ejemplos de los dos primeros supuestos señalados en la parte final del artículo 1134 (la ley o el título de la obligación); sin embargo, no lo es tanto imaginar uno correspondiente al tercer supuesto (circunstancias del caso). Por nuestra parte, pensamos que podríamos comprender dentro de este rubro el ejemplo que damos a continuación.

Si un laboratorio químico arrienda uno de sus locales a otro laboratorio químico, sin establecerse en el contrato si se deberán entregar o no los implementos e instalaciones propias del rubro o actividad que estaba desarrollándose en dicho local, de las circunstancias del caso (por ser también un laboratorio el comprador del local) deberá entenderse que se incluyen dichos implementos o accesorios dentro de los bienes a entregar. Lo contrario podría presumirse si quien arrienda dicho local no fuese otro laboratorio sino un almacén de mercaderías textiles, por ejemplo.

Otro ejemplo respecto de las circunstancias del caso nos lo da el propio Manuel Augusto Olaechea, cuando expresa que la subordinación económica o la aplicación permanente a un fin no son principios estereotipados. En el caso de una casa que tiene estatuas en su jardín, no se sabe si esta tendrá dichos objetos en calidad de accesorios. Habría que atenerse a un contrato, a un acuerdo de partes; porque aquí no existe la costumbre de tener jardines con estatuas. Pero, contrariamente, si se alquilara un castillo de Luis XIV, todas las cosas adheridas a él, como las arañas de luz, las cortinas y las estatuas, formarían parte integrante del castillo.

Comentando el artículo 864 del Código Civil Brasileño de 1916 —que era el referente, en ese país, al segundo párrafo de nuestro artículo 1134—, Antonio José de Souza Levenhagen[23] precisa que lo dispuesto en este artículo procede directamente del tradicional principio de derecho que establece que lo secundario o accesorio sigue

[22] *Ibidem*, tomo II, pp. 307 y 308.

[23] Levenhagen, Antonio José de Souza. *Código Civil, comentarios didácticos. Direito das Obrigaçoes*. Sao Paulo: Editorial Atlas S.A., 1978, pp. 18 y 19.

la suerte de lo principal; por lo tanto, quien se obliga a entregar un bien cierto, implícitamente se obliga también a entregar, conjuntamente con dicho bien, todo cuanto le sea accesorio.

Levenhagen continúa diciendo que un bien accesorio es aquel cuya existencia está vinculada a la de un bien principal: como los árboles, cuya existencia está vinculada al suelo donde fueron plantados. «Principal» es el bien que existe concretamente, sin depender de la existencia de cualquier otro: como el suelo, por ejemplo. De ese modo, si alguien se compromete a entregar un terreno a quien lo ha alquilado, y si en el contrato no constara ninguna reserva, se incluirán los árboles ahí existentes; entendiéndose como integrantes de la obligación de entregar el terreno, por cuanto éstos son accesorios del suelo. En tal sentido, el artículo 864 del Código Civil Brasileño de 1916 resultaba un tanto más explícito que su similar peruano, ya que establecía que deberán comprenderse aun los accesorios no mencionados. Esto equivale a decir que, de acuerdo con el régimen del código de 1916 de ese país, no era necesario que en el contrato quede expresamente establecido que la obligación de entregar el terreno (lo principal) implicaba también la de entregar los árboles (accesorios).

De acuerdo con el régimen del Código Civil Peruano, para que los accesorios no estén comprendidos dentro de la obligación de dar un bien principal, es indispensable, tal como ha sido señalado anteriormente, que ello resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

El tratadista argentino Eduardo B. Busso[24] ratifica el principio recogido por el segundo párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano. Así, señala que la obligación de dar cosas ciertas comprende todos los accesorios de estas, aunque en los títulos no se mencionen o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas. En tal sentido, y basándose en lo establecido por el Código Civil Argentino, el mencionado autor precisa que deben entenderse comprendidos los accesorios indispensables para la utilidad que se tuvo en cuenta al contratar la cosa, aun cuando ellos estuvieran separados de la misma al tiempo de formarse el vínculo. Asimismo, señala luego, también deben entenderse comprendidos los otros accesorios que, sin ser indispensables, estuviesen incorporados a la cosa al tiempo del contrato, porque, precisamente por tal estado de incorporación, es razonable pensar que las partes entendieran comprenderlos.

Busso también agrega que si, antes de la constitución de la deuda, el deudor había separado definitivamente un accesorio anteriormente adherido a la cosa, este no queda comprendido en la obligación, porque en tal caso no se configura la separación momentánea a la cual se refiere el texto del artículo 1134.

---

[24] Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: EDIAR, 1951, tomo IV, pp. 12 y 13.

Por otra parte, debemos señalar que el artículo 1678 del Código Civil Peruano también establece la obligación por parte del arrendador de entregar el bien y sus accesorios en el plazo, lugar y estado convenidos.

En lo que respecta al precepto bajo comentario, el mismo debe ser necesariamente concordado con el artículo 1675, que comentamos oportunamente. Dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 1675.- El bien mueble arrendado se debe restituir en el lugar en que fue entregado, salvo pacto distinto.

En lo referente al momento de la entrega del bien, salvo que se hubiese establecido un término diferente en el contrato de arrendamiento, dicha entrega deberá efectuarse inmediatamente después de celebrado el contrato de arrendamiento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, norma general de pago, de texto siguiente:

> Artículo 1240.- Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

Dicha norma general concuerda con el precepto especial establecido en el segundo párrafo del artículo 1678 del propio código, en el sentido de que si no se indica en el contrato el tiempo de la entrega, esta deberá realizarse inmediatamente, salvo que por costumbre deba efectuarse en otra época.

En lo que respecta al lugar de entrega del bien, el artículo 1678 incluye una norma sumamente defectuosa; pues, en su segundo párrafo establece que si no se indica en el contrato el lugar de la entrega del bien por parte del arrendador al arrendatario, la misma deberá realizarse en el lugar donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar.

Estimamos que en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, será difícil que el contrato se celebre en el lugar donde se encuentre el bien arrendado. Por tal razón, no será lo más común que dicho bien se entregue en el lugar donde se celebró el contrato, salvo que estuviésemos hablando de una entrega ficta.

En adición a lo expresado, resulta insuficiente la precisión efectuada por la última parte del artículo 1678, la cual señala que no se entregará el bien en el lugar donde se celebró el contrato si por costumbre debiera entregarse en otro lugar.

Decimos esto, ya que no es que por costumbre deba efectuarse o no la entrega del bien en un lugar distinto, sino por el hecho de que así lo impone su naturaleza y las circunstancias del caso.

Por lo demás, sobre el particular, remitimos al lector a la consulta de los comentarios que efectuamos al analizar el artículo 1675 del Código Civil Peruano de 1984.

12.2. Los gastos que ocasione la entrega

A pesar de no establecerse una norma especial en sede de arrendamiento, es claro que el arrendador deberá sufragar los gastos que ocasione la entrega del bien al arrendatario.

Decimos esto en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 1241 del Código Civil, precepto que establece que:

> Artículo 1241.- Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor[25].

Como enseña Palacio Pimentel[26], con oportunidad del pago se hacen desembolsos económicos, ya sea de parte del obligado o del acreedor. Esos desembolsos, que vienen a ser los gastos que impone, como indispensables por el cumplimiento de la obligación, vale decir, por el pago, son muchos, según la naturaleza de la obligación, el lugar de su cumplimiento, la forma de este, etc. Palacio Pimentel cita como ejemplos los de transporte, flete, embalaje, gastos de viaje de persona o personas determinadas, gastos de comisión, timbres, cancelación de hipotecas, o constitución de un apoderado o de un encargado para recibir el pago. Estos gastos en las obligaciones de dar son más fácilmente determinables, no así en lo que respecta a las obligaciones de hacer. Por ejemplo, el obligado, para ir a trabajar a un lugar determinado, fuera de su domicilio, requerirá gastos de viaje, pasajes, viáticos. Asimismo, en la ejecución de una obra puede ser necesario hacer gastos previos: como demolición, desmontes, acarreo de materiales, compra de víveres, de máquinas, flete de estas, herramientas, materias primas, combustibles, alquileres, construcción o mejoras de locales para depósitos o almacenes, etc. Dentro del concepto de gastos no se comprenden los reputados como superfluos.

Palacio Pimentel agrega que la importancia práctica, en lo referente a los gastos del pago, es determinar a quién corresponde soportarlos. Luego señala que, en la mayoría de las legislaciones, éstos corresponden al deudor, pues los gastos se reputan como un elemento accesorio de la prestación en que consiste el pago. Añade que es esta la opinión, entre otros, de Sánchez Román, la cual sirve de fundamento para imponer esa carga al deudor.

Como decía Marcadé[27] al comentar el mismo principio contenido en el código Napoléon, es muy natural que los gastos correspondientes al pago estén a cargo de aquel que debe pagar, puesto que éstos son solo los medios de realizar o constatar

---

[25] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1996). *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, pp. 251-255.

[26] Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las obligaciones en el derecho civil peruano*. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L., 1990, tomo I, pp. 497 y 498.

[27] Marcadé, V. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoleón contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudente et un traité resume aprés le commentaire de chaque titre*. París: Librairie de Jurisprudence De Cotillon, 1852, tomo IV, p. 568.

el pago al cual estaba obligado. Así, le corresponde al deudor aportar la cosa debida en el lugar donde se debe entregar, e, igualmente, corresponde a él correr con los gastos del pago.

Giorgi[28] señala que la regla de que el pago se hace a expensas del deudor (expresada así literalmente por el código) parece clara, pero está llena de dificultades en su aplicación. Considerada en razón, significa solamente que el acreedor tiene derecho a conseguir íntegro el objeto de la obligación, sin sufrir el descuento de los gastos necesarios para efectuarlo o lograr su goce. Sin embargo, como el punto más serio está en determinar cuál es el objeto de la obligación, dicha regla no puede convertirse en máxima de práctica utilidad sin salir de las generalidades y descender a las aplicaciones particulares, examinando obligación por obligación, el *quid* y el *quantum debeatur*. El maestro italiano agrega que comúnmente los escritores la refieren a las obligaciones de dar, y hablan de los gastos de consignación y de finiquito, porque en relación con los mismos es más fácil comprender su importancia y más frecuente discutirla. Luego, precisa que quizá en esto pensaron los compiladores que formularon la disposición legislativa; mas ya que la regla, escrita como está, tiene carácter general para toda clase de pagos, es preciso, para comprenderla, elevarse bastante más alto y leer en ella un criterio que dice: determinado el objeto, este debe ser íntegramente prestado por el deudor, el cual no puede pretender descontar los gastos que le cueste la prestación del mismo.

12.3. Presunción de buen estado del bien

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1679 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1679.- Entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso.

La presunción establecida en el artículo 1679 tiene directa relación con la idea de que, una vez entregado el bien por el arrendador al arrendatario, dicho bien se encuentra en estado de servir; vale decir, que resulta útil a efectos del contrato celebrado.

Esta norma nos recuerda lo dispuesto por el artículo 1655 del código nacional, relativo al contrato de mutuo, cuando establece lo siguiente:

> Artículo 1655.- Recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó.

---

[28] Giorgi, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, tomo VII, p. 46 y 47.

El sentido de dicha norma, según el legislador de 1984[29], era facilitar la concertación del contrato y exigir por parte del mutuatario una actitud prudente al momento de la entrega del bien mutuado, en forma similar a lo que sucede en el artículo 1679 del Código Civil (relativo a las obligaciones del arrendador).

Desde nuestro punto de vista, reiteramos que tanto la presunción establecida en el artículo 1655 como la registrada para el artículo 1679 resultan inadecuadas.

En primer término, porque dentro de la lógica de las obligaciones de dar podría pensarse en la creación de una regla similar para todos los contratos que impliquen este tipo de obligaciones. Y como sabemos, ello no es así, en la medida en que dichos contratos y dichas obligaciones no se encuentran amparados por ninguna presunción.

En segundo lugar, el tema de la presunción de buen uso resulta excesivo. Pensamos que el mismo debería regirse, en todo caso, por las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento contenidas en los artículos 1484 y siguientes; teniendo en cuenta que según el citado numeral:

> Artículo 1484.- Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

Por su parte, el artículo 1485 establece lo siguiente:

> Artículo 1485.- En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

En tercer lugar, estimamos que la presunción contenida en el artículo 1679 del Código Civil no aporta nada, en la medida de que, incluso si no existiese, el arrendatario que se sienta perjudicado deberá demostrar que el bien arrendado no se hallaba en estado de servir para el uso al que se destinó, en virtud del principio general de Derecho Procesal que reza que «todo aquel que alegue un hecho debe probarlo». Asimismo, esta prueba tendría que aportarse con la existencia de la presunción a favor del arrendador o sin ella.

Por otra parte, resulta evidente que la situación del arrendador no variaría si la presunción no existiese; ya que si el arrendatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar dicho perjuicio.

---

[29] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1988, tomo II, p. 267.

12.4. Obligación de mantener al arrendatario en el uso del bien

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1680 (inciso 1) del Código Civil Peruano, el arrendador también está obligado a mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato, y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.

Sobre este particular no vamos a efectuar comentarios, remitiendo al lector a lo expuesto con ocasión de nuestro análisis del artículo 1673 del Código Civil.

12.5. Obligación de realizar las reparaciones necesarias

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1680 (inciso 2), el arrendador también está obligado a realizar, durante el arrendamiento, todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

Sobre este particular, procedemos de igual forma que en el acápite anterior, remitiendo al lector a nuestras expresiones vertidas con ocasión del análisis del artículo 1673, norma con la que de alguna manera resulta reiterativo el inciso 2 del artículo 1680.

Sólo queda por precisar que lo relativo a las reparaciones necesarias que deberá efectuar el arrendador constituye una norma de eminente carácter dispositivo. No solo es así dada la naturaleza del precepto, sino porque tal consideración es ratificada en la parte final del referido inciso 2, cuando se admite pacto distinto.

13. Obligaciones del arrendatario

Dado que quien posee el bien durante el plazo de vigencia del contrato de arrendamiento es el arrendatario, precisamente sobre él recae el mayor número de obligaciones impuestas, no solo legal sino contractualmente.

Decimos esto porque el Código Civil regula las obligaciones del arrendatario en seis artículos, en los cuales le establece un voluminoso conjunto de obligaciones. Pero también resulta usual que, cuando en la práctica se celebran contratos de arrendamiento, el mayor número de obligaciones que se consignan en ellos, así como el mayor detalle acerca de las mismas, esté compuesto por las obligaciones del arrendatario.

13.1. Obligación de recibir el bien

El inciso 1 del artículo 1681[30] establece que el arrendatario está obligado a recibir el bien.

---

[30] Artículo 1681.- El arrendatario está obligado:

1. A recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias.

En realidad, haber establecido esta aparente obligación resulta una demasía, ya que todo acreedor (y el arrendatario es acreedor del bien que se le tiene que entregar) tiene el deber de recibir dicho bien. Sin embargo, esta situación resulta tan evidente que ni el derecho de obligaciones la regula de manera expresa.

Además, si el arrendatario se negase a recibir el bien, el arrendador, en caso de insistir en la ejecución del contrato, podría llegar a forzar el pago a través del mecanismo judicial de la consignación. Claro está que, en tal situación, difícilmente dicho arrendador insistirá en que el contrato se ejecute, ya que al encontrarse iniciando la ejecución de la relación jurídica creada con el arrendatario, y advirtiendo el problema planteado, lo más razonable sería renunciar a ingresar a un camino lleno de dificultades prácticas.

13.2. Obligación de cuidar diligentemente el bien

En virtud de lo establecido por el inciso 1 del artículo 1681, el arrendatario está obligado a cuidar diligentemente el bien.

El cuidado del bien que deberá asumir el arrendatario será el de actuar, con relación al mismo, como actuaría una persona responsable en torno a los bienes que son de su propiedad.

Este patrón de conducta es de carácter objetivo, asumiendo un ideal de persona responsable y de ninguna manera ubicando tal situación en una persona en particular (ni mucho menos en el arrendatario del que se trate).

Esta situación no plantea, de ninguna manera, el impedimento de hacer un uso correcto del bien, siempre teniendo en consideración que dicho bien deberá ser devuelto a la finalización del contrato, sin más desgaste que el de su uso ordinario. Asimismo, dicho uso, por razones obvias, deberá estar en relación directa con el cuidado objetivo que se haga del mismo.

---

2. A pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio.
3. A pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan.
4. A dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien.
5. A permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días.
6. A efectuar las reparaciones que le correspondan conforme a la ley o al contrato.
7. A no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres.
8. A no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador.
9. A no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador.
10. A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.
11. A cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

13.3. Obligación de usar el bien para el destino que se le concedió en el contrato o el que pueda presumirse de las circunstancias

Si bien es cierto que en la mayoría de contratos se establece cuál es la finalidad para la que se arrienda el bien, podría no haberse establecido nada al respecto.

En el primero de los casos, es evidente que el arrendatario tendrá que dar un uso conforme al destino convenido, no pudiendo apartarse en lo absoluto y darle un destino diferente, por óptimo que este sea. Vale decir, no podrá, sin autorización del arrendador, darle un destino que incluso implicara un deterioro menor que el que conllevaría el destino convenido en el contrato.

Aquí de lo que se trata es del simple resguardo del principio de identidad en el cumplimiento de las obligaciones, de modo tal que el arrendador no requiera exponer los motivos de una eventual negativa a aceptar que su arrendatario dé un destino diferente al bien (ya que razones podría haber en abundancia). Estas razones serían aquellas de orden moral (por ejemplo, si se quisiera dedicar el bien a alguna actividad lícita pero reñida con la moral del arrendador); religioso (como podría ser el caso de que el arrendatario desease utilizar el inmueble como centro de reunión religiosa de una confesión distinta a la del arrendador); político (en la medida de que el arrendador no comparta las convicciones del arrendatario); o incluso en cualquiera de los casos anteriores, aún habiendo afinidad de ideas o de pensamientos, si simplemente el arrendador no desea aceptar un cambio de destino o uso del bien arrendado.

En cuanto a la posibilidad de que las partes no hayan convenido de manera expresa el destino que se le dará al bien, tendríamos que solucionar el problema de acuerdo con las circunstancias, tal como establece la última parte del inciso 1 del artículo 1681 del Código Civil.

En primer término, debería analizarse cuál es el uso que tiene registrado el bien ante el respectivo municipio distrital, y en tal caso se consideraría que el mismo sea comercial o particular.

Pero, en la medida en que las características del inmueble o la naturaleza del giro del negocio del arrendatario resulten inequívocas, podrá concluirse, de acuerdo con las circunstancias, por ejemplo, que el bien deberá ser destinado a local comercial, oficinas administrativas, casa para uno de los ejecutivos de la empresa, etcétera.

13.4. Obligación de pagar puntualmente la renta

En virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes en su domicilio.

Con relación al momento del pago de la renta, ya nos hemos pronunciado con ocasión del análisis del artículo 1676 del Código Civil, razón por la cual remitimos al lector a lo expresado en aquella oportunidad.

Lo único que tendríamos que agregar es que por medio del inciso 2 del artículo 1681 se está estableciendo una presunción en torno a la duración de los períodos pactados para el pago de la renta, los mismos que, de no haberse establecido, deberían entenderse como de un mes.

En cuanto al segundo extremo de la norma, referido al lugar de pago de la renta, resulta evidente que las partes tienen al respecto la mayor libertad para convenir si el mismo deberá efectuarse en el domicilio del deudor, en el domicilio del acreedor o incluso en algún otro lugar.

Sin embargo, la ley establece que, a falta de convenio, se entenderá que el pago deberá realizarse en el domicilio del arrendatario, lo cual equivale a decir que el arrendador deberá ir a cobrarle la renta.

En tal sentido, debemos recordar que esta solución legislativa concuerda plenamente con la regla general del lugar de pago establecida por el artículo 1238 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente:

> Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

13.5. Obligación de pagar puntualmente los servicios públicos

Conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan.

Se entiende que están comprendidos dentro del concepto de la norma citada todos aquellos servicios públicos básicos relativos al bien (sobre todo para el caso de los inmuebles, que es el supuesto al cual está dirigida la norma). Tal sería el caso de la luz, el agua y los arbitrios municipales.

En el caso de la luz y el agua, ambos son servicios básicos de todo inmueble. En el caso de los arbitrios, se trata de una contribución municipal destinada al mantenimiento de parques, jardines, baja policía, serenazgo municipal, etc.; vale decir, que también representan servicios en beneficio del inmueble y, por tanto, del beneficio del arrendatario. Todo ello, naturalmente, en lo que respecta a la relación contractual, y con absoluta prescindencia de lo establecido por las normas tributarias en cuanto a quien es el sujeto pasivo del tributo.

Sin embargo, podría darse el caso de que el inmueble contase con otros servicios contratados por el arrendador, y que estos se hubiesen incluido en el contrato a efectos de que el arrendatario deba continuar sufragando el costo de los mismos para beneficio suyo. Ese podría ser el caso de la línea telefónica, de la televisión por cable y de algún otro servicio público que se brinde en beneficio del bien arrendado.

Resulta evidente que el arrendatario tiene esta obligación con respecto al arrendador más allá de que se trate de una relación contractual interna; es decir, independientemente de la relación que el arrendador tenga respecto de dichos servicios con relación a las empresas con las que haya contratado o con la municipalidad respectiva, si se trata del titular o propietario de los mismos.

De ahí la importancia de que el arrendador vigile el pago puntual de los servicios por parte del arrendatario, en la medida de que, cuando termine el contrato y dicho arrendatario desocupe el bien, las diversas entidades públicas y privadas no vacilarán en cobrar a quien para ellas es su único deudor; vale decir, el arrendador del bien. Entendemos que es con relación a este último supuesto que puede estar consignada la última parte del inciso 3 del artículo 1681, el cual señala que dicho cumplimiento deberá efectuarse con sujeción a las normas que regulan esos servicios públicos suministrados en beneficio del bien.

Sin embargo, más allá del tema tributario, resulta claro que el arrendador no deberá responder —en lo absoluto— por las deudas contractuales que, con respecto de terceros, el arrendatario hubiese dejado impagas.

13.6. Obligación de dar aviso inmediato al arrendador en torno a actos perturbatorios

Conforme a lo establecido por el inciso 4 del artículo 1681 del Código Civil Peruano, el arrendatario está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien.

Esta norma tiende a proteger al arrendatario y al arrendador.

El arrendatario tendrá vivo interés en evitar que se produzca cualquiera de los actos mencionados por el inciso 4, dado que disminuiría el libre y pleno uso que pudiera hacer del bien, conforme al contrato celebrado.

Pero, para evitar se consuma dicha perturbación o, si se hubiera consumado, para evitar que continúe perjudicándolo, el arrendatario requiere de la colaboración del arrendador, quien, como titular del bien, podrá ejercer frente a terceros las acciones legales correspondientes, además de premunir al arrendatario de la información necesaria para que él mismo pueda intentar hacer valer sus derechos.

Sin embargo, además de lo señalado, queda claro que el arrendatario, si se viera perturbado en la posesión del bien por un tercero, podría ejercer las acciones derivadas de la defensa posesoria, establecidas por los artículos 920 y 921 del Código Civil, que prescriben lo siguiente:

> Artículo 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
>
> Artículo 921.- Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él[31].

13.7. Obligación de permitir al arrendador que inspeccione el bien

Conforme a lo establecido por el inciso 5 del artículo 1681, el arrendatario está obligado a permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días.

La finalidad de este precepto radica en que, a través del contrato de arrendamiento, el arrendador deja de ser poseedor inmediato del bien, convirtiéndose solo en poseedor mediato del mismo.

En tal virtud, al no tener un contacto directo con el bien arrendado, desconocerá cuál sea el uso, desgaste y situación real del bien en su interior.

En tal sentido, la única forma que tendrá para conocer a ciencia cierta esa situación será inspeccionándolo.

En principio, las partes contratantes suelen establecer minuciosamente la manera cómo se ejercerá el derecho de inspección del bien por parte del arrendador, estableciendo, incluso, que la inspección se realizará con un previo aviso menor a siete días, o incluso sin previo aviso.

Estos pactos son enteramente válidos y se basan en el carácter meramente dispositivo y no imperativo del inciso 5 del artículo 1681, norma que las partes podrán aplicar ya sea de manera más restrictiva o extensiva, e incluso suprimirla.

La idea del previo aviso de siete días (plazo absolutamente arbitrario) es la de no causar mayores molestias al arrendatario en el uso del bien, ya que, en principio, es él quien tiene derecho a utilizar dicho bien con carácter exclusivo y, como resulta evidente, el arrendador no tendrá derechos o prerrogativas para interponerse en el libre uso del bien que desee hacer el arrendatario.

De ahí la necesidad del aviso previo.

Pero, adicionalmente, el inciso 5 establece que esa inspección deberá realizarse por causa justificada.

---

[31] Según la naturaleza de la perturbación, su antigüedad y quien sea titular de la acción, se podría pensar en el planteamiento de procesos de desalojo o interdictos, conforme a lo establecido por los artículos 585 a 607 del Código Procesal Civil.

Entendemos que lo que la ley busca es que exista una razón por la cual el arrendador desee inspeccionar el bien y no se haga dicha inspección por un mero capricho, o incluso abusando del derecho de inspeccionar el bien arrendado.

No obstante ello, debemos admitir que la expresión «por causa justificada» resulta por demás ambigua, ya que se presta a una interpretación absolutamente subjetiva, de acuerdo con los intereses o pretensiones del arrendador y del arrendatario.

Dentro de tal orden de ideas, asumimos que esta situación deberá apreciarse con el mayor criterio de ponderación, conducente a hacer valer los derechos del arrendador en resguardo de la integridad del bien arrendado. Sin embargo, también deberá asumirse dicho ejercicio del derecho con el mayor respeto por el contrato; es decir, por los intereses del arrendatario de utilizar tranquila y pacíficamente el bien arrendado.

El abuso del ejercicio de la facultad establecida por el artículo 1681 (inciso 5) podría otorgar al arrendatario la plena facultad para negarse a que el arrendador proceda a efectuar dicha inspección, e incluso a resolver el contrato, independientemente de la indemnización que por daños y perjuicios le pudiera corresponder.

13.8. Obligación de efectuar reparaciones

Conforme a lo establecido por el inciso 6 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a efectuar las reparaciones que le correspondan, conforme a la ley o al contrato.

El tema de las reparaciones resulta un tanto ambiguo, en la medida en que no es absolutamente claro qué reparaciones corresponden por ley ser efectuadas por el arrendador (vale decir, que el arrendador cargue con el costo de las mismas) y qué reparaciones corresponden ser efectuadas por el arrendatario (vale decir, que el arrendatario corra con el costo de las mismas).

Nosotros hemos iniciado el tratamiento del tema y adelantado opinión con ocasión del análisis de los artículos 1673 y 1674 del Código Civil, estableciendo, en síntesis, que el arrendador estará obligado a realizar las reparaciones de importancia que preserven el principio de identidad en el cumplimiento de su obligación; esto es, mantener el bien, durante el curso de la relación contractual, en las mismas condiciones que tenía cuando se contrató.

Pero esto no significa que el arrendador tenga la obligación de sufragar todas las reparaciones que se tengan que realizar en el bien, en la medida en que todas aquellas de menor importancia, y que a la vez puedan ser consideradas como gastos de conservación, deberán ser efectuadas por cuenta y cargo del arrendatario.

Sobre este particular volveremos con ocasión del análisis del artículo 1682 del Código Civil.

Sin embargo, cabe señalar que sería conveniente que en todo contrato de arrendamiento se estableciese, de la manera más clara posible, cuáles son las reparaciones que corresponden ser sufragadas por el arrendador y cuáles corresponden ser sufragadas por el arrendatario. De esta manera, si bien se corre el riesgo de caer en el reglamentarismo, dichas precisiones permitirán que la relación contractual se desenvuelva de manera más fluida, dado que se evitarán discrepancias sobre temas que, no obstante ser menores, podrían llegar a tener una considerable importancia patrimonial.

13.9. Obligación de no hacer uso imprudente del bien

De acuerdo con lo establecido por la primera parte del inciso 7 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a no hacer uso imprudente del bien.

Entendemos como tal, el realizar en el bien determinadas actividades que pudieran ocasionar su deterioro o destrucción.

Decimos esto por cuanto la imprudencia no debe ser apreciada en sí misma, sino de acuerdo con los intereses patrimoniales del arrendador. Así, si el arrendatario realizara en el bien actividades imprudentes que pudieran ocasionar daño a su persona, pero no al bien, ello no tendría relevancia para el arrendador.

Sin embargo, en caso el bien hubiese sido arrendado para casa-habitación y el arrendatario, aficionado a la química, se dedicara a hacer peligrosos experimentos con productos altamente combustibles, no solo pondría en riesgo su integridad personal, sino —y esto es lo que importa a efectos de la norma—, fundamentalmente, la integridad física del inmueble, el cual podría verse afectado por algún incendio, explosión u otro daño similar.

13.10. Obligación de no hacer uso del bien que sea contrario al orden público

Esta obligación también es impuesta al arrendatario por el artículo 1681 (inciso 7).

Con prescindencia de los múltiples conceptos que en doctrina existen acerca del orden público, para nosotros queda claro que el orden público necesariamente tiene que encontrarse objetivado en normas jurídicas de carácter imperativo o prohibitivo, las cuales recojan determinados principios que la sociedad considere necesario impedir legalmente.

Con ello queremos expresar que no podría existir un principio de orden público que no se encuentre traducido en una norma legal.

Entonces, el alcance de esta obligación del arrendatario implica que, dicho contratante, no podrá transgredir el ordenamiento jurídico en su conjunto con la utilización que haga del bien arrendado.

13.11. Obligación de no hacer con el bien un uso contrario a las buenas costumbres

El artículo 1681, inciso 7, *in fine*, establece la obligación del arrendatario de no hacer con el bien un uso contrario a las buenas costumbres.

Como sabemos, el concepto de buenas costumbres varía con el transcurso del tiempo y con el medio geográfico, de modo tal que algo que puede ser considerado como conforme a las buenas costumbres en un determinado lugar podría no serlo en otro.

En tal sentido, las buenas costumbres deben ser apreciadas con un criterio objetivo, tomando en consideración los valores preeminentes en un determinado medio social y en un tiempo específico.

Ahora bien, las buenas o las malas costumbres, mientras no ingresen dentro del campo de lo ilícito, solo interesarán en la medida en que ellas puedan ser de conocimiento por parte de terceros. De esta manera, las «buenas o malas costumbres» que tenga cada persona en su fuero íntimo no pueden afectar en lo absoluto las consecuencias de sus relaciones contractuales con terceros, especialmente en lo que respecta al contrato que nos ocupa: el arrendamiento.

Así, por ejemplo, si un arrendatario que hubiese alquilado un inmueble para casa habitación realizara dentro del mismo actos de naturaleza sadomasoquista, sin que éstos resultasen exhibicionistas con respecto a los vecinos (es decir, que los realizara en la absoluta intimidad), por más que el propietario o arrendador se enterase de una situación de esta naturaleza, no podría resolver el contrato por incumplimiento, ya que su inquilino (por más pervertido que sea en el ámbito personal), no habría infringido ninguna norma de conducta social ni legal.

13.12. Obligación de no introducir cambios ni modificaciones en el bien

El inciso 8 del artículo 1681 del Código Civil establece que el arrendatario está obligado a no introducir cambios ni modificaciones en el bien sin asentimiento del arrendador.

Ante todo, debemos expresar que no vamos a hacer referencia al tema de las reparaciones, pues el mismo ya es abordado por otras normas del código, comentadas oportunamente.

Tampoco lo haremos con respecto a los gastos de conservación ni a las mejoras necesarias, pues de estos temas nos ocuparemos cuando analicemos el contenido de las obligaciones del arrendatario impuestas por el artículo 1682 del Código Civil.

Fundamentalmente, de lo que trata el inciso bajo comentario es de prohibir al arrendatario que efectúe modificaciones que alteren la estructura, distribución o disposición del bien, además de cualquier otra modificación que pudiese ser considerada

como mejora útil o de recreo. Asimismo, dichas modificaciones necesariamente deberán ser efectuadas contando con la autorización expresa del arrendador. Ello, por dos razones.

La primera consiste en que como el arrendatario debe devolver el bien al arrendador a la finalización del plazo del arrendamiento, dicha devolución deberá efectuarse conforme al principio de identidad. Esto equivale a decir que el bien deberá ser devuelto en el mismo estado y con las mismas características en que fue recibido por el arrendatario, sin más deterioro que el de su uso ordinario (argumento de los artículos 1134 y 1681, inciso 10, del Código Civil Peruano).

Y la segunda se debe a que el arrendatario no podría obligar de manera alguna al arrendador a que le restituya el valor de las mejoras útiles que hayan sido introducidas en el bien sin su asentimiento, en la medida en que, si esto fuese permitido por la ley, el arrendatario podría utilizar dicho argumento con el propósito de seguir habitando el bien —teniendo en cuenta que, en el caso de mejoras, existe el derecho de retención por parte del poseedor con respecto al propietario (argumento del artículo 918 del Código Civil)—.

En tal sentido, si la ley tolerara que el arrendatario efectuase las mejoras útiles que considerara convenientes sin autorización del arrendador, y si además tuviese derecho a reembolso, entonces dicho arrendatario podría evitar la desocupación del bien si el arrendador no tuviera el dinero necesario para reembolsar el valor de dichas mejoras.

Finalmente, es claro que con respecto a las mejoras de recreo no habría mayor problema, pues estas no podrían ser efectuadas si representasen cambios o modificaciones en el bien. Y si no representasen cambios ni modificaciones en el bien, ello significaría que el arrendatario tendría la posibilidad de retirarlas al momento de la desocupación del bien, con lo cual no se presentaría ningún problema al respecto.

13.13. Obligación de no subarrendar el bien sin asentimiento escrito del arrendador

Esta obligación es impuesta al arrendatario por el inciso 9 del artículo 1681 del Código Civil.

Sin embargo, no nos ocuparemos de ella en este punto, sino cuando analicemos el subarrendamiento.

13.14. Obligación de no ceder la posición contractual del arrendatario sin el asentimiento escrito del arrendador

Esta obligación también es impuesta por el artículo 1681 (inciso 9) del Código Civil, y de ella trataremos al abordar la denominada «cesión del arrendamiento».

13.15. Obligación de devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato

Conforme a lo establecido por el artículo 1681 del Código Civil, al vencerse el plazo del contrato, el arrendatario está obligado a devolver el bien al arrendador en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

Sobre este particular resulta evidente que la norma citada no hace sino reiterar el principio de identidad aplicado a las obligaciones del arrendatario.

En tal sentido, no vamos a profundizar en el desarrollo de este principio, por cuanto su estudio ya ha sido materia de tratamiento.

Simplemente diremos que el deber de devolver el bien en el estado en que se recibió no solo resulta aplicable para cuando haya que devolverlo por vencimiento del plazo del contrato, pues, como sabemos, el contrato de arrendamiento podría terminar por alguna otra causal distinta al vencimiento del plazo pactado (como podría ser el caso de la resolución por incumplimiento de alguna de las obligaciones del arrendatario o algún otro supuesto distinto). En estos y en todos los otros casos en que concluya la relación contractual (independientemente de si venció o no el plazo pactado), queda claro que el arrendatario deberá devolver el bien al arrendador en similar condición o estado en que lo recibió.

Finalmente, debemos reparar en la salvedad establecida en la parte final de la norma, cuando expresa que dicha devolución deberá efectuarse sin más deterioro que el de su uso ordinario.

A este respecto, debe tenerse en consideración lo expuesto anteriormente por nosotros con respeto a los deberes de cuidado que debe tener el arrendatario.

Pero, además, debemos reflexionar en torno a que dicho uso ordinario debe tener relación con el destino al que se ha dedicado el bien, conforme al contrato de arrendamiento. Así, resulta evidente que será distinto el desgaste ordinario de un bien dedicado a casa-habitación, del de uno dedicado a las oficinas administrativas de una empresa o al de un almacén de maquinaria pesada y de equipo industrial.

Antes de concluir este punto, estimamos ilustrativo citar las expresiones de Bigio Chrem[32], quien sostiene que el arrendatario está obligado a restituir al arrendador una cosa cierta, no puede devolverle otra, bajo el pretexto de que tiene mayor valor, de acuerdo al principio general contenido en el artículo 1132 del Código Civil.

Agrega Bigio que es tan gravitante este deber de restitución del bien arrendado, que ha llevado a autores como Luís María Rezzónico a sostener que esta obligación es tanto o más importante que la obligación de pagar la renta, pero precisa que el legislador peruano se aparta de opinión tan respetable, ya que considera que cuando

[32] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 93-96.

el arrendador decide arrendar el bien tiene en mira principalmente la percepción de una renta y asume que el bien le será restituido en la fecha pactada.

En lo que respecta a las cosas muebles, según indica el citado profesor, estas deben ser restituidas, salvo pacto distinto, en el lugar en que fueron entregadas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1675 del Código Civil. Si se trata de cosa inmueble, el artículo 1711 del Código Civil establece que el arrendatario debe solicitar autorización del propietario o de la autoridad respectiva antes de proceder a desocuparlo.

Recuerda Bigio que la obligación de conservar el bien afecta tanto a la entrega como a su restitución, por aplicación del principio general contenido en el artículo 1134 del Código Civil; es así que, el arrendatario está obligado a conservarlo en buen estado hasta su devolución al arrendador.

En otro orden de ideas, Bigio considera razonable suponer, que si el arrendatario ha cuidado diligentemente el bien arrendado, solo tendrá como deterioro el proveniente de su uso normal. Por consiguiente, todo daño que no provenga del desgaste natural del bien, debe ser indemnizado por el arrendatario, a menos que este, conforme al artículo 1683 del Código Civil, pueda probar que el deterioro del bien se debe a causas que no le son imputables.

Puntualiza el citado profesor, que en cuanto al estado que debe presentar el bien al momento de su restitución, es menester tener en consideración en qué condiciones de conservación fue recibido. Siguiendo la doctrina del profesor Raymundo M. Salvat, deberá recurrirse al acta o inventario que se hubieren llevado a efecto al momento de la entrega del bien al arrendatario.

De lo contrario, a falta de descripción del bien, Bigio considera que se aplica la presunción contenida en el artículo 1679 del Código Civil. En todo caso, el bien no deberá presentar mayores deterioros que los que de suyo conlleva su uso normal.

Finalmente, Bigio advierte que si bien el texto alude a la obligación del arrendatario de devolver el bien al vencimiento del plazo, debe entenderse que este también está obligado a ello en todo supuesto en que el contrato de arrendamiento sea resuelto (judicial o extrajudicialmente), sea rescindido o sea declarada su nulidad.

13.16. Obligación de dar aviso sobre reparaciones requeridas

El artículo 1682 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1682.- El arrendatario está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes.
>
> Si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.

> En los demás casos, los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto.

En primer término, debemos expresar que esta norma tiene varios objetivos.

El primero de ellos es el de establecer la obligación que tiene el arrendatario de advertir al arrendador para que este efectúe las reparaciones que, dada su magnitud y naturaleza, correspondan ser efectuadas por el arrendador; vale decir, aquellas reparaciones cuyo costo corresponda ser asumido por este último.

Se puede decir que los dos primeros párrafos del citado numeral se refieren a las reparaciones a las cuales estamos haciendo referencia. Los dos primeros párrafos del artículo 1682 están destinados a regular las reparaciones de envergadura o de considerable magnitud.

La única distinción que existe entre lo dispuesto por el primer y el segundo párrafo de la norma es que el primero trata acerca de reparaciones necesarias pero que no resultan absolutamente urgentes; entendida esta absoluta urgencia como la necesidad de efectuarlas apenas se tome conocimiento de las mismas, a riesgo de que su omisión ocasione daños graves inminentes e irreparables al bien.

Si se trata de reparaciones que no resultan absolutamente urgentes, habrá tiempo para que el arrendatario pueda comunicar al arrendador la necesidad de efectuarlas.

En cambio, si no hubiese tiempo para ello, el arrendatario deberá realizarlas directamente, teniendo derecho al reembolso de su valor, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.

El segundo párrafo contempla situaciones absolutamente urgentes, no debiendo ser entendido como regla sino como excepción, en la medida de que lo normal debe ser que el arrendador tome las disposiciones que considere convenientes para reparar el bien arrendado, efectuando dichas reparaciones de la manera que estime pertinente y empleando, a tal efecto, los bienes y servicios que su criterio le aconseje emplear.

El tercer párrafo de la norma, en cambio, alude a un supuesto distinto.

Dicho extremo del artículo 1682 trata acerca de todos los demás casos en que deba efectuarse reparaciones que no sean de envergadura, ni tampoco susceptibles de reembolso por parte del arrendador al arrendatario; vale decir, todas las reparaciones menudas y todos los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario, los cuales deben ser sufragados por el arrendatario, salvo pacto distinto.

Esta norma relativa a los gastos de conservación y mantenimiento ordinario (como es el caso de aquellos relativos a la limpieza, desinfección, mantenimiento de jardines, gasfitería menuda, etc.) resulta una precisión absolutamente necesaria para el caso del contrato de arrendamiento, ya que el precepto general relativo a los gastos

de conservación (esto es, el artículo 1141 del Código Civil) no soluciona el problema para el contrato que nos ocupa[33].

En páginas anteriores hicimos referencia a que la conservación del bien consistía en mantener el mismo, hasta el momento de su entrega, en similares condiciones, características y estado que presentaba al momento del surgimiento de la obligación. Así, los gastos de conservación son aquellos en que se incurre en razón de dicho fin.

El artículo 1141 prescribe que dichos gastos son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega.

Sin lugar a dudas, el artículo 1141 debe ser concordado con el numeral 1134, el cual impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega.

Los gastos de conservación deben ser asumidos, en una primera instancia, de manera absolutamente necesaria por el deudor, ya que es este quien se encuentra en posesión del bien y quien mejor conoce lo necesario para mantener dicho bien en un estado de conservación similar al que tenía cuando surgió la obligación de entregarlo al acreedor, sea tal deudor propietario del bien o no. Sin embargo, la figura del deudor podrá coincidir o no con la del propietario del bien.

Para ilustrar lo señalado vamos a citar dos ejemplos:

a) Un deudor se ha obligado a entregar (por compraventa), a su acreedor, un automóvil (de su propiedad) en un plazo de tres meses. Aquí, el deudor será propietario del bien hasta que se efectúe su entrega, ya que la propiedad mueble se transfiere con el traspaso del bien al acreedor. Entonces, respecto de los gastos de conservación, éstos deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos también por este mismo en su condición de propietario (artículo 1141).
b) Un deudor se ha obligado a entregar (por compraventa), a su acreedor una casa (de su propiedad) en un plazo de tres meses. Aquí, el deudor no será propietario del bien, sino que lo será el acreedor, ya que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Entonces, respecto de los gastos de conservación, tendremos que éstos deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos por el acreedor en su condición de propietario (artículo 1141).

En este caso, como el propietario no está en posesión del bien (no es el deudor del mismo), será de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1141. Este señala que si quien incurre en los gastos de conservación no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado más sus intereses.

[33] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, primera parte, tomo II, pp. 79-85.

Ahora queremos ocuparnos de un tema que tiene relación con el de los gastos de conservación: el de las mejoras.

Las mejoras están reguladas en los artículos 916 a 919 del Código Civil (en el libro de Derechos Reales). No se incluye una definición de las mismas, pero se deduce que son gastos que debe reembolsar al poseedor no propietario el propietario no poseedor. No está de más precisar que el tema de las mejoras alcanzará relevancia, para efecto de nuestro análisis, exclusivamente después de contraída la obligación de dar.

De acuerdo con esto, para que alguna mejora constituya un gasto de conservación del bien, deberá, como primer requisito, servir a la finalidad de la conservación del mismo; vale decir, servir estrictamente para que el bien se mantenga hasta su entrega en similar estado que el que tenía al momento del surgimiento de la obligación de dar. Cualquier mejora que no conduzca a dicho fin no tendrá el carácter de gasto de conservación. En segundo lugar, para que una mejora constituya un gasto de conservación, deberá haber sido hecha por el poseedor no propietario; lo cual, en casos usuales (salvo pacto en contrario), se limitará exclusivamente al ámbito de los bienes inmuebles, pues en estos casos ya se habrá transferido la propiedad del bien al acreedor, quien deberá reembolsar su valor al deudor no propietario.

Para resolver la pregunta de qué mejoras podrían ser consideradas como gastos de conservación del bien, resulta necesario analizar cuál es la concepción que el Código Civil tiene respecto de las mejoras.

Dicho cuerpo legislativo considera, en su artículo 916, que las mejoras son necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien; razón por la cual, a nuestro entender, toda mejora necesaria deberá considerarse como un gasto de conservación.

Dicho artículo agrega que son mejoras útiles las que, sin pertenecer a la categoría de «necesarias», aumentan el valor y la renta del bien. En tal sentido, consideramos que sería muy difícil que una mejora útil presente la categoría de gasto de conservación. A nuestro entender, podría serlo cuando no revista mayor valor y esté directamente relacionada con el mantenimiento del bien. Por ejemplo, cambiar una tubería de desagüe de una casa, que es muy antigua y se sabe que está deteriorada, pero que no representa un peligro inminente de destrucción del bien.

Sin embargo, admitimos que esta apreciación sería muy discutible, ya que, en estricto, no se está conservando la casa, sino mejorándola.

Pero el hecho de que una mejora útil no sea considerada como gasto de conservación no querrá decir que, por tal circunstancia, deje de ser abonada por el propietario del bien, si es que es efectuada por el poseedor no propietario que deba restituir el bien (artículo 917 del Código Civil).

Para las mejoras de recreo es de aplicación lo dispuesto por el mismo artículo 917, el cual establece el derecho del poseedor a retirar las que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

Es indudable que las mejoras de recreo —vale decir, aquellas que, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad— no podrán ser consideradas como gastos de conservación del bien.

Como expresan Alterini, Ameal y López Cabana[34], los gastos de conservación, a los que denominan «expensas», a pesar de tener ciertas características comunes con las mejoras necesarias —pues ambas tienden a la conservación de la cosa— se diferencian de ellas porque no incrementan el valor de la cosa, por lo cual no pueden ser cobradas al acreedor. Según los autores citados, en los supuestos en que las mejoras son cobrables al acreedor, su valuación será, en el caso de los aumentos y mejoras necesarias, que el acreedor deberá abonar el «mayor valor» adquirido por la cosa como consecuencia de la mejora introducida; y en el caso de las mejoras útiles, cuando el acreedor pretenda conservarlas deberá abonar el costo de la inversión efectuada por el deudor al introducirlas, hasta la concurrencia del mayor valor adquirido por la cosa como consecuencia de la mejora. Por último, en el caso de las mejoras suntuarias, el acreedor que pretenda conservarlas debe reintegrar al deudor el costo de la inversión efectuada para introducir la mejora, por cuanto no existe «mayor valor» como en las mejoras útiles, desde que las suntuarias no incrementan el valor de la cosa. En opinión nuestra, esta afirmación es, por lo menos, discutible.

Antes de concluir nuestras referencias al artículo 1141 del Código Civil, debemos manifestar que sus conceptos son principios asumidos por la generalidad de la doctrina, en el sentido en que los gastos de conservación son de cargo del propietario, desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega, y que si quien incurre en ellos no es la persona a la que correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado más sus intereses. No obstante, existen algunos temas derivados de este principio sobre los cuales cabría reflexionar.

Consideramos que el artículo bajo comentario ha sido pensado en función de una obligación de dar en la cual el deudor es el propietario del bien; y además de ello, dicho deudor se ha obligado a entregar el bien en propiedad.

Pero ocurre que este solo será uno de los supuestos susceptibles de presentarse respecto a las obligaciones de dar. En tal sentido, si bien puede constituir el caso más frecuente, no por ello deja de ser un supuesto más. Así, consideramos conveniente

[34] Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, tomo II, p. 119.

analizar algunas otras hipótesis respecto a las cuales, sin lugar a dudas, no se pensó al elaborar el referido numeral.

a) Si el deudor de la obligación de dar un bien no es propietario del mismo, y el acreedor de dicha obligación tampoco tiene tal situación jurídica, es evidente que el propietario del bien no tendrá que sufragar gasto de conservación alguno.
b) Es el caso del contrato de subarrendamiento, en el cual ni el subarrendador (arrendatario en el contrato principal) ni el subarrendatario son propietarios del bien. En este caso, en la obligación de entrega del bien a este último, será evidente que el propietario del bien (el mismo que no es parte en el contrato de subarrendamiento celebrado) no deberá sufragar gasto de conservación alguno, a pesar de lo que establece el artículo 1141 del Código Civil.
c) Si se trata de una obligación de dar que implique la restitución del bien al acreedor (el mismo que puede o no ser propietario del bien).

En este caso, en las obligaciones de restituir un bien, los gastos de conservación del mismo no deberán ser sufragados por el propietario del bien; vale decir, por el acreedor. Concretamente, para ilustrar el caso, apelamos a un contrato de arrendamiento celebrado entre el propietario (arrendador) y el inquilino.

Nos estamos refiriendo a la obligación del inquilino de restituir el bien al momento de la terminación del plazo establecido en el contrato. Es evidente que el arrendatario, durante toda la vigencia del plazo en que haga uso del bien, está en la obligación de conservarlo y de sufragar los gastos que conlleve dicha conservación. Aún más evidente es que el propietario no deberá asumir los gastos menudos de conservación del bien durante todo el tiempo en que esté vigente el contrato de arrendamiento, lapso durante el cual, quien debe efectuar y cargar con el costo de dicha conservación es, sin lugar a dudas, el inquilino.

13.17. Obligación de responder por la pérdida o deterioro del bien

El artículo 1683 del Código Civil Peruano establece lo siguiente:

> Artículo 1683.- El arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él.
>
> Es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que han admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien.

En primer término, debemos señalar que, en virtud de lo establecido por el artículo 1329 del Código Civil:

> Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

En tal sentido, dentro del régimen general, esta presunción *iuris tantum*, evidentemente perjudica al deudor, ya que el Derecho ha entendido necesario establecer una presunción que recoja la que constituye causa mayoritaria del incumplimiento de las obligaciones.

Decimos esto, pues, en la inmensa mayoría de veces en que una obligación es incumplida, dicho incumplimiento obedece a causa imputable al deudor. De ahí la presunción legal.

Sin embargo, es claro que la ley ha establecido una presunción que permite al acreedor agravar la responsabilidad del deudor, pudiendo demostrar que dicho incumplimiento obedeció a culpa inexcusable o dolo del deudor. En tal caso, este último se vería obligado a responder por los daños y perjuicios previsibles, y por los daños y perjuicios imprevisibles (argumento de los artículos 1321 y 1330 del Código Civil).

Sin embargo, el deudor también podría liberarse de dicha responsabilidad si probase que el incumplimiento hubiera obedecido a caso fortuito, fuerza mayor, o que hubiera incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil Peruano).

En sede de arrendamiento, el Código Civil ha procedido en igual sentido, al establecer que el arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él.

Resulta evidente que, con esta disposición, lo que establece el Código Civil es una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el incumplimiento obedece a culpa del deudor.

Ahora bien, aunque no se establece el grado de la culpa, se entiende que se trata de culpa leve, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1329 del propio código.

El primer párrafo del artículo 1683 se encarga de establecer, en su parte final, que el arrendatario podría liberarse de esta responsabilidad si probara que la pérdida o deterioro del bien ocurrieron por causa no imputable a él, con lo cual, evidentemente, podría exonerarse si demostrara que tal pérdida o deterioro se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

En este sentido, el régimen probatorio de la inejecución de las obligaciones del arrendatario, concuerda plenamente con lo prescrito por las disposiciones generales de inejecución de obligaciones.

El segundo párrafo del artículo 1683 establece que el arrendatario también es responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien.

En este extremo, el artículo 1683 extiende la responsabilidad del arrendatario a aquellos daños y perjuicios que hubiesen ocasionado al bien arrendado las personas que él hubiese admitido al mismo, siempre y cuando dichos daños y perjuicios hayan sido causados por culpa de dichas personas.

Resulta claro que si una visita del arrendatario, por ejemplo, ocasiona un daño o deterioro al inmueble arrendado, el arrendatario deberá responder frente al arrendador por dicho daño o deterioro.

Sin embargo, poco importará si el acto de dicho tercero fue ocasionado con culpa o dolo, en la medida en que recae sobre el arrendatario un deber de conservación del bien y una doble responsabilidad: la denominada culpa *in vigilando*, que lo obliga a custodiar adecuadamente las instalaciones externas e internas del bien arrendado, con relación a los actos de terceros; y una culpa *in eligendo*, que lo obliga a calificar a las personas a quienes permita que hagan uso eventual (como terceros visitantes) del bien arrendado.

En tal sentido, consideramos una demasía o tal vez un exceso de celo el que el artículo 1683, en su segundo párrafo, haya establecido que el arrendatario responde por causas imputables a dichos terceros.

No dudamos de que el arrendatario será responsable frente al arrendador si dichos terceros actúan culposa o dolosamente; pero también lo será si dichos terceros ocasionan daños o deterioros al inmueble, a pesar de haber actuado diligentemente.

13.18. Obligación general de indemnización en caso de incendio

El artículo 1684 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1684.- Si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de este, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.
>
> Si se trata de bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si este es indemnizado por el asegurador.

> Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador.

Es claro que muchas podrían ser las causas o los siniestros que afecten un bien arrendado.

Sin embargo, el artículo 1684 establece un régimen especial para el caso en que el bien se hubiera destruido o deteriorado por un incendio.

Ello, tal vez, porque el incendio es una causa frecuente de este tipo de daños, y también por la posibilidad —mayor que en otros casos— de que el bien haya estado asegurado contra este tipo de siniestro.

Evidentemente, si el siniestro se produce por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de que el arrendatario emplea la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, el arrendador sufrirá las consecuencias de la pérdida o deterioro del bien, sin derecho a reembolso de daños y perjuicios por parte del arrendatario.

Sin embargo, si el incendio que ocasionara tales daños o deterioros se hubiese originado por culpa del arrendatario, este deberá indemnizar al arrendador por tales daños y perjuicios, dentro de los alcances y restricciones del artículo 1321 del Código Civil.

Ahora bien, si el arrendador hubiese contratado, con una compañía de seguros, una póliza contra incendio a favor del bien o si tal póliza hubiese sido contratada por el arrendatario, pero por cuenta del arrendador (sin importar si el pago de dicha póliza se efectuó con dinero del arrendador o del arrendatario), la responsabilidad por los daños y perjuicios causados que tiene el arrendatario frente al arrendador se limitará a la diferencia existente entre la indemnización que por concepto del siniestro abone la compañía de seguros y el monto total de los daños y perjuicios producidos.

Este precepto resulta de absoluta justicia, en la medida en que el Derecho no acepta que una misma persona sea indemnizada dos veces por el mismo daño producido.

En este caso, el seguro salvará en parte o totalmente al arrendatario.

Contemplamos la eventualidad de una liberación total del arrendatario, en la medida de que la diferencia entre la cantidad pagada por la compañía de seguros y el monto por los daños y perjuicios sea cero.

Una segunda eventualidad prevista por el artículo 1684 es aquella en la que el bien haya sido valorizado (se entiende entre arrendador y arrendatario para el contrato de arrendamiento respectivo) y el seguro se hubiese fijado en una cantidad igual al valor de la tasación, caso en el cual no habría responsabilidad del arrendatario

frente al arrendador si este último fuese indemnizado (se entiende por el íntegro del valor) por la compañía de seguros.

El artículo 1684 del Código Civil concluye estableciendo que quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador.

Este último extremo alude a que la compañía de seguros, si bien pagará al arrendador la indemnización correspondiente, tendrá todo el derecho para reclamar, judicial o extrajudicialmente, dicho monto al arrendatario en caso el siniestro se hubiese producido por culpa de este último.

13.19. Obligación especial de indemnización proporcional en caso de incendio

En virtud de lo establecido por el artículo 1685 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1685.- Si son varios los arrendatarios, todos son responsables por la pérdida o deterioro del bien en proporción al valor de la parte que ocupan, salvo que se pruebe que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de ellos, quien, en tal caso, será el único responsable.

Esta norma regula un supuesto especial, en la medida de que plantea la hipótesis en la que el bien siniestrado haya estado ocupado por más de un arrendatario.

Aquí cabe efectuar una distinción:

Si fuese posible determinar dónde comenzó el siniestro (el incendio), el arrendatario culpable deberá responder por el íntegro de los daños y perjuicios causados; no solo al arrendador (por la pérdida o deterioro del bien), sino también a los demás arrendatarios.

Ahora bien, si resultase imposible determinar que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de los arrendatarios, todos los arrendatarios serán responsables divisible y mancomunadamente con respecto al arrendador por los daños y perjuicios causados al bien.

Se trata de una responsabilidad de carácter divisible, en la medida de que la ley señala que será en proporción al valor de la parte que ocupan (responsabilidad concordante con lo dispuesto por los artículos 1172 y 1173 del Código Civil), además de tratarse del pago de una suma de dinero, supuesto divisible por excelencia.

De igual manera, se trata de una responsabilidad mancomunada, en la medida en que el artículo 1685 no impone solidaridad y, como sabemos, según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil:

> Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Antes de concluir con estos comentarios, debemos resaltar lo dispuesto por el artículo 1686 del Código Civil:

> Artículo 1686.- Si el arrendador ocupa alguna parte del predio, será considerado como arrendatario, respecto a la responsabilidad a que se refiere el artículo 1685.

Esta norma tiene una doble lectura.

La primera de ellas es muy clara, en el sentido en que la responsabilidad divisible y mancomunada de los arrendatarios tendrá como límite los daños y perjuicios proporcionales al valor de las partes del bien ocupadas por ellos; detrayendo, obviamente, aquella parte que ocupaba el arrendador. Esto significa que el arrendador no será indemnizado por la parte proporcional de la indemnización, correspondiente al valor de aquella sección del bien que él ocupaba (ya que nadie puede indemnizarse a sí mismo).

Sin embargo, la segunda lectura de la norma se relaciona con la posibilidad de que el arrendador, al ser uno de los culpables del siniestro, también tendría deberes de indemnización para con los demás arrendatarios; pero como estos deberes serían de carácter recíproco, se produciría la denominada concurrencia de culpas, prevista en el artículo 1326 del Código Civil. Por tal razón, incluso podría darse el supuesto en el que nadie deba nada a nadie.

13.20. Obligaciones adicionales

De conformidad con lo establecido por el inciso 11 del artículo 1681 del Código Civil Peruano, el arrendatario se encuentra obligado a cumplir las demás obligaciones que establezcan la ley o el contrato.

Esta disposición, en realidad, simplemente reconoce lo que ocurre en la práctica, en la medida en que, en los contratos de arrendamiento, los arrendadores se cuidan de ser sumamente escrupulosos en el detalle de las obligaciones que debe cumplir el arrendatario.

No solo resulta común apreciar la reiteración de una serie de principios establecidos por la propia ley, sino además el convenio sobre una serie de estipulaciones en resguardo de la integridad física del bien arrendado y del cumplimiento del pago de la renta.

En tal sentido, son comunes las estipulaciones en torno a la inclusión de anexos, en donde se detallan las características en las cuales se produce la entrega del bien y de sus diversos ambientes. Cláusulas penales moratorias en las que se establecen sanciones diarias por la no desocupación oportuna del inmueble; cláusulas sobre intereses moratorios; establecimiento de garantías dinerarias (prenda

de dinero), así como fianzas de naturaleza solidaria otorgadas por terceros (fundamentalmente empresas) para el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, y otras más.

En realidad, ambas partes tienen la más absoluta libertad en torno al establecimiento de obligaciones adicionales del arrendatario, siempre y cuando no atenten contra norma legal de carácter imperativo, la moral o las buenas costumbres.

14. Duración del arrendamiento

14.1. Posibilidades

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1687 del Código Civil:

> Artículo 1687.- El arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada.

El tema de la duración del arrendamiento está planteado, evidentemente, por el plazo que las partes convengan para la posesión y uso del bien por parte del arrendatario, durante el cual este último contratante deberá pagar al arrendador la renta convenida en los períodos pactados.

Como establece el citado artículo 1687, existen dos tipos de plazo para el arrendamiento: el indeterminado y el determinado.

14.1.1. Arrendamiento de plazo indeterminado

El arrendamiento de plazo indeterminado es aquel en el cual las partes han establecido el término inicial del contrato pero han omitido pronunciarse, ya sea deliberada o conscientemente, respecto al término final del mismo.

En otras palabras: se sabe cuándo comenzará el arrendamiento, pero no cuándo concluirá.

Necesariamente debemos hacer referencia a que los contratos a plazo indeterminado no son contratos eternos. Lo único claro es que no se ha establecido, al momento de su celebración, el término final. Pero ello no equivale a decir que nunca se le podrá poner fin de manera unilateral.

En tal sentido, el Código Civil prescribe en el artículo 1703, norma que será materia de estudio posterior, lo siguiente:

> Artículo 1683.- Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada, dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante.

Es claro, además, que este aviso puede ser cursado por el arrendatario o por el arrendador; vale decir, por cualquiera de las partes que desee poner fin a la relación contractual.

No debe descartarse tampoco que sean ambos contratantes quienes deseen poner fin a la relación contractual; para cuyo efecto recurrirían a la figura de la resolución bilateral o por mutuo disenso (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

Resulta necesario señalar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1690 del Código Civil:

> Artículo 1690.- El arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta.

Este precepto resulta innecesario, en la medida de que el artículo 1681 establece, en su inciso 2, que el arrendatario está obligado a pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos; y a falta de convenio, cada mes en su domicilio.

Esto significa que ya existe una presunción en torno a la duración de los períodos, tema sobre el cual nos hemos pronunciado en su oportunidad.

Además, la citada norma no precisa si el arrendamiento se pacta como de duración determinada o de duración indeterminada, razón por la cual es aplicable a ambos supuestos.

14.1.2. Arrendamiento de plazo determinado

El arrendamiento de plazo determinado es aquel por el cual las partes pactan, al momento de su celebración, un término inicial y un término final; vale decir, que ellas acuerdan la fecha en que comenzará y la fecha en que concluirá.

La regla general en torno a la duración de los plazos, en materia de acto jurídico, está signada por la más absoluta libertad. Así, las partes pueden convenir el plazo que consideren conveniente, ya sea este suspensivo o resolutorio.

Esta regla se encuentra mediatizada en sede de arrendamiento; ya que, si bien rige la más absoluta libertad para los plazos suspensivos, existen límites para los resolutorios.

Cuando nos referimos al plazo suspensivo, estamos haciendo alusión a que, en el contrato de arrendamiento, las partes podrán prever que el contrato celebrado recién surtirá efectos transcurrido un lapso desde el momento de su celebración. Tal podría ser el caso en que dos partes celebraran un contrato de arrendamiento con respecto a la casa que ocupa el arrendador y convinieran que dicho arrendador recién haría entrega de la misma al arrendatario tres meses después del momento de la celebración del contrato, fecha desde la cual recién el arrendatario podría ocupar el inmueble y se encontraría obligado a pagar la renta.

Se trata, sin duda, de un plazo suspensivo, y sobre este particular rige la más absoluta libertad, ya que el Derecho entiende que el tema no ofrece ningún problema.

Sin embargo, sí se establecen límites para el plazo resolutorio en el arrendamiento de duración determinada, el mismo que, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1688[35], no puede exceder de diez años.

Se ha criticado mucho que el Código Civil haya establecido un plazo máximo para la duración del arrendamiento.

Por nuestra parte, consideramos que sí era necesario establecer un plazo máximo para la duración del arrendamiento, si bien es cierto no estamos de acuerdo con la magnitud legal del mismo.

Decimos que era necesario en la medida de que, en caso de pactarse un plazo excesivamente largo —como podría ser, por ejemplo, uno de 500 años (como ocurre en otras latitudes)—, podríamos preguntarnos si se estaría celebrando propiamente un contrato de arrendamiento o si esta figura contractual se asemejaría más a alguna por la cual se transfiriera la propiedad a la contraparte.

Se podría argumentar que ello no tiene nada de malo y que, dentro de la libertad contractual o de configuración interna, los seres humanos deberían poder determinar, dados sus intereses, la duración de los plazos que consideren conveniente.

Sin embargo, es claro que un arrendamiento celebrado en estas condiciones, estableciendo una renta variable, ya sea tomando cláusulas valoristas o sujetándolas a algún referente más o menos estable, podría representar un contrato ventajoso para el arrendador y sus futuros herederos.

No obstante, y como sabemos, no existe ninguna restricción para las partes en torno a los montos o precios que se pueden pactar en el mercado, razón por la cual la renta podría haberse convenido en una cifra diminuta, precisamente para tener con el arrendatario un acto de liberalidad.

Si ese fuese el caso, y una persona arrendara por 500 años todos los bienes inmuebles de su propiedad, teniendo una edad muy avanzada, podría presentarse la situación en la cual, al morir, sus herederos deban asumir el supuesto descrito sin posibilidad de impugnarlo. Esto podría representar una peligrosa salida para burlar al Derecho de la sanción que establece la ley civil con respecto a la donación inoficiosa (argumento del artículo 1629 del Código Civil).

En tal sentido, se estarían burlando «legítimamente» las normas de la legítima hereditaria.

---

[35] Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.
Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.

Sin embargo, no estamos de acuerdo en que el plazo pactado tenga como límite máximo los diez años contemplados por la ley. Decimos esto en razón de que dicho pacto podría resultar muy corto si tenemos en consideración determinadas operaciones de orden mercantil, en donde resulte imprescindible establecer plazos más extensos.

Por eso, estimamos que sería razonable que fuese de cuarenta años en lugar de diez[36].

En lo que respecta a la duración del plazo del arrendamiento, cuando se trata de bienes pertenecientes a entidades públicas o a incapaces, la ley establece que dicho plazo no puede ser mayor de seis años.

La finalidad de este precepto se basa en proteger los intereses del Estado y de los incapaces en relación con los actos de sus representantes; de quienes, si bien no se presume mala fe, podría esperarse que actúen de manera irresponsable o dolosa, perjudicando los intereses de sus representados. En tal sentido, la ley ha optado por establecer como plazo máximo uno menor al común.

Nos parece adecuado el sentido del precepto y también consideramos conveniente el plazo establecido. No creemos que el mismo deba aumentarse.

Finalmente, debemos señalar que el plazo máximo común de diez años para los arrendamientos de duración determinada, así como el plazo máximo de seis años para el arrendamiento de bienes pertenecientes a entidades públicas o incapaces, son de orden público.

Esto significa que las partes no podrían convenir válidamente plazos que excedan a los indicados por la ley.

En tal sentido, el último párrafo del artículo 1688 establece que todo plazo o prórroga, que exceda de los términos señalados, se entiende reducido a dichos plazos.

Tal vez habría sido mejor que la norma estableciera que todo plazo que exceda del término señalado se entienda reducido a dicho plazo. Además, se debió agregar que, vencido el plazo, las partes podrían prorrogarlo y, en tal eventualidad, el plazo de cada prórroga se sujetaría a lo prescrito en este artículo.

Decimos esto porque, con el texto mencionado, la norma tendría una redacción idónea, ya que en la actualidad no queda claro el tema de la prórroga de los plazos —la cual, a nuestro entender, puede efectuarse sucesiva e indefinidamente (siguiendo los requisitos establecidos por la ley cada vez que se acuerde la prórroga)—.

Antes de concluir con este punto, estimamos conveniente citar el recuento efectuado por Jack Bigio[37] acerca del debate sobre el plazo máximo del arrendamiento y

---

[36] Para mayor información, remitimos al lector a una investigación anterior: Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo II, pp. 1007 y 1008.

[37] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 112-114.

el límite temporal del derecho de superficie que se generó en el seno de la Comisión Revisora del Código Civil, que él integró.

En adelante las palabras de Bigio:

> Durante las sesiones para la aprobación de este precepto (se refiere al artículo 1688) y del artículo 1030 del Código Civil, que establece la duración máxima del derecho de superficie, la doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt, distinguida jurista invitada por la Comisión Revisora del Código Civil, expresó que la duración del derecho de superficie debía tener un límite de 30 años por cuanto no era conveniente que el dominio se encuentre dividido por un plazo más largo. Expresó, además, que no encontraba razón para que el arrendamiento tenga un límite de 10 años y para la superficie sea de 99 años, como había aprobado la Comisión Revisora, con motivo de las deliberaciones relativas al libro de Derechos Reales.
>
> El doctor Jack Bigio Chrem, expresó, en cambio, que los plazos máximos para el arrendamiento (10 años) y para el derecho de superficie (99 años) no eran arbitrarios, sino que tenían una razón de ser. Indicó que si se establece un límite mayor de 10 años para el arrendamiento, ello tendría el grave inconveniente, como enseña la doctrina, de constituir un verdadero gravamen sobre la propiedad, contrario a la mejor circulación económica de ella.
>
> En lo que respecta al plazo de 99 años, mucho mayor que el propuesto por la doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt para la constitución del derecho de superficie, manifestó que tenía por objeto favorecer la inversión nacional y extranjera en la construcción de inmuebles sobre o bajo la superficie y que un plazo de 30 años, en algunos casos, podría desalentar al empresario a invertir en el país, por cuanto un plazo reducido significaría abrir la posibilidad de que no tenga tiempo para recuperar su capital.
>
> De otro lado, expresó que el doctor Jorge Buendía Gutiérrez había efectuado una propuesta a la Comisión Revisora en el sentido de conferir el plazo máximo de 99 años al derecho de superficie, precisamente con el objeto de favorecer la inversión nacional o extranjera en la construcción sobre terrenos que no eran explotados por sus propietarios.
>
> En vista de las razones expuestas por los doctores Bigio Chrem y Buendía Gutiérrez, la Comisión Revisora acordó con el voto unánime de los doctores Alva Orlandini, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loaiza y Bigio Chrem, mantener los límites legales para el arrendamiento (10 años) y el derecho de superficie (99 años) previstos, respectivamente, en los artículos 1688 y 1030, segundo párrafo, del Código Civil».

15. Supuestos de presunción de plazo determinado

En virtud del artículo 1689 del Código Civil, se establece una presunción para dos supuestos de arrendamiento en los que, a falta de acuerdo expreso en torno al plazo, se presume que el mismo es determinado por la duración señalada en la norma.

El citado numeral establece lo siguiente:

> Artículo 1689.- A falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada en los siguientes casos y por los períodos que se indican:
>
> 1. Cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, se entiende pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo.
>
> 2. Si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada.

15.1. Arrendamiento para una finalidad específica

Conforme a lo establecido por el inciso 1 del artículo 1689, a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento será de duración determinada cuando tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo.

Ejemplos al respecto hay muchos, pero consideramos que uno muy ilustrativo es el siguiente.

Con ocasión de la toma de la residencia del embajador del Japón en Lima por un grupo terrorista, en diciembre de 1996, se generó una expectativa a nivel mundial, razón por la cual vinieron al Perú periodistas de las más diversas cadenas televisivas en el mundo. Dichas empresas, al igual que las televisoras nacionales, arrendaron de inmediato, y por rentas altísimas, los pisos elevados de los edificios más cercanos a la residencia ocupada: esto se hizo no solo para cubrir las incidencias cotidianas, sino esperando que se produjera alguna situación de especial violencia o interés periodístico que pudiesen registrar sus cámaras.

Era evidente que el plazo del arrendamiento en todos aquellos casos era de duración determinable —vale decir, susceptible de determinación—, ya que la duración del mismo se prolongaría hasta la finalización de la crisis en la residencia del embajador.

La finalidad específica para la que fueron arrendados dichos inmuebles por parte de los medios periodísticos, fue esa y no otra, de modo tal que hubiera carecido de absoluto sentido que el arrendamiento continuara una vez terminada la crisis y todos los acontecimientos que podían ser periodísticamente relevantes.

Si bien es cierto que el Código Civil no regula este tipo de arrendamiento con el nombre de duración determinable, sino determinada, no por ello deja de tener la naturaleza jurídica del primero de los mencionados.

Pero, independientemente, de lo que acabamos de señalar, es claro el sentido de la norma.

15.2. Arrendamiento en lugares de temporada

Según lo establecido por el inciso 2 del artículo 1689 del Código Civil, a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento es de duración determinada si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, caso en el cual el plazo de arrendamiento será de una temporada.

Es el típico caso en que se arrienda, por ejemplo, un departamento en un balneario; y dicho arrendamiento se celebra a mediados del mes de diciembre del año 2007, pero no se establece el término final del mismo.

En este caso, regirá la presunción establecida por la norma bajo comentario, en el sentido en que el plazo del arrendamiento deberá entenderse circunscrito a la temporada de verano. Sin embargo, no se circunscribe necesariamente dicha temporada a la estación llamada «Verano», sino al lapso en el cual el inmueble podrá ser utilizado para disfrutar la temporada de sol en la playa, la cual usualmente se prolonga hasta finalizada la Semana Santa del año siguiente.

Entonces, si ese fuese el caso, y aplicando la presunción establecida por el artículo 1689 (inciso 2), el plazo durará hasta mediados del mes de abril del año 2008.

Sin embargo, resulta importante precisar que esta presunción solo rige cuando los predios ubicados en lugares de temporada son arrendados en época de temporada.

Así, si dos personas celebraran un contrato de arrendamiento sobre un inmueble ubicado en el balneario de Ancón en el mes de mayo del año 2007, y no establecieran un plazo determinado en su término final, podría interpretarse el contrato de dos maneras.

La primera, considerando que el bien se ha arrendado como se arrendaría cualquier bien común y corriente —vale decir, que el contrato tendría un plazo indeterminado—, sujetándose el mismo a las reglas respectivas. Sin duda, esta sería la interpretación más difundida del problema.

Pero, podría haber una segunda interpretación que considere que, al haberse arrendado ese bien precisamente al finalizar la temporada de Verano, se trataría de un arrendamiento de «antitemporada»; vale decir, uno cuyo plazo de duración vencería a principios de diciembre de ese año. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si se tratara de alguna persona que hubiera arrendado ese bien para descansar en la absoluta tranquilidad que representa encontrarse en un balneario durante el invierno.

16. Los períodos forzosos y voluntarios

En virtud de lo establecido por el artículo 1691 del Código Civil:

> Artículo 1691.- El arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes.

Resulta usual que el contrato de arrendamiento se pacte incluyendo períodos forzosos y períodos voluntarios.

Los períodos forzosos, generalmente, se encuentran al comienzo de la duración del arrendamiento. Ello significa que, desde que se celebra el contrato, ambas partes tendrán que respetar un plazo mínimo, en el que serán arrendador y arrendatario, debiendo cumplir cada una de ellas con las obligaciones que les correspondan.

La única forma de concluir antes de tiempo con el plazo forzoso es si ambas partes lo consideran conveniente, recurriendo a la resolución convencional por mutuo disenso (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

Pero ocurre que, al momento de la celebración del contrato, en muchas ocasiones el arrendador o el arrendatario no tienen la certeza de querer continuar con la vigencia de la relación contractual por un período adicional; ya sea porque se plantee nuevas condiciones para el período siguiente, porque el arrendatario aspire a conseguir un inmueble de su propiedad o por cualquier otra circunstancia.

En tal sentido, y previendo lo que pudiera ocurrir, las partes acuerdan períodos de carácter voluntario. Ello significa que una o ambas partes otorgan, respecto a la otra, una opción para que dicho período voluntario se convierta en forzoso.

No es otra cosa que una opción, propiamente dicha, de la regulada en los artículos 1419 y siguientes. Así, el citado numeral establece:

> Artículo 1419.- Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

Queda claro que la opción podría hacerse válida si la parte beneficiada por ella manifestara su voluntad en tal sentido, o si guardara silencio al respecto transcurrido un plazo determinado y habiendo otorgado las partes al silencio valor de manifestación positiva de voluntad (argumento del artículo 142 del Código Civil).

No obstante, también podría tratarse de una opción recíproca en torno al período voluntario, por aplicación de la denominada opción recíproca regulada en el artículo 1420 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1420.- Es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes.

17. El contrato de subarrendamiento

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1692 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1692.- El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador.

Para expresar de una manera más clara cuáles son las características del contrato de subarrendamiento, vamos a recurrir a establecer minuciosamente una por una.

17.1. Características

17.1.1. En cuanto al nombre

Por su nombre es un contrato nominado, ya que no solo recibe el referido nombre en tiempos modernos, sino que es conocido como tal desde antes de que el contrato de arrendamiento se llamara así; vale decir, incluso cuando el contrato de arrendamiento era conocido con el nombre de contrato de locación-conducción.

17.1.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación es un contrato típico social y típico legal.

Es típico social, ya que la sociedad en su conjunto conoce cuál es la estructura de este contrato.

Es típico legal en virtud de que se encuentra expresamente regulado por el Código Civil Peruano entre los artículos 1692 y 1695, preceptos cuyo contenido nos encargaremos de estudiar en estas páginas.

17.1.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura es un contrato simple, ya que siempre se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica, que consiste en la obligación del arrendatario de ceder el uso del bien arrendado en favor del subarrendatario, y la obligación de este último de pagar al arrendatario la renta correspondiente; todo ello, con autorización expresa del propietario del bien.

17.1.4. En cuanto a su contenido o área

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

Es claro que, el arrendamiento de naturaleza civil y el arrendamiento de naturaleza mercantil, se hallan regulados de manera uniforme por el Código Civil Peruano de 1984. Así, dicho cuerpo legal no efectúa distinción alguna en cuanto a la natura-

leza del contrato de arrendamiento, el cual podría ser civil o mercantil dependiendo de las personas que lo celebren.

Igual respuesta puede obtenerse en lo que respecta al contrato de subarrendamiento, el mismo que siempre se encontrará regulado por lo dispuesto en el Código Civil de 1984.

17.1.5. En cuanto a su autonomía[38]

En cuanto a su autonomía, el subarrendamiento es un contrato derivado, ya que requiere de la existencia de un contrato principal (el contrato de arrendamiento

---

[38] En relación a este tema, Manuel de la Puente y Lavalle (*El contrato en general.* 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 este. 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 solo por sus propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesoria no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si esta 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».

del cual emana). De esta manera, el contrato principal de arrendamiento le imprime sus características propias al subarrendamiento, de modo tal que el subarrendamiento siempre tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario de arrendamiento, del cual emana.

Nunca podría existir un contrato de subarrendamiento sin que existiese un contrato de arrendamiento.

Así, si un arrendatario alquila a un subarrendatario el inmueble que ocupa sin contar con la aprobación expresa y escrita del arrendador, siempre será un subarrendamiento, a pesar de tratarse de un contrato nulo por estar ausente dicha autorización del arrendador. Sin embargo, no se trataría de un arrendamiento de bien ajeno, ya que, para ser tal, no debería haber existido contrato de arrendamiento que vinculase al arrendador y al arrendatario.

17.1.6. En cuanto a su formación

El contrato de subarrendamiento es un contrato consensual, en la medida en que la ley no exige que se siga alguna formalidad preestablecida (pudiéndose incluso celebrar de manera verbal).

Sin embargo, la autorización que otorgue el arrendador al arrendatario para celebrar el subarrendamiento debe ser dada por escrito (argumento del artículo 1692, *in fine*, del Código Civil).

17.1.7. En cuanto al tiempo

En cuanto al tiempo, el subarrendamiento es esencialmente un contrato de duración, la cual podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha) o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial mas no el final).

Sin embargo, debe tenerse presente que, conforme a lo establecido por el artículo 1694 del Código Civil:

> Artículo 1694.- A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente.

17.1.8. En cuanto a su negociación

El subarrendamiento puede ser un contrato de negociación previa; es decir, aquel en el cual las partes tienen libertad de modelar su contenido, ya sea por adhesión o celebrarlo con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Sin embargo, dada la naturaleza de ser un contrato derivado, el subarrendamiento frecuentemente será de negociación previa.

17.1.9. En cuanto al rol económico

El subarrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el subarrendatario sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga al subarrendatario a devolver el bien, ya sea al arrendatario o al arrendador, según corresponda.

17.1.10. En cuanto a su función

Por su función, el subarrendamiento es un contrato fundamentalmente constitutivo aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios. Sin embargo, nunca será resolutorio, ya que en el subarrendamiento siempre se generará la obligación —por parte del arrendatario— de entregar en uso el bien al subarrendatario. Este último asumirá la obligación de pagar al arrendatario una renta determinada o determinable.

17.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Pensamos que el subarrendamiento —en cierta forma— es un contrato colectivo, ya que el mismo no solamente obliga a las partes que lo celebran, sino también al arrendador, quien a pesar de no ser parte en el contrato, y por el hecho de haber autorizado por escrito su celebración, queda obligado a respetar la existencia y duración del subarrendamiento mientras dure el plazo de vigencia del contrato principal (el de arrendamiento).

17.1.12. En cuanto a la prestación

El subarrendamiento es esencialmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas, a través del cual una parte, el arrendatario, se obliga a ceder temporalmente al subarrendatario el uso del bien arrendado, mientras que el subarrendatario se compromete a pagarle cierta renta convenida.

17.1.13. En cuanto a la valoración

El subarrendamiento es un contrato celebrado a título oneroso; pues en tanto el arrendatario se obliga a entregar el bien para que sea usado por el subarrendatario, este asume la obligación de abonar una renta en favor de aquel.

17.1.14. En cuanto al riesgo

El contrato de subarrendamiento es fundamentalmente conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el arrendatario y el subarrendatario son ciertas —vale decir, conocidas de antemano—. Sin embargo, la naturaleza del subarrendamiento no impide que pudiera revestir la modalidad de aleatorio.

17.1.15. En cuanto a sus efectos

En cuanto a sus efectos, el subarrendamiento es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

17.2. La autorización escrita del arrendador

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1692, para que se celebre el subarrendamiento se requiere que el arrendador otorgue su asentimiento escrito.

Con respecto a este tema, Bigio[39]39 anota que en realidad, la legislación comparada y la práctica ofrecían al legislador diferentes soluciones, como las que se indican a continuación:

a) Permitir el subarrendamiento, sin restricción alguna.
b) Permitir el subarrendamiento, salvo pacto en contrario, tal como lo establecía el artículo 1523 del Código Civil de 1936.
c) Prohibir el subarrendamiento, sin admitirse pacto en contrario.
d) Permitir el subarrendamiento, si el subarrendatario propuesto ofreciese las calidades de solvencia moral y económica.
e) El arrendatario debe abstenerse de subarrendar el bien sin el asentimiento escrito del arrendador.

Recuerda que el legislador de 1984 adoptó esta última solución, inspirado en el fundamento de que cuando el arrendador decide arrendar el bien no solo toma en consideración la renta que va a percibir y el plazo de duración del contrato, sino, también, la solvencia moral y económica del arrendatario. Además, se entiende que el arrendador entrega el bien para el uso del arrendatario y no para que efectúe otro contrato con el mismo, estimándose, por tanto, que al arrendador le interesa quién va a usar el bien arrendado.

Según refiere Bigio, a ello hay que agregar que durante la vigencia del Código Civil de 1936, mientras duró la prohibición de aumento de alquileres, se observó un abuso por parte del inquilino, especialmente de locales comerciales, quien arrendaba

[39] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 122-124.

el bien por una suma de dinero y lo subarrendaba a un tercero por un monto excesivamente mayor, situación que el legislador de 1984 deseó evitar.

De allí que se haya optado por invertir la regla contenida en el artículo 1523 del Código Civil de 1936, según la cual el arrendatario podía subarrendar sin asentimiento del locador, si en el contrato no se le privó de esta facultad.

A mayor abundamiento —dice Bigio— el legislador no hizo sino incorporar en la ley, lo que en la generalidad de los contratos de arrendamiento se venía estipulando. Esto es, la prohibición del subarriendo sin el asentimiento escrito del arrendador.

Indica que el legislador de 1984 se apartó de un sector de la doctrina, que justifica la facultad de subarrendar con el argumento de que el subarrendamiento aumenta la garantía del arrendador por el pago de la renta. Por cuanto el arrendatario no solo se obliga al pago de esta sino, también, a cuidar el bien diligentemente. Es razonable suponer, entonces, que el arrendador antes de ceder el uso del bien ha tomado las providencias necesarias para efectuar una cuidadosa elección del arrendatario.

No obstante, Bigio estima necesario advertir que este numeral no consagra una regla de carácter imperativo, puesto que el arrendatario no está impedido de subarrendar si tiene autorización escrita del arrendador, la cual puede estar referida a la totalidad del bien o a parte de este.

Agrega que el legislador no ha considerado conveniente privar al arrendador de la facultad de permitir el subarrendamiento, por cuanto existen casos en que al arrendador puede resultarle conveniente autorizar el subcontrato.

Por último, el citado profesor estima importante indicar, que cuando hay subarrendamiento el inquilino se convierte en arrendador y el subarrendatario tiene la condición de arrendatario frente a aquel.

Debemos expresar que el arrendamiento es un contrato *intuitu personae*; vale decir, que se celebra en estricta consideración de las cualidades personales, empresariales, morales, etc., del arrendatario. Por tal razón, al arrendador no le dará lo mismo si el arrendatario continúa con el cumplimiento de sus obligaciones o si delega a otro la posibilidad de usar el bien.

Solo a título de ejemplo, podríamos decir que a un arrendador no le dará lo mismo que el bien sea utilizado por tal o cual persona en calidad de arrendatario. Esto, debido a que aquel con quien ha celebrado el contrato tal vez sea una persona que él mismo se ha ocupado de seleccionar con el debido cuidado, a fin de que preserve la integridad física del bien, materia del arrendamiento.

En este sentido, resulta evidente que para tal arrendador no será igual que en vez del arrendatario sea un tercero quien haga uso del bien; y no porque partamos del hecho de que dicho tercero no guarde los debidos cuidados para con el bien, sino

porque partimos de la simple constatación de que el arrendador no ha celebrado contrato con dicho tercero.

Es en virtud de estas consideraciones que el Derecho estima absolutamente imprescindible, para la validez de un contrato de subarrendamiento, que el arrendador dé su asentimiento al respecto.

Además, no solo exige dicho asentimiento, sino que el mismo debe ser otorgado de manera escrita.

Dicha formalidad se establece por razones de seguridad jurídica, para dar una mayor certeza de que dicha autorización ha sido realmente otorgada.

También resulta de interés razonar acerca del momento en que debe ser manifestado ese asentimiento.

En ausencia de prescripción legal, podemos manifestar que el asentimiento escrito del arrendador podría ser efectuado con anterioridad, coetaneidad o posterioridad al contrato. Así, la autorización de subarrendar podría haber sido establecida por escrito en el propio contrato de arrendamiento celebrado entre arrendador y arrendatario.

Dicha autorización también podría haber sido otorgada por el arrendador, interviniendo en una cláusula especial en el propio contrato de subarrendamiento.

Asimismo, también podría haber sido otorgada con posterioridad a la celebración del referido contrato de subarrendamiento.

En los dos primeros casos, la validez del subarrendamiento se presentaría desde el momento de su celebración. En el tercer caso, el subarrendamiento sería válido recién desde el momento en que el arrendador otorgue su autorización escrita.

No está de más señalar que dicho arrendador podría otorgar la referida autorización en cualquier otro momento, distinto a los señalados con anterioridad.

Con respecto a si ese asentimiento escrito debe contener la determinación exacta de la persona del subarrendatario, podemos manifestar que ello es optativo, en la medida en que la ley no prescribe que tal asentimiento deba hacerse necesariamente con precisión de la persona del futuro subarrendatario.

Es claro que si se dejara abierta la posibilidad de que el arrendatario contrate con quien considere conveniente, el arrendador estaría otorgando dicha autorización con renuncia de su potestad de verificar, con la mayor pulcritud, a la persona que ocupará la posición contractual de subarrendatario y que pasará a usar el bien en vez del arrendatario. Así, debe ser consciente de los riesgos que implicaría otorgar una autorización escrita con semejante amplitud. Dentro de tal orden de ideas, pensamos que lo más lógico sería que el arrendador precisara, en la autorización a otorgar, el nombre del subarrendatario, y que previamente hubiera verificado la idoneidad de esa persona para la celebración del futuro contrato de subarrendamiento.

17.3. Responsabilidad solidaria entre subarrendatario y arrendatario con respecto al arrendador

En virtud de lo establecido por el artículo 1693 del Código Civil Peruano de 1984:

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

Sin duda, este es un caso en el cual la ley establece responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato de arrendamiento. Ya sea que dicho incumplimiento obedezca a causa imputable al arrendatario, obedezca a causa imputable al subarrendatario u obedezca a causa imputable a ambos.

Debemos tener presente, también, que podría haber pluralidad de arrendatarios o pluralidad de subarrendatarios, pero siempre estaríamos en presencia de una obligación de carácter solidario.

Ahora bien, como las obligaciones solidarias necesariamente serán divisibles o indivisibles, si se tratara de una indemnización por daños y perjuicios —vale decir, de una prestación de carácter dinerario—, la obligación sería divisible y solidaria, ya que toda obligación de dar una suma de dinero es de carácter divisible. Pero si se derivase del incumplimiento, la obligación de pagar con alguna prestación distinta o la ejecución forzosa de alguna prestación de carácter indivisible, estaríamos en presencia de una obligación indivisible y solidaria.

En cualquiera de los casos señalados, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1195 en torno al incumplimiento de las obligaciones solidarias[40].

El Código Civil Peruano establece sanciones diversas para los casos de las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. Esto en el supuesto de que exista un incumplimiento culposo de las mismas por parte de uno o más de uno de los codeudores.

El artículo 1180 del Código Civil contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento se deba a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores. En esta hipótesis, la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si éstos se hubiesen generado). En tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o acreedores de la misma.

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización. Mientras que cada uno de los codeudores que hubiese estado dispuesto a cumplir con

[40] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, primera parte, tomo III, pp. 175-189.

la prestación, solamente, contribuirá a la indemnización de los daños y perjuicios con la proporción o porcentaje del valor de la prestación que le corresponda.

El código peruano, en el artículo 1180, dispone que este porcentaje se refiere al valor de la prestación, lo cual podría conducirnos a entender que se está aludiendo a la prestación original (aquella que se incumplió) y no a la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar. Sin embargo, consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables deberán, por concepto indemnizatorio, solamente la parte proporcional al valor de su participación en la prestación incumplida, pero referida, sin duda, a la indemnización global de daños y perjuicios que se le deberá al acreedor, precisamente, por la inejecución de la obligación.

En tal orden de ideas, la redacción del texto actual del artículo 1180 del Código Civil no parece la más idónea.

Conviene aclarar que en las relaciones internas entre los codeudores, si algún codeudor culpable asume el íntegro de la indemnización, puede repetir contra los otros codeudores culpables por sus partes. Y si un codeudor no culpable se ve obligado a pagar su parte de la prestación, pero el bien indivisible está en posesión de uno de los culpables o el codeudor no culpable está dispuesto a cumplir, tiene el derecho de repetir contra el culpable por la parte de la prestación que, en vía de daños y perjuicios, hubiera pagado al acreedor.

Pensamos que hubiera sido aconsejable que el Código Civil recogiera en el texto del artículo 1180 una precisión, en el sentido de que, en las relaciones internas entre los codeudores, solo los culpables asumen el íntegro de la indemnización a que haya lugar.

Estas últimas consideraciones también las hacemos aplicables al supuesto del artículo 1195, relativo a las obligaciones solidarias.

Por otra parte, el artículo 1195 del Código Civil Peruano prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida (a diferencia del supuesto de la indivisibilidad). Esto quiere decir que todos los codeudores, incluso aquellos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común. Ya decía Pothier que la falta, el hecho o la demora de uno de los codeudores no perjudica a los otros; es decir, que solo aquel que ha cometido la falta o que ha sido constituido en mora ha de ser responsable por los daños y perjuicios que puedan resultar de la inejecución de la obligación, además del valor de la cosa debida. Asimismo, Pothier agrega que el otro deudor, que no ha cometido falta alguna y que no ha sido constituido en mora, no es responsable de otra cosa más que de pagar el precio de la cosa que ha perecido por la falta o después de la constitución en mora de su codeudor, pues su obligación hubiera podido cierta-

mente perpetuarse por la falta de mora de su codeudor. El mencionado autor precisa que, por la misma razón, solo aquel que ha sido constituido en mora es quien debe ser responsable por los daños y perjuicios debidos por el retardo y la mora. A entender del jurista de Orléans, estos principios derivan de una ley romana, cuyos alcances restringe Dumoulin a los daños y perjuicios que no han sido expresamente estipulados. Pues si lo hubiesen sido, todos los codeudores serían responsables de ellos, ya que el hecho o la mora de uno de ellos haría existir la condición de la inejecución de la obligación, bajo la cual se habían todos obligado a dichos daños y perjuicios.

Para el caso de los daños y perjuicios, el segundo párrafo del artículo 1195 del código peruano establece que el acreedor podrá pedir su resarcimiento, solamente, al codeudor responsable del incumplimiento; o, de ser varios los responsables, demandarlos de manera solidaria.

Debemos precisar que el segundo párrafo del artículo 1195, con la solución señalada, podría aparentar ser contradictorio con el primer párrafo del mismo; ya que este eventualmente daría a entender que responden solidariamente tanto los codeudores culpables de la inejecución como aquellos no culpables de la misma. En tanto que el segundo parecería establecer que solo responderían solidariamente los codeudores culpables. Esta, sin duda, constituiría una evidente contradicción, la cual sería susceptible de generar erróneas interpretaciones de la norma.

El sentido correcto del precepto es que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios deudores determina que cada uno de los no culpables solo esté obligado a pagar, por concepto de daños y perjuicios, hasta el monto correspondiente al valor del íntegro de la prestación incumplida. Mientras que el culpable o culpables responden no solo por el íntegro de tal valor, sino por cualquier excedente indemnizatorio al cual tenga derecho el acreedor.

La norma vigente tampoco señala en forma explícita el derecho del codeudor no culpable que pagó para exigir la restitución contra el codeudor culpable.

Cabe recordar que en esta materia existen tres corrientes doctrinarias. La primera, de origen francés, es sustentada por Dumoulin y Pothier, recogida por el código Napoléon y seguida por los códigos suizo, italiano y brasileño de 1916 y prácticamente todos los códigos latinoamericanos. En virtud de esta, los codeudores solidarios no culpables deben, por indemnización, el íntegro del valor de la prestación, pero no sumas adicionales por daños y perjuicios. El segundo sistema, a su vez, es sustentado por Giorgi y después por Planiol y Ripert; y es seguido, entre otros, por el código Español. Según este, los codeudores deben por indemnización no solo la estimación de la prestación, sino cualesquiera daños y perjuicios adicionales. Dicho sistema se basa en la idea de la representación. El tercer sistema, sustentado por el código Alemán de 1900, se fundamenta en el pacto tácito de indivisibilidad de pago. En virtud

de este, los codeudores solidarios no culpables solo deben su parte proporcional, por indemnización, del valor de la prestación incumplida, mientras los culpables adeudan el íntegro de los daños y perjuicios.

El Código Civil Peruano[41], a pesar de su texto equívoco, sigue en el artículo 1195 el primer sistema; o sea que, cuando la obligación es imposible por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios solo responden el o los culpables[42].

Para finalizar estas consideraciones sobre la responsabilidad de los codeudores por la inejecución de obligaciones indivisibles y solidarias, respectivamente, vamos a dejar en claro, sin perjuicio de lo antes expresado, nuestra posición al respecto:

a) Responsabilidad de los codeudores en la obligación indivisible

Cuando se inejecuta una obligación puede ocurrir que ello obedezca a que la prestación devino en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores. Pero puede también suceder que ese incumplimiento culposo no se haya generado por la imposibilidad de ejecución, sino simplemente porque no se deseó cumplir o no se cumplió culposamente.

Si, luego del incumplimiento, la ejecución de la prestación todavía resultase posible, será evidente que, a menos que sea necesario emplear violencia contra las personas de los deudores, el acreedor, si lo estima conveniente, podrá demandar en la vía judicial la ejecución forzosa de la obligación, además de los daños y perjuicios a que haya lugar.

En caso contrario (es decir, si la obligación que no se ejecutó ha devenido en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores), es evidente que el único camino que le quedará al acreedor será el de demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En caso se llegue a ejecutar la prestación originaria, los codeudores tendrán derecho a exigir del acreedor el pago de la correspondiente contraprestación, si la hubiere. En caso no se llegue a ejecutar la prestación originaria, también resulta claro que dichos codeudores no podrán exigir en modo alguno la contraprestación, si la hubiere.

---

[41] A este respecto, recomendamos al lector la consulta de: Lafaille, Héctor. *Derecho Civil.* Tomo VI, vol. I, pp. 233-235; De Gásperi, Luis. *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino.* Tomo II. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945 y 1946, pp. 109-116; Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 148-151; Salvat, Raimundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino, obligaciones en general.* Tomo II. Buenos Aires: Tipográfica Edi tora Argentina, 1952, pp. 96-98; Alterini, Atilio Aníbal, Óscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Curso de obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, tomo II, p. 119; y Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil, obligaciones.* Octava edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, tomo I, pp. 85 y ss.

[42] León Barandiarán, José. *Contratos en el derecho civil peruano.* Lima: Imprenta UNMSM, 1975, tomo II, p. 13.

Por lo demás, es claro que si la prestación originaria resulta exigible y de cumplimiento posible, los codeudores obligados responderán de manera indivisible por la misma, pues así se han obligado.

Lo que queremos dejar sentado es que la discusión sobre el carácter de divisible o indivisible no versa sobre la prestación originaria en sí, la cual es indivisible sin lugar a dudas. La discusión versa sobre el carácter que tendrá la prestación indemnizatoria por concepto de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor común.

Esta obligación, que al ser dineraria es por esencia divisible, también mantendrá tal carácter para los codeudores no responsables en la inejecución de la obligación, quienes solo responderán de la indemnización por daños y perjuicios, por el monto proporcional que les corresponde en la prestación incumplida. Por su parte, los codeudores culpables responderán por el íntegro de tal indemnización, siendo obvio que, en las relaciones internas entre los codeudores, solo los culpables asumirán la indemnización debida.

b) Responsabilidad de los codeudores en la obligación solidaria

Siguiendo el mismo razonamiento que efectuamos para el caso de la indemnización en las obligaciones indivisibles, diremos que la solución para el supuesto de las obligaciones solidarias es distinta. La divisibilidad natural de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, la cual determina que los codeudores no culpables de la inejecución en la obligación de prestación indivisible respondan frente al acreedor común solo por su parte proporcional del valor de la prestación, varía en lo que respecta a las obligaciones solidarias. La solidaridad, y en el caso bajo tratamiento, la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación que agrava la situación de los codeudores de la misma; de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables solo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida. Por su parte, los culpables responden, también solidariamente, por el total de la indemnización debida. Así resulta que en las relaciones internas entre los codeudores, solo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

Luego de analizar el tema de la indemnización en las obligaciones indivisibles con pluralidad de deudores y en las obligaciones con solidaridad pasiva, podemos llegar a la conclusión de que ninguna de las teorías a las que anteriormente hicimos referencia, explica cabalmente el problema; ya que, el mismo no debe dirigirse a resolver la forma cómo están obligados dichos codeudores a la ejecución de la prestación debida originariamente, sino a cómo deberán cumplir con la indemnización de

daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, primaría el principio del artículo 1195, por ser dicha norma propia de la solidaridad y además por lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, igualmente regiría el artículo 1195. Si fuese mancomunada e indivisible, se aplicaría el artículo 1180.

17.4. Carácter derivado del subarrendamiento

Conforme a lo establecido por el artículo 1694 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1694.- A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente.

Sin duda, esta norma ratifica una vez más el carácter derivado del contrato de subarrendamiento, al establecer que los plazos del mismo no podrán exceder a los del propio contrato de arrendamiento del cual deriva.

Sin embargo, cabe efectuar algunas precisiones.

Resulta claro que si la autorización del arrendador para que el arrendatario celebre el contrato del subarrendamiento no establece ninguna precisión con respecto al plazo por el cual dicho arrendatario podrá subarrendar, la norma contenida en el artículo 1694 resultará de plena aplicación.

No sería así si el arrendador hubiese autorizado al arrendatario a subarrendar el bien, por un plazo que excediera al del contrato de arrendamiento.

En este caso, el tema debería ser entendido como que el arrendador y el arrendatario están acordando una ampliación del plazo del contrato de arrendamiento celebrado entre ellos; vale decir, que están modificando el plazo originalmente establecido para dicho arrendamiento.

Ello se entiende así, en la medida de que resultaría teóricamente imposible que el contrato de arrendamiento, como contrato principal, tuviera un plazo menor que el acordado por el arrendador, arrendatario y subarrendatario con respecto al contrato de subarrendamiento (que, precisamente, es el contrato derivado).

Lo expresado revestiría incluso mayor valor jurídico si tanto el contrato original de arrendamiento, con plazo menor, como el contrato de subarrendamiento, con plazo mayor, hubiesen sido inscritos en los Registros Públicos. En este supuesto, resulta de total evidencia que el arrendador tendrá que respetar el plazo mayor del subarrendamiento.

17.5. Consolidación

La consolidación[43] —también conocida como confusión— es una de las formas de extinción de las obligaciones, tal vez la más compleja por su naturaleza jurídica y por sus propios términos conceptuales.

En efecto, resulta imposible imaginar que en una persona concurran las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de una misma obligación. Como se sabe, la relación obligacional tiene por lo menos un sujeto activo (el acreedor) y un sujeto pasivo distinto del acreedor (el deudor). Pero, de suceder aquel evento, ¿qué ocurre en ese caso? ¿Realmente se trata de una causa de extinción de la obligación? ¿Se produce tal extinción por concentrarse en una sola persona la relación obligatoria, o simplemente se suspende o «paraliza», debido a constituir un absurdo tautológico?

El Código Civil de 1984 no ha definido a la consolidación, ya que inicia el texto del artículo pertinente (el numeral 1300) consignando que ella puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de la misma.

Cabanellas[44] define a la confusión de derechos como la:

> Situación jurídica planteada por la reunión simultánea en una persona de las cualidades del acreedor y deudor en el mismo negocio jurídico. Tal es la posición del que hereda de alguien contra el cual poseía un crédito en dinero y el del adquirente de un establecimiento mercantil, proveedor del mismo y que tenía cuentas por cobrar.

Eugéne Petit, analizando la figura en el derecho romano, considera la confusión (así se denomina a la consolidación en otros sistemas jurídicos, empezando por el derecho romano) como una de las «causas que extinguen la obligación *ipso jure*», debido a que, como en toda obligación, se requiere necesariamente de un acreedor y de un deudor (nadie puede deberse a sí mismo). Así, si un acontecimiento reúne en una sola persona las cualidades de acreedor y de deudor, entonces hay confusión y la obligación se extingue. Sin embargo, este mismo autor acepta que la figura es de por sí algo confusa (de ahí el nombre), ya que atribuye dicha extinción más bien a la imposibilidad de ejecución de la obligación que a una verdadera causa de extinción. De esta manera, «la obligación queda más bien paralizada que extinguida, pues si las cualidades de acreedor y deudor que estaban reunidas se separaran de nuevo, la obligación recobra toda su fuerza».

---

[43] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tercera parte, tomo IX, pp. 339-410.

[44] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Op. cit.*, tomo II, p. 289.

Por ello, para los romanos, el efecto de la confusión era, más que extinguir propiamente la obligación, liberar al deudor. Como expresan Planiol y Ripert[45], es una distinción muy sutil, aunque real.

Compartimos este criterio, ya que si una persona fuese a la vez acreedora y deudora de una obligación, sería absurdo que cumpliera con ejecutarla (pues tendría que pagarse a sí misma). También resultaría inverosímil que ella misma se exigiera el cumplimiento de la obligación, ya que —aunque parezca reiterativo— tendría que exigírselo a ella misma. Sería algo así como enviarse una carta notarial requiriéndose el pago a uno mismo, o demandarse judicialmente a sí mismo, etcétera.

Podríamos llegar, inclusive, al extremo más caricaturesco, imaginándonos a alguien embargándose a sí mismo, en el afán de cobrar su crédito. Todo ello sería propio de un esquizofrénico o, en términos literarios, de una novela de Kafka.

En muchos códigos, así como en nuestro anterior Código Civil (de 1936), se hacía el distingo entre «confusión» y «consolidación». Si se trataba de derechos reales (*ius in re*), se denominaba consolidación; y si eran obligaciones o derechos personales (*ius in personam*), el término era confusión.

El Código Civil de 1984 ha homogeneizado la expresión (ya que en su esencia se trata de la misma figura, independientemente de si se encuentra en el libro de Derechos Reales o en el de Obligaciones), eliminando la denominación «confusión», y circunscribiendo la figura al término «consolidación». Así aparece en las normas correspondientes a los derechos reales.

De esta manera, para efectos de otorgar un concepto eficiente a esta figura, es necesario recalcar que tan importante como reunir en una sola persona las calidades de acreedor y deudor, es establecer que ambas calidades deben estar referidas a una misma obligación. De lo contrario, estaríamos hablando de una compensación.

En síntesis: al faltar uno de los sujetos de la relación obligatoria, la relación misma ya no puede subsistir; el crédito, entonces, revierte sobre el patrimonio que representa la garantía del mismo. Así, por ejemplo, el patrimonio del heredero o el patrimonio hereditario viene aumentado en el valor correspondiente al crédito, aumento que no tiene lugar a título hereditario, sino —precisamente— a título de satisfacción del crédito.

Messineo recuerda que el fenómeno de la confusión ha sido presentado también como resultante de un doble aspecto: uno es el del fenómeno liberatorio (tal como es concebido por la ley); el otro estaría constituido como realización de la finalidad

[45] Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traite pratique de Droit Civil Français*. París: Livraire Genérale de Droit et de Jurisprudence, 1927, tomo IV, pp. 375 y 376.

(esto es, el interés del acreedor) respecto de la cual la obligación constituiría el medio de actuación.

Con respecto a las palabras «confusión» y «consolidación», empleadas en forma diversa, y tal vez hasta arbitraria, por diferentes legislaciones, es opinión nuestra que ambos términos, a pesar de sus distintas aplicaciones, llegan a tener un mismo significado, por lo que resulta idóneo uniformizarlas en un Código Civil. Por ello, consideramos que la palabra «confusión», debido a sus connotaciones peyorativas en la lengua española (algo que es confuso, así como el individuo confundido o lo que lleva a confundir, etc., se entiende como algo erróneo, equivocado, incorrecto o difuso), no debe emplearse dentro de un texto legislativo, y menos aun como figura o institución jurídica.

En cambio, el término «consolidación» tiene connotaciones más técnicas y menos confusas; es decir, describe en forma más precisa una situación jurídica particular que tiene la suficiente relevancia como para otorgarle una categoría jurídica especial. Así, «consolidar», término habitualmente empleado en forma exclusiva para el caso de los derechos reales (por ejemplo, cuando se reúnen en una misma persona las cualidades de propietario y usufructuario del mismo bien —derechos separados—), quiere decir que se consolidan, se unen, se juntan, se reúnen en una persona (quien antes tenía una de las dos «caras de la moneda» en su dominio) la totalidad de los atributos respecto de algo (en caso de los derechos reales, sobre un bien, y en caso de las obligaciones, sobre un crédito o una deuda). La persona que antes tenía la nuda propiedad, y que ahora también ostenta el usufructo, no mantiene ambos atributos, sino que ellos se unen porque sería absurdo que quedaran separados. Quien es propietario no se va a «cobrar» a sí mismo por el usufructo de su propio bien. De igual forma, una persona que reúne en sí misma tanto la parte acreedora como la deudora de una misma obligación (las dos caras de la moneda) está consolidando en sí la obligación en su totalidad, no dejando nada afuera. Es algo así como eliminar por absorción a un opositor, considerando opositor a quien antes detentaba la «otra cara».

Consolidación, por último, es un término que carece por completo de connotación negativa o peyorativa, siendo, por el contrario, una palabra que refleja una suerte de fuerza, de firmeza y de consistencia[46].

---

[46] Guillermo Cabanellas (*Op. cit.*, tomo II, p. 313.) define el término «consolidación» de la siguiente forma: «Firmeza o solidez. Aseguramiento de lo próximo a caer, hundirse o perecer. Fortalecimiento de lo débil o desunido. Liquidación de una deuda flotante al convertirla en fija. Afianzamiento de un régimen político o de un gobierno, por acertada gestión de facultades dominicales antes divididas o dispersas; como al recaer en el mismo dueño el predio dominante y el sirviente, en cuanto a una servi-

Ahora bien, en los dos supuestos —es decir, tanto en la consolidación en los derechos reales como en la relación obligacional— la extinción se presenta en forma casi ficticia, más por razones de orden operativo o práctico que por una real extinción de la obligación o de la ausencia de dualidad de derechos reales. En ambos casos, en efecto, puede «revivir» la situación original, pues tanto el mismo crédito como los atributos de la propiedad podrían volver a separarse. Ello constituye una fundamental diferencia entre este modo de extinción de obligaciones respecto de los demás, los cuales, al operar, sí extinguen en forma definitiva la obligación. En estos casos, la obligación jamás puede «renacer» o «revivir»; lo que sí podría suceder es que las partes acordaran crear una nueva obligación, que necesariamente sería distinta de la ya extinguida. Todo eso, desde luego, dejando a salvo el caso patológico de nulidad en la extinción de una obligación.

De lo expuesto podría deducirse que, cuando se produce una consolidación entre las personas del arrendatario y del arrendador, no solamente se están unificando las calidades de acreedor y deudor en una misma obligación. Lo que ocurre es que se están consolidando un conjunto de obligaciones entre dos partes contrarias que en la relación contractual son, dependiendo de cada una de las obligaciones de que se trate, acreedor y deudor.

Podría decirse que estaríamos en presencia de una multiplicidad de consolidaciones, supuesto que, en el plano teórico, no ofrecería ningún inconveniente en virtud de que en cada una de ellas se tendrían que aplicar los principios sobre el aludido medio extintivo de obligaciones.

Por otra parte, hay que aclarar que lo que se consolida es la posición contractual de arrendatario en el contrato de subarrendamiento, al haberse unificado en una sola persona (la del arrendatario) las calidades contradictorias de arrendatario y arrendador.

Así, una vez producida dicha consolidación tendríamos a un arrendatario y a un subarrendatario. Pero tal situación resultaría inexplicable en la medida en que no nos encontrásemos frente al, ya extinguido, contrato de arrendamiento que fue contrato principal del subarrendamiento.

---

dumbre. Recuperación, por el nudo propietario, del usufructo de que otro gozaba en un bien suyo. En los censos, unión del dominio directo y útil».

Por su parte, la Real Academia de la Lengua (Real Academia de la Lengua. Diccionario de la lengua española. Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es. Visitado el 15/10/2007), define al verbo «consolidar» como «Dar firmeza y solidez a algo. Convertir un crédito o una deuda provisional en definitiva y estable. Reunir, volver a juntar lo que antes se había quebrado o roto, de modo que quede firme. Asegurar del todo, afianzar más y más algo, como la amistad, la alianza, etc. integrar en uno solo los balances de una sociedad matriz con los de sus empresas filiales. Reunirse en un sujeto atributos de un dominio antes disgregado».

En tal sentido, si se aplicara el antiguo principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tendríamos que concluir en que el contrato de subarrendamiento se debería extinguir —precisamente— por haberse extinguido el contrato de arrendamiento del cual se derivó.

Esa sería la regla y la conclusión que en el plano teórico resultaría lógica.

Sin embargo, no nos cabe duda de que una situación como la descrita perjudicaría enormemente los derechos del subarrendatario, persona que no habría tenido absolutamente nada que ver en la consolidación producida entre arrendador y arrendatario.

Si bien es cierto que en la mayoría de casos la consolidación puede ser considerada como un medio extintivo de obligaciones en donde se encuentra ausente la voluntad humana, es sabido que también existe la denominada consolidación voluntaria, la cual requeriría de un acuerdo entre acreedor y deudor.

Dentro de tal orden de ideas, e independientemente de si la consolidación de la posición contractual de arrendador y arrendatario fuese voluntaria o involuntaria, nos queda claro que en ninguno de los dos casos dicha situación debería perjudicar los intereses del subarrendatario. Más aún: recurriendo a una excepción de la regla «lo accesorio sigue la suerte de lo principal», podríamos evitar ese perjuicio.

Asimismo, podría suceder que el arrendatario comprara al arrendador el inmueble materia de arrendamiento y subarrendamiento, caso en el cual dejaría de haber arrendamiento y, teóricamente, debería extinguirse también el subarrendamiento.

No obstante ello, tal situación sería injusta, pues en quien se hubiera consolidado el arrendamiento sería la persona que le subarrendó el bien.

Lo propio ocurriría si la consolidación entre arrendatario y arrendador se produjese en la persona de este último; ya que, de acuerdo con lo establecido por la última parte del artículo 1692 del Código Civil, para que se trate de un subarrendamiento válido se deberá contar con el asentimiento escrito del arrendador.

De esta forma, en virtud de la ficción impuesta por el artículo 1695 del Código Civil, a pesar de haberse extinguido el contrato de arrendamiento, subsiste el subarrendamiento.

Sin embargo, no debe entenderse que dicho subarrendamiento subsiste como tal —vale decir, en condición de contrato derivado—, pues el mismo revestirá la naturaleza de contrato principal, dado que habrá dejado de tener existencia el contrato del cual derivaba y ya no deriva (no por su origen, sino por la referida ficción legal).

De esta forma, queda claro que quien tuvo la condición de arrendador o arrendatario, y en cuya persona se consolidó el contrato de arrendamiento, tendrá ahora la condición de arrendador; y, por otra parte, el subarrendatario tendrá ahora la condición de arrendatario.

También resulta evidente que, a partir del momento en que se produzca dicha situación, el antiguo subarrendamiento se dejará de regir por las normas especiales que contiene el código con respecto a este contrato (los artículos 1692 a 1695), y pasará a regirse por los preceptos generales de todo el título VI, relativo al contrato de arrendamiento.

18. La cesión de posición contractual y el arrendamiento

En el artículo 1696 del Código Civil Peruano se establece lo siguiente:

> Artículo 1696.- La cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario en favor de un tercero que lo sustituye y se rige por las reglas de la cesión de posición contractual.

El Código Civil, a través del capítulo quinto, relativo al título del contrato de arrendamiento, se refiere al subarrendamiento y a la denominada cesión del arrendamiento, tema este último que recibe regulación únicamente en el artículo 1696 antes trascrito.

El artículo 1696 tiene su origen en describir una situación bastante frecuente en materia de contratos de arrendamiento: que el arrendatario ceda su posición contractual a un tercero.

La mala práctica llevó a que siempre dicha cesión se produjera sin contar con el asentimiento del arrendador; vale decir, con el simple acuerdo entre el tercero cesionario y el arrendatario.

Dicha consecuencia práctica consistía en que el arrendatario le transmitía al tercero cesionario la posesión del bien a cambio de una cantidad de dinero que sería pagada en una o en varias oportunidades, de manera similar a la renta.

Pero, independientemente de las razones prácticas que han llevado al legislador de 1984 a regular el contrato de cesión de posición contractual de arrendatario, tal situación no tiene asidero teórico, ya que el propio Código Civil regula la cesión de posición contractual como una figura típica dentro de la parte general de contratos, entre los artículos 1435 y 1439.

La cesión de posición contractual es una figura cuya regulación *in extenso* recién se dio por primera vez con el código de 1984, a pesar de que con anterioridad al mismo no existió ninguna disposición que prohibiese o restringiese dicha figura jurídica.

En el artículo 1435 se establece que en los contratos cuyas prestaciones todavía no hayan terminado de ejecutarse, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Para tal efecto, se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

El citado precepto agrega que si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato solo tendrá efectos desde que dicho acuerdo sea comunicado al cedido por escrito de fecha cierta[47].

Del concepto de cesión de posición contractual, y de los preceptos que contiene el Código Civil como normas generales, puede apreciarse claramente que cualquiera de las partes de una relación contractual puede ceder a un tercero su posición en ella, siempre y cuando cuente con el asentimiento de la contraparte.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que el artículo 1696 del Código Civil solo regula la cesión de posición contractual de arrendatario y no la cesión de posición contractual de arrendador.

Sin embargo, resulta entendible que el Código Civil haya abordado la cesión de posición contractual de arrendatario, en la medida en que esta resulta ser en la práctica la figura más común de ambas.

Si el arrendatario desease ceder su posición contractual a un tercero, para ello requeriría del asentimiento del arrendador, en la medida de que, una vez que surta

---

[47] La normatividad completa de la cesión de posición contractual es la siguiente:

Artículo 1435.- En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato solo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.

Artículo 1436.- La forma de la transmisión, la capacidad de las partes intervinientes, los vicios del consentimiento y las relaciones entre los contratantes se definen en función del acto que sirve de base a la cesión y se sujetan a las disposiciones legales pertinentes.

Artículo 1437.- El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión. Empero, el cedido podrá accionar contra el cedente si hubiera pactado con este que no queda liberado por la cesión si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas. En este caso, el cedido debe comunicar al cedente del incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días en que se produjo y, de no hacerlo, el cedente queda libre de responsabilidad.

Artículo 1438.- El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario. Este pacto no surte efecto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente.

Es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El cedido puede oponer al cesionario y este a aquel las excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que expresamente hubiera hecho reserva de ellas en el momento en que aceptó la cesión.

Artículo 1439.- Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas.

efectos la cesión de posición contractual, el arrendador tendría como parte en el contrato al tercero cesionario y ya no al arrendatario.

Así, por razones de elemental seguridad jurídica, y en virtud de que los contratos solamente surten efecto entre las partes que los celebran (y eventualmente entre sus herederos), sería imprescindible que el arrendatario obtuviese el asentimiento del arrendador a favor de la cesión.

Sin embargo, nos quedarían algunas dudas si de lo que se tratase fuera de una cesión de posición contractual de arrendador.

Si seguimos el esquema legal planteado por los preceptos del código peruano en torno a la cesión de posición contractual, es evidente que si el arrendador desease ceder su posición contractual en favor de un tercero, para que dicha cesión surtiera efecto se requeriría —inevitablemente— contar con el asentimiento del arrendatario.

Sin embargo, existe un supuesto que tanto en el plano teórico como en el práctico no requeriría de la obtención de tal asentimiento.

Nos referimos al caso en que el arrendador sea a la vez propietario del bien arrendado (supuesto común en la práctica), y dicho arrendador-propietario venda el bien a un tercero.

El contrato de compraventa celebrado haría que dicho tercero se convierta en propietario del bien; y a pesar de no haber adquirido la condición de arrendador en virtud de una cesión formal, sí la habría adquirido indirectamente, al haberse convertido en propietario del bien.

Decimos esto, pues, conforme a lo establecido por el artículo 923 del Código Civil Peruano:

> Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien [...].

Dentro de tal orden de ideas, es al nuevo propietario a quien corresponde usufructuar del bien; y, en la medida de que el mismo se encuentra arrendado y en posesión del arrendatario, corresponderá al nuevo propietario no el uso del bien, pero sí la percepción de los frutos que el mismo genere. Y los frutos generados por el bien estarán constituidos precisamente por la renta que el arrendatario paga al arrendador en virtud del contrato de arrendamiento.

Así, si bien es cierto que no se habría convenido formalmente una cesión de posición contractual, en los hechos ella sí se habría verificado, ya que el nuevo propietario tendría derecho a cobrar la renta al arrendatario.

Asumimos que esta posición podría ser discutida en el terreno teórico, al considerar que el antiguo propietario arrendador nunca habría dejado de tener la condición de arrendador. Sin embargo, esta posición nos conduce inevitablemente a la figura

del enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955 del Código Civil Peruano), ya que, más allá del formalismo contractual, no habría ninguna razón dentro del terreno teórico, ni dentro del terreno práctico, que sostenga que el antiguo propietario sea quien deba cobrar la renta.

Finalmente, debemos expresar nuestras dudas con respecto a si el artículo 1696 del Código Civil debería ser una norma más amplia y de simple remisión a los preceptos generales de cesión de posición contractual; o si, en cambio, por ser redundante, debería ser suprimida[48].

19. Resolución del arrendamiento

19.1. Causales de resolución

Como sabemos, el Código Civil Peruano de 1984 establece, por intermedio de su artículo 1371, lo siguiente:

> Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

Asimismo, señala en su artículo 1372 lo siguiente:

> Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.
>
> La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.
>
> Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.
>
> En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

Adicionalmente, también resultan normas generales de resolución contractual los numerales 1428, 1429 y 1430, preceptos propios de los contratos con prestaciones recíprocas, cuyo texto consignamos seguidamente:

---

[48] Debemos recordar que, en ocasión anterior (Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*. Tomo II, p. 1010), sostuvimos que el texto ideal para el artículo en cuestión hubiese sido el siguiente:
Artículo 1696.- La cesión de posición contractual de arrendatario se rige por las normas pertinentes (la parte subrayada es la que proponíamos modificar).

> Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.
>
> A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.
>
> Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.
>
> Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.
>
> Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.
>
> La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

En tal sentido, puede decirse que las citadas normas constituyen los preceptos generales que rigen el tema de la resolución contractual.

Pero, sin perjuicio de ello, el Código Civil establece, en algunos contratos típicos, determinadas disposiciones que rigen de manera dispositiva (no imperativa) la resolución contractual, como en el caso del contrato de compraventa (artículos 1559 y siguientes) o en el de suministro (artículos 1619 y 1620).

El Código Civil para el contrato de arrendamiento contempla cinco supuestos de resolución, todos ellos en el artículo 1697.

19.1.1. Resolución por falta de pago de la renta

De conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse:

> 1. Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.

Como puede apreciar el lector, el inciso 1 del artículo 1697 contempla diversos supuestos de resolución por falta de pago de la renta, por parte del arrendatario al arrendador.

El primero de ellos constituye la regla general, entendiendo por tal cuando el arrendamiento se pacta por períodos de un mes.

En tal sentido, se requerirá del vencimiento de dos meses y quince días para que proceda resolver judicial o extrajudicialmente el contrato de arrendamiento.

Como hemos expresado, estimamos que las disposiciones del artículo 1697 no son imperativas. Ello significa que las partes podrían pactar la posibilidad de una resolución contractual en un período menor, tal como establece el artículo 1698 del propio Código Civil. Sin embargo, esta norma es clara al establecer que ello no procederá, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días, sin que se hubiese pagado la renta.

Sin embargo, cabe formular la apreciación de que en la actualidad han sido derogadas todas esas leyes especiales, en particular, el Decreto Ley n.° 21938 (antigua Ley del inquilinato) y su respectivo reglamento. Pero de ello nos ocuparemos al estudiar los alcances del artículo 1698.

El segundo supuesto de resolución, planteado por el inciso 1 del artículo 1697, es la resolución por falta de pago en caso la periodicidad de la renta se hubiese pactado por períodos mayores a un mes.

Podría ser el caso, por ejemplo, de períodos bimensuales, trimestrales, semestrales o anuales.

En estos casos, bastará el vencimiento de un solo período y quince días más. Esta solución reviste plena lógica, en el sentido en que si los períodos resultan mayores a un mes, el incumplimiento de un período ya constituye un incumplimiento de notoria importancia (de modo tal que, en realidad, el plazo para que el arrendador perjudicado pueda resolver el contrato debería ser menor).

Finalmente, la ley contempla, en el inciso 1 del artículo 1697, el supuesto de que el alquiler se convenga por períodos menores a un mes. Como podría ser el caso de períodos de un día, de una semana o de una quincena, por ejemplo.

En estos casos, según el Código Civil, bastará que hayan vencido tres de esos períodos para que proceda la resolución.

19.1.2. Resolución por incumplimiento previo proceso judicial

El inciso 2 del artículo 1697 establece el derecho del arrendador para resolver el contrato de arrendamiento en caso de haberse producido cualquiera de los tres supuestos de incumplimiento, contemplados en el inciso 1 del artículo 1697; y si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta y, en adición a ello, se vence con exceso de quince días el plazo siguiente, sin que haya pagado la nueva renta devengada.

No consideramos acertada la inclusión del inciso 2 del artículo 1697, ya que si tuvo que seguirse un proceso judicial, ya sea de resolución por incumplimiento (basado en el inciso 1 del propio artículo 1697), y el arrendatario fue vencido en juicio, condenándosele a desalojar el inmueble y además a pagar las rentas atrasadas, ya se habría producido un caso de resolución judicial. Por tal razón, sería absolutamente innecesario, en el terreno teórico y en el práctico, que se vuelva a resolver el contrato, judicial o extrajudicialmente, por falta de pago de un período adicional de quince días. Ello carece de sentido.

Estamos convencidos de que el inciso 2 del artículo 1697, en virtud de lo señalado, no se refiere a la norma precitada.

En cambio, sí está referido al caso particular de que el arrendador hubiese demandado al arrendatario no la resolución del contrato por falta de pago, sino solamente el pago de las rentas atrasadas.

No obstante, consideramos que el supuesto que acabamos de mencionar resulta por demás exótico, dado que, en la práctica, ningún arrendador actuaría de esta forma frente a un arrendatario incumpliente (ya que, obviamente, lo que demandaría no solo sería el pago de las rentas atrasadas, sino también la resolución del contrato y el desalojo del bien).

Sin embargo, debemos admitir que, por lo menos en el plano teórico, resulta aceptable el supuesto contemplado por el artículo 1697 (inciso 3) del Código Civil Peruano.

19.1.3. Resolución por cambio de destino

De acuerdo con lo establecido por la primera parte del inciso 3 del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario da al bien un destino diferente de aquel para el cual se le concedió expresa o tácitamente.

Esta causal de resolución resulta plenamente lógica y debe ser concordada, necesariamente, con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1681 del propio código.

En tal sentido, cuando en el artículo 1681 se hace referencia al destino que se le concedió al bien en el contrato, ello concuerda con el destino que se le concedió expresamente, contemplado por el artículo 1697 en su inciso 3.

Asimismo, lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1681, en cuanto al destino que pueda presumirse de las circunstancias, debe entenderse en concordancia con lo señalado en el inciso 3 del artículo 1697, cuando se hace referencia al destino que se le concedió tácitamente.

A mayor abundamiento sobre el particular, remitimos al lector a nuestras expresiones vertidas con ocasión del análisis de las obligaciones del arrendatario, en especial lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1681.

19.1.4. Resolución por permitir actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres

De conformidad con lo dispuesto por la segunda parte del inciso 3, del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario permite que, en el bien, se realicen actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Pensamos que lo dispuesto en este extremo de la norma bajo comentario debe ser plenamente concordado con lo establecido en el inciso 7 del artículo 1681 del propio código, a cuyo comentario remitimos al lector.

19.1.5 Resolución por subarrendar el bien contra pacto expreso o sin asentimiento escrito del arrendador

De acuerdo con lo prescrito por el inciso 4, del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario subarrienda el bien contra pacto expreso o sin asentimiento del arrendador.

En torno a este tema, ya hemos manifestado nuestra opinión al comentar lo dispuesto por el inciso 9 del artículo 1681, así como el contenido de los artículos 1692 a 1695, motivo por el cual remitimos al lector a lo ahí expresado.

19.1.6. Resolución por ceder el arrendamiento contra pacto expreso o sin asentimiento escrito del arrendador

El inciso 4 del artículo 1697 del Código Civil Peruano de 1984 establece que el contrato de arrendamiento puede resolverse si se cede el arrendamiento contra pacto expreso o sin asentimiento del arrendador.

Este tema ha sido materia de comentario de nuestra parte al analizar el inciso 9 del artículo 1681, así como el artículo 1696, norma expresa sobre cesión del arrendamiento, razón por la cual remitimos al lector a lo allí expresado.

19.1.7. Resolución del arrendamiento por incumplimiento de cualquier otra obligación

De conformidad con lo establecido por el inciso 5 del artículo 1697, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualquiera de sus obligaciones.

Esta norma resulta bastante ilustrativa, mas no indispensable.

Como sabemos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1428 y 1429 del Código Civil, la parte que se considere afectada por el incumplimiento de la contraria puede resolver el contrato de arrendamiento; ya sea de manera judicial o extrajudicial, de conformidad con los procedimientos establecidos en las normas mencionadas.

Sin embargo, en cualquier contrato, y en el arrendamiento en particular, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 1430 del Código Civil Peruano en torno a la llamada cláusula resolutoria expresa.

El citado precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.
>
> La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Lo prescrito por el artículo 1430 lleva, necesariamente, a que la causal de incumplimiento, materia de la misma, deba encontrarse expresamente establecida como tal para que el arrendador (o el arrendatario) pueda hacer uso de la cláusula resolutoria expresa; es decir, establecida como causal de resolución contractual expresa.

Ello significa que debe existir una cláusula en el contrato en donde se establezca, con toda precisión, qué obligaciones son materia del pacto descrito por el artículo 1430 del Código Civil; vale decir, qué obligaciones están contenidas dentro de la llamada cláusula resolutoria expresa.

Ello no significa que necesariamente tenga que repetirse o copiarse de nuevo el texto de todas las obligaciones que se desee incluir dentro de la referida cláusula, pues bastaría que en ella se hiciera referencia a los números de las cláusulas contractuales en las que se encuentren insertas las referidas estipulaciones.

Pero lo que sí resultaría absolutamente insuficiente sería que se redactase una cláusula genérica en donde se estableciera la posibilidad de hacer valer el mecanismo del artículo 1430: «Ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el contrato». Ello desnaturalizaría el sistema de la cláusula resolutoria expresa, la cual también debe entenderse como cláusula resolutoria expresa y específica (esto resulta contrario al empleo de generalidades, las cuales no tendrán valor alguno en cuanto a esta materia).

19.1.8. Resolución por falta de pago de la renta en inmuebles sujetos a leyes especiales

De conformidad con lo establecido por el artículo 1698 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1698.- La resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días.

No debe olvidarse que el Código Civil Peruano data de 1984, y en esa fecha se encontraban vigentes determinadas disposiciones especiales en torno a regímenes de

aparente protección a los arrendatarios: fundamentalmente el Decreto Ley n.° 21938 y su reglamento, el Decreto Supremo n.° 052-77-VC.

Esta disposición se enmarcaba dentro de la antigua política que tendía a otorgar determinadas ventajas a los arrendatarios de casas-habitación en sus respectivos contratos frente a los arrendadores. Esta materia puede apreciarse claramente de la lectura del antiguo Decreto Ley n.° 21938, al cual hemos hecho referencia.

En adición a lo expuesto, debemos señalar que esta política sin duda resultó ser perjudicial para los propios arrendatarios, ya que generó una falta de incentivo muy grande entre los inversionistas para construir viviendas de casa-habitación.

Como se sabe, todas las normas especiales sobre la materia fueron derogadas durante el gobierno que ejerció funciones entre los años 1990 y 2000, razón por la cual el artículo 1698 hoy carece de aplicación práctica.

Sin embargo, resulta necesario subrayar que los plazos que señalaba el referido dispositivo eran de orden público, dada la naturaleza protectora de la norma.

20. Conclusión del arrendamiento

20.1. Consideraciones generales

En el capítulo séptimo y último del título referido al contrato de arrendamiento se legisla acerca de la llamada conclusión del arrendamiento, que no es otra cosa que un conjunto de disposiciones relativas a la resolución del contrato por vencimiento del plazo.

Sin embargo, el legislador de 1984 ha preferido regular el tema bajo el nombre de conclusión del arrendamiento, a pesar de tratarse de supuestos de resolución del contrato, esta vez por vencimiento del plazo.

Pero ello, se explica en la medida en que se ha intentado establecer un conjunto de procedimientos y consecuencias derivados de la finalización del referido contrato, que en estricto detallan, de una manera minuciosa, aquello que ocurre luego de resuelto este por vencimiento del plazo.

20.2. Conclusión de arrendamiento de duración determinada

En virtud de lo establecido por el artículo 1699 del Código Civil:

> Artículo 1699.- El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas.

El artículo 1699 se explica por sí solo, en la medida de que el plazo resolutorio implica que, al vencer su término final, el contrato deja de surtir efectos.

Si un contrato deja de surtir efectos, las partes ya no se encuentran obligadas a continuar cumpliendo ninguna obligación, pues las mismas han dejado de tener la condición de tales.

Por lo tanto, si nos centramos en el caso del arrendamiento propiamente dicho, podríamos decir que si bien el arrendatario ya no estará obligado a seguir pagando la renta convenida, el arrendador tampoco estará obligado a seguir permitiendo que el arrendatario continúe en uso del bien.

En razón de ello, se entiende que al no requerirse o no ser necesario que tratándose de un contrato de arrendamiento a plazo determinado, al vencer el término final, el arrendador curse aviso alguno al arrendatario para que se entienda vencido el plazo, ya que los plazos resolutorios determinados no vencen en virtud de ningún aviso, sino del simple curso del tiempo.

20.3. Consecuencias de la conclusión del arrendamiento de duración determinada

En razón de lo establecido por el artículo 1700 del Código Civil:

> Artículo 1700.- Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

El citado numeral tuvo como antecedente al artículo 1532 del Código Civil de 1936, precepto que establecía una disposición absolutamente distinta de la que actualmente rige. Así, el citado artículo del código derogado establecía, en su primer párrafo, lo siguiente:

> Artículo 1532.- Concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada.

Esto significaba que, de acuerdo con el régimen anterior, era necesario que el arrendador solicitara la devolución del bien dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo; y si ello no se producía y el arrendatario continuaba en el uso del bien, simple y llanamente se producía una prórroga del plazo, el cual pasaba a ser indeterminado.

La situación descrita, que rigió hasta 1984, era injusta, en la medida de que no debía cambiar la naturaleza del plazo del arrendamiento por la sola circunstancia de que el arrendador no hubiese reclamado la devolución del bien dentro de un determinado plazo; teniendo en cuenta que el arrendador, como cualquier acreedor que

se encuentre frente a un deudor incumpliente, puede optar entre exigir el cumplimiento o no reclamarlo, si no le fuera urgente o necesario beneficiarse del mismo.

Dentro de tal orden de ideas, la solución del artículo 1700 del código de 1984 nos parece totalmente justa, con las salvedades de orden teórico que vamos a expresar seguidamente.

El citado numeral establece que en el supuesto planteado por la norma no se entiende que haya renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento.

La expresión antes citada resulta un tanto confusa, en la medida en que uno podría preguntarse, con toda razón, cómo resulta posible que no se entienda la existencia de la renovación tácita del contrato, sino la mencionada «continuación del arrendamiento».

Y es que, en efecto, no existe renovación tácita del contrato. Lo que existe es una prórroga tácita del término final del contrato celebrado. Ello, no porque haya habido un convenio de las partes al respecto, sino por el hecho de que el derecho civil peruano adopta como regla para la constitución en mora aquella que establece la necesidad de interpelar al deudor para que la mora exista.

En tal sentido, si el arrendador no reclama al arrendatario la devolución del inmueble arrendado, el Derecho asume que durante el lapso que demore la entrega del mismo no deberá entenderse que hay mora, sino simple demora, situación que no acarrea consecuencias jurídicas negativas en contra del arrendatario.

En tal virtud, se configura una situación de statu quo en donde obviamente rigen las estipulaciones del contrato de arrendamiento celebrado, sobre el cual no se ha producido prórroga alguna, sino que simplemente, en virtud de esa especie de prórroga tácita del plazo, se mantendrá vigente con las estipulaciones convenidas hasta que el arrendador decida hacer valer sus derechos, judicial o extrajudicialmente, referentes a la devolución del inmueble.

Dentro de tal orden de ideas, podemos afirmar que el artículo 1700 del Código Civil concuerda plenamente con lo prescrito por el artículo 1333 (primer párrafo), debiéndose entender que el arrendatario no se encuentra en situación moratoria hasta que el arrendador le reclame la devolución del bien.

Por otra parte, debe repararse en que el artículo 1700 indica que el contrato continúa bajo sus mismas estipulaciones. Como lo hemos señalado, ello resulta obvio, salvo que en el propio contrato se hubiese contemplado una situación como la descrita, la misma que sin que implicase mora, establezca que al cabo del vencimiento de dicho término, alguna o algunas de las condiciones del arrendamiento variarán, en especial, lo dispuesto en torno al monto de la renta convenida.

Antes de concluir las referencias al artículo 1700 del Código Civil, creemos pertinente tratar acerca de los efectos de la prórroga en relación a las garantías.

En tal sentido, recordaremos las expresiones vertidas por el profesor Bigio[49], quien sostiene al respecto que cuando la garantía se ha otorgado por un plazo determinado, se está en presencia de un contrato accesorio sujeto a plazo resolutorio, cuyos efectos cesan automáticamente a su vencimiento.

Cita como ejemplo, el caso en que se celebra un contrato de arrendamiento con un plazo de duración de dos años y el fiador garantiza el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario por un plazo de dos años, supuesto en el cual tal fianza se extingue a su vencimiento; de tal manera que, si el arrendatario permanece en el uso del bien, sin oposición del arrendador, y continúa el contrato; tal continuación debe entenderse en el ámbito privado de las relaciones entre arrendador y arrendatario, sin que dicha circunstancia influya en el contrato de fianza. A este respecto, agrega Bigio, debe tenerse presente que si bien la fianza es un contrato accesorio, es independiente del arrendamiento.

Por el contrario, indica que si la fianza se ha otorgado sin un plazo determinado y se ha convenido, por ejemplo, que la fianza subsistirá durante todo el tiempo que el arrendatario permanezca en el uso del bien, tal fianza solo se extinguirá cuando el contrato principal, o sea, el arrendamiento, concluya por cualquiera de las causas establecidas por la ley o por el contrato.

20.4. Conclusión del arrendamiento que incluya períodos forzosos y voluntarios

El artículo 1701 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1701.- En el arrendamiento cuya duración se pacta por períodos forzosos para ambas partes y voluntarios a opción de una de ellas, los períodos 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.
>
> El aviso a que se refiere el párrafo anterior debe cursarse con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período, si se trata de inmuebles, y de no menos de un mes, en el caso de los demás bienes.

El numeral antes trascrito tiene directa relación con lo establecido por el artículo 1691 del propio Código Civil, precepto que señala que el arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes. En tal virtud, remitimos al lector a lo allí expresado.

[49] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 151 y 152.

Sin perjuicio de ello, diremos que el artículo 1701 está directamente referido al arrendamiento que contemple la existencia de uno o más plazos voluntarios, todos ellos dejados a opción de una sola de las partes.

Debe señalarse que este numeral es una de las normas del Código Civil que otorga al silencio valor legal de manifestación de voluntad positiva, ya que establece que si la parte que goza de dicha opción no avisa a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar los períodos forzosos o cada uno de los voluntarios, el siguiente período voluntario se convertirá automáticamente en forzoso.

Se puede decir que esta norma constituye una excepción expresa a lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente:

> Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En torno al plazo mínimo establecido en el segundo párrafo de la norma, en el sentido de que dicho aviso debe cursarse con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período si se trata de inmuebles, y de no menos de un mes en el caso de los demás bienes, debemos formular determinadas precisiones.

En primer término, consideramos una demasía haber señalado en la última parte de la norma la expresión «los demás bienes», pues si se está haciendo alusión a aquellos bienes que no son inmuebles, hubiera bastado con referirse directamente a los bienes muebles (ya que, de acuerdo con la ley peruana, los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, no existiendo una tercera categoría de acuerdo con su movilidad).

En segundo término, entendemos que el legislador, al redactar el segundo párrafo del artículo 1701, pensó en los contratos de arrendamiento pactados con una duración de al menos un año, supuesto que puede ser el más común o representativo de este contrato, pero no necesariamente el único.

Entendemos que este ha sido el pensamiento del legislador, en la medida en que si el plazo resultara menor, la anticipación de dos meses (para inmuebles) y de un mes (para muebles) podría resultar excesiva.

Independientemente de la redacción del segundo párrafo del artículo 1701 bajo comentario, entendemos que los plazos mínimos establecidos son solo normas de carácter dispositivo; vale decir, regirán si las partes no han dispuesto algo distinto.

Decimos esto, pues entendemos que en nada perturbaría los derechos del arrendatario o del arrendador si las partes pactasen plazos mínimos distintos, en tanto conviniese a sus intereses.

De otro lado, debemos mencionar que el artículo 1702 del Código Civil establece el caso de conclusión del arrendamiento en caso los períodos sean voluntarios para ambas partes; vale decir, cuando existiere una opción recíproca:

> Artículo 1702.- 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.

En tal sentido, a estos efectos también remitimos al lector a lo dispuesto por el artículo 1691, comentado oportunamente.

Además, hacemos de aplicación a esta norma los comentarios vertidos con ocasión del análisis del artículo 1701.

20.5. Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada

En virtud de lo prescrito por el artículo 1703 del Código Civil:

> Artículo 1703.- Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante.

El artículo 1703 se encarga de establecer la manera cómo se pone fin a un contrato de arrendamiento de duración indeterminada.

Como se recuerda, el contrato de arrendamiento de duración indeterminada es aquel en el cual las partes han pactado el término inicial mas no el término final; vale decir, se sabe cuándo comienza a surtir efectos dicho contrato, pero no se ha convenido el momento en que el mismo dejará de surtir efectos.

En tal sentido, que un contrato sea de duración indeterminada no significa necesariamente que ese contrato sea eterno; vale decir, que las partes deban respetar a perpetuidad su vigencia.

Lo único que significa es que no se sabe cuándo concluirá.

Dentro de tal orden de ideas, el plazo indeterminado podrá concluir cuando cualquiera de las partes lo considere conveniente, para lo cual deberá manifestar esa voluntad a la parte contraria.

Con esto queremos expresar que, tanto el arrendador como el arrendatario, gozan de la facultad de poner fin al plazo del referido contrato.

En virtud de lo establecido por el artículo bajo comentario, la parte interesada en dar por concluido el contrato deberá manifestar a la otra su voluntad en tal sentido, ya sea judicial o extrajudicialmente.

En lo que respecta al aviso extrajudicial, la ley no establece formalidad alguna; vale decir, el arrendador o el arrendatario podría expresar esa voluntad a través de cualquier medio, como por ejemplo desde una carta notarial, una carta simple, un facsímil, un correo electrónico, e incluso de manera verbal.

Obviamente, resulta recomendable que se haga a través de un medio del cual quede constancia, a efectos de cualquier problema ulterior.

Con relación a este tema, debemos reparar en que el Código Civil no ha establecido ningún período mínimo para que surta efectos la comunicación extrajudicial. Esto significa que la comunicación extrajudicial que da por concluido el término final de un contrato de arrendamiento surtirá efectos desde el mismo momento en que llegue al domicilio de la parte contraria (argumento de los artículos 1373 y 1374 del Código Civil Peruano).

No se ha concedido un período mínimo para que surta efectos dicha comunicación, al estilo de lo prescrito por los artículos 1701 y 1702, para el caso de la conclusión de los contratos de arrendamiento con períodos voluntarios que tengan opción única u opción recíproca.

Pensamos que tal vez hubiese sido conveniente establecer un precepto de carácter dispositivo que señalara, salvo que las partes estableciesen algo distinto, que dicha comunicación extrajudicial surtirá efectos un mes después de llegar a destino.

Cuando el artículo 1703 hace referencia a la finalización del contrato a través de la vía judicial, ello significa que se llevará a cabo a través de la notificación con la demanda de desalojo u otra similar.

20.6. Consecuencias de la no restitución del bien ante cualquier supuesto de conclusión del arrendamiento

En virtud de lo establecido por el artículo 1704 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1704.- Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento.

En palabras de Jack Bigio[50], este dispositivo tiene por objeto complementar lo previsto en los artículos 1700 y 1703 para los contratos de duración determinada e indeterminada, respectivamente.

Refiere Bigio que los contratos de duración determinada continúan, según sus mismas estipulaciones, más allá del vencimiento del plazo originalmente previsto por las partes, según el texto del artículo 1700 del Código Civil. Por tanto, dichos contratos perduran hasta que el arrendador solicite su devolución o hasta que, en su caso, el arrendatario los dé por concluidos. En otros términos, los citados contratos mantienen su vigencia hasta que se produzca la exigencia de devolución señalada o cuando el arrendatario, en su caso, lo restituya al arrendador.

---

[50] *Ibidem*, pp. 156-158.

Agrega, por otro lado, que los contratos de duración indeterminada concluyen cuando cualquiera de las partes así lo señale, mediante un aviso que puede ser judicial o extrajudicial.

Según indica Bigio, ante tal exigencia o aviso, el arrendatario puede proceder a entregar el bien arrendado, en cuyo caso, el presente dispositivo no tendrá aplicación alguna; el asunto se habrá resuelto en un debido cumplimiento de las obligaciones del arrendatario; pero, para los casos en los que este continúe en el uso del bien, es necesaria una norma que establezca la sanción correspondiente.

Estima el citado profesor que el artículo 1704 debe entenderse en el sentido de que, vencido el plazo del contrato (duración determinada) o cursado el aviso de conclusión del contrato (duración indeterminada), no se está produciendo todavía la sanción regulada.

De esta forma, la sanción prevista en este artículo se produce solo cuando, en el caso del contrato de duración determinada no solo se ha vencido el plazo, sino que, además, el arrendador ha exigido la devolución del bien, y en el caso del contrato de duración indeterminada, el arrendador no solo ha dado el aviso judicial de terminación del contrato (artículo 1703), además, lo que puede haber ocurrido conjuntamente, ha exigido la devolución del bien.

Refiere, además, que en el entendido de que ya no existe contrato de arrendamiento vigente, el legislador regula la obligación del arrendatario de pagar una suma que no denomina «renta», sino «una prestación igual a la renta del período precedente», la misma que deberá abonarse hasta la devolución efectiva del bien en favor del arrendador; obligación legal que, según Bigio, tiene por objeto impedir que el ex arrendatario pueda eludir el pago de lo que corresponde por el uso del bien, o pueda someter al arrendador a la necesidad de perseguir el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Por nuestra parte, y en primer término, debemos señalar que el artículo 1704, antes trascrito, se refiere a las consecuencias de la no restitución del bien por parte del arrendatario al arrendador ante cualquier supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento, incluyendo cualquiera de las modalidades de conclusión a las que nos hemos referido en páginas anteriores.

Dentro de tal orden de ideas, lo que se habría configurado es el incumplimiento de una obligación de dar por parte del arrendatario; ya que, como se recuerda, las obligaciones de dar no solamente implican aquellas por las cuales el deudor se encuentra comprometido a la entrega de un bien, sino aquellas otras en las cuales debe devolverlo.

El artículo 1704 señala que, en tal eventualidad, el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del bien; vale decir, a exigir la ejecución forzosa de la obligación de dar.

En este caso, entendemos que no habría problemas para entender el empleo de la fuerza pública en la ejecución de esta obligación, ya que dicha fuerza no implicará acción alguna contra la persona del deudor (arrendatario), límite natural del Derecho para este tipo de acciones.

En segundo lugar, el artículo 1704 del Código Civil establece que el arrendador tendrá derecho al cobro de la penalidad convenida.

Entendemos por penalidad convenida aquella derivada de una cláusula penal.

Como se recuerda, en virtud de lo establecido por el artículo 1341 del Código Civil:

> Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Además, el artículo 1342 agrega:

> Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Teóricamente, el pactar una penalidad tiene diversos efectos.

Uno de ellos es de carácter disuasivo, pues conmina al deudor a dar cumplimiento a la obligación, ya que de lo contrario se verá perjudicado por el acaecimiento de la penalidad.

La segunda finalidad de la cláusula penal es la de no tener que discutir en juicio la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, e incluso ni siquiera la existencia de los mismos. Esto parecería deducirse del texto del artículo 1343 del propio Código Civil Peruano, cuando establece:

> Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

Si bien es cierto que en el plano teórico están presentes estas dos funciones de la cláusula penal, no necesariamente ambas tienen correlato práctico en el Perú; ya que, en virtud de lo establecido por el artículo 1346 del propio Código Civil:

> Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

No cabe duda de que el contenido del artículo 1346 resulta en extremo discutible y ha generado abundante polémica desde la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 (más allá de que su antecesor, el Código Civil de 1936, contenía un precepto similar).

Dada la existencia del artículo 1346, si el arrendatario es una persona incumplida e incurre en mora para la desocupación del inmueble, podría llegarse al extremo de que el arrendador se vea precisado a iniciar un proceso judicial para la desocupación del bien, exigiendo al arrendatario el pago de la penalidad convenida. Por su parte, el arrendatario podría reclamar al juez la reducción o eliminación de la penalidad, conduciendo inevitablemente al arrendador a la necesidad de probar los daños y perjuicios sufridos; materia que —sin duda— en la mayoría de casos se tornará sumamente difícil, ya que se alegará que el pago de una suma igual a la renta que se venía pagando será suficiente para resarcir cualquier perjuicio sufrido por el arrendador.

Las penalidades relativas al contrato de arrendamiento suelen pactarse de las más diversas formas y estilos. Es común que se establezca el pago de una determinada suma de dinero por cada día, semana o mes que demore el arrendatario en desocupar el bien.

A pesar de que dichas penalidades pudieran parecer, en algunos casos, excesivas, resultan absolutamente justas. Esto en la medida en que, concluido el contrato de arrendamiento, el arrendador tiene pleno derecho para disponer del bien, desde ese momento, conforme convenga a sus intereses. Por tal razón, el Derecho no debería ingresar a prejuzgar negativamente en este tema, tal como lo hace al permitirse la reducción de la pena convencional a través de lo dispuesto por el artículo 1346, antes citado. Nada impide al arrendatario a desocupar o devolver el bien. De no hacerlo debería asumir —plenamente— las consecuencias de su actuar culposo o doloso.

Por otra parte, el artículo 1704 bajo comentario refiere expresamente que, en defecto de penalidad convenida, el arrendador tendrá derecho a cobrar una prestación igual a la renta del período precedente hasta la devolución efectiva del bien.

Entendemos que esta disposición tiene carácter fundamentalmente subsidiario, vale decir, se entiende que el arrendador deberá cobrar la renta si no se ha pactado penalidad.

En este punto queremos efectuar ciertas precisiones.

Cabe la posibilidad de que se hubiera pactado que, ante la no desocupación del bien en tiempo oportuno, el arrendatario deberá pagar al arrendador cualquiera de las penalidades de estilo a las que hemos hecho referencia. Pero también cabría la posibilidad de que se hubiese pactado no una penalidad de aquéllas, sino que, a partir de la no desocupación del bien, la renta aumentaría a una suma determinada.

En esta última eventualidad, no consideramos que una estipulación de tales características necesariamente constituya una penalidad, pues podría interpretarse, simplemente, como un aumento del monto de la renta.

Dentro de este orden de ideas, podría presentarse un caso en el cual estemos en presencia de este aumento del monto de la renta y que, a la par, se hubiese convenido una penalidad moratoria diaria, semanal o mensual.

En este caso, el cobro de esta penalidad diaria, semanal o mensual no será obstáculo alguno para que rija el aumento de la renta, hasta el momento de la desocupación del bien.

Con ello queremos expresar que podría presentarse la concurrencia de la renta (incrementada) y de la penalidad, debiéndose pagar ambas. En estos casos, solo cabría al arrendatario-deudor demandar la reducción de la penalidad diaria, semanal o mensual, mas no de la renta con el aumento correspondiente.

De lo expresado, se deduce que el carácter supletorio del cobro de una cantidad, similar a aquella que se venía pagando como renta, regirá para aquellos casos en los cuales no se hubiese establecido su incremento, pues, de lo contrario, el arrendatario debería pagar la suma mayor.

Sin embargo, cabe también la posibilidad de que las partes hubiesen pactado como penalidad el pago de una suma diaria, semanal o mensual, pero sin alterar el monto de la renta.

En este caso, no estamos convencidos de que solo deba pagarse la penalidad y no la renta, en la medida en que dicha penalidad podría haberse entendido como un suplemento a la propia renta. Así, si solamente se pagase dicha penalidad, estaríamos en presencia de una suma ínfima. Sin duda, en estos casos, lo que debería corresponder es el pago de la suma de la renta que se venía pagando y de la penalidad pactada.

En cambio, sería discutible el carácter subsidiario de la renta si el monto de la penalidad fuese verdaderamente alto. Ello, en la medida en que esta penalidad no se apreciaría ya como suplemento de la renta, sino como sustituto de la misma.

Finalmente, para concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1704 del Código Civil, debemos expresar que la última parte del mismo (esto es, «el cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento») resulta una expresión un tanto ambigua, pues esos pagos constituyen la ejecución de una situación que no es solo de hecho, sino de derecho, ya que la renta y la penalidad (o la suma de ambas) constituyen, en el fondo, renta dentro del aspecto civil. Más aún, para el derecho tributario, sin lugar a dudas, constituyen renta, la misma que, para el caso de predios, estará necesariamente gravada por el 10% de Impuesto a la Renta que deberá pagar el arrendador en cualquiera de los tres supuestos antes señalados, al recibir el pago correspondiente del arrendatario.

Sin duda se trata de una de esas situaciones en las cuales priman los tonos grises, por sobre el blanco y el negro.

20.7. Otros supuestos de conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial

En virtud del artículo 1705 del Código Civil, se establecen cinco supuestos en los cuales concluye el arrendamiento sin necesidad de declaración judicial[51].

20.7.1. Conclusión del arrendamiento cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía

Este supuesto puede entenderse de dos formas.

La primera, en el sentido en que el arrendatario se encuentra litigando con el propietario sobre el derecho de propiedad del bien arrendado. En este caso, si fuese el arrendatario quien venciese en el juicio, se habría producido un supuesto de consolidación, en la persona del arrendatario, de las calidades contradictorias de arrendador y arrendatario, consolidándose, por tanto, todas las obligaciones que hubieran existido entre ellos y extinguiéndose la relación contractual (situación que conduciría inexorablemente a la conclusión del arrendamiento).

Pero el inciso 1 del artículo 1705, bajo comentario, también admite una segunda interpretación, en el sentido de que dicho proceso judicial se hubiera seguido entre el arrendador y un tercero; venciendo este último y, por tanto, siendo declarado con mejor derecho de propiedad sobre el bien.

Dentro de tal orden de ideas, no puede entenderse que hubiera concluido el contrato de arrendamiento en estricto, sino que el mismo habría concluido para el antiguo arrendador. En efecto, este habría dejado de tener tal calidad, ya que el tercero, nuevo propietario del bien, pasaría a convertirse en nuevo arrendador.

20.7.2. Conclusión del arrendamiento cuando es necesario para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo

Debemos expresar que el contenido del inciso 2 del artículo 1705 tiene estrecha relación con lo dispuesto por los artículos 1673 y 1674 del Código Civil, relativos a la necesidad de efectuar reparaciones en el bien, cuya magnitud pueda incluso ser considerable.

---

[51] Artículo 1705.- Además concluye el arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en los siguientes casos:

1. Cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía.
2. Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo.
3. Por la destrucción total o pérdida del bien arrendado.
4. En caso de expropiación.
5. Si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán el contrato.

Así, los referidos artículos establecen cuáles son los derechos que tendría el arrendatario en tales circunstancias. En cambio, el artículo 1705 (inciso 2) estaría regulando un derecho del arrendador, ya que este es un modo por el cual el arrendador puede recuperar el bien con el objeto de lograr su restauración o reparación.

Sin embargo, nos inclinamos a considerar que el propósito del legislador de 1984 ha sido el de asumir el supuesto regulado por el inciso 2 del artículo 1705, como una causal de orden objetivo, sin ánimo de beneficiar o perjudicar a ninguna de las partes (ya que la conclusión del contrato de arrendamiento, en sí misma, no tendría por qué beneficiar o perjudicar a alguien en especial).

20.7.3. Conclusión del arrendamiento por la destrucción total o por la pérdida del bien arrendado

El inciso 3 del artículo 1705 del Código Civil establece que concluye el arrendamiento por la destrucción o pérdida del bien arrendado.

En primer término, como el contrato de arrendamiento versa sobre bienes ciertos, necesariamente debemos relacionar lo prescrito en este artículo con lo dispuesto por el artículo 1137 del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:
>
> Por parecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
>
> Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
>
> Por quedar fuera del comercio.

Resulta evidente que la destrucción total del bien es considerada por la doctrina como uno de los supuestos de perecimiento, razón por la cual la destrucción total se enmarcaría dentro del primero de los supuestos del artículo 1137 antes citado.

Sin embargo, el legislador de 1984 ha errado al establecer en el inciso 3 del artículo 1705, como alternativa a la destrucción total, la pérdida del bien arrendado. Decimos esto, pues dentro de una adecuada sistemática, y en debida concordancia con lo establecido por el artículo 1137 del propio código, la destrucción total es uno de los varios supuestos de pérdida del bien.

Se puede decir que entre la destrucción total y la pérdida existe una relación de especie a género. Por eso, resultaba necesario mencionar la destrucción del bien y luego la pérdida del mismo, ya que haciendo referencia genérica a la pérdida se hubiera comprendido no solamente la destrucción total, sino también los supuestos de pérdida regulados por el citado artículo 1137.

Como se recuerda[52], el artículo 1137 del Código Civil Peruano de 1984 recoge varios supuestos según los cuales la ley considera que se pierde un bien cierto, a cuya entrega se ha obligado un deudor con su acreedor. Se entiende que la pérdida origina diversas consecuencias, desarrolladas por el artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo.

El primer caso, contemplado por el inciso primero del artículo 1137, es aquel en el cual el bien perece. El perecimiento de un bien puede revestir diversas características. En primer lugar, si se tratase de un animal o de un ser vivo de otro género (por ejemplo, un vegetal), su perecimiento coincidirá con su muerte física. En los casos de seres vivos, se entiende claramente cuál es el sentido del perecimiento. Sin embargo, el concepto no es tan claro en el caso de los bienes que no son seres vivos. Así, un vehículo perecerá, obviamente, cuando se destruya. Su perecimiento equivaldrá, entonces, a su destrucción total, situación que se produciría, por ejemplo, en el supuesto de que el vehículo se incendie totalmente. Como expresa Eduardo B. Busso[53], la pérdida supone la destrucción total de la cosa, por oposición a los supuestos de destrucción parcial o de deterioro; y agrega que no pueden darse reglas fijas sobre el exacto alcance de cada uno de estos conceptos, por cuanto la solución varía según las circunstancias de cada caso.

Busso añade que la pérdida total —entendida estrictamente— supone la destrucción integral de la cosa, tanto desde el punto de vista cuantitativo como del cualitativo; el aniquilamiento de su materia y de las aptitudes que le daban utilidad. Señala que sobre tal base cabría distinguir esa pérdida total de la pérdida parcial, que no alcanza la totalidad de la cosa, y del deterioro, que no consume su íntegra utilidad.

En adición a los conceptos enunciados, el mencionado tratadista argentino sostiene que, jurídicamente, el concepto no puede aplicarse con excesiva rigidez, debiéndose sujetar a la función del contrato y a la finalidad de las partes, y adecuándose la pérdida de la cosa a aquella utilidad que los contratantes hayan tenido en cuenta cuando pactaron la obligación que se refería a su entrega.

Por otra parte, debemos señalar que, para efectos prácticos, en el derecho peruano puede no tener mayor importancia distinguir la destrucción total de la destrucción parcial. Esto, ya que el daño parcial del bien, que lo hace inútil para el acreedor, también es supuesto de pérdida.

Se trataría del caso en que no se produce el perecimiento o destrucción total del bien, sino su notorio deterioro; pero, aunque no se destruye totalmente, sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. Un ejemplo de tal situación sería que

---

[52] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, primera parte, tomo II, pp. 19 y ss.

[53] Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 93 y 94.

un accidente destruyera toda la parte delantera de un automóvil, quedando inutilizados el motor y otras piezas fundamentales del mismo. En este caso, sería posible sostener que no habría una destrucción total, y que por lo tanto el bien no habría perecido; pero será igualmente claro que el daño ocasionado al vehículo es de tal magnitud que lo hará totalmente inútil para el acreedor. Esta hipótesis también está prevista, como equivalente a pérdida, por el mismo inciso primero del artículo 1137 del Código Civil.

El inciso segundo del artículo mencionado señala el caso de que el bien desaparezca de modo tal que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

De este inciso podemos extraer claramente dos supuestos distintos. El primero es la desaparición del bien sin que se tenga noticias de él. Vamos a consignar un ejemplo, a nuestro juicio ilustrativo. Si una persona se hubiese obligado a entregar a otra una pelota de playa y, precisamente en la playa —evidentemente antes de la entrega—, jugando con esa pelota, la misma se introdujera en el mar y este la arrastrara sin posibilidad de recuperación hasta perderse en el horizonte, se habría configurado un supuesto en el cual el bien ha desaparecido, sin tenerse idea de dónde puede estar, ya que las corrientes marinas podrían haberlo hecho llegar a cualquier parte.

Busso[54] precisa que, en general, debe considerarse perdida la cosa por parte del deudor cuando, por cualquier circunstancia, se halle sustraída a sus poderes en forma que pueda estimarse definitiva. Busso señala que en la pérdida-destrucción interesa la extensión material del efecto sobre la substancia de la cosa: pérdida total, pérdida parcial, etc. En la pérdida-extravío (y, en general, en la pérdida-imposibilidad), lo que interesa es la prolongación del efecto en el tiempo. Según Busso, la calificación de «pérdida total» es reemplazada por la de «pérdida definitiva», asimilando las pérdidas temporarias, en cierta forma, a los deterioros.

El citado autor agrega que mientras la privación no sea definitiva, la obligación no debe considerarse extinguida, pues se crea simplemente un compás de espera. Señala, además, que esta suspensión solo será admisible en la medida en que no conspire contra el logro de los fines del contrato, según la intención con que las partes lo hayan celebrado. Y finalmente, añade que, en general, el retardo en la ejecución importa disminuir la utilidad de la prestación, existiendo, en tal forma, un paralelismo entre el riesgo de pérdida de la cosa (destrucción de su materia) —en estricto debería hablarse de pérdida de la contraprestación, si la hubiere— y el riesgo de ejecución tardía, que importa una inejecución parcial y puede justificar una liberación correlativa del acreedor, en la medida en que aquel retardo haya modificado el valor de la prestación.

[54] *Ibidem*, tomo IV, pp. 94 y 95.

Busso plantea también otro tema digno de atención: en los casos de pérdida por extravío que venimos estudiando, ¿qué pasaría si la cosa perdida reapareciera? Los autores franceses enseñan que, en este supuesto, la obligación renacería. Sin embargo, esta solución, en principio acertada, requiere, para su aplicación práctica en el derecho peruano, de algunas precisiones. En efecto, si esa fuese la hipótesis, no podríamos sostener similar solución, puesto que en los términos del artículo 1137 el bien se habría perdido. Además, si las partes ya hubiesen comprobado dicha pérdida, debería entenderse que la obligación se ha extinguido, y para renacer se requeriría que las partes la crearan nuevamente a través de un nuevo contrato (si se tratase de esta fuente de las obligaciones). Lo contrario equivaldría a condenar a las relaciones jurídicas, en estos casos, a una inestabilidad sumamente peligrosa.

Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil Peruano puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese obligado frente a otro —compañero de aventuras— a entregarle su reloj, resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una profundidad de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, y utilizando largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, teniendo en cuenta lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

El inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano establece que se considerará la pérdida de un bien cuando este quede fuera del comercio. En realidad, los bienes se encuentran fuera del comercio en razón de alguna norma legal que así lo prescriba. Como decía Baudry-Lacantinerie en su *Tratado de derecho civil*, la regla general es que una cosa puede ser vendida; la excepción, que ella no puede serlo. Por tal razón, agregaba dicho autor, para que la venta de una cosa sea posible no es necesario que un texto de ley lo permita, basta que ninguna ley lo prohíba; y que, por consiguiente, solo trataría de las cosas cuya venta está prohibida, para concluir, por el argumento a contrario, que las otras pueden ser vendidas. Estos mismos argumentos los podríamos aplicar, respecto de los bienes comercializables y no susceptibles de comercialización, en sentido amplio.

En tal sentido, entendemos como bienes, dentro del comercio, a aquellos sobre cuya comercialización no recae ninguna restricción legal.

Antes de concluir nuestras referencias en torno al inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano, debemos señalar que consideramos también comprendido en este inciso al supuesto de que un bien sea expropiado.

20.7.4. Conclusión del arrendamiento por expropiación

En virtud de lo establecido por el inciso 4 del artículo 1705 del Código Civil, también concluye el arrendamiento en caso de expropiación.

Estimamos una demasía el haber señalado la expropiación, ya que, como ha sido visto en nuestro análisis del punto anterior, se entiende que la expropiación es uno de los supuestos en los que el bien se pierde por quedar fuera del comercio de los hombres (inciso 3 del artículo 1137 del Código Civil); y así, por incluirse a la pérdida del bien arrendado en el inciso 3 del artículo 1705, no resultaba necesario reiterar el tema en el inciso 4.

20.7.5. Conclusión del arrendamiento por voluntad de los herederos del arrendatario

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 1705 del Código Civil, el arrendamiento concluye si, dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien comunican al arrendador que no continuarán el contrato.

Este precepto merece ciertas precisiones.

En primer término, debe recordarse que la condición de heredero se adquiere en el Perú (independientemente del momento en que se declare dicha condición) con retroactividad al momento de la muerte del causante.

Así lo dispone el artículo 660 del referido código cuando señala:

> Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

Sin embargo, el artículo 1705 (inciso 5) no hace alusión en general a los herederos, ni del arrendador ni del arrendatario.

En primer término, solamente alude a los herederos del arrendatario, mas no a los herederos del arrendador.

Uno podría preguntarse cuál es la razón por la que se ha restringido la aplicación de este numeral a los herederos del arrendatario.

La explicación se encuentra en que la norma no solo contempla los derechos de estas personas por tener la condición de herederos, sino también porque dichos herederos se encuentran usando el bien, conjuntamente con el arrendatario, al momento de la muerte de este último.

Vale decir, que el Código Civil establece la prerrogativa en favor de los herederos que usan el bien, en el sentido en que, si lo consideran conveniente a sus intereses, comuniquen al arrendador que no continuarán con la relación contractual.

De más está decir que la norma bajo comentario es aplicable tanto si el arrendatario fallecido ocupaba el bien como casa particular o como local comercial (a título

de persona natural y no jurídica), siempre y cuando haya venido usando dicho bien en compañía de quienes luego se convirtieron en sus herederos.

En adición a lo señalado, cabe expresar que el inciso 5 del artículo 1705 no establece distinción en lo que respecta al uso del bien.

Por otra parte, aunque en el citado numeral se emplea la palabra herederos (plural), no habría ningún inconveniente en considerar que se trate de un solo heredero, pues donde hay la misma razón debe haber el mismo derecho.

De otro lado, en caso de pluralidad de herederos que ocupen el bien, podríamos preguntarnos cuál sería el modo en que debería adoptarse la decisión de dichos herederos de no continuar con la relación contractual.

Entendemos que la opción que brinda el inciso 5 bajo comentario podría ser ejercida por alguno, algunos o todos los herederos del arrendatario que ocupen el bien.

De esta forma, si quedara algún heredero del arrendatario que no hubiese manifestado su voluntad de poner término a la relación contractual, en teoría podría ser ese heredero el que continuase teniendo la calidad de arrendatario, habiendo dejado de formar parte de dicha relación contractual todos aquellos herederos del arrendatario que así lo hubiesen manifestado.

Sin embargo, el Código Civil ha optado por una solución distinta al establecer en el artículo 1710 lo siguiente:

> Artículo 1710.- Si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad o el mayor número de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros.
>
> En tal caso, no subsisten las garantías que estaban constituidas en favor del arrendador. Este tiene, sin embargo, el derecho de exigir nuevas garantías; si no se le otorgan dentro de quince días, concluye el contrato.

El primer párrafo del artículo 1710, antes citado, se explica por sí solo. Simplemente cabe agregar, con relación a lo dispuesto por el segundo párrafo, que resulta lógico que en tal caso se extingan las garantías otorgadas por terceros, a favor del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

Ello, debido a que los contratos en virtud de los cuales alguien otorga garantía por el cumplimiento de una obligación ajena, sea esta garantía real o personal, son actos de naturaleza *intuitu personae*; vale decir, contraídos en virtud de las calidades o cualidades del deudor.

Sin embargo, resulta evidente la posibilidad señalada en el segundo párrafo del artículo 1710, en el sentido de que el heredero o los herederos del arrendatario que continúen con la relación contractual negocien el otorgamiento de nuevas garantías.

En tal eventualidad, y si no se hubiesen renovado las mismas dentro de un plazo de quince días, la relación contractual concluirá.

Finalmente, y antes de concluir nuestros comentarios al inciso 5 del artículo 1705, debemos manifestar que los herederos del arrendatario que deseasen hacer valer el derecho que les confiere esta norma, deberán comunicarlo al arrendador dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, debiendo llegar dicha comunicación al domicilio del arrendador dentro de ese plazo (argumento de los artículos 1373 y 1374 del código Civil).

Sin embargo, la ley no establece un período mínimo para que surta efectos dicha comunicación, razón por la que deberá entenderse (salvo que en la misma se establezca lo contrario) que sus efectos serán inmediatos, con lo cual dichos herederos deberán proceder a la devolución inmediata del bien.

Tal vez, habría sido conveniente que la ley estableciese un plazo mínimo para la entrada en vigencia de esta comunicación, fundamentalmente para permitir al arrendador tomar las previsiones del caso.

21. Mora del arrendador

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1706 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1706.- En todo caso de conclusión del arrendamiento, o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y este no puede o no quiere recibirlo, aquel podrá consignarlo.

Resulta evidente que mediante el artículo 1706 que acabamos de transcribir, el Código Civil establece un supuesto de mora creditoria, ya que todo arrendador tiene el deber de realizar los actos de colaboración necesarios a fin de que el arrendatario (deudor de la devolución del bien) pueda cumplir con la obligación de devolver el bien.

Resulta evidente que el arrendador podría negarse a aceptar la devolución del bien si el estado del mismo no correspondiera al contemplado en el contrato o en la ley (vale decir, que el bien se devuelva sin más deterioro que el de su uso ordinario).

Con ello queremos expresar que el arrendador estaría haciendo un uso legítimo de su derecho si se negara a recibir el bien no solo en contravención de lo antes expuesto, sino también de los principios de identidad, integridad, oportunidad y lugar de pago.

Sin embargo, la ley es clara al establecer el deber del arrendador de recibir el bien, entendiéndose que el mismo se está ofreciendo conforme a ley.

Este es un típico caso de mora del acreedor.

En tal sentido, el artículo 1338 establece que:

> Artículo 1338.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.

Además, los artículos 1339 y 1340 agregan lo siguiente:

> Artículo 1339.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.
>
> Artículo 1340.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

De esta manera las normas que acabamos de citar establecen las consecuencias de la mora creditoria.

Por otra parte, debemos señalar que el deudor que ha constituido en mora a su acreedor goza de la opción de conservar el bien, con las consecuencias prácticas y jurídicas que ello implica, o consignarlo judicialmente.

No debe olvidarse el carácter meramente optativo de la consignación.

La ley civil peruana otorga[55], al deudor que se encuentra ante la imposibilidad de efectuar un pago directo, la facultad de recurrir a un mecanismo que le permita extinguir su deuda; a saber: el pago por consignación[56].

En efecto, la consignación es una de las formas de pago que busca la liberación del deudor, aun contra la voluntad del acreedor. En este sentido, el Código Civil Peruano regula esta figura como uno de los medios extintivos de las obligaciones.

A entender de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas[57], el pago por consignación es un modo de realización coactiva del interés del deudor en liberarse, dúplica de la ejecución forzada que constituye el medio coactivo de realización del interés del acreedor en cobrar.

---

[55] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1996). *Op. cit.*, segunda parte, pp. 160 y ss.

[56] Debe recordarse que cuando se contrae una obligación, la misma otorga al acreedor el derecho de exigir su pago, y al deudor, el derecho de exigir a su acreedor que le reciba el pago de lo que debe. Ello, en razón a que el deudor tiene, además del deber de pagar, el derecho de hacerlo.

François Laurent (*Op. cit.*, tomo XVIII, p. 172.) expresaba, comentando el artículo 1257 del código Napoléon, lo siguiente: «El deudor obligado a pagar, también tiene el derecho de pagar, además, hay un interés. Un viejo proverbio dice: "Quien debe y paga no debe nada"».

[57] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo II, p. 215.

Los autores citados agregan que el fundamento de este instituto reside en el derecho a «liberarse» que tiene el deudor, quien —precisamente— cuenta, en el ordenamiento jurídico, con el amparo que le brinda la posibilidad de la liberación forzada mediante el pago por consignación.

En opinión de Wayar[58], el pago por consignación es la liberación coactiva del deudor, que funciona cuando este, deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural.

Según se ha dicho, la consignación supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor, u otros obstáculos, imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, opera con la ejecución de la prestación, la misma que —en nuestro ordenamiento jurídico— puede llevarse a cabo a través de la entrega del certificado de depósito de dinero o valores que expide el Banco de la Nación, la designación del depositario de los bienes adeudados, o con aquellas formas en las que el juez decide que debe efectuarse la consignación.

De allí que consideremos inapropiadas aquellas definiciones en donde se delimita la noción del pago por consignación, en función del depósito judicial[59].

A nuestro modo de ver, el derecho del deudor a pagar justifica la regulación que nuestra legislación otorga al pago por consignación.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este punto, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 1707 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1707.- Desde el día en que el arrendatario efectúe la consignación se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación fuese declarada fundada.

---

[58] Wayar, Ernesto Clemente. *El pago por consignación. Doctrina y jurisprudencia.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983, pp. 45 y ss.

[59] En este sentido, Puig Brutau, citado por Wayar (*Op. cit.*, pp. 45 y ss.), señala que la consignación consiste en el depósito de la cosa que el deudor debe entregar, de manera que, en lugar de quedar en poder del acreedor, quede en poder de la autoridad judicial y a disposición del titular del derecho de crédito.

Considera Pothier (*Tratado de las obligaciones.* Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f, segunda parte, p. 137), a su turno, que la consignación es un depósito que el deudor, autorizado por el tribunal, hace de la cosa o de la suma que él debe, en manos de un tercero. Luego agrega que la consignación no es propiamente un pago, pues el pago encierra esencialmente la traslación de propiedad de la cosa que se paga. La consignación no transfiere la propiedad de la cosa consignada a la persona del acreedor, por cuanto este último no la puede adquirir más que recibiendo voluntariamente la cosa que le es ofrecida. Pero, a pesar de esto, cuando ella es válida, equivale al pago. En similar opinión, anota Beltrán de Heredia —que elabora su concepto a la luz de los preceptos del Código Civil Español—, citado por Wayar (*Op. cit.*, pp. 45 y ss.), que la consignación puede ser considerada como «el depósito de la cosa debida, con las formalidades que la propia ley establece, después de haber ofrecido su entrega o directamente cuando este ofrecimiento no es posible por darse algunos de los supuestos que obstaculizan la oferta».

El precepto citado es de claridad meridiana y concuerda con los efectos naturales del pago por consignación, que liberarán al acreedor de un bien cierto de toda responsabilidad en torno al bien consignado.

22. Supuestos de enajenación del bien arrendado por parte del arrendador a un tercero

El artículo 1708 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1708.- En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:
>
> 1. Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar la relación contractual, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.
>
> 2. Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido.
>
> Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.
>
> 3. Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

22.1. Enajenación de bien cuyo arrendamiento ha sido inscrito

En este caso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1708 (inciso 1), el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido, desde el momento de su adquisición, en todos los derechos y obligaciones del arrendador.

Se trata de un supuesto de sustitución en la relación contractual, figura atípica a la cual ya hemos hecho referencia y que sería una especie de cesión de posición contractual, operada por mandato de la ley.

El inciso 1, bajo comentario, es una norma de equidad, ya que si el arrendatario procedió, en salvaguarda de sus derechos, a inscribir en los Registros Públicos el contrato de arrendamiento que había celebrado, con dicha inscripción se ponía a buen recaudo con respecto a cualquier futura enajenación que hiciese el propietario del bien.

Debemos subrayar que, evidentemente, el arrendatario se verá beneficiado por la presunción establecida por el artículo 2012 del Código Civil. Este precepto señala:

> Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

Por tal razón, se entiende que el adquirente de un bien arrendado cuya situación conste inscrita en los Registros Públicos no podrá alegar jamás desconocimiento de tal situación, más allá de que en los hechos no haya consultado el respectivo registro.

22.2. Enajenación del bien cuyo arrendamiento no ha sido inscrito

El inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil contempla dos supuestos que, a pesar de la redacción de la referida norma, no son subsidiarios sino alternativos.

El referido numeral debe entenderse como que si el tercero hubiera adquirido el bien cuyo arrendamiento no se encontraba inscrito y no asumió con el vendedor o antiguo propietario enajenante el deber de respetar el arrendamiento, entonces no tendrá por qué respetar la vigencia de la relación contractual de arrendamiento, pudiendo darlo por concluido.

Es evidente que la facultad de dar por concluida dicha relación contractual es una opción de la que goza el tercero adquirente; ya que, bien podría, al haberse convertido en el nuevo propietario del bien, decidir, por convenir a sus intereses, respetar rigurosamente la relación contractual asumida por el antiguo propietario del bien.

Caso contrario, es decir, si tal situación no le conviene, podrá dar por concluido el contrato de arrendamiento.

Sin embargo, no sabemos exactamente si el tercero adquirente podría proceder de esta forma en caso hubiese conocido, de modo fehaciente, la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre el antiguo propietario y el arrendatario.

Pensamos que este es un supuesto que, si bien no está contemplado de manera expresa por la ley, podría entenderse de justicia; ya que, si después de adquirir un bien a sabiendas de que estaba arrendado, se diese por concluida la relación contractual, se estaría actuando de mala fe. En efecto, un proceder de esta naturaleza representaría un ejercicio abusivo del derecho, conforme a lo estipulado por el artículo II del Título preliminar del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

La segunda hipótesis contemplada por el inciso 2 del artículo 1708 es que el adquirente haya asumido, frente al arrendador enajenante, la obligación de respetar la relación contractual.

En este caso, resulta obvio que deberá respetarse la presencia del arrendatario en la ocupación del bien hasta el término final establecido en el contrato.

22.3. Enajenación de bien mueble

Si bien es cierto que los incisos 1 y 2 del artículo 1708 del Código Civil no hacen distinción entre los bienes muebles e inmuebles, entendemos que dichas normas han sido contempladas, fundamentalmente, para el caso de bienes inmuebles (inscribibles por excelencia) y de bienes muebles inscribibles.

En tal sentido, el legislador de 1984 ha reservado el inciso 3 del artículo 1708 para los bienes muebles no inscribibles, pues solo tratándose de esta clase de bienes rige en ellos —con carácter absoluto— la vieja presunción de que en materia de bienes muebles la posesión vale título. Cabe recordar que dicha presunción está contenida en el artículo 912 del Código Civil Peruano de 1984, según el cual.

> Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

En estos casos, resulta evidente que el tercero adquirente considerará que ha adquirido la propiedad de un bien que no tiene arrendamiento alguno que pese sobre él, razón por la cual, si actuó de buena fe, no tendría por qué respetar la existencia de una relación contractual previa. Sin embargo, nos resulta evidente que en el caso contrario, vale decir, cuando haya conocido de la preexistencia de la relación contractual de arrendamiento, deberá respetarla.

23. Efectos indemnizatorios de la enajenación del bien arrendado

El artículo 1709 del Código Civil establece:

> Artículo 1709.- Cuando concluya el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al arrendatario.

La citada norma se encarga de regular los efectos de la relación *inter partes* arrendador-arrendatario, en el supuesto de que se hubiese configurado alguno de los casos contemplados en el artículo 1708, en donde el propietario arrendador hubiera enajenado el bien a un tercero y este tercero no tuviese la obligación de respetar la relación contractual de arrendamiento preexistente; y al no tener dicha obligación, precisamente, no la respete, dando por concluido el arrendamiento en perjuicio del arrendatario, pero en legítimo ejercicio del derecho del tercero adquirente.

En tal situación, resulta claro que el arrendatario no tendrá derecho a efectuar reclamo alguno con respecto al tercero adquirente, pero conservará a plenitud el derecho a demandar a su arrendador el pago de la indemnización de daños y perjuicios, que le hubiera ocasionado el contrato de compraventa celebrado por dicho arrendador con el tercero adquirente.

Si bien es cierto, la norma bajo comentario reviste plena lógica, no estamos persuadidos de que ella hubiese debido ser incluida en el Código Civil, pues se arriba a idéntica conclusión en virtud de los principios generales de inejecución de obligaciones.

24. Razones por las cuales se exige al arrendatario recabar previa autorización para la desocupación del bien

El artículo 1711 del Código Civil Peruano establece la obligación del arrendatario de recabar autorización del arrendador para desocupar el bien. Seguidamente, el texto del artículo 1711:

> Artículo 1711.- Para desocupar el bien el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto, de la autoridad respectiva.
>
> Si el arrendatario desocupa el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable:
>
> 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.
>
> De que un tercero se introduzca en él.

El artículo 1711 se explica por sí solo, y en él se impone al arrendatario la obligación de recabar, antes de desocupar el inmueble, autorización del arrendador (o, si no fuese el caso, de la autoridad policial) a fin de que no se produzcan abusos por parte de estos contratantes hacia sus contrapartes.

En realidad, lo que quiere evitar la referida norma son precisamente las consecuencias previstas en los incisos 1, 2 y 3 del referido artículo, de las cuales será responsable el arrendatario en caso incumpla con esta obligación.

Sin embargo, debemos expresar que dicho contratante no estará exento de tal responsabilidad si no recaba autorización del propio arrendador y, en vez de ello, solamente la obtiene de la autoridad policial.

25. Regulación supletoria de los contratos de arrendamiento regidos por leyes especiales

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1712 del Código Civil:

> Artículo 1712.- Los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales, se rigen supletoriamente por las normas de este título.

Debemos expresar que el artículo 1712 guardaba sentido en la medida de que cuando se promulgó el Código Civil se encontraban en vigencia las leyes especiales de inquilinato relativas a inmuebles destinados a casa-habitación, en especial el Decreto Ley n.° 21938 y su reglamento, el Decreto Supremo n.° 052-77-VC. Dichas normas, a las cuales ya hemos hecho referencia oportunamente, hoy se encuentran derogadas, y ya no existe ningún régimen especial para este tipo de contratos. Por esa razón, el numeral 1712 del Código Civil hoy carece de aplicación práctica.

El contrato de hospedaje

1. Concepto

En virtud de lo prescrito por el artículo 1713 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1713.- Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares.

El concepto anotado permite apreciar que estamos en presencia de un contrato que puede contener diferentes prestaciones a cargo del hospedante en favor del huésped o, tal vez, una sola prestación (la de albergue). Esta situación nos sitúa frente a un contrato muy especial, que va a tener un gran parecido con otros contratos y figuras típicas reguladas en el derecho civil peruano, con los cuales lo vamos a comparar oportunamente.

Por otra parte, el concepto brindado al hospedaje por el artículo 1713, pareciera señalar que se trata inevitablemente de un acto celebrado a título oneroso, pero más allá del concepto legal, nos encargaremos de explicar a lo largo de las siguientes páginas, que el mismo puede ser celebrado también a título gratuito, sin desnaturalizar su esencia.

2. Partes

En el hospedaje intervienen dos partes.

La primera es el hospedante, quien se obliga a prestar a la otra parte albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos.

La segunda es el huésped, quien, si el contrato se celebra a título oneroso, se obligará a pagar una retribución al hospedante; en tanto que si el contrato se celebrara a título de liberalidad, no estaría obligado a pagar contraprestación alguna.

3. Características

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de hospedaje en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa —como siempre— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle, dictada en su *Curso de Contratos*, Parte general, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando fui su alumno, en el primer semestre académico de 1986, además de la contenida en su obra *El contrato en general*, primera parte, tomo I, páginas 209 a 248, por considerar se trata de la clasificación más completa de que tengamos conocimiento.

3.1. En cuanto al nombre

El contrato de hospedaje es de carácter nominado.

3.2. En cuanto a su regulación

El hospedaje es un contrato típico.

Su tipicidad social viene configurada desde tiempos inmemoriales, en tanto su tipicidad legal data de tiempo reciente en la legislación peruana. Decimos esto, por cuanto el contrato de hospedaje comenzó a recibir regulación orgánica en el Código Civil de 1984 (artículos 1713 a 1727). Sin embargo, con anterioridad a la promulgación del código de 1984 han existido diversas normas legales que, fundamentalmente en el campo administrativo, han dado regulación a este contrato.

Concretamente, cabe señalar que —al momento en que se ha concluido la segunda edición de esta obra, en julio de 2009— se encuentra en vigencia el Decreto Supremo n.° 029-2004-MINCETUR, que establece el Reglamento de Establecimiento de Hospedaje, texto legal compuesto por siete capítulos, treinta y un artículos, siete disposiciones transitorias, complementarias y finales, y ocho anexos.

Adicionalmente, debe mencionarse al Decreto Supremo n.° 10-95-MITINCI, que establece el Reglamento de autorización y registro de casas particulares y centros educativos que ofrecen servicio de alojamiento. Asimismo, debemos hacer mención a la Resolución Directoral n.° 0011-95-MITINCI/VMTINCI/DNT, que establece los requisitos que deberán cumplir los establecimientos que brindan servicio de alojamiento a que hace referencia el Decreto Supremo n.° 10-95-MITINCI.

El Reglamento de Establecimiento de Hospedaje, en su artículo 1, establece las disposiciones para la clasificación, categorización, funcionamiento y supervisión de los establecimientos de hospedaje. Asimismo, señala cuáles son los órganos competentes en dicha materia. De otro lado, el artículo 2 indica que quedan sujetos a las

normas del presente Reglamento todos los establecimientos de hospedaje, los mismos que se clasifican en:

a) Hoteles
b) Apart Hoteles
c) Hostales
d) Resorts
e) Ecolodges
f) Albergues

Es en el artículo 3 donde se establecen una serie de conceptos. A continuación pasaremos a mencionarlos.

Establecimiento de hospedaje es el lugar destinado a prestar habitualmente servicio de alojamiento no permanente para que sus huéspedes o usuarios pernocten en dicho local, con la posibilidad de incluir otros servicios complementarios a condición del pago de una contraprestación previamente convenida.

Clase es la identificación del establecimiento de hospedaje clasificado y categorizado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del reglamento.

Categorías son los rangos de estrellas establecidos por el reglamento, cuya finalidad es la de diferenciar dentro de cada clase de establecimiento de hospedaje, las condiciones de funcionamiento y los servicios que éstos deben ofrecer. Sólo se categorizan los establecimientos de hospedaje de la clase hotel, apart hotel, hostal y resort.

Hotel es el establecimiento de hospedaje que cuenta con no menos de veinte habitaciones y que ocupa la totalidad de un edificio o parte del mismo, completamente independizado. Para que un establecimiento de hospedaje sea categorizado como un hotel de uno a cinco estrellas, debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales se hallan señalados en el anexo 1 de dicho reglamento.

Apart hotel es el establecimiento de hospedaje que está compuesto por departamentos que integran una unidad de explotación y administración. Los apart hoteles pueden ser categorizados de tres a cinco estrellas, debiendo cumplir con los requisitos señalados en el anexo 2 del reglamento.

Por su parte, *hostal* es el establecimiento de hospedaje que cuenta con no menos de seis habitaciones y que ocupa la totalidad de un edificio o parte del mismo completamente independizado, constituyendo sus dependencias una estructura homogénea. Los establecimientos de hospedaje para ser categorizados como hostales, de una a tres estrellas, deberán cumplir con los requisitos que se señalan en el anexo 3 de dicho reglamento.

Resort es el establecimiento de hospedaje que está ubicado en zonas vacacionales, tales como playas, ríos y otros de entorno natural. Ocupa la totalidad de un conjunto

de edificaciones y posee una extensión de áreas libres alrededor del mismo. Estos pueden ser categorizados de tres a cinco estrellas y deben cumplir con los requisitos señalados en el anexo 5 del reglamento.

De otro lado, *ecolodge* es el establecimiento de hospedaje cuyas actividades se desarrollan en espacios naturales, cumpliendo con los principios del ecoturismo. Debe ser operado y administrado de manera sensible, en armonía con el respeto y protección del medio ambiente. El ecolodge deberá cumplir con los requisitos señalados en el anexo 5 del citado reglamento.

Albergue es el establecimiento de hospedaje que brinda servicio de alojamiento, preferentemente en habitaciones comunes, a determinado grupo de huéspedes o usuarios que comparten uno o varios intereses comunes, los que determinarán la modalidad del mismo: juveniles, de montaña, de pesca, de playa, etcétera. Los albergues deberán contar con los requisitos mínimos que se señalan en el anexo 6, que forma parte del reglamento.

El mismo reglamento entiende por *registro de huéspedes* a las fichas o libros, según sus necesidades, en que obligatoriamente se inscribirán, por lo menos, el nombre completo del huésped, sexo, nacionalidad, documento de identidad, fecha de ingreso, fecha probable de salida, número de la habitación asignada y tarifa correspondiente, con indicación de los impuestos y sobrecargos que se cobrarán adicionalmente (o que estén incluidos en la tarifa).

Finalmente, el reglamento señala que *día hotelero* es el período de 24 horas dentro del cual el huésped podrá permanecer en el establecimiento de hospedaje, a efectos de fijar la tarifa respectiva.

Por otra parte, en lo que respecta a la autorización y funcionamiento de los establecimientos de hospedaje, el artículo 6 del Reglamento establece que constituye requisito, previo al funcionamiento de los establecimientos de hospedaje, inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes. A este requisito se refiere la Ley n.° 26935, Ley sobre simplificación de procedimientos para obtener los registros administrativos y las autorizaciones sectoriales para el inicio de actividades de las empresas.

El numeral 7, por su parte, establece las condiciones mínimas que deberán cumplir los establecimientos de hospedaje. Para tales efectos, los titulares de dichos establecimientos deberán presentar al órgano regional competente, dentro de un plazo de 30 días de iniciada su actividad, una declaración jurada dejando constancia de que cumplen con determinadas condiciones, tales como que el número de habitaciones no sea menor a seis, que cuenten con un área de recepción o que posean un botiquín de primeros auxilios; y, si se trata de un establecimiento de hospedaje de cinco o más plantas, que cuente por lo menos con un ascensor, etcétera.

Asimismo, en el artículo 8 se señala que el órgano regional competente se encuentra facultado para efectuar de oficio, a pedido de parte interesada o de terceros, las supervisiones que sean necesarias para la verificación del cumplimiento permanente de dichas condiciones.

Por su parte, a partir del numeral 9 se establece el procedimiento para que el titular de un establecimiento de hospedaje pueda ostentar clase y/ o categoría. Para ello, deberá solicitar al órgano regional competente el certificado de clasificación y/o autorización y cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley bajo comentario.

Calificada la solicitud por el órgano regional competente, este procederá a realizar una inspección del establecimiento de hospedaje.

Expedido el certificado de clasificación y/o categorización, este tendrá una vigencia de cinco años, pudiendo ser renovable por cinco años más y así sucesivamente. El órgano regional competente está facultado para efectuar, de estimarlo conveniente, las verificaciones que considere necesarias.

Por otra parte, el artículo 15 establece que si el titular del establecimiento de hospedaje no solicitase la renovación del certificado, este caducará automáticamente.

De otro lado, el numeral 16 señala que los establecimientos de hospedaje deberán mostrar en un lugar visible, en el exterior del establecimiento, la placa indicativa que dé cuenta de la clasificación y/o categorización otorgada por el órgano regional competente. Dicha placa indicativa deberá cumplir con la forma y características señaladas en el anexo 8 que integra el citado reglamento.

Al terminar nuestras referencias al Reglamento de Establecimientos de Hospedaje, debemos recordar que existe un reglamento de autorización y registro de casas particulares y centros educativos que ofrecen servicio de alojamiento. Se trata del Decreto Supremo n.° 10-95-MITINCI, promulgado el 3 de mayo de 1995, al que hicimos referencia cuando señalamos cuál era la normatividad vigente en materia de hospedaje.

La citada norma legal establece en su artículo 1 que dicho Decreto Supremo se encarga de normar el procedimiento para la autorización y registro de casas particulares, universidades o institutos superiores con infraestructura adecuada para ofrecer servicio de alojamiento en caso no exista infraestructura de servicios turísticos o esta sea deficitaria. Es de aplicación a nivel nacional, excepto en la provincia de Lima y en la provincia constitucional del Callao (artículo 2).

Posteriormente se establecieron los requisitos que deberán cumplir los establecimientos que brindan el mencionado servicio de alojamiento. Esto se hizo a través de la Resolución Directoral n.° 0011-95-MITINCI/ VMTINCI/ DNT, de fecha 9 de mayo de 1995.

En el artículo 1 de dicha norma se establecieron requisitos mínimos —en cuanto a condiciones generales— que deberán cumplir las casas particulares, universidades e institutos superiores para brindar servicio de alojamiento. Así, las construcciones deberán ser de materiales durables y que ofrezcan seguridad y aislamiento a los huéspedes. Además, el equipamiento y las instalaciones deberán estar en buen estado de conservación.

En lo referente a los dormitorios, se señala que deberán estar adecuadamente ventilados e iluminados. Las camas deberán contar con ropa de cama, a cargo de quien brinda el servicio de alojamiento; debiendo contar con el mobiliario mínimo indispensable, como una silla y una mesa de noche o similar por cada dos camas.

En torno a los servicios higiénicos, se señala que deberán contar con inodoro, lavatorio y ducha. También, deberán estar adecuadamente iluminados y ventilados. La cantidad de baños será de uno por cada cuatro camas.

Finalmente, en lo que atañe a los primeros auxilios, se establece que deberá existir un botiquín con medicamentos e implementos básicos que puedan ser utilizados en caso de emergencia.

Para finalizar nuestras menciones a la legislación especial que regula el contrato de hospedaje, debemos decir que ella se completa con la Resolución Ministerial n.° 147-2001-ITINCI-DM, de fecha 23 de julio de 2001, por la que se aprobó una escala de sanciones aplicable a los establecimientos de hospedaje clasificados y categorizados.

3.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el hospedaje puede ser un contrato simple, dando lugar a una relación jurídica; pero también podría ser un contrato complejo, integrando a más de una relación jurídica.

3.4. En cuanto a su contenido o área

En el contrato de hospedaje, si bien una de las partes (el hospedante) será, por lo general, una empresa, la otra (el huésped) será una persona natural (no obstante, podría tratarse de una persona natural que se aloje por cuenta y cargo de una persona jurídica, en cuyo caso sería parte contratante la persona jurídica y no la persona natural). Pero, dada la configuración de este contrato, creemos que no escapa a la naturaleza civil.

3.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje es un contrato principal, puesto que no depende jurídicamente de algún otro contrato.

3.6. En cuanto a su formación

Salvo disposición en contrario de las partes, el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, consensual; no obstante, nada impediría que las partes conviniesen una formalidad distinta.

Sin embargo, debemos reparar en el hecho de que resulta regla general —dispuesta por el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje— que, inmediatamente después de celebrado el contrato, el huésped llene sus datos en una ficha que permanecerá en el registro del establecimiento de hospedaje. Esta situación pensamos que no debería llevarnos a entender que se trata de una formalidad relacionada con la celebración del contrato, sino que estamos simplemente ante el cumplimiento de disposiciones de carácter administrativo, las mismas que, incluso, son impuestas por las normas legales que rigen la materia.

3.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje es, esencialmente, un contrato de duración; ya que el albergue se prolonga en el tiempo, por lo menos en lapsos de horas, días, semanas o incluso meses. Esta duración, por regla general, es continuada y puede ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha final) o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.8. En cuanto a su negociación

El contrato de hospedaje es, fundamentalmente, uno arreglado a cláusulas generales de contratación. De allí que incluso se señale, a través del artículo 1714 del Código Civil, que este contrato se sujeta además a las normas reglamentarias y a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad competente.

No obstante, nada impediría que el hospedaje se celebre por negociación previa, sobre todo en lo que respecta a establecimientos menores, como es el caso de las posadas. Empero, no es menos cierto que la difusión de este contrato en nuestros tiempos le ha impuesto el rasgo de la contratación masiva: ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin tener la disposición del mismo.

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 tal situación, que es bastante frecuente, estaríamos también ante un contrato que implicaría 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 del Código Civil, en cuanto sean aplicables (argumento del artículo del propio código).

3.10. En cuanto a su función

El contrato de hospedaje es, fundamentalmente, un contrato constitutivo. Será raro encontrar contratos de hospedaje de carácter regulatorio o modificatorio, aunque admitimos que teóricamente la naturaleza de este acto no lo impide.

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de hospedaje es de carácter individual, ya que las obligaciones que crea afectan únicamente a las partes que lo celebran.

3.12. En cuanto a la prestación

En este aspecto, el hospedaje es, en principio, un contrato bilateral, sinalagmático 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. Todo esto, 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 sea aplicable.

Sin embargo, como venimos exponiendo, consideramos que el hospedaje también podría ser celebrado con prestación unilateral, vale decir, que solamente el hospedante asuma obligaciones con respecto al huésped, pero este último no asuma la obligación de pagar retribución alguna.

3.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, de acuerdo con lo que acaba de mencionarse en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato oneroso, por el cual ambas partes (huésped y hospedante) se obligan a ejecutar una o varias prestaciones —que en el caso del hospedante serían conjuntivas—. Sin embargo, según esas mismas consideraciones, el hospedaje también podría ser un contrato que se celebre a título gratuito.

3.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje 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 aleatoriamente.

3.15. En cuanto a sus efectos

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

4. Diferencias y semejanzas entre el contrato de hospedaje y otros contratos

4.1. Con el contrato de arrendamiento

4.1.1. En cuanto al nombre

Tanto el hospedaje como el arrendamiento son contratos nominados.

4.1.2. En cuanto a su regulación

Al igual que el hospedaje, el arrendamiento es un contrato típico, pues está jurídicamente regulado. El Código Civil de 1984 lo trata en el libro VII, Fuentes de las obligaciones, sección II, Contratos nominados, título VI, Arrendamiento, artículos 1666 a 1712.

4.1.3. En cuanto a su estructura

El contrato de arrendamiento es simple, pues da lugar a una relación jurídica. El hospedaje puede ser simple o complejo.

4.1.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, ambos contratos son fundamentalmente de naturaleza civil.

4.1.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje y el arrendamiento son contratos principales, puesto que ninguno de ellos depende jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, en materia de arrendamiento, podríamos estar frente a un contrato derivado del mismo, es decir, de un contrato que sí depende jurídicamente del arrendamiento y que adopta sus principales caracteres. Se trata del subarrendamiento.

Esto nos lleva a plantear la interrogante de si en materia de hospedaje cabría el subhospedaje, como contrato derivado del hospedaje.

Independientemente de que el tema no ha merecido tratamiento en doctrina, ni en la legislación nacional, entendemos que es posible la celebración de un contrato de subhospedaje, en tanto se cuente con la autorización o asentimiento del hospedante, y en el entendido de que dicho contrato lo celebren, de una parte, el huésped, quien da albergue a la otra parte, a quien se denominaría subhuésped.

Admitimos que lo expresado resulta inusual en el tratamiento cotidiano del contrato de hospedaje, pero, asimismo, es perfectamente factible de producirse, tanto en el terreno teórico como en el práctico.

Debe recordarse que el subarrendamiento está regulado en el código peruano, en los artículos 1692 a 1695.

De otro lado, también cabría plantearse en este punto la posibilidad de que las partes celebren una cesión del arrendamiento o una cesión del hospedaje.

En lo referente a la cesión del arrendamiento, el Código Civil de 1984 regula el tema en el artículo 1696, el mismo que establece que dicha figura constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario en favor de un tercero que los sustituye, y se rige por las reglas de cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

La cesión del hospedaje no está regulada por la ley, pero siguiendo la pauta de la cesión del arrendamiento, constituiría la transmisión de los derechos y obligaciones del huésped en favor de un tercero que lo sustituye, rigiéndose también por las reglas de la cesión de posición contractual del propio Código Civil Peruano.

4.1.6. En cuanto a su formación

Por su formación, tanto el arrendamiento como el hospedaje son contratos consensuales, vale decir, que se celebran con el solo consentimiento de las partes.

Sin embargo, nada obstaría para que las partes establezcan una formalidad más rigurosa para la celebración de dicho contrato.

4.1.7. En cuanto al tiempo

Tanto el arrendamiento como el hospedaje son contratos de duración.

No obstante, resulta necesario expresar que la duración de los contratos de arrendamiento tiende a ser mayor que la de los contratos de hospedaje. Podría decirse que los contratos de arrendamiento tienen una vocación de mayor duración en el tiempo, de mantener ligadas jurídicamente a las partes, durante un lapso más o menos razonable. En cambio, en el hospedaje, los plazos son sustancialmente más efímeros.

Mientras resulta habitual que un arrendamiento dure meses, trimestres o años, el hospedaje, por lo general, solamente durará días, semanas y, en el mejor de los casos, meses.

Todo lo que estamos expresando en torno a la duración de ambos contratos, se refiere básicamente a las que constituyen situaciones habituales en la práctica, pero de ninguna manera estamos estableciendo pautas inamovibles que franqueen líneas divisorias entre uno y otro contrato.

El lector podría preguntarse cuál es la causa que lleva a que los plazos de ambos contratos sean fundamentalmente distintos.

Creemos que ello obedece a la razón o a los motivos por los cuales, tanto el arrendatario como el huésped, celebran sus respectivos contratos.

Mientras el huésped se encuentra de paso, o dicho de otro modo, se halla en una situación de transitoriedad en el establecimiento de hospedaje, el arrendatario toma el bien no con una finalidad efímera, sino con una finalidad duradera, ya sea para vivir allí con su familia, constituyendo dicho inmueble como su hogar, o para establecer sus oficinas, su negocio, o su actividad profesional o comercial habituales.

Es evidente que nadie arrienda un bien estando solo de paso, en tanto que nadie se constituye en huésped para quedarse de manera permanente.

A estas consideraciones debe agregarse otra: que las tarifas de los establecimientos de hospedaje son sustancialmente más altas que los montos de la renta en los contratos de arrendamiento. Así, si alguien desea permanecer un tiempo considerable en un lugar, lo lógico sería que arriende un inmueble y no que permanezca en condición de huésped en un establecimiento de hospedaje.

4.1.8. En cuanto a su negociación

El hospedaje, fundamentalmente, se celebra por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, siendo también factible que se celebre de manera paritaria o por negociación previa. El contrato de arrendamiento, usualmente, se celebra por negociación previa, aunque de manera excepcional puede concertarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, que consideramos de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere.

4.1.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, hemos dicho que el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin tener su disposición.

Pero, como se recuerda, de quererlo así el huésped, el hospedante no puede negarse —sin justos motivos— a recibir en custodia o a que se introduzcan en el local, bienes tales como dinero, joyas, documentos y otros similares. En estos casos, el hospedante responde como depositario de tales objetos, así como de los de uso corriente del huésped (artículos 1718, 1719, 1721 y 1722 del Código Civil). De presentarse esta situación, que es bastante frecuente, estaríamos también ante un contrato que implica custodia y conservación de 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 del Código Civil, en cuanto sean aplicables (argumento del artículo 1726).

En el caso del arrendamiento, una parte, el arrendador, se obliga a ceder temporalmente al arrendatario, el uso de un bien, mientras que el arrendatario se compromete a pagar cierta renta convenida. Esto configura al arrendamiento como un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener la disposición del mismo. También es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

4.1.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como el arrendamiento son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque podrían formar parte, por excepción, de contratos modificatorios, pero nunca serán resolutorios. En el caso del hospedaje, siempre se generará la obligación por parte del hospedante, de suministrar albergue al huésped. En tanto que en el arrendamiento siempre se generará la obligación —por parte del arrendador— de entregar en uso el bien al arrendatario y el arrendatario asumirá la obligación de pagar por dicho uso una renta determinada o determinable.

4.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El hospedaje y el arrendamiento son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.1.12. En cuanto a la prestación

Es sabido que el contrato de arrendamiento es esencialmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

El contrato de hospedaje también podría ser bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas, en la medida en que, como establece el artículo 1713 del Código

Civil Peruano de 1984, el huésped se obligue a pagar una retribución al hospedante. Pero, nada obsta a que el contrato de hospedaje se celebre a título gratuito o de liberalidad, en caso el huésped no asuma la obligación de pagar dicha retribución al hospedante. En esta situación, sería un contrato de prestación unilateral.

En este punto queremos dejar establecida una de las mayores diferencias que existen entre el contrato de arrendamiento y el contrato de hospedaje. Ella consiste en que en el arrendamiento se produce una desposesión del bien, vale decir, que el mismo es entregado en posesión por el arrendador, quien conserva su posesión mediata, al arrendatario, quien se convertirá en poseedor inmediato del mismo.

En cambio, en el contrato de hospedaje, no se producirá tal desposesión del bien, ya que el hospedante conservará tanto la posesión inmediata como la posesión mediata del bien, e incluso conservará duplicados de las llaves o tarjetas electrónicas de acceso a las habitaciones, lo que implica que el huésped solamente tiene derecho al uso del bien (instalaciones del establecimiento de hospedaje), pero no a los demás atributos que otorga la posesión.

4.1.13. En cuanto a la valoración

Mientras el contrato de arrendamiento siempre se celebra a título oneroso, el contrato de hospedaje puede celebrarse a título oneroso o a título gratuito.

4.1.14. En cuanto al riesgo

En este punto, el contrato de hospedaje coincide con el de arrendamiento, ya que es fundamentalmente un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes intervinientes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano; aunque la naturaleza de ambos contratos no impediría que revistieran la modalidad de aleatorios.

4.1.15. En cuanto a sus efectos

El hospedaje y el arrendamiento son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.2. Con el contrato de comodato

4.2.1. En cuanto al nombre

El hospedaje y el comodato son contratos nominados.

4.2.2. En cuanto a su regulación

El hospedaje y el comodato son contratos típicos. Sin embargo, el comodato tiene regulación legislativa desde el Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación

Perú Boliviana de 1836, en tanto que el hospedaje, independientemente de su regulación administrativa, recién fue regulado por el Código Civil de 1984.

4.2.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El comodato es un contrato simple, pues solamente da lugar a una relación jurídica.

4.2.4. En cuanto a su contenido o área

El comodato es esencialmente un contrato civil, pues no persigue fines de lucro. El contrato de hospedaje, si bien es cierto, también tiene carácter civil, sí persigue —en la mayoría de los casos— finalidad lucrativa, a diferencia del comodato.

4.2.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el hospedaje como el comodato son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos.

Sin embargo, se admite en el plano teórico y en el práctico la existencia de los contratos de subcomodato y subhospedaje, supuestos en los cuales sí estaríamos hablando de contratos derivados del comodato y del hospedaje, respectivamente.

4.2.6. En cuanto a su formación

Como sabemos, el hospedaje, legalmente hablando, es un contrato de carácter consensual, pues para su existencia no requiere que la voluntad de las partes se exprese a través de alguna formalidad especial. Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos este contrato se formaliza por escrito, como ha sido mencionado oportunamente al momento en que estudiamos sus características, cuando los huéspedes llenan las fichas que obran en la recepción de los respectivos establecimientos.

Por su parte, el comodato es un contrato consensual.

4.2.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje es un contrato de duración continuada, pudiendo prolongarse, como lo hemos expresado, por horas, días, semanas y hasta meses.

En adición debemos señalar que el hospedaje puede ser un contrato celebrado a plazo fijo (vale decir, aquel en el cual se hubiera establecido el término inicial y el término final del contrato), como también puede celebrarse a plazo determinable, o sea, aquel en el cual se hubiese señalado el término inicial, pero el término final se hubiera sujetado a la ocurrencia de algún evento de ocurrencia cierta, pero de fecha incierta.

Dicho contrato también se podría celebrar a plazo indeterminado, es decir, aquella eventualidad en la cual se hubiera establecido el término inicial mas no el final.

En este supuesto, cualquiera de las partes podría ponerle término, cursando una comunicación a la otra en tal sentido (lo que constituiría un supuesto válido de resolución unilateral sin expresión de causa).

Por su parte, en el comodato, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil de 1984, si no se hubiera determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando se lo solicite el comodante (artículo 1737).

Adicionalmente, el mencionado código no permite la prolongación de este contrato luego de la muerte del comodatario y establece como salvedad que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no se pueda suspender.

4.2.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de hospedaje es celebrado fundamentalmente de acuerdo con cláusulas generales de contratación y, en muchos casos, es incluso un contrato celebrado por adhesión. Sin embargo, nada obsta para que, sobre todo y en el caso de posadas o pequeños albergues, estemos frente a hospedajes celebrados de manera paritaria o por negociación previa.

Por su parte, el contrato de comodato es esencialmente uno de negociación previa, ya que dadas sus especiales características, está excluido —por su naturaleza— de ser uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.2.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el hospedaje es un contrato de goce, pues por el mismo el huésped tendrá derecho a usar el bien, debiendo desocuparlo al finalizar el término del contrato. Sin embargo, no se trata, estrictamente, de un contrato de restitución, en la medida en que no se va a producir una devolución física del bien, pues en verdad el hospedante nunca se ha desprendido de la posesión del mismo.

Por su parte, el comodato es un contrato de goce, ya que implica el uso del bien prestado; pero también es un contrato de restitución, pues a través de dicho contrato el comodatario se obliga a devolver al comodante el bien recibido.

4.2.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como el comodato son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque excepcionalmente podrían formar parte de contratos modificatorios o regulatorios, pero nunca serán contratos extintivos.

4.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El hospedaje y el comodato son contratos individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que celebran el acto.

4.2.12. En cuanto a la prestación

El contrato de hospedaje, por lo general, es de prestaciones recíprocas, pues el huésped generalmente deberá pagar al hospedante una retribución dineraria a cambio de poder usar el bien que el hospedante le brinda como prestación.

Sin embargo, ni la doctrina ni la normatividad legal excluyen la posibilidad de que el hospedaje sea un contrato de prestación unilateral, lo que ocurrirá si es que se hubiera pactado que el huésped no tenga que pagar contraprestación alguna.

En lo que respecta al contrato de comodato, si bien es cierto que se genera la obligación del comodante de entregar al comodatario el bien para su uso, el comodatario debe devolver el bien al comodante. Ésta y otras obligaciones accesorias califican al contrato de comodato como un contrato sinalagmático imperfecto.

4.2.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo con lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato celebrado a título oneroso y excepcionalmente a título gratuito. Esto, a diferencia del contrato de comodato, que siempre se celebra a título gratuito.

4.2.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y el comodato son contratos fundamentalmente conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, a pesar de no haberse planteado en ellos el tema de su eventual aleatoriedad, ella resultaría plenamente factible.

4.2.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el hospedaje como el comodato son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.3. Con el contrato de depósito

4.3.1. En cuanto al nombre

El hospedaje, al igual que el depósito, es un contrato de carácter nominado.

4.3.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos, encontrándose regulados en el Código Civil. El depósito está legislado como uno de los contratos de prestación de servicios, cuya legislación acerca del depósito voluntario se encuentra entre los artículos 1814 y 1853 del

código nacional. La primera de las normas mencionadas, señala que por el depósito voluntario el depositante se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

4.3.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El depósito es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.3.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de hospedaje es, fundamentalmente, de naturaleza civil; en tanto que el depósito puede revestir naturaleza diversa.

En efecto, podríamos hablar de un depósito civil si este se celebrara entre dos personas naturales para la custodia de un determinado bien. Pero también podríamos pensar en los depósitos de naturaleza mercantil, que se producen en el caso de los almacenes generales de depósito de mercaderías, donde es evidente la naturaleza comercial del acto y de las empresas intervinientes.

Pero, además, podemos agregar el depósito bancario, en cualquiera de sus modalidades (contrato de depósito de ahorros, contrato de depósito en cuenta corriente y contrato de depósito en cajas de seguridad para custodia de valores).

Lo antes mencionado nos lleva a afirmar que la naturaleza del depósito es diversa, de acuerdo con las actividades sociales en donde se emplee.

4.3.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje y el depósito son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos. Sin embargo, se admite las figuras del subhospedaje y subdepósito, casos en los cuales estaríamos en presencia de contratos derivados.

4.3.6. En cuanto a su formación

Según lo establecido por el Código Civil, el contrato de hospedaje es consensual, más allá de que en múltiples ocasiones se celebra por escrito, tal como explicamos oportunamente.

En lo que respecta al depósito, tenemos lo prescrito por el artículo 1816 del Código Civil, norma que establece que la existencia y el contenido del depósito se rigen por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1605 del propio código, precepto relativo al contrato de suministro que establece que la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

4.3.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje y el depósito son contratos de duración, pues ambos prolongan su vigencia en el tiempo; el hospedaje, mientras dure la permanencia del huésped en el establecimiento respectivo y, el depósito, en tanto dure la custodia del bien por parte del depositario.

4.3.8. En cuanto a su negociación

El hospedaje y el depósito coinciden en que ambos son contratos que se celebran fundamentalmente por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Sin embargo, como ha sido dicho oportunamente, pueden existir contratos de hospedaje que se celebren por negociación previa, en la medida en que se trate de establecimientos menores, en donde no existan tarifas preestablecidas o exista cierta capacidad de negociación.

No está demás señalar que situación similar se presentará en los contratos de depósito que no sean de naturaleza bancaria ni financiera, y que no se realicen tampoco en establecimientos comerciales de envergadura.

En estos casos de excepción, será posible apreciar también contratos de depósito paritarios.

4.3.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin que el huésped tenga disposición del mismo. Por su parte, el depósito es un contrato de custodia y conservación, que son precisamente las obligaciones que asume el depositario con respecto al bien que le confía el depositante. El contrato de depósito también es un acto que implica la devolución del bien.

4.3.10. En cuanto a su función

Tanto el contrato de hospedaje como el contrato de depósito son actos de naturaleza fundamentalmente constitutiva.

Sin embargo, a pesar de que será raro encontrar hospedajes y depósitos de carácter regulatorio o modificatorio, la naturaleza de dichos actos no lo impide.

Sería prácticamente imposible hallar contratos, de esta naturaleza, que revistan carácter extintivo.

4.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El hospedaje y el depósito son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones que crean afectan, únicamente, a las partes que los celebran.

4.3.12. En cuanto a la prestación

El hospedaje y el depósito pueden ser celebrados en condición de contratos con prestaciones recíprocas, siempre y cuando el huésped y el depositante asuman, como contraprestación a los servicios brindados por el hospedante y el depositario, el pago de una suma de dinero u otra prestación equivalente.

Sin embargo, ambos contratos también podrían celebrarse con prestación unilateral, caso en el cual ni huésped ni depositante asumirían la ejecución de contraprestación alguna.

4.3.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, de acuerdo con lo que se acaba de mencionar en el punto anterior, si bien es cierto que el hospedaje y el depósito son contratos de carácter fundamentalmente oneroso, ello no implica que no puedan ser celebrados a título gratuito.

4.3.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y el depósito son contratos fundamentalmente conmutativos. Sin embargo, no existe impedimento teórico o práctico alguno para pensar en una eventual aleatoriedad de los mismos.

4.3.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, el hospedaje y el depósito son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.4. Con el contrato de compraventa

4.4.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el hospedaje son contratos nominados.

4.4.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y el hospedaje son contratos típicos, encontrándose ambos regulados en el Código Civil.

4.4.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o complejo. La compraventa es simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.4.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el contrato de hospedaje es fundamentalmente de carácter civil, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil.

4.4.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, ambos son contratos principales, ya que no dependen jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, como lo hemos expresado, dentro del hospedaje cabe la figura del subhospedaje, contrato que tiene carácter de derivado, situación que nunca se presenta en el contrato de compraventa.

4.4.6. En cuanto a su formación

Tanto la compraventa como el contrato de hospedaje son fundamentalmente consensuales. Sin embargo, en múltiples ocasiones, las partes, al celebrar el contrato de compraventa, se auto imponen la formalidad escrita o la escritura pública como forma solemne. Lo propio ocurre en el contrato de hospedaje, cuando dicho acto se formaliza por escrito, en formularios de los establecimientos respectivos, en virtud de las disposiciones administrativas que regulan el particular.

4.4.7. En cuanto al tiempo

La compraventa, de acuerdo a su naturaleza, es, en principio, un contrato de ejecución inmediata. Excepcionalmente, la compraventa será un contrato de duración, en la medida en que la entrega del bien o de los bienes, o la entrega del precio, se pacte a plazos.

En cambio, el hospedaje es, por esencia, un contrato de duración.

4.4.8. En cuanto a su negociación

El contrato de hospedaje es, salvo para aquellos casos de establecimientos de hospedaje de menor envergadura, un contrato arreglado a cláusulas generales de contratación. En cambio, la compraventa suele ser tanto un contrato de negociación previa como un contrato por adhesión, o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.4.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin que el huésped tenga disposición del mismo.

Por su parte, la compraventa es un contrato de disposición, pues a través de él una parte —denominada vendedor— se obliga a transferir la propiedad de un bien

a otra parte, denominada comprador, obligándose —esta última— a pagar un precio en dinero. En este sentido, la compraventa puede ser calificada también como un contrato de cambio.

Podría decirse que la diferencia fundamental entre la compraventa y el hospedaje se aprecia en la compraventa de bienes inmuebles o, por excepción, en aquellos contratos cuya normatividad se asimila al hospedaje y que recaen sobre los bienes muebles a que hace referencia el artículo 1727 del Código Civil. Pero, si bien es cierto que el huésped, al igual que el comprador de un bien, adquiere el derecho de usar y disfrutar de dicho bien, el comprador gozará de este derecho a título de propietario, debiendo el vendedor, a la par que transmitirle la propiedad del bien, hacerle entrega del mismo.

En cambio, en el contrato de hospedaje, no habrá propiamente una entrega del bien por parte del hospedante al huésped, pues el hospedante sigue teniendo la posesión mediata e inmediata de dicho bien. Lo único que ocurrirá es que el hospedante cederá al huésped el derecho al uso de dicho bien, debiendo ser desocupado por el huésped cuando termine el plazo del contrato.

4.4.10. En cuanto a su función

El hospedaje y la compraventa son, fundamentalmente, contratos de carácter constitutivo. Será raro encontrar actos como éstos que tengan carácter regulatorio o modificatorio, aunque la naturaleza de los mismos no lo impediría. Menos aún sería posible encontrar hospedajes o compraventas de naturaleza extintiva.

4.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Los contratos de hospedaje y compraventa son de carácter individual, pues las obligaciones que ellos crean afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.4.12. En cuanto a la prestación

Como sabemos, el hospedaje es, en principio, un contrato con prestaciones recíprocas. Pero podría ser, excepcionalmente, convenido con prestación unilateral.

Por su parte, la compraventa siempre será un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

4.4.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo con lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato oneroso, pero también podría celebrarse a título gratuito. En cambio, la compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso.

4.4.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, no habiéndose planteado en el mismo su eventual aleatoriedad. Pero, no encontraríamos impedimento alguno para que se celebre aleatoriamente.

4.4.15. En cuanto a sus efectos

El hospedaje y la compraventa son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.5. Con el derecho real de uso y habitación

4.5.1. En cuanto al nombre

Mientras el hospedaje es un contrato nominado, el derecho real de uso y habitación también es de carácter nominado, al igual que todos los derechos reales, ya que su existencia se da por mandato legal en virtud de *numerus clausus*.

4.5.2. En cuanto a su regulación

Mientras el hospedaje es un contrato típico, el derecho real de uso y habitación —dada su naturaleza de derecho real—, es también de carácter típico y se encuentra regulado entre los artículos 1026 y 1029 del Código Civil.

A través del artículo 1026 del Código Civil se establece que el derecho de usar o de servirse de un bien no consumible, se rige por las disposiciones del título relativo al derecho real de usufructo, en cuanto sean aplicables.

El numeral siguiente (artículo 1027) establece que cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación.

A través del artículo 1028 se señala que los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta.

Y, finalmente, el artículo 1029 señala que los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

4.5.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El derecho real de uso y habitación no podría ser encuadrado dentro de la clasificación general de los contratos en cuanto a su estructura, ya que nos estamos refiriendo a los derechos de los hombres sobre las cosas (derechos reales) y no a derechos de naturaleza obligacional.

4.5.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de hospedaje y el derecho real de uso y habitación son fundamentalmente de naturaleza civil.

4.5.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato; salvedad hecha del contrato de subhospedaje, contrato derivado del hospedaje.

Por su parte, el derecho real de uso de habitación es un derecho real principal.

4.5.6. En cuanto a su formación

Por su formación, tanto el contrato de hospedaje como el derecho real de uso y habitación son de naturaleza consensual, pues el hospedaje se celebra y el uso de habitación se constituye con el solo consentimiento de las partes.

4.5.7. En cuanto al tiempo

El contrato de hospedaje es de duración. El derecho real de uso y habitación también tiene esta característica, común a los derechos reales principales.

4.5.8. En cuanto a su negociación

Mientras el contrato de hospedaje se celebra fundamentalmente por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el derecho real de uso y habitación es fundamentalmente paritario.

4.5.9. En cuanto al rol económico

El hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin tener su disposición. El derecho real de uso y habitación también comparte esta característica, pero podría implicar o no la entrega del bien al poder del usuario, vale decir, la existencia de un acto de desposesión sobre dicho bien.

4.5.10. En cuanto a su función

El contrato de hospedaje es fundamentalmente constitutivo, pero podría formar parte, en excepción, de un contrato regulatorio o modificatorio. Podemos decir lo mismo en cuanto al derecho real de uso y habitación.

4.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de hospedaje es de carácter individual, pues las obligaciones creadas por él afectan, únicamente, a las partes que lo celebran.

Más allá de la naturaleza real del derecho de uso y habitación, es evidente que la constitución del mismo solamente afecta al propietario del bien y a aquella persona en cuyo favor se constituye dicho derecho de uso o habitación.

4.5.12. En cuanto a la prestación

En cuanto a la prestación, el hospedaje es un contrato que se celebra fundamentalmente a título oneroso, pero como hemos expresado, nada impediría que se celebrara a título de liberalidad.

Por su parte, la constitución del derecho real de uso y habitación podría producirse, mediando una contraprestación del usuario, a favor del propietario del bien o de manera unilateral.

4.5.13. En cuanto a la valoración

El contrato de hospedaje es fundamentalmente oneroso y excepcionalmente gratuito.

En lo que respecta al derecho real de uso y habitación, podemos decir que el mismo puede celebrarse, indistintamente, a título oneroso o gratuito; pero, en la mayoría de ocasiones será oneroso.

4.5.14. En cuanto al riesgo

El contrato de hospedaje y el derecho real de uso y habitación son fundamentalmente actos de carácter conmutativo; pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes intervinientes en el contrato de hospedaje y constituyentes del derecho real de uso y habitación, son ciertas, vale decir, conocidas de antemano, aunque la naturaleza de ambos no impediría que revistiesen la modalidad de aleatorios.

4.5.15. En cuanto a sus efectos

Mientras el hospedaje es un contrato meramente obligatorio u obligacional, el uso y habitación es, conforme lo hemos expresado en reiteradas ocasiones, un derecho real.

4.6. Con el contrato de suministro

4.6.1. En cuanto al nombre

Tanto el hospedaje como el suministro son contratos de carácter nominado.

Si bien es cierto que el hospedaje desde hace siglos ha sido conocido con este nombre dentro de las sociedades pertenecientes a nuestra tradición jurídica, no ocurrió algo similar con el suministro, contrato que recién fue conocido propiamente

como tal en las primeras décadas del siglo XX, consagrando su autonomía conceptual en el Código Civil Italiano de 1942.

Antes, el suministro solo era considerado como una modalidad más de celebración del contrato de compraventa, razón por la cual todavía no se le podía considerar como un contrato nominado.

4.6.2. En cuanto a su regulación

Si bien es cierto que el contrato de hospedaje ha tenido tipicidad legal desde hace mucho tiempo en el Perú, sobre todo a través de normas reglamentarias de la actividad hotelera, recién recibió tipicidad de carácter general con el Código Civil de 1984, cuyo articulado nos encontramos analizando.

En cambio, el contrato de suministro no tuvo tipicidad legal alguna hasta antes del referido Código Civil.

En lo que respecta a la regulación de ambos contratos, observamos que podría existir un punto de contacto y similitud entre ambos.

Decimos esto, por cuanto el artículo 1713 del propio código establece que el hospedante, además de prestar albergue al huésped, podría brindarle alimentación y otros servicios contemplados por la ley y los usos.

En tal sentido, si dichos servicios, dentro de los cuales evidentemente se comprenden algunos bienes, fueran brindados, por ejemplo, a la habitación del huésped, estas prestaciones tendrían cierta similitud con aquéllas que se compromete a ejecutar un suministrante a favor del suministrado (argumento del artículo 1605 del Código Civil Peruano).

Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambos actos estriba en el hecho de que aquellas prestaciones de bienes que puede brindar el hospedante al huésped son complementarias de la prestación de albergue y nunca podrían ser apreciadas de manera independiente.

No es que el hospedaje pueda contener un suministro, pues el contrato de suministro es uno de naturaleza principal e independiente de cualquier contrato. Además, el rasgo característico principal del contrato de suministro, consistente en la entrega periódica o continuada de bienes que efectúa el suministrante a favor del suministrado, existirá por sí y ante sí, sin necesidad de que dichas actividades sean complementarias de algunas otras de distinta naturaleza.

En lo que respecta al contrato de hospedaje, no podría sostenerse que el uso del bien que hará el huésped constituya una prestación que implique la entrega de bienes con carácter continuado.

Ello no podría ser sostenido recurriendo siquiera a una ficción legal, en la medida en que en el contrato de hospedaje estamos hablando de un solo bien y no de varios,

además de ser sumamente discutible el que haya entrega del bien, pues no existe desposesión material del mismo por parte del hospedante a favor del huésped; simplemente le permite gozar de él.

4.6.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El suministro es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.6.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de hospedaje es uno de naturaleza fundamentalmente civil. En cambio, el suministro puede ser un contrato mercantil, civil o administrativo.

4.6.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el hospedaje como el suministro son contratos principales, puesto que no dependen jurídicamente de otros contratos; excepción hecha del subhospedaje, contrato derivado del hospedaje.

4.6.6. En cuanto a su formación

Independientemente de las disposiciones administrativas que establecen la necesidad de cumplir con determinadas formalidades posteriores a la celebración del contrato, en el caso de algunos establecimientos de hospedaje, debemos decir que el hospedaje es un contrato fundamentalmente consensual.

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

4.6.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje y el suministro son contratos de duración, ya que la relación contractual creada por ellos se prolonga en el tiempo. Sin embargo, se podría decir que el hospedaje es un contrato con una vocación de existencia más breve, pues es usual que se prolongue por lapsos de horas, días, semanas y hasta meses, siendo de carácter continuado.

Es inusual que el contrato de hospedaje se prolongue por lapsos mayores, pero no existe inconveniente conceptual alguno en que ello pueda producirse.

Contrariamente, lo usual es que el contrato de suministro se convenga a plazo indeterminado, como ocurre en el caso de los suministros administrativos de agua potable y energía eléctrica, o que, en todo caso, se pacte por periodos anuales. No son muy comunes los suministros pactados por una duración mensual, por ejemplo. De este modo, se podría decir que el contrato de suministro tiene una vocación de existencia mayor que el contrato de hospedaje.

Por otra parte, ambos contratos coinciden en que su duración puede pactarse con carácter determinado (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha final), o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Sin embargo, consideramos que es este último supuesto aquel que se presentará con mayor frecuencia en ambos contratos.

4.6.8. En cuanto a su negociación

Como sabemos, el contrato de hospedaje es, en la mayoría de supuestos, uno arreglado a cláusulas generales de contratación, pero en un porcentaje minoritario suele ser de negociación previa.

En cambio, el contrato de suministro, en la práctica, presenta a la vez supuestos de negociación previa, contratos por adhesión y contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, siendo de estas últimas dos clases, los suministros de servicios públicos y otros que se celebran fundamentalmente en formularios preimpresos.

4.6.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, el hospedaje es un contrato de goce, que implica el disfrute del bien por parte del huésped, sin tener la disposición del mismo.

Por su parte, el suministro es fundamentalmente (aunque no siempre) un contrato de cambio, ya que su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo, es un contrato de disposición, en la medida en que implica una disminución en el patrimonio del suministrante (que de haberse pactado a título oneroso, se verá compensada con la respectiva contraprestación).

4.6.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como el suministro son, fundamentalmente, contratos de carácter constitutivo, aunque la naturaleza de ambos no impediría la existencia de actos que revistan carácter regulatorio o modificatorio.

4.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos contratos son de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.6.12. En cuanto a la prestación

Por la prestación, tanto el hospedaje como el suministro son, en principio, contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas. Sin embargo, siguiendo a nuestro ordenamiento legal, cabe perfectamente la posibilidad de que los mismos no se celebren con la existencia de una contraprestación, que el suministrado o el huésped, respectivamente, tuvieran que asumir.

4.6.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje y el suministro son fundamentalmente contratos onerosos. Sin embargo, conforme a esas mismas consideraciones, ambos contratos también podrían celebrarse a título gratuito.

4.6.14. En cuanto al riesgo

Ambos contratos son fundamentalmente conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir conocidas de antemano.

No se ha planteado doctrinariamente el tema de la aleatoriedad en estos contratos, pero no encontraríamos impedimento alguno para que se celebren de esta manera.

4.6.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, el hospedaje y el suministro son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.7. Con el contrato de donación

4.7.1. En cuanto al nombre

En cuanto al nombre, el hospedaje y la donación son contratos nominados, aunque debemos recordar que la donación no siempre fue considerada como un contrato.

4.7.2. En cuanto a su regulación

Ambos son contratos típicos.

Independientemente de la naturaleza jurídica con la que se le consideraba, la donación siempre ha estado jurídicamente regulada en el Perú, de manera invariable desde el Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836.

El hospedaje recién tuvo regulación en el Código Civil de 1984.

El parecido que podría existir entre el contrato de donación y el hospedaje, fundamentalmente estaría dado en cuanto al hospedaje celebrado a título de liberalidad.

Pero no se trataría de similitudes considerables, en la medida en que en lo que al uso del bien se refiere, en el contrato de donación el donatario tendrá derecho a usar el bien dada su condición de nuevo propietario del mismo, lo que dista mucho del contrato de hospedaje, en el cual el huésped tendrá derecho a usar el bien, única y exclusivamente en calidad de usuario, e incluso sin tener la calidad de poseedor.

Por otra parte, y siempre dentro del supuesto del hospedaje gratuito, cabe la posibilidad de que el hospedante brinde al huésped prestaciones complementarias a la de albergue, caso en el cual algunas de esas prestaciones, como podría ser la de prestar alimentos, podrían implicar la transmisión de propiedad de bienes, pero si bien se trataría de una donación con respecto a dichos bienes, no podríamos llegar a la conclusión de que el hospedaje pueda estar conformado o integrado por contratos de donación. Esto, ya que dichas prestaciones de bienes son absolutamente accesorias y necesariamente complementarias, del albergue que implica el contrato de hospedaje.

4.7.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. La donación es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.7.4. En cuanto a su contenido o área

Sostenemos que el hospedaje (si se trata de un acto gratuito) y la donación, que es por esencia un acto de liberalidad, son contratos de naturaleza civil, pues no persiguen fines de lucro.

4.7.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el hospedaje como la donación, son contratos principales, ya que no dependen jurídicamente de otros contratos; salvedad hecha del contrato de subhospedaje, que es de carácter derivado.

4.7.6. En cuanto a su formación

Como sabemos, salvo disposición en contrario de las partes o de las normas reglamentarias, el hospedaje es fundamentalmente consensual.

En cambio, el contrato de donación reviste pluralidad de formas. Puede ser un contrato consensual, para el caso de bienes muebles cuyo valor no exceda el 25% de la U.I.T.; debe celebrarse por escrito de fecha cierta, cuando el valor de los bienes muebles donados exceda el 25% de la U.I.T.; y debe celebrarse por escritura pública, cuando se trate de inmuebles (argumento de los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, con las excepciones previstas por el artículo 1626 del propio código).

4.7.7. En cuanto al tiempo

Como sabemos, el contrato de hospedaje es, esencialmente, un contrato de duración; en tanto la donación es, fundamentalmente, un contrato de ejecución instantánea, vale decir, que se cumple en breve lapso, luego de haber sido celebrado.

4.7.8. En cuanto a su negociación

Mientras el hospedaje es fundamentalmente un contrato arreglado a cláusulas generales de contratación, la donación es fundamentalmente un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido.

4.7.9. En cuanto al rol económico

En este aspecto, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien por parte del huésped; mientras la donación es un contrato de disposición, ya que conlleva a una disminución en el patrimonio del donante a favor del donatario, la misma que no se verá compensada por ninguna contraprestación.

4.7.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como la donación son contratos fundamentalmente constitutivos, pero, por excepción, podrían formar parte de actos modificatorios o regulatorios.

4.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.7.12. En cuanto a la prestación

En este aspecto, el hospedaje gratuito y la donación tienen gran similitud, pues ambos son contratos de prestación unilateral.

4.7.13. En cuanto a la valoración

Según lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, tanto el hospedaje, que no conlleve retribución por parte del huésped, como la donación, son contratos que se celebran a título gratuito. Pero en la generalidad de casos, es decir, cuando el hospedaje se celebra a título oneroso, desaparece esta semejanza.

4.7.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y la donación 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, a pesar de que no se ha planteado el tema de la aleatoriedad en estos contratos, no encontraríamos impedimento alguno para que se celebren de esta manera.

4.7.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, el hospedaje y la donación son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.8. Con el contrato de locación de servicios

4.8.1. En cuanto al nombre

El hospedaje y la locación de servicios son contratos nominados.

4.8.2. En cuanto a su regulación

Ambos son contratos típicos.

Como sabemos, el hospedaje se encuentra regulado entre los artículos 1713 y 1727 del Código Civil. De otro lado, la locación de servicios constituye uno de los cinco contratos de prestación de servicios nominados de que trata el Código Civil y se encuentra normado entre los artículos 1764 y 1770 del mismo código.

En el artículo 1764 se establece que por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, y puede ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales.

El contrato de locación de servicios es *intuitu personae*. En este sentido, el artículo 1766 del código establece que el locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de éstos está permitida por el contrato o por los usos, y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

El parecido que podría existir entre el hospedaje y la locación de servicios se centraría en los eventuales servicios complementarios que el hospedante podría brindar al huésped en adición al albergue propiamente dicho.

Sin duda alguna, estos servicios tienen gran similitud con el contrato de locación de servicios. Sin embargo, en el caso del hospedaje no se concibe la existencia de los servicios por sí mismos, única y exclusivamente, sin la existencia del albergue. En este sentido, debe subrayarse que no hay que entender que el contrato de hospedaje comprende a un contrato de locación de servicios, simplemente esos servicios deben ser apreciados con el carácter complementario que tienen.

4.8.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. La locación de servicios es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.8.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el contrato de hospedaje es fundamentalmente de carácter civil, la locación de servicios puede ser civil, mercantil o de naturaleza especial.

4.8.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje y la locación de servicios son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos.

4.8.6. En cuanto a su formación

Los contratos de hospedaje y de locación de servicios son fundamentalmente consensuales; sin embargo, nada impediría que las partes conviniesen una formalidad especial para su celebración.

4.8.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje es, esencialmente, un contrato de duración, ya que el albergue se prolonga en el tiempo.

Por su parte, la locación de servicios también podría ser calificada como un contrato de duración, pero a diferencia del hospedaje no podría convenirse indefinidamente, ya que el Código Civil establece plazos máximos en relación a este contrato.

En este sentido, el artículo 1768 del Código Civil dispone que el plazo máximo de este contrato sea de seis años, si se trata de servicios profesionales, y de tres años, en otra clase de servicios. En tanto que si se pactara un plazo mayor, el límite máximo indicado solo podría ser invocado por el locador.

En adición a lo expuesto, el artículo 1769 del Código Civil Peruano dispone que el locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente; teniendo el locador derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados.

4.8.8. En cuanto a su negociación

Mientras el contrato de hospedaje es fundamentalmente uno celebrado por adhesión o con arreglado a cláusulas generales de contratación, la locación de servicios —en la práctica— puede ser un contrato de negociación previa. Como también puede celebrarse con arreglo a cláusulas generales de contratación o por adhesión.

4.8.9. En cuanto al rol económico

Mientras el hospedaje es un contrato de goce, la locación es un contrato de prestación de servicios.

4.8.10. En cuanto a su función

Ambos son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían ser regulatorios o modificatorios.

4.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto el hospedaje como la locación de servicios son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones que crean afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.8.12. En cuanto a la prestación

El hospedaje y la locación de servicios son, en principio, contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

Pero, excepcionalmente, podríamos estar ante hospedajes y locaciones de servicios de carácter unilateral, en tanto que los contratos de prestación de servicios en general también pueden celebrarse sin remuneración (argumento del artículo 1759 del Código Civil Peruano).

En lo que respecta al hospedaje, este también puede celebrarse con prestación unilateral.

Si ambos contratos se hubiesen pactado con carácter bilateral, en el caso del hospedaje la prestación que deberá pagar el huésped podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente, si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares (argumento del artículo 1713 del Código Civil). En tanto que si se tratase de un contrato de locación de servicios pactado a título oneroso, no habiéndose establecido la retribución del locador y no pudiéndose determinar según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados (argumento del artículo 1767 del Código Civil).

4.8.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo con lo que acabamos de mencionar en el punto anterior, el hospedaje y la locación de servicios son contratos fundamentalmente onerosos. Sin embargo, según esas mismas consideraciones, ambos también podrían ser contratos que se celebren a título gratuito.

4.8.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y la locación de servicios son, fundamentalmente, contratos conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

A pesar de no haberse planteado teóricamente el tema de la aleatoriedad en los referidos contratos, no encontramos impedimento alguno para que se celebren de manera aleatoria.

4.8.15. En cuanto a sus efectos

El hospedaje y la locación de servicios son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5. De las prestaciones del hospedante

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1713 del Código Civil, en el contrato de hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos.

En lo que respecta al albergue propiamente dicho, el mismo implica la existencia de, al menos, una obligación de dar y de una obligación de no hacer. La obligación de dar, sin embargo, no implica —en sentido estricto— una entrega en los términos de desposesión propiamente dicha. Con ello queremos decir que el hospedante durante la vigencia del contrato continúa teniendo el control sobre la habitación que constituye el bien materia de hospedaje.

Este control es prácticamente total y se refiere a los accesos generales al establecimiento de hospedaje, e incluso a la habitación utilizada por el huésped, si es que este incumpliera con las obligaciones asumidas en el contrato, de manera tal que el hospedante pudiese tomar medidas con respecto a la finalización de la relación contractual.

El control absoluto también se pone de manifiesto en la medida en que el hospedante conserva duplicados de las llaves o tarjetas automáticas de acceso a la habitación del huésped. Esto, a efectos de evitar cualquier problema relacionado con la pérdida de dicho implemento por parte del huésped, al igual que para poder ingresar a la habitación a fin de realizar labores de limpieza e incluso inspección, si las circunstancias así lo requiriesen. No está de más recordar que los accesos generales al establecimiento de hospedaje siempre estarán bajo el control del hospedante.

Podríamos decir que, dado el nivel de control que existe por parte del hospedante, el huésped solamente tiene derecho al uso de las instalaciones de la habitación, siendo consciente de que ese uso será respetado por el hospedante, pero a la vez teniendo presente que deberá dejar la habitación en el mismo estado de uso y funcionamiento en que la recibió.

Por otra parte, el huésped también tendrá derecho a utilizar todos los servicios comunes del establecimiento que se encuentren a disposición de los clientes, tales como cafeterías, comedores, salas de estar, piscinas, peluquerías, gimnasio, sauna, etc., pagando los costos de sus consumos de bienes y servicios cuya utilización no sea gratuita.

Sin embargo, cabe agregar que los consumos adicionales a la tarifa de la habitación no solo se generarán fuera de ella, en la medida en que el huésped podrá, por citar solo algunos ejemplos, efectuar llamadas telefónicas desde su habitación, utilizar servicios de lavandería, alimentación a la habitación, etc.

De todo lo expresado puede deducirse claramente que la prestación que debe ejecutar el hospedante recae, por lo general, sobre una habitación, es decir, sobre un bien inmueble. Y así será en la generalidad de contratos de hospedaje. Sin embargo, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 1727 del Código Civil, en el sentido de que las disposiciones del título relativo al contrato de hospedaje, comprenden a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que les sean aplicables.

Independientemente del análisis detallado de esta norma, que luego efectuaremos, queremos resaltar lo referente a la aplicación supletoria de las normas del hospedaje, a las naves, aeronaves y coches-cama. Precisamos esto por cuanto los medios de transporte mencionados, evidentemente son bienes muebles, y podría pensarse que el contrato de hospedaje pudiera recaer sobre bienes de esta naturaleza. Sin embargo, ello no es así, ya que en estos casos estaremos fundamentalmente ante contratos de transporte marítimo, aéreo o terrestre, respectivamente, a los que les será de aplicación supletoria la normatividad relativa al contrato de hospedaje, no por tratarse de contratos de hospedaje propiamente dichos, sino porque, en los mencionados contratos, los referidos medios de transporte ofrecen determinados servicios que, de una manera u otra, se parecen a aquéllos proporcionados por los establecimientos de hospedaje. Tal vez el caso más representativo sea el de los barcos de pasajeros, en donde se combina el confort con la duración de los viajes, la misma que varía entre días y semanas. Dichas naves son, por cierto, verdaderos hoteles flotantes.

6. De la prestación del huésped

Más allá del cumplimiento de otras obligaciones, la principal obligación asumida por el huésped es el pago de la tarifa por el uso de la habitación, los servicios y bienes complementarios que consuma durante su estadía en el establecimiento de hospedaje.

A pesar de no encontrarse establecido en la ley, consideramos que los usos y costumbres han impuesto en el Perú que la tarifa siempre se exprese en dinero (nuevos soles) o en moneda extranjera (dólares estadounidenses). En este último caso resulta de plena aplicación lo dispuesto por el artículo

1237 del Código Civil, precepto que permite contraer obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

La citada norma agrega que, salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. En este caso, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago, y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

En el Perú, por lo general, las tarifas de los hoteles se expresan en dólares americanos, en tanto que las de los hostales se expresan en dólares y en nuevos soles. Resulta una constante que los hostales de más baja categoría expresen sus tarifas en nuevos soles, tal vez porque sus huéspedes fundamentalmente no son extranjeros.

Si bien es cierto que la ley (artículo 1713 del Código Civil) señala que la tarifa podrá ser fijada por la autoridad competente, también es muy cierto que, como nos encontramos dentro de un régimen económico constitucional de economía social de mercado, existe la más absoluta libertad para la fijación de dichas tarifas por parte de los establecimientos de hospedaje.

7. Normatividad legal aplicable al contrato de hospedaje

La mayoría de contratos regulados en el Código Civil limitan su tratamiento legal a las normas contenidas en el mencionado cuerpo normativo. Ello no ocurre en el caso del hospedaje, debido a que es un contrato cuya importancia va más allá de las propias partes que lo celebran, pues estamos hablando de una actividad en donde los establecimientos brindan un servicio al público usuario o consumidor.

En tal sentido, interesa al Estado que esta actividad se encuentre no solo regulada, sino también supervisada por el mismo. De ahí que todo establecimiento de hospedaje requiere para su funcionamiento de las licencias municipales respectivas, y también de aquéllas del ministerio del ramo, tal como se puede apreciar de la mención que hicimos en tiempo oportuno.

8. Condiciones de la habitación y de los alimentos

Según establece el artículo 1715 del código peruano:

> Artículo 1715.- El huésped tiene derecho a exigir del hospedante que la habitación presente las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos, en su caso, respondan a los requisitos de calidad e higiene adecuados.

El artículo trascripto hace referencia a dos obligaciones concretas del establecimiento de hospedaje con relación al huésped, relativas a que la habitación presente condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos, en su caso, respondan a los requisitos de calidad e higiene adecuados.

En relación a la primera de las obligaciones, hace bien el Código Civil en precisar que las condiciones que debe presentar la habitación en cuanto a aseo y funcionamiento deben ser las normales, debiéndose entender por ello que unas y otras tienen que ir de la mano con la que debería entenderse como situación de normalidad de acuerdo con la categoría del establecimiento.

Ello se entiende perfectamente en lo que respecta a las condiciones de funcionamiento de todos los servicios de la habitación. Es claro que ellos serán acordes con la categoría del establecimiento.

Sin embargo, el asunto no se manifiesta con similar claridad en lo que respecta a las condiciones de aseo de la habitación, pues siempre deben respetarse estándares mínimos de aseo que preserven la salud e integridad física del huésped.

Por otra parte, estimamos que estas condiciones de aseo, funcionamiento e higiene a que hace referencia el artículo 1715 no se circunscriben a la habitación y a los alimentos, sino a todas las instalaciones del establecimiento de hospedaje, ya sea que se encuentren o no a disposición y uso de los huéspedes.

9. Obligación de exhibir tarifas y cláusulas generales de contratación

El artículo 1716 del Código Civil Peruano establece que:

> Artículo 1716.- Los establecimientos destinados a hospedaje exhibirán en lugar visible las tarifas y cláusulas generales de contratación que rigen este contrato.

Sin duda, la disposición contenida en el artículo 1716, en cuanto a las tarifas, resulta absolutamente necesaria, en la medida en que la tarifa es uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de hospedaje oneroso. Mal podría entenderse celebrado un contrato de estas características si el huésped desconociera la tarifa que va a regir durante su estadía en dicho establecimiento.

Por otra parte, en lo que respecta a las cláusulas generales de contratación, su exhibición resultaría indispensable para que las mismas se incorporasen al contrato de hospedaje, en caso de no haber sido aprobadas por la autoridad administrativa, conforme lo establece el artículo 1397 del Código Civil.

En cambio, si se tratara de cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, ellas se incorporarían a todos los contratos de hospedaje que celebrara dicho establecimiento, conforme a lo dispuesto por el artículo 1393 del propio código.

Por otra parte, debemos recordar que el tema de la exhibición de las tarifas también es abordado por el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje, el mismo que trata sobre el particular en sus artículos 16, 30 y 31.

El artículo 16 indica que

> Los establecimientos de hospedaje deberán mostrar en un lugar visible en el exterior del establecimiento, la placa indicativa que dé cuenta de la clasificación y/o categorización otorgada por el órgano regional competente. Dicha placa deberá cumplir con la forma y características señaladas en el anexo N° 8 del presente reglamento.— Los establecimientos de hospedaje que no cuenten con el certificado de clasificación y/o categorización, no pueden ostentar la placa indicativa antes señalada.

El numeral 30 agrega que

> Los establecimientos de hospedaje deben brindar atención permanente a sus huéspedes y mostrar en forma visible tanto en la recepción como en las habitaciones, las tarifas, la hora de inicio y el término del día hotelero y demás condiciones del contrato de hospedaje.

Asimismo, el artículo 31 prescribe que

> Es requisito indispensable para ocupar las habitaciones, la inscripción previa de los clientes en el Registro de Huéspedes, acreditando su identidad y demás información, según lo establecido en el inciso p) del artículo 3° del presente reglamento.

10. Derecho de retención en favor del hospedante

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1717 del Código Civil:

> Artículo 1717.- Los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquel hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación.

El derecho de retención se encuentra regulado entre los artículos 1123 y 1131 del Código Civil Peruano.

El artículo 1123 indica que por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

El numeral 1124 agrega que la retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona.

Asimismo, el artículo 1125 prescribe que el derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.

Por otra parte, el artículo 1126 establece que la retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva y cesa cuando el deudor la paga o la garantiza.

De otro lado, el artículo 1127 establece cómo ejercer «el derecho de retención».

En primer término, se podrá ejercer extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca; y en segundo lugar, judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

El artículo 1128 señala que, para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el Registro de la propiedad inmueble.

Agrega la norma que solo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Puntualiza la norma que, respecto de los inmuebles no inscritos, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

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

Por su parte, el artículo 1130 prescribe el pacto comisorio en el derecho de retención, al señalar que aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido, siendo nulo el pacto contrario.

Y, por último, el artículo 1131 indica que las reglas del título relativo al hospedaje son aplicables a todos los casos en que la ley reconozca el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales.

Por nuestra parte, podemos decir que, sin duda, el derecho de retención es de carácter excepcional y se ejerce en los casos en que expresamente lo permite la ley. El contrato de hospedaje es uno de ellos.

Pero nótese que la posibilidad de retener los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped se circunscribe al pago de la retribución del hospedaje, y por los daños y perjuicios que hubiese causado al establecimiento. De ninguna manera incluye cualquier otra deuda que el huésped pudiera mantener —por cualquier otro concepto— con el establecimiento de hospedaje.

Sin embargo, nos parece lógico que sí se entiendan comprendidas, deudas derivadas de contratos de hospedaje precedentes celebrados entre las mismas partes.

De otro lado, podríamos preguntarnos si además del derecho de retención establecido en el artículo 1717 del Código Civil, se contempla la posibilidad de compensar.

Para tal efecto, debemos recordar que, si así fuese, en todo caso podríamos estar frente a un supuesto de compensación unilateral (pues para que sea bilateral se requeriría del asentimiento del huésped —y este no es el caso—).

En tal sentido, el artículo 1288 del Código Civil Peruano dispone que:

> Artículo 1288.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo.

De lo que acaba de ser mencionado, y dado que la tarifa se paga en dinero o en moneda extranjera, podría deducirse que únicamente cabría compensar de modo unilateral, en la medida en que estemos hablando (en calidad de bien depositado) de dinero o de moneda extranjera.

Pero si ese fuese el caso, la compensación estaría prohibida por la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1290, inciso 2 del propio código, precepto que proscribe la compensación en la restitución de bienes depositados.

Antes de entrar a explicar algunas consideraciones sobre la mencionada prohibición de compensación, debemos establecer algunas precisiones acerca de la delicada particularidad que envuelve a los contratos de depósito y de comodato[1].

La obligación del depositario es de honor, por la extrema confianza que origina la obligación de custodia. En efecto, quien depositó el bien en sus manos reveló confianza absoluta. Lo mismo ocurre en el caso del comodatario, a quien el comodante

[1] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, vol. XVI, tercera parte, tomo IX, pp. 175-179.

benefició entregándole un bien en calidad de préstamo a título gratuito. Aquí se da inclusive un elemento adicional, cual es la gratitud que se espera por parte del comodatario. Por último, en ambos casos están de por medio principios éticos de cautela al depositante o comodante, por tratarse de obligaciones de honor. Por ello, tanto las obligaciones del depositario como del comodatario no solo tienen contenido jurídico, sino ético y moral.

Podría argüirse en contra de estas ideas, aduciéndose que la confianza es un elemento subjetivo que se presenta en las obligaciones generadas por toda clase de contratos, y no solo en los de depósito y comodato. Por ejemplo, la compraventa a crédito. En este caso, el vendedor entrega al comprador el bien objeto del contrato sin recibir el íntegro de su contraprestación, contando con recibirla más adelante —fraccionadamente en el tiempo—, según lo convenido. Hay un elemento de confianza, que supuestamente siempre debería honrarse. Lo mismo puede ocurrir en un contrato de permuta, en uno de suministro, etcétera.

La confianza entraña riesgo, y la sociedad lo asume, ya que de lo contrario nadie contrataría en ninguna otra forma que no fuera entregando y recibiendo los bienes objeto de la prestación y la contraprestación en el mismo momento y acto. Si la aversión al riesgo fuera absoluta, entonces las transacciones se reducirían en forma tal que el progreso sería algo muy lejano y hasta utópico. Ahora bien, por todo esto es que el Derecho ha creado formas legales de prevención en caso de que alguna de las partes actúe o pretenda actuar de mala fe, tales como los títulos-valores (de mérito ejecutivo), los diversos tipos de garantías (prendarias, hipotecarias, el contrato de fianza, etcétera), y los demás recursos legales a los que se puede acudir (medidas cautelares como el embargo, el secuestro, etc., o configuración de figuras delictivas con las consiguientes sanciones penales, etc.) cuando el daño está hecho, además del efecto disuasivo de estas últimas. Inclusive el que existan tantas y tan variadas normas de dicha naturaleza podría invitar a suponer que lo que mayormente se presume es la mala fe, antes que la buena fe, situación que desde luego no es exacta.

Nuestro Código Civil, si bien procura ser funcionalista, en el fondo es sumamente subjetivista y humanista. Su objetivismo es más bien tímido, ya que a lo largo de todo el cuerpo legal encontramos normas basadas en presunciones de buena fe.

Un caso palpable de este tinte subjetivista es el inciso 2 del artículo 1289, cuyo fundamento tiene sus cimientos —como lo hemos señalado— en el honor.

Luego de estas consideraciones, analizamos sucintamente las prohibiciones a que se refiere el precepto.

Es el caso de una persona que deba a otra determinada prestación, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en virtud de un contrato de depósito o de comodato, un bien (o bienes) fungible (fungibles) con lo adeudado.

Como la obligación del deudor ha vencido, entonces el acreedor decide compensar los bienes propiedad del deudor que tiene en custodia, con los que este le adeuda.

Supongamos, para utilizar un ejemplo, que Juan le debe a Jorge 5,000 nuevos soles. Asimismo, el primero entrega al segundo, en calidad de depósito, la cantidad de 4,000 nuevos soles. Entonces, Jorge tiene un crédito exigible a su favor de 5,000 nuevos soles (que Juan se demora en pagarle), y a la vez tiene como depositario la suma de 4,000 nuevos soles, de propiedad de Juan, la cual debe devolver. Se trata de dos obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y con prestaciones cuyos objetos son fungibles entre sí. Supuestamente, podría oponer la compensación (sería una compensación parcial), basándose en el artículo 1288 del código, pero, por la naturaleza de su obligación, está impedido de hacerlo. La índole de esta obligación supone un criterio de confianza, de honor, mayor al de otras figuras contractuales.

Creemos que si bien puede parecer poco funcional basar un precepto imperativo en un criterio tan puramente subjetivo, y aun siendo proclives a que las normas sean más honestas y eficientes, y menos líricas, sí consideramos necesario proveer de cierta mística de valores y principios de orden subjetivo a nuestro cuerpo legal, procurando que los mismos no caigan en meras declaraciones sin contenido realista o práctico. Los principios subjetivos, bien empleados, pueden coadyuvar a lograr un sistema eficiente.

Por ello, concluyendo esta parte del análisis, creemos que conservar, como elemento fundamental de la naturaleza de estos contratos, al honor, no resulta retrógrado ni obsoleto, aunque admitimos que tales criterios deben ser dosificados en forma muy restringida. En nuestro caso, por ejemplo, la obligación de entrega del deudor (Juan) no se encuentra tan «santificada» por el honor, como la obligación de entrega de su acreedor (Jorge), existiendo disparidad de condiciones para ambos. Podría verse hasta injusto, por lo que cabría cuestionar la falta de reciprocidad en cuanto al «honor» en ambas obligaciones. Sin embargo, para no desvirtuar el carácter especialmente ético y de compromiso absoluto que se desea imprimir a las obligaciones de los depositarios y comodatarios, se le confiere la carga adicional del elemento subjetivo.

Por estas razones, en opinión nuestra, resulta adecuada la norma que prohíbe expresamente la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, pero nos parecería equitativo facultar al depositario o comodatario a retener (sin disponer ni compensar) tales bienes a efectos de estimular a su deudor a realizar el pago que le adeuda[2].

[2] El derecho de retención, como sabemos, solo faculta al acreedor a retener el o los bienes de su deudor cuando exista conexión entre el crédito y el o los bienes que se retienen, supuesto que no corresponde al caso bajo análisis.

Por otro lado, en cuanto a la clase de bienes depositados o entregados en comodato, sujetos a la prohibición de compensar, esta se aplica a bienes de todo tipo, fungibles e infungibles, si se trata de la compensación convencional. Para el caso de la compensación unilateral, evidentemente la prohibición se refiere a los objetos de las prestaciones fungibles entre sí, pues en ningún caso se podría oponer la compensación del artículo 1288 si se tratase de objetos no fungibles entre ellos. Lo mismo sucedería, desde luego, en el caso de la compensación legal[3].

Por último, es nuestro parecer que, al igual que en el primer inciso del artículo 1289, la exclusión de la compensación no debe restringirse a la restitución del bien, sino que debe comprender también al monto de los daños y perjuicios correspondientes, en caso de pérdida del bien en poder del comodatario o del depositario.

11. Responsabilidad del hospedante como depositario

Según lo dispuesto por el artículo 1718 del código nacional:

> Artículo 1718.- El hospedante responde como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Como se recuerda, el citado cuerpo normativo regula al depósito en sus artículos 1814 y siguientes. En la primera de las normas citadas establece que:

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

En primer término, debemos tener presente que el hospedaje no es precisamente un contrato de depósito. Es un contrato autónomo y distinto. Lo que ocurre es que en lo relativo a la custodia de los bienes de valor o importancia para el huésped, que este haya confiado al establecimiento de hospedaje, se da una situación enteramente asimilable a la del contrato de depósito; pues la custodia, al fin y al cabo, no es otra cosa que un depósito sobre los referidos bienes.

Así, y conforme a lo dispuesto por el artículo 1718, antes citado, pensamos que las disposiciones del contrato de depósito que resultarían de aplicación a la custodia

[3] Remitimos al lector a lo manifestado al analizar el requisito de fungibilidad del artículo 1288 del Código Civil Peruano, con ocasión de una anterior investigación (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. 1999. *Op. cit.*, pp. 72-80).

de los bienes en el hospedaje, serían las contenidas en los numerales 1817 y 1819 a 1852 del propio código[4].

Ahora bien, antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1718 del código nacional, debemos subrayar el hecho de que la citada norma pone énfasis en que el cuidado de los bienes se hará conforme a la diligencia ordinaria, exigida por la naturaleza de la obligación, y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Con ello no se está haciendo otra cosa que aludir a las diferentes categorías de establecimientos de hospedaje y a los mecanismos de seguridad con que puede contar cada uno de ellos.

Es evidente que no se podría exigir los mismos mecanismos de seguridad a un hotel 5 estrellas que a un hostal de una estrella. Pero también es claro que el huésped deberá actuar con un ponderado criterio de razonabilidad, no confiando bienes de gran valor, en desproporción o ausencia de adecuados mecanismos de custodia o seguridad.

---

[4] Artículo 1817.- No puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad.

Artículo 1819.- El depositario debe poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. 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.

Artículo 1821.- No hay lugar a la responsabilidad prevista en el artículo 1820, si el depositario prueba que el deterioro, pérdida o destrucción se habrían producido aunque no hubiera hecho uso del bien.

Artículo 1822.- Cuando existan circunstancias urgentes, el depositario puede ejercitar la custodia de modo diverso al convenido, dando aviso de ello al depositante tan pronto sea posible.

Artículo 1823.- No corren a cargo del depositario el deterioro, la pérdida o la destrucción del bien sobrevenidos sin culpa, salvo el caso previsto por el artículo 1824. Artículo 1824.- El depositario responderá por el deterioro, pérdida o destrucción del bien cuando se originen por su culpa, o cuando provengan de la naturaleza o vicio aparente del mismo, si no hizo lo necesario para evitarlos o remediarlos, dando además aviso al depositante en cuanto comenzaron a manifestarse.

Artículo 1825.- La obligación de custodia y conservación del bien comprende la de respetar los sellos y cerraduras del bulto o cubierta del continente, salvo autorización del depositante. Se presume la culpa del depositario en caso de fractura o forzamiento. Artículo 1826.- Si se han roto los sellos o forzado las cerraduras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante en cuanto al número y calidad de los bienes depositados, salvo prueba distinta actuada por el depositario.

Artículo 1827.- El depositario no debe violar el secreto de un depósito, ni podrá ser obligado a revelarlo, salvo mandato judicial.

Artículo 1828.- Los depositarios de títulos valores, o documentos que devenguen intereses, están obligados a realizar su cobro en las épocas de sus vencimientos, así como a practicar los actos que sean necesarios para que dichos documentos conserven el valor y los derechos que les correspondan.

Artículo 1829.- Cuando el depositante permite que el depositario use el bien, el contrato se convierte en comodato o mutuo, según las circunstancias. Artículo 1830.- El depositario debe devolver el bien

Pero aquí el establecimiento de hospedaje también deberá actuar con similar ponderación, no debiendo aceptar la custodia de bienes cuya integridad no pueda garantizar. Si no actuara responsablemente, pensamos que su culpa se agravaría.

Este es uno de aquellos casos en los que puede presentarse el supuesto de concurrencia de culpas, regulado por el artículo 1326 del Código Civil, en el sentido de que:

> Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

---

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.

Artículo 1831.- Si el bien es depositado también en interés de un tercero y este comunica su adhesión a las partes contratantes, el depositario no puede liberarse restituyéndolo sin asentimiento del tercero.

Artículo 1832.- Si en el contrato no se hubiere fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que le avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba.

Artículo 1833.- El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si este se niega a recibirlo, debe consignarlo.

Artículo 1834.- El depositario no debe restituir el bien sino a quien se lo confió o a la persona en cuyo nombre se hizo el depósito o a aquella para quien se destinó al tiempo de celebrarse el contrato.

Artículo 1835.- Si el depositario deviene incapaz, la persona que asume la administración de sus bienes procederá de inmediato a la restitución del bien o lo consignará si el depositante no quiere recibirlo.

Artículo 1836.- No debe efectuarse la restitución al depositante del bien si el depositario tiene conocimiento de su procedencia delictuosa, en cuyo caso deberá consignarlo de inmediato, con citación de aquel y bajo responsabilidad.

Artículo 1837.- El depositario debe devolver el mismo bien recibido, en el estado en que se halle al momento de su restitución, con sus accesorios, frutos y rentas.

Artículo 1838.- El depositario devolverá a cada depositante parte del bien, siempre que este sea divisible y si, al celebrarse el contrato, se hubiera indicado lo que a cada uno corresponde.

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. Este artículo fue modificado por el inciso 1 de la Quinta Disposición Final del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS; Decreto Legislativo n.° 768; Decreto Legislativo n.° 767; Decreto Ley n.° 25940; y Decreto Ley n.° 25869; publicado en el diario oficial El Peruano, el día 22 de abril de 1993), precepto que dispone que Salvo que este código establezca un proceso especial, se tramitan como proceso sumarísimo las pretensiones a que se refieren los siguientes Artículos de las siguientes leyes: [...].

Artículo 1840.- Si son varios los depositarios, el depositante pedirá la restitución al que tenga en su poder el bien, dando aviso inmediato a los demás.

Artículo 1841.- El depositario que pierde la posesión del bien como consecuencia de un hecho que no le es imputable, queda liberado de restituirlo, pero lo comunicará de inmediato al depositante, bajo responsabilidad. El depositante puede exigir lo que haya recuperado el depositario y se sustituye en sus derechos.

12. Responsabilidad del hospedante por los objetos introducidos por el huésped

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1719 del código nacional:

> Artículo 1719.- El hospedante responde igualmente de los objetos de uso corriente introducidos por el huésped, siempre que este cumpla las prescripciones del aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones. La autoridad competente fijará el límite de la responsabilidad.

Sin duda, el ámbito de aplicación de esta norma es distinto de aquel del artículo 1718. En este último artículo, la responsabilidad del hospedante se extiende a los objetos que el huésped haya confiado en custodia al establecimiento de hospedaje. En cambio, el artículo 1719 se refiere a aquellos bienes que el huésped haya introducido al establecimiento de hospedaje, sin haberlos confiado en custodia.

La norma se refiere —lo consideramos así— a las pertenencias que el huésped lleva siempre consigo, sus maletas y su contenido, así como los objetos que lleva puestos (anteojos, relojes, billeteras, cámaras fotográficas, etcétera).

Artículo 1842.- El depositario que pierde sin culpa el bien y recibe otro en su lugar, está obligado a entregarlo al depositante.

Artículo 1843.- El heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, solo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado.

En caso que el heredero conozca que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Artículo 1844.- En caso de muerte del depositante, el bien debe ser restituido a su heredero, legatario o albacea.

Artículo 1845.- El depósito hecho por el administrador será devuelto a la persona que él representaba cuando se celebró el contrato, si hubiera terminado su administración o gestión.

Artículo 1846.- En el depósito hecho por un incapaz, el bien no puede ser devuelto sino a quien lo represente legalmente, aun cuando la incapacidad se haya producido con posterioridad al contrato.

Artículo 1847.- Salvo los casos previstos en los artículos 1836 y 1852, el depositario no puede negarse a la devolución del bien, y si lo hace, responde por los daños y perjuicios. Le serán aplicables las mismas reglas si negare el depósito y este le fuera probado en juicio.

Artículo 1848.- La devolución del depósito se hace en el lugar en que estuvo en custodia.

Artículo 1849.- Los gastos de entrega y de devolución son de cuenta del depositante.

Artículo 1850.- El depositario está liberado de toda obligación si resulta que el bien le pertenece y que el depositante no tiene derecho alguno sobre este.

Artículo 1851.- El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos hechos en la custodia y conservación del bien depositado y a pagarle la indemnización correspondiente.

Artículo 1852.- El depositario solo puede retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón del contrato.

Es claro que los huéspedes no dan en custodia estos bienes al establecimiento de hospedaje, por cuanto el uso de dichos bienes es corriente, con independencia de su valor.

Pero ello no implica que el establecimiento de hospedaje pudiera desentenderse del tema y permitir que los mismos resulten vulnerables frente a terceros o al propio personal de dicho establecimiento.

Si esos bienes desaparecieran, se deteriorasen o, en general, les ocurriese un daño, el establecimiento responderá frente al huésped.

Sin embargo, entendemos que tal responsabilidad tiene un límite, en la medida en que se trate de objetos de inmenso valor y los mismos no hubiesen sido declarados.

No creemos que el límite signifique que el establecimiento pueda disminuir sus medidas de seguridad. El límite está dado por el hecho de que el establecimiento —de haberlo solicitado el huésped— hubiera podido guardar en cajas especiales de seguridad esos objetos, otorgándole la protección que los mismos requerían, dado su valor.

Pensamos que estas disposiciones de los establecimientos de hospedaje deberían hacerse públicas y puestas en conocimiento de los huéspedes, tal como señala el primer párrafo, *in fine*, del artículo 1719 del código (en aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones).

Finalmente, queremos referirnos a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 1719, en el sentido de que «la autoridad competente fijará el límite de la responsabilidad».

Luego de haber analizado el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje y las demás normas que rigen la citada actividad, hemos podido llegar a la conclusión de que no existen límites en materia de responsabilidad fijadas por el MINCETUR, es decir, por la autoridad administrativa.

Sin embargo, ello no impediría que se estableciera en el contrato de hospedaje una cláusula penal a este respecto, que fijase o limitase el eventual monto indemnizatorio.

No obstante, deberíamos tener presente lo dispuesto en el artículo 1328 del propio código, en el sentido de que:

> Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Tal situación significa que de darse los supuestos del artículo 1328, entonces el monto indemnizatorio no estaría limitado por la suma contemplada en la cláusula penal.

13. Declaración escrita de objetos del huésped

De conformidad a lo establecido por el artículo 1720 del Código Civil:

> Artículo 1720.- El hospedante tiene derecho a solicitar del huésped, dentro de las veinticuatro horas de su ingreso, una declaración escrita de los objetos de uso común introducidos, así como a comprobar su exactitud.

Sobre el citado precepto, diremos que la facultad en él contenida, a favor de los establecimientos de hospedaje, se relaciona directamente con lo dispuesto en el artículo precedente, es decir el 1719, y tiene su fundamento en el hecho de verificar las pertenencias del huésped, a fin de protegerlo, ofrecerle custodia para sus objetos de valor, así como para expresar en torno al mismo, cuáles son los límites de responsabilidad que asume el hospedante con respecto a sus pertenencias, a fin de que el huésped proceda conforme mejor convenga a sus intereses.

14. Límites en cuanto a la custodia de bienes

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1721 del código nacional:

> Artículo 1721.- El hospedante no puede negarse a recibir en custodia o a que se introduzcan los bienes a que se refiere el artículo 1718, sin justos motivos. Se consideran tales, el excesivo valor de los bienes en relación con la importancia del establecimiento, así como su naturaleza en cuanto constituya obstáculo respecto a la capacidad del local.

En primer lugar, debemos decir que la prohibición a la negativa de los establecimientos de hospedaje de aceptar en custodia los bienes del huésped, obedece a razones propias de seguridad del propio huésped, en la medida de que si ello no fuese así, este último se encontraría en una situación de incertidumbre con respecto a sus pertenencias; y, en tal supuesto, su estadía no revestiría las comodidades del caso.

La propia norma establece como excepción lo que denomina como «justos motivos». El artículo 1721 no deja lugar a interpretaciones en torno al alcance de dicha expresión, por cuanto acto seguido procede a señalar determinadas situaciones que deberán considerarse como tales. Entendemos, sin embargo, que dicha enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa o ejemplificadora.

Los «justos motivos» a que hace expresa referencia el artículo 1721, son los siguientes:

a) El excesivo valor de los bienes en relación con la importancia del establecimiento

Entendemos la razón de ser de este supuesto de excepción, en la medida en que todo debe guardar proporción en esta vida. Sería temerario, solo por citar un ejemplo

ilustrativo, que un huésped en un hostal de una estrella, desee dejar en custodia un reloj marca Patek Philippe.

Sin duda, ello sería absolutamente desproporcionado con la condición del establecimiento de hospedaje y, probablemente, con las condiciones de seguridad que posea el mismo, para tales efectos.

No obstante, consideramos que casos como estos serían inusuales en la práctica, en la medida en que quien posea dichos bienes será más probable que se aloje en un hotel de cinco estrellas y no en un hostal de una.

b) La naturaleza del bien, en cuanto constituya obstáculo con respecto a la capacidad del local

Podría ser el caso de un huésped que se aloje en el hostal de una estrella, sin estacionamiento interno propio, que busque que le cuiden su automóvil. Es evidente que, dadas las condiciones del establecimiento, sería imposible dejar en custodia y debidamente estacionado al referido vehículo.

15. Extensión de la responsabilidad del hospedante

Si el contrato de hospedaje fuese celebrado, en calidad de hospedante, por una persona jurídica, es evidente que la responsabilidad del hospedante alcanzaría a aquella de sus dependientes.

Ahora bien, si el titular del establecimiento de hospedaje no fuese una persona jurídica, sino una persona natural, sería de aplicación, no solo el artículo 1325 del Código Civil:

> Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar una obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

Sino también el numeral 1722 del Código Civil, norma que establece que:

> Artículo 1722.- La responsabilidad del hospedante por la custodia de los bienes depositados o introducidos se extiende a los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y a sus dependientes.

Estimamos que, en uno u otro caso, el artículo 1722 constituye una demasía, pues hubiese bastado con la norma general contenida en el artículo 1325 del código nacional.

Para concluir, diremos que la responsabilidad de los familiares del hospedante solo tendría lugar en la medida en que ellos colaboren con dicho hospedante en la prestación del servicio respectivo.

16. Obligación del huésped de comunicar al hospedante sobre la sustracción, pérdida o deterioro de sus bienes

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1723 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1723.- El huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello. De no hacerlo, quedará excluida [sic] la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por dolo o culpa inexcusable de este último.

Entendemos que la razón de ser del citado precepto estriba en la necesidad de que el hospedante cuente con la información necesaria y suficiente para que adopte las medidas pertinentes, a fin de evitar que se repitan hechos de tal naturaleza.

Además, el tomar inmediato conocimiento de los mismos posibilitará que se pueda descubrir a los culpables y, eventualmente, recuperar lo sustraído.

Es por estas razones que la ley exige que el huésped actúe con inmediatez, y lo sanciona con la pérdida de cualquier indemnización que eventualmente le pudiese corresponder, a menos que los actos ilícitos descritos en el propio artículo 1723 se hayan producido por dolo o culpa inexcusable del hospedante. Esto equivale a decir que el único supuesto que quedaría excluido es si la sustracción, pérdida o deterioro hubiesen ocurrido por culpa leve del hospedante y hubiese habido demora del huésped en comunicarle sobre la producción de tales hechos.

Por otra parte, debemos señalar que cuando el artículo 1723 del Código Civil hace referencia a la sustracción del bien, alude a cuando este es sacado de la habitación o de los implementos o vestimenta del huésped, sin su autorización.

El concepto de pérdida debe ir directamente de la mano con lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 1137 del Código Civil, a saber: por perecer o ser inútil para el acuerdo por daño parcial; y por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

Finalmente, cuando la ley se refiere a deterioro del bien, está haciendo alusión a un menoscabo que sufra el mismo, que sea de poca magnitud, sin llegar a constituir un daño parcial que haga que el bien sea inútil para el acreedor (argumento por oposición a la segunda parte del inciso 1 del artículo 1137 del propio código).

17. Ausencia de responsabilidad del hospedaje en la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes del huésped

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1724 del código nacional,

> Artículo 1724.- El hospedante no tiene responsabilidad si prueba que la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos por el huésped se debe a su culpa exclusiva o de quienes le visiten, acompañen o sean dependientes suyos o si tiene como causa la naturaleza o vicio de ellos.

Estimamos que el artículo 1724 antes transcrito constituye una verdadera demasía, en tanto es inútil, pues su contenido resulta obvio e incontrovertible.

Dicha norma no merece comentario adicional.

18. Caducidad del crédito del hospedante

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1725 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1725.- El crédito del hospedante caduca a los seis meses contados a partir del momento de la terminación del contrato.

En principio, toda acción personal, dentro de las que se encuentran aquellas de cobro de cualquier deuda, tienen un plazo prescriptorio de diez años. Ello, en virtud de lo establecido por el artículo 2001, inciso 1 del propio código.

Sin embargo, en el caso del contrato de hospedaje el legislador de 1984 ha preferido otorgar un plazo muchísimo más breve y no de prescripción, sino de caducidad. Así, en el artículo 1725 se señala el plazo de caducidad de seis meses contados a partir del momento de la terminación del plazo del contrato.

Estimamos que haber optado por este camino obedece a que la propia ley ha otorgado al hospedante una serie de prerrogativas y beneficios para poder hacer efectivo su crédito.

Nos referimos, concretamente, a la posibilidad de hacerlo efectivo por medio del derecho de retención que el huésped goza sobre los bienes que haya introducido al establecimiento de hospedaje o los haya confiado en custodia.

Además, dada la alta movilidad del contrato de hospedaje, lo más probable sería que el huésped haya abandonado la habitación cumpliendo plenamente con la ejecución de sus obligaciones. Si no las hubiese ejecutado, lo más probable, también, es que el hospedante no hubiese permitido que el huésped se vaya llevándose sus pertenencias, a menos que haya hecho retiro paulatino de las mismas, o que careciese de ellas.

El breve plazo de caducidad establecido por el artículo 1725 del Código Civil constituye muestra palpable de que el legislador peruano no ha deseado prolongar la posibilidad de existencia de eventuales problemas entre las partes del contrato materia de análisis. Así, o bien ellos se solucionarán pronto, o no tendrán solución.

Sin embargo, debemos subrayar que este plazo de caducidad se refiere únicamente a cualquier acción de cobro del hospedante hacia el huésped, pero no en sentido inverso. Así, si el huésped tuviese algún reclamo pendiente con respecto al establecimiento de hospedaje, podrá hacerlo efectivo dentro de los plazos de prescripción de las acciones establecidas en el artículo 2001 del propio Código Civil.

La lógica de esta distinción estriba en que la situación contractual del huésped es diametralmente distinta, ya que este último no goza de ninguna prerrogativa (como podría ser un derecho de preferencia con respecto al hospedante).

19. Servicio de estacionamiento de vehículos

De conformidad a lo establecido por el artículo 1726 del código nacional:

> Artículo 1726.- El servicio adicional de estacionamiento de vehículos o similares, se rige por los artículos 1713 a 1725, en cuanto sean aplicables.

En torno a este precepto es necesario decir que no se trata de apreciar de manera aislada un contrato de estacionamiento de vehículos, ya que el mismo podría ser considerado como un contrato de arrendamiento, como uno de depósito o, incluso, como un contrato sui generis, todo ello de acuerdo a las obligaciones que asumen las partes y a las peculiares características que impriman a cada uno de sus contratos.

De lo que se trata aquí es de apreciar el tema del estacionamiento del vehículo que, eventualmente, traiga consigo el huésped y desee hacerlo permanecer en las instalaciones del establecimiento de hospedaje.

Es para estos supuestos que el Código Civil ha completado el tema en su artículo 1726, haciendo de aplicación al mismo, en lo que fueren pertinentes, las normas contenidas en los artículos 1713 a 1725 del Código Civil, preceptos relativos al contrato de hospedaje y que nos hemos encargado de comentar en detalle a lo largo de estas páginas.

Ahora bien, estimamos que el problema central estriba en expresar cuáles de estas normas son las aplicables.

Así, el artículo 1713 lo será en lo relativo al rubro de los servicios adicionales que puede brindar el hospedante al huésped. Sin duda, el estacionamiento del vehículo del huésped sería un servicio adicional.

En lo que respecta al artículo 1714, esta norma también es aplicable en la medida en que el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje establece con pulcritud y detalle la obligatoriedad de los establecimientos de hospedaje —según la categoría que tuvieren— de contar o no con lugares de estacionamientos para vehículos.

Por su parte, el artículo 1715 debe ser interpretado *mutatis mutandis*, en el sentido de que el huésped tiene derecho a exigir del hospedante que el lugar de estacionamiento de vehículos presente las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales.

El numeral 1716 sería de aplicación en tanto y en cuanto el establecimiento de hospedaje debe exhibir las tarifas por parqueo de vehículos, o, si bien no exhibirlas, ponerlas en adecuado y oportuno conocimiento del huésped que desea hacer uso de este servicio.

El automóvil introducido por el huésped, al igual que los demás bienes muebles de su propiedad que se hallen en tal condición, responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquel hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación.

El artículo 1718 sería aplicable en la medida en que el hospedante respondería frente al huésped como depositario por el vehículo de dicho huésped, en tanto lo hubiese dejado en custodia o vigilancia; debiendo poner el hospedante en este cometido (el cuidado del automóvil), la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

El numeral 1719 es aplicable con respecto a los objetos de uso corriente que el huésped introduzca al establecimiento, pero que se encuentren al interior de su vehículo. En estos casos estimamos que se haría aún más prioritario que el establecimiento de hospedaje fije los límites de responsabilidad a este respecto.

Los justos motivos (artículo 1721) por los cuales el hospedante podría negarse a recibir en custodia o a que el huésped introduzca su vehículo al establecimiento de hospedaje, podrían aplicarse a plenitud. Se podría negar el acceso a un vehículo sumamente valioso de una marca muy famosa y de alto valor, que haga que el establecimiento de hospedaje, dados sus precarios niveles de seguridad, no se encuentre en aptitud de responder en caso de pérdida o deterioro (eventual enorme indemnización). Como también se podría negar el acceso a un vehículo cuyas considerables proporciones hagan inviable su estacionamiento dentro del parqueo de las instalaciones del establecimiento de hospedaje, sin que cause perturbaciones al normal desarrollo de las actividades de los demás vehículos y huéspedes (por ejemplo, el caso de un huésped cuyo vehículo sea una camioneta tipo *Coaster*).

Por otra parte, no consideramos necesario efectuar comentario adicional alguno en torno a los artículos 1722, 1723 y 1724, por cuanto estos dispositivos devienen en plenamente aplicables al caso del estacionamiento de vehículos en los establecimientos de hospedaje.

20. Aplicación supletoria de las normas sobre hospedaje a otros contratos

Establece el artículo 1727 del código nacional, que:

> Artículo 1727.- Las disposiciones de los artículos 1713 a 1725 comprenden a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que les sean aplicables.

Como puede apreciar el lector, en el referido numeral se menciona una serie de nueve establecimientos, además de tres medios de transporte.

¿Qué tienen en común todos los establecimientos y medios de transporte a que alude el artículo 1727 del Código Civil?

Pues, que en cada uno de ellos el usuario, cliente, paciente, viajero o persona, en general, va a permanecer por lo menos durante horas, días, semanas o meses y, precisamente durante su estadía se van a poder presentar situaciones que tendrán grandes similitudes con el contrato de hospedaje, no necesariamente por su naturaleza jurídica, sino por las prestaciones que cada uno de estos establecimientos o medios de transporte se obliga a proporcionar a sus clientes.

21. Las relaciones existentes entre el contrato de hospedaje, el contrato de viaje y el derecho turístico o derecho de turismo

En 1988, Manuel Villa-García Noriega sustentó, para optar el Grado de Bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la tesis titulada «Estudio preliminar del Derecho Turístico». Sin duda se trató de la primera y hasta la fecha única llamada de atención relativa a la necesidad de dar un vistazo a tan importante actividad comercial, en relación con el Derecho.

Por otra parte, también cuestionó el hecho de que el Código Civil Peruano de 1984 solo trató el tema del contrato de hospedaje y nada dijo sobre aquel que es más amplio, es decir, el contrato de viaje, piedra angular del derecho turístico o derecho del turismo (expresiones que no son equivalentes, pero que apuntan a poner de relieve la importancia jurídica de esta actividad comercial).

Villa-García[5] señala que la actividad turística en el Perú es muy importante porque, además de propiciar la unión de nuestros pueblos, origina que ingrese una gran

[5] Villa-García Noriega, Manuel. *Ius et Praxis*, número 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Centro de Investigación Jurídica, Lima, 1991, pp. 273-278.

cantidad de divisas a nuestro país. Es por eso, que este sector ha sido llamado «la industria sin chimeneas».

Indica que es tan importante la actividad turística que los legisladores de muchos países, aunque algunos más que otros, han venido creando y desarrollando las bases de una nueva rama de las Ciencias Jurídicas: el derecho turístico o derecho del turismo.

Refiere que las instituciones y las normas de este Derecho, se ubican dentro del derecho público y del derecho privado, los dos grandes sectores que reconoce el sistema jurídico romano-germánico. Ello es así porque los empresarios turísticos constituyen mercantilmente sus empresas para explotar el negocio del turismo y obtener una legítima ganancia. Pero para ejercer esta actividad deben obtener ante el Ministerio respectivo una licencia, de manera que la forma de proceder de los empresarios siempre estará supervisada por esta entidad.

Además —señala Villa-García— una persona hace turismo por su propia iniciativa, originándose siempre una relación jurídica en el campo contractual privado. Es decir, cualquier persona que quiere hacer turismo tendrá siempre que celebrar algún tipo de contrato turístico, por más insignificante que este sea. Así, podrá celebrar un contrato de viaje (un tour), un contrato preparatorio de reserva, un contrato de transporte, un contrato de hotelería u hospedaje, un contrato de seguro turístico, un contrato de crédito turístico, un contrato de información y guía turística, un contrato de alimentación turística, un contrato de alquiler de auto, etcétera.

Villa-García se encontraba de acuerdo en que los legisladores que participaron en la redacción del libro VII, Fuentes de las obligaciones, del Código Civil vigente, reconociendo la importancia de este sector, hubieran regulado en el código, el contrato de hospedaje. En este sentido, recuerda que Max Arias-Schreiber Pezet señaló que:

> [...] teniendo en cuenta que nuestros recursos naturales y culturales hacen del turismo interno y receptivo un fenómeno de significativa importancia por su trascendencia económica, por su aporte de divisas y por lo que significa como medio de divulgación del país, se estimó conveniente introducir en el código determinadas normas de carácter sustantivo sin perjuicio de su regulación y fiscalización administrativa.

Además, indicó que:

> [...] de lo expuesto se desprende que esta incorporación no es invento ni capricho nuestro, sino el resultado de reflexiones sobre el promisorio futuro de una industria llamada a alcanzar extraordinaria importancia debido a la gama de atractivos de todo orden que ofrece el Perú, tanto para los nacionales como para los extranjeros.

Pero Villa-García indica que resulta criticable que, habiéndose expresado y reconocido la importancia de la actividad turística, solo se haya legislado sobre una pequeñísima parte de esta gran problemática: el hospedaje. Señala que si bien es importante la innovación jurídica realizada, que tiene como una de sus principales fuentes los artículos 2666 al 2669 del Código Civil Mexicano, opina que se debió haber dado un paso trascendental, y la fuente para ello debió ser los artículos 651a al 651k del Código Civil Alemán (BGB), que regulan el contrato de viaje, ya que este contrato es el soporte esencial de toda la contratación turística.

El contrato de comodato

1. Concepto

En virtud de lo prescrito por el artículo 1728 del Código Civil Peruano de 1984:

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

La definición otorgada por código nacional plantea diversos puntos que resulta necesario desarrollar, como son los relativos a los bienes que pueden constituir objeto del contrato de comodato, los alcances de las obligaciones de las partes y diversas otras materias que serán objeto de estudio a lo largo de este trabajo.

Comenzaremos el análisis del comodato viendo cuáles son sus características.

2. Características

Antes de abordar las características del contrato de comodato en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa —como siempre— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle, dictada en su *Curso de contratos*, Parte General, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando fui su alumno, en el primer semestre académico de 1986, además de la contenida en su obra *El contrato en general*, primera parte, tomo I, páginas 209 a 248, por considerar se trata de la clasificación más completa de que tengamos conocimiento.

2.1. En cuanto al nombre

El contrato de comodato es de carácter nominado. Viene del latín *commodatum*. En su Exposición de Motivos, Manuel Lorenzo de Vidaurre, citando al Conde de Cépeda, escribió que «*commodatum* quiere decir cosa que es dada a pro de aquel que la recibió».

2.2. En cuanto a su regulación

El comodato es un contrato típico.

El comodato siempre ha tenido regulación legislativa.

En el Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836, estaba regulado en el libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad, título XI, Del préstamo, capítulo I, Del comodato y su naturaleza, capítulo II, Obligaciones del comodatario; capítulo III, Obligaciones del comodante (artículos 1239 a 1253).

En el proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, el comodato se encontraba regulado en su segunda parte sobre dominio y contratos, en la que ocupaba el título 12 (Comodato), con 16 artículos.

El Código Civil de 1852 lo regulaba en su libro III, De las obligaciones y contratos, sección cuarta, De los contratos reales, título segundo, Del comodato (artículos 1825 a 1844).

En el Código Civil de 1936 el comodato se encontraba legislado en el libro quinto, Del Derecho de Obligaciones, sección quinta, De los diversos contratos, título VIII, Del comodato (artículos 1587 a 1602).

El Código Civil 1984 lo regula en su libro VII, Fuentes de las obligaciones, sección segunda, Contratos nominados, título VIII, Comodato (artículos 1728 al 1754)[1].

---

[1] 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 esta 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 esta se sirva de ella, con la obligación para el comodatario de devolverla luego de haberse servido de la misma.

En relación con el objeto de las prestaciones en el contrato de comodato, la ley señala que debe tratarse de un bien no consumible, dado que se debe devolver el mismo bien.

Por ello, el código de Santa Cruz señalaba: «la entrega de una cosa» para que el comodatario «se sirva de ella, con el cargo de que se la ha de devolver después de hacerlo»; el proyecto de Vidaurre establecía: «con cargo de restituir la misma [...]»; el Código Civil de 1852, se refería a la entrega gratuita de «alguna cosa no fungible»; y luego agregaba «solo 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».

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 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.

2.3. En cuanto a su estructura

El comodato es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

El comodato es esencialmente un contrato civil, pues no persigue fines de lucro.

2.5. En cuanto a su autonomía

El comodato es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

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 redamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante, salvo que este haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido el comodatario.

Artículo 2125.- Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

La regulación del comodato en el Código Civil Español se presenta en los artículos 1740 y 1741:

Artículo 1740.- Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

Artículo 1741 - El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato.

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba al préstamo de uso o comodato en el artículo 890:

Artículo 890.- El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes remite a la otra una cosa mueble o inmueble, para servirse de ella, con la obligación de devolverla idénticamente y en naturaleza, después del tiempo expresa o tácitamente fijado. Este préstamo es esencialmente gratuito.

De otro lado, el Código Civil Japonés aborda el particular en el artículo 593:

Artículo 593.- Un préstamo de uso se hace efectivo cuando una de las partes recibe una cosa de la otra parte bajo el entendimiento que aquella lo devuelva después de haberla usado graciosamente y sacado beneficio de ella.

Por su parte, el Código Civil Alemán de 1900 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.

2.6. En cuanto a su formación

El comodato es un contrato consensual, pero esta situación no siempre ha sido así.

Tanto en el Proyecto De Vidaurre (artículo 1, título 12), como en el Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana de 1836 (artículo 1239), el Código Civil de 1852 (artículo 1825), y en el de 1936 (artículo 1587), el comodato ha sido considerado como un contrato de naturaleza real. Es decir, la entrega del bien era requisito sine qua non para la celebración del contrato. Es con el Código Civil de 1984 que la entrega del bien se convierte en una obligación del comodante, y con su cumplimiento se produce la fase de ejecución del contrato (no de su celebración).

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.

Con el Código Civil de 1984, el comodato es fundamentalmente un contrato consensual. Cabe agregar, sin embargo, que el artículo 1730 establece que la existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605 (relativo al suministro), el mismo que señala que la existencia y contenido de dicho contrato pueden probarse por 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. No obstante, oportunamente emitiremos opinión sobre el particular.

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 comodatario 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 este la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo.

II. Hay dos especies de préstamo: el de cosas fungibles y el de cosas no fungibles; el primero se llama mutuo o préstamo de consumo o simplemente préstamo, el segundo, comodato o préstamo de uso.

Artículo 880.- (Carácter y gratuidad del comodato)

2.7. En cuanto al tiempo

En lo que respecta al comodato, el Código Civil vigente dispone que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante se lo solicite (artículo 1737). Norma similar contenía el Código Civil de 1852 (artículo 1834), donde se preveía, además, la no determinación del objeto del uso. Por su parte, el Código Civil de 1936 contemplaba el supuesto en que la duración no estuviese determinada tampoco por la costumbre (artículo 1594).

El artículo 9 del título 12 del proyecto De Vidaurre establecía que el comodato finalizaba cuando se cumplían el plazo o el objeto.

El Código Civil de 1852 no permitía la prolongación de este contrato con los herederos del comodatario, cuando se realiza solo en consideración a la persona de este. El Código Civil de 1936 tampoco permitía la prolongación de este contrato con la muerte del comodatario.

El Código Civil de 1984 contiene la misma regla, pero poniendo como salvedad que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no se pueda suspender.

2.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de comodato es esencialmente uno de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones en las cuales será prestado el bien que será objeto de la prestación del comodante. El ser un contrato civil y sin fines de lucro, además de las especiales características que reviste el comodato, lo excluyen, por su naturaleza, de ser uno ajustado a cláusulas generales de contratación o celebrado por adhesión —estos últimos, rasgos de la contratación moderna—.

El comodato es el préstamo de cosas no fungibles, muebles o inmuebles. 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, abordaba el 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.

2.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado. Pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, pues en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido.

2.10. En cuanto a su función

El comodato es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, uno modificatorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El comodato es un contrato individual, pues las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el acto.

2.12. En cuanto a la prestación

Puede recordarse que el comodato, hasta el Código Civil de 1936, era considerado como un contrato de prestación unilateral. La devolución del bien por parte del comodatario, era la única obligación creada al momento de la celebración del contrato; pero se preveían también obligaciones para el comodante y el comodatario, las que tendrían carácter de accesorias, razón por la cual (siguiendo la posición doctrinaria asumida) se le puede calificar como un contrato sinalagmático imperfecto.

Los códigos civiles de 1836, 1852 y 1936 tenían básicamente las mismas reglas para establecer las obligaciones de las partes intervinientes.

Sin embargo, creemos que el comodato es un contrato bilateral imperfecto; pues, en virtud de su celebración, solo nacen obligaciones a cargo del comodante, siendo la devolución el bien a que está obligado el comodatario, una consecuencia accidental de los actos extrínsecos o «meramente incidental», todo ello, en palabras de Pothier.

2.13. En cuanto a la valoración

El comodato, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que es el comodante quien se desposee de un bien por un cierto lapso de tiempo. Mientras que el comodatario solo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita.

2.14. En cuanto al riesgo

El comodato es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, en el comodato, a diferencia de la compraventa y de algunos otros contratos, no se ha planteado el tema de su eventual aleatoriedad; pero creemos que ello resultaría plenamente factible.

2.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de comodato es un acto meramente obligatorio u obligacional.

3. Diferencias y semejanzas entre el contrato de comodato y otros contratos

3.1. Con el contrato de mutuo

3.1.1. En cuanto al nombre

Tanto el comodato como el mutuo son contratos nominados.

3.1.2. En cuanto a su regulación

Al igual que el comodato, el mutuo es y ha sido en nuestros códigos civiles un contrato típico, pues siempre ha estado jurídicamente regulado. El Código Civil de 1984 lo trata en el libro VII, Fuentes de las obligaciones, sección II, Contratos nominados, título V, Mutuo, artículos 1648 a 1665.

3.1.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el comodato y el mutuo son y han sido siempre, dada su naturaleza, contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

3.1.4. En cuanto a su contenido o área

Como ha sido dicho, el comodato es fundamentalmente un contrato civil, pues no persigue fines de lucro. En cambio, el mutuo es un contrato que puede ser tanto civil o mercantil, pues el mutuo mercantil, será con intereses.

3.1.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, tanto el comodato como el mutuo son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos.

3.1.6. En cuanto a su formación

Tanto el comodato como el mutuo son contratos consensuales y, se celebran con el mero consentimiento de las partes. Ello es así dentro del marco regulatorio del Código Civil de 1984, pero nuestra antigua legislación no siempre mantuvo esta unidad de criterio entre ambas figuras.

3.1.7. En cuanto al tiempo

Dada su naturaleza, es evidente que el comodato es un contrato fundamentalmente de duración, ya que no se concebiría la razón de ser de entrega del comodante al comodatario de un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (argumento del artículo 1728 del Código Civil Peruano).

Por su parte, el contrato de mutuo también es, esencialmente, un contrato de duración, la misma que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.1.8. En cuanto a su negociación

El comodato será fundamentalmente un contrato de negociación previa, es decir, de aquéllos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido. De otro lado, el mutuo podrá ser tanto un contrato de negociación previa, como uno que se celebre por adhesión o, con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, que consideramos de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

3.1.9. En cuanto al rol económico

Según hemos dicho oportunamente, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado; pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, ya que el comodatario se obliga a devolver el bien recibido.

Por su parte, el contrato de mutuo es uno de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del mutuante, que luego se verá compensada con la devolución de lo mutuado. También se trata de un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de los bienes, independientemente de si incluye o no pacto de intereses. Asimismo, se trata de un contrato de restitución, ya que obliga a quien recibe el bien, a devolverlo (en este caso, no devolverá el mismo bien, sino otro similar, por tratarse de un préstamo de consumo); siendo también un contrato de crédito, basado en la confianza.

3.1.10. En cuanto a su función

En este aspecto, el comodato y el mutuo comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que ambos son fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían formar parte de uno modificatorio o regulatorio. Nunca serán contratos resolutorios o extintivos. En el caso del mutuo, siempre se generará la obligación del mutuante de ejecutar a favor del mutuatario la entrega en propiedad de una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de la obligación del mutuatario de devolverle otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad. En tanto que el comodato siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

3.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto el comodato como el mutuo son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

Sin embargo, es necesario recordar que, en el Código Civil de 1984, se permite que los derechos y obligaciones que resulten del comodato se transmitan a los herederos solo cuando el bien haya sido dado para una finalidad que no se pueda suspender (artículo 1733).

3.1.12. En cuanto a la prestación

El contrato de mutuo es uno con prestaciones recíprocas, considerando que la obligación principal del mutuante es la de entregar el bien; y la obligación principal del mutuatario es la de restituirle a aquel un bien de la misma especie, cantidad y calidad, y la de pagar los intereses, si fuese el caso.

Por su parte, el comodato es un contrato de prestación unilateral, pues luego de recibido el bien para su uso y vencido el término pactado o, cumplida la finalidad convenida, el comodatario deberá devolverlo al comodante sin tener que pagar ninguna prestación adicional.

3.1.13. En cuanto a la valoración

Como acaba de ser señalado, la ley vigente establece que el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto. Por consiguiente, el mutuo es un contrato a título oneroso, a menos que se convenga de manera expresa la no obligación de pago de intereses, caso en el cual sería a título gratuito.

Dentro de tal orden de ideas y también de acuerdo a lo que venimos señalando en estas páginas, el comodato es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto

que, por parte del comodante, este se desposee de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario solo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita.

3.1.14. En cuanto al riesgo

Tanto el comodato como el mutuo son, fundamentalmente, contratos conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No obstante lo antes mencionado, debemos señalar que en ninguno de los dos casos se ha planteado doctrinariamente el tema de su eventual aleatoriedad; pero ello, en ambos casos, resultaría plenamente factible.

3.1.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de comodato y el contrato de mutuo son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.2. Con el contrato de arrendamiento

3.2.1. En cuanto al nombre

El comodato y el arrendamiento son contratos nominados, a pesar de que el arrendamiento no siempre recibió el mismo nombre, ya que hasta el Código Civil de 1936 se llamaba contrato de locación-conducción.

3.2.2. En cuanto a su regulación

Al respecto, el comodato y el arrendamiento son contratos típicos sociales y legales, pues están jurídicamente regulados en la ley (ambos en el Código Civil).

En buena cuenta, siempre estuvieron en la legislación peruana, realidad que se entiende, pues se trata de dos de los contratos más usuales y antiguos.

3.2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, tanto el comodato como el arrendamiento son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.2.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, tal como ha sido expresado en reiteradas ocasiones, el comodato es un contrato fundamentalmente civil. En cambio, el arrendamiento puede ser de naturaleza civil o mercantil. Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontrarnos frente a contratos de arrendamiento de carácter civil, salvo que estemos

hablando del arrendamiento financiero (*leasing*), pero este es un contrato que, como todos sabemos, escapa del concepto y regulación del arrendamiento tradicional o arrendamiento propiamente dicho.

3.2.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el comodato y el arrendamiento son contratos principales, puesto que ninguno de ellos depende jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, en materia de arrendamiento no podemos dejar de mencionar que resulta usual, a la par que legislado en el propio Código Civil, el contrato de subarrendamiento, el mismo que es un contrato derivado del arrendamiento, que sí depende jurídicamente de este último y que adopta sus principales caracteres. Como se sabe, para la validez del subarrendamiento (contrato celebrado entre el arrendatario y un tercero denominado subarrendatario) se requiere de la autorización expresa y escrita del arrendador.

En sede de comodato no existe disposición que regule de manera expresa el subcomodato, pero, debería entenderse comprendido dentro de la amplia prohibición establecida por el artículo 1734 del Código Civil.

En tal sentido, somos de la opinión de que no existe impedimento teórico ni práctico alguno para que se pueda celebrar un contrato de estas características. Simplemente, se tendrían que aplicar de manera analógica los principios que la ley peruana establece para el subarrendamiento. Así, el subcomodato sería el contrato derivado del comodato, celebrado entre el comodatario y un tercero al que debería denominarse subcomodatario, requiriéndose para su validez la autorización expresa y escrita del comodante.

También resulta necesario mencionar que en el caso del contrato de arrendamiento, el Código Civil Peruano de 1984 regula lo referente a la cesión del arrendamiento, que no es otra cosa que la cesión de posición contractual del arrendatario. Para tal efecto, el artículo 1696 del referido código establece que la cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario a favor de un tercero que lo sustituye, y se rige por las reglas de la cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

Es claro que en materia de comodato el Código Civil regula la eventual cesión del comodato o, propiamente, la cesión de posición contractual del comodatario en su artículo 1734, norma que establece que:

> Artículo 1734.- El comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad.

3.2.6. En cuanto a su formación

Por su formación, el contrato de comodato es consensual, vale decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, sin que sea necesario que dicho consentimiento se exprese a través de formalidad alguna.

Es evidente que esto no siempre ha sido así, pero para tal efecto remitimos al lector al rubro de la formación del comodato cuando en este mismo trabajo analizamos las características de este contrato y sus raíces históricas en el Perú.

Por su parte, el arrendamiento si bien es hoy en día un contrato consensual, estuvo sujeto a muchas normas que establecieron antiguamente regulaciones formales al mismo. En tal sentido, y solo a manera de ejemplo, cabe recordar lo dispuesto por el ya derogado Decreto Ley n.° 21938, y su reglamento, que regulaba los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, en donde se prescribía la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contratación, en los que casi no cabría incluir algún punto adicional, salvo los datos elementales sobre el bien, la renta —que tenía topes— y las partes. El Decreto Ley aludido fue derogado por el Decreto Legislativo n.° 709, del 8 de noviembre de 1991.

3.2.7. En cuanto al tiempo

El Código Civil Peruano de 1984 dispone que, si no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite (argumento del artículo 1737). Pensamos que más allá de una ausencia de regulación orgánica en torno al plazo del comodato (la misma que tampoco tendría por qué existir), dicho contrato puede ser celebrado tanto a plazo determinado, como a plazo indeterminado o determinable.

En este aspecto el comodato tiene ciertos rasgos de similitud con el contrato de arrendamiento, ya que ambos son esencialmente contratos de duración. En el caso del arrendamiento, dicha duración también podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.2.8. En cuanto a su negociación

Mientras el contrato de comodato es fundamentalmente uno de negociación previa, el arrendamiento puede ser tanto un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (supuesto más usual), uno por adhesión o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere.

3.2.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado. Pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, ya que en él el comodatario se obliga a devolver al comodante el bien recibido.

Por su parte, el arrendamiento también es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener este último la disposición del mismo. Al igual que el comodato, el arrendamiento también es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

3.2.10. En cuanto a su función

En este aspecto el comodato y el arrendamiento comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que el comodato es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, uno modificatorio o regulatorio. Pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva. En el caso del arrendamiento siempre se generará la obligación —por parte del arrendador— de entregar en uso el bien al arrendatario y el arrendatario asumirá la obligación de pagar por dicho uso una renta determinada o determinable.

3.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El comodato y el arrendamiento son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.2.12. En cuanto a la prestación

El contrato de comodato es uno bilateral imperfecto, pues, a través del mismo, el comodante se obliga a entregar en uso al comodatario un bien no consumible, y aquel deberá devolverlo al finalizar el plazo convenido.

En cambio, el contrato de arrendamiento es, esencialmente, bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

3.2.13. En cuanto a la valoración

El comodato es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que por parte del comodante, este se desposee de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario solo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita. De otro lado, el arrendamiento es un contrato que se celebra siempre a título oneroso, pues a través del mismo el arrendador se obliga a entregar

el bien para que sea usado por el arrendatario, y este asume la obligación de abonar una renta en favor de aquel.

3.2.14. En cuanto al riesgo

En este punto el contrato de comodato coincide con el de arrendamiento, ya que son fundamentalmente contratos conmutativos, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir comodante y comodatario, a la par que arrendador y arrendatario, son ciertas, vale decir, conocidas de antemano; aunque la naturaleza de ambos contratos no impediría que revistiesen la modalidad de aleatorios.

3.2.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el comodato como el arrendamiento son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.3. Con el contrato de depósito

3.3.1. En cuanto al nombre

El comodato y el depósito son contratos nominados.

3.3.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos y se encuentran regulados en el Código Civil.

3.3.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, tanto el comodato como el depósito son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.3.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el comodato es un contrato fundamentalmente de naturaleza civil, el depósito puede ser tanto de naturaleza civil, mercantil o especial.

3.3.5. En cuanto a su autonomía

El depósito y el comodato son contratos principales, pues para tener existencia jurídica no dependen de ningún otro contrato.

Sin embargo, cabe anotar que en doctrina y legislación se conoce el contrato de subdepósito, al igual que la cesión de posición contractual de depositario. El Código Civil de 1984 regula el tema en su artículo 1817, norma que establece que no puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad.

En lo que respecta a la posibilidad de celebrar un contrato de subcomodato, al igual que ceder la posición contractual de comodatario, hemos manifestado oportunamente que el tema es tratado de manera genérica por el artículo 1734 del Código Civil. Sobre el particular remitimos al lector a los comentarios que efectuamos en su oportunidad.

3.3.6. En cuanto a su formación

Dentro del código de 1984, el comodato es fundamentalmente un contrato consensual, con independencia de lo dispuesto en el artículo 1730, precepto que establece que la existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605, relativo a la forma del suministro.

Por su parte, el depósito también es un contrato consensual, aunque hasta antes de la vigencia del código de 1984 era considerado como un contrato real.

3.3.7. En cuanto al tiempo

Como sabemos, el contrato de comodato al igual que el depósito, podrán celebrarse a duración determinada, determinable o indeterminada.

En lo que respecta al comodato, el Código Civil vigente dispone que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante se lo solicite (artículo 1737). Para el mismo código, el depósito voluntario debe finalizar en cuanto el depositante solicite la devolución del bien, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio e interés del depositario o de un tercero (argumento del artículo 1830).

Por lo demás, en el artículo 1832 se establece que si en el contrato no se hubiere fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que se avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba.

Finalmente, en el artículo 1833 se señala que el depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante; y si este se niega a recibirlo, debe consignarlo.

3.3.8. En cuanto a su negociación

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el comodato es un contrato que fundamentalmente se celebra por negociación previa. En cambio, el depósito se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo, en lo que respecta a los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras instituciones análogas, que se rigen por las leyes especiales que los regulan (artículo 1853), los depósitos se celebran por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.3.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso de un bien prestado; pero, también estamos en presencia de un contrato de restitución, ya que en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido. Es evidente que, además, se trata de un contrato de confianza, al igual que el depósito.

El depósito es un contrato de custodia, no estando el depositario autorizado para usar el bien.

3.3.10. En cuanto a su función

Tanto el comodato como el depósito son contratos fundamentalmente constitutivos, pues más allá del objeto de cada uno, se trata de actos creadores de obligaciones, aunque por excepción, podrán ser o formar parte de un contrato modificatorio o regulatorio. Pero nunca serán resolutorios, ya que en el comodato siempre se generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva. En tanto, el depósito generará la obligación del depositario de recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante (argumento del artículo 1814 del Código Civil Peruano de 1984).

3.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El comodato y el depósito son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.3.12. En cuanto a la prestación

El comodato es un contrato considerado bilateral imperfecto. El depósito puede ser también un contrato bilateral imperfecto (cuando se celebre a título gratuito) o uno con prestaciones recíprocas (cuando se celebre a título oneroso).

3.3.13. En cuanto a la valoración

De aquello que acaba de ser mencionado en el rubro anterior, podemos inferir que el contrato de comodato siempre se celebra a título gratuito, mientras el depósito puede celebrarse a título gratuito o a título oneroso.

Sin embargo, resulta necesario recordar que para el Código Civil de 1984, el contrato de depósito voluntario es fundamentalmente gratuito y excepcionalmente oneroso, ya que el código señala que se presume gratuito pero puede pactarse oneroso. Por lo tanto, este contrato es —al menos en teoría— generalmente uno con prestación unilateral y por excepción lo será con prestaciones bilaterales.

Lo antes mencionado puede inferirse del texto del artículo 1818 del propio código, cuando establece que el depósito se presume gratuito, salvo que por acto

distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que es remunerado.

Dentro de tal orden de ideas, cabría también señalar que aun cuando no se pacte una retribución dineraria o en especie, se puede convenir el uso del bien dado en depósito como contraprestación, con lo cual dejaría de ser un contrato de prestación unilateral para convertirse en uno de prestaciones recíprocas.

3.3.14. En cuanto al riesgo

Tanto el comodato como el depósito son contratos fundamentalmente conmutativos, puesto que desde un inicio las partes que los celebran conocerán la existencia y cuantía de las prestaciones que deberán cumplir, las mismas que son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se plantea, ni legislativa ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en los contratos de depósito y comodato, pero no encontraríamos impedimento para que se hiciere.

3.3.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el comodato como el depósito son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.4. Con la prenda

3.4.1. En cuanto al nombre

Mientras el comodato es un contrato nominado, el derecho real de prenda también reviste dicho carácter.

3.4.2. En cuanto a su regulación

El comodato es un contrato típico; la prenda es un derecho real de garantía atípico, pues hoy en día ya no se encuentra regulado en la ley (desde la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria).

En tanto el comodato puede tener por objeto un bien mueble o inmueble, la prenda solo recae sobre bienes muebles, mediante su entrega física, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

3.4.3. En cuanto a su estructura

Tanto el comodato como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir prenda sobre un bien en garantía del cumplimiento de una obligación, son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.4.4. En cuanto a su contenido o área

El comodato es un contrato de carácter fundamentalmente civil. A diferencia de la prenda, que puede revestir carácter civil o mercantil.

3.4.5. En cuanto a su autonomía

Mientras el comodato es un contrato principal, la prenda es accesorio, pues se constituye para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación. Sin embargo, es necesario precisar que la constitución de la prenda puede efectuarse en virtud de una obligación nacida del mismo contrato, cuya ejecución garantizará, o de un contrato posterior.

3.4.6. En cuanto a su formación

Sabemos que el comodato es un contrato consensual. El contrato por el cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, también revestiría ese carácter, mas no así el derecho real de prenda, ya que es requisito para la validez de la prenda que el bien se entregue físicamente al acreedor, a la persona designada por este o a la que señalen las partes.

3.4.7. En cuanto al tiempo

El comodato es fundamentalmente un contrato de ejecución continuada, vale decir, de duración, pues tiene por finalidad cubrir el uso del bien durante todo el lapso en que se haya acordado su uso por parte del comodatario, hasta su devolución al comodante. Asimismo, la prenda es —por lo general— un derecho real con vocación de permanencia en el tiempo, pues la vigencia del mismo se prolongará tanto como resulte impaga o incumplida la obligación que garantiza.

3.4.8. En cuanto a su negociación

El contrato de comodato y el derecho real de prenda son, fundamentalmente, actos de negociación previa, sin perjuicio de admitir la posibilidad de casos excepcionales, a los cuales hacemos aplicables nuestros comentarios relativos a la negociación de la hipoteca.

3.4.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado, pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, pues en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido. Por su parte, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir respecto a otra el derecho real de prenda sobre un bien, es un contrato de garantía.

3.4.10. En cuanto a su función

Tanto el comodato como la prenda son actos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

3.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, el comodato y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un derecho real de prenda sobre un bien, son contratos de carácter individual, pues solo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

3.4.12. En cuanto a la prestación

El comodato es un contrato bilateral imperfecto. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir una prenda puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la prenda), como de prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

3.4.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el contrato de comodato es fundamentalmente uno celebrado a título gratuito; en tanto, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una prenda puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

3.4.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que el contrato de comodato fundamentalmente es conmutativo, pero que por excepción podría ser aleatorio. En cambio, con la prenda no ocurriría lo mismo, ya que podría decirse que es netamente conmutativa, dado que debe recaer sobre bienes muebles debidamente detallados.

3.4.15. En cuanto a sus efectos

Independientemente de la naturaleza real del derecho de prenda, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir una prenda, es, como todo contrato celebrado dentro de nuestro ordenamiento positivo, uno de carácter meramente obligatorio u obligacional, al igual que el contrato de comodato.

3.5. Con el contrato de compraventa

3.5.1. En cuanto al nombre

El contrato de comodato, al igual que la compraventa, es de carácter nominado.

3.5.2. En cuanto a su regulación

Tanto la compraventa como el comodato son contratos típicos y ambos se encuentran legislados en el Código Civil.

3.5.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el comodato son contratos simples, pues dan lugar a una sola relación jurídica.

3.5.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el comodato es esencialmente civil, pues no persigue fines de lucro, la compraventa puede ser un contrato civil o mercantil.

3.5.5. En cuanto a su autonomía

El comodato, al igual que la compraventa, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

3.5.6. En cuanto a su formación

El comodato y la compraventa son contratos consensuales en el marco de la legislación civil vigente.

3.5.7. En cuanto al tiempo

Como se sabe, el comodato es un contrato fundamentalmente de duración, lo que viene determinado por el objeto de las obligaciones emanadas de él, las mismas que se encuentran establecidas en el artículo 1728 del Código Civil Peruano. En cambio, se ha dicho que la compraventa generalmente reviste como característica la de ser un contrato de ejecución inmediata e instantánea, aunque ello, en la práctica, admite numerosas excepciones.

3.5.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de comodato es fundamentalmente uno de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones en las cuales será prestado el bien objeto de la prestación del comodante. El ser un contrato civil y sin fines de lucro, además de las especiales características que reviste el comodato, lo excluye, por su naturaleza, de ser uno ajustado a cláusulas generales de contratación o celebrado por adhesión.

Por su parte, la compraventa, como se sabe, es un contrato que puede celebrarse por negociación previa, por adhesión, o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.5.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado. Pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, ya que en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido. Por obvias razones, también es un contrato de confianza.

Por su parte, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

3.5.10. En cuanto a su función

En este aspecto, el comodato y la compraventa comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que el comodato es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, uno modificatorio o regulatorio, pero nunca será un contrato extintivo puesto que siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

3.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El comodato y la compraventa son contratos individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que celebran cada acto.

3.5.12. En cuanto a la prestación

Mientras que el comodato es un contrato bilateral imperfecto, la compraventa es un contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

3.5.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el comodato es esencialmente un contrato a título gratuito, ya que el comodante se obliga a desposeerse de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario solo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita; en tanto la compraventa es un contrato a título oneroso.

3.5.14. En cuanto al riesgo

Tanto el comodato como la compraventa son, fundamentalmente, contratos conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, en el comodato, a diferencia de la compraventa, no se ha planteado el tema de su eventual aleatoriedad; pero ello resultaría plenamente factible.

3.5.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de comodato y la compraventa son actos meramente obligatorios u obligacionales.

4. Bienes que pueden constituir objeto del comodato

En primer término, debemos referirnos al carácter de los bienes que pueden constituir objeto de la prestación del comodante en el contrato bajo estudio.

El numeral 1728 manifiesta de manera expresa que el comodato debe recaer sobre un bien de carácter no consumible. Esta norma solo admite la salvedad dispuesta por el artículo 1729, precepto que establece que:

> Artículo 1729.- Hay comodato de un bien consumible solo si es prestado a condición de no ser consumido.

Entonces, resulta necesario formularnos la pregunta de cuál es la razón a la que obedece la disposición contenida en el artículo 1728 del Código Civil. Estimamos que este constituye uno de los puntos fundamentales en los que se enmarca la distinción entre el contrato de comodato y el contrato de mutuo. No olvidemos lo dispuesto en el artículo 1648 del propio código, que establece que:

> Artículo 1648.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

De esta forma, queda claro que el mutuo recae fundamentalmente sobre bienes consumibles y que, a su vez, el comodato recae fundamentalmente sobre bienes no consumibles.

Entonces, teniendo en cuenta el carácter no consumible de los bienes materia del comodato, corresponde distinguir qué tipos de bienes no consumibles pueden formar parte del mismo.

Dentro de los bienes no consumibles tenemos el caso de los bienes ciertos, los bienes inciertos y los bienes fungibles.

Correspondería entonces preguntarnos si todos ellos pueden constituir objeto del comodato.

No olvidemos que la idea básica que inspira al contrato bajo estudio es que luego del uso que realice el comodatario del bien prestado, lo devuelva al comodante sin pagar contraprestación alguna, vale decir, es un acto a título gratuito.

Esta devolución nos plantea entonces la pregunta de si se tiene que devolver el mismo bien o si se puede devolver uno exactamente igual o equivalente.

Debemos confesar que la doctrina en general, cuando aborda el tema del comodato, no ingresa a cuestionar esta posibilidad, asumiendo como valor entendido que el bien a devolver debe ser el mismo que se prestó. Es más, entre los autores que tratan la materia, es unánime este criterio.

4.1. El comodato que tiene por objeto bienes ciertos

Vamos a comenzar el análisis de este punto refiriéndonos al caso en el cual el contrato de comodato recaiga sobre un bien cierto.

Como se recuerda, bien cierto es aquel que se encuentra absolutamente determinado e identificado al momento de contraer la obligación, vale decir, al momento en que esta última ha nacido en virtud de su título constitutivo.

Las obligaciones de dar bienes ciertos son las primeras que se regulan dentro del libro VI de Derecho de obligaciones del Código Civil Peruano de 1984, entre los artículos 1132 y 1141, inclusive.

Si el comodato recayese sobre un bien cierto, entonces resultarían de aplicación todas las disposiciones referidas a las obligaciones de dar bienes ciertos, pues no olvidemos que el comodatario tiene la obligación de dar el bien prestado, en carácter de devolución. Y aquella obligación por la cual hay que devolver lo que se nos entregó es tan obligación de dar como aquella otra en la cual recién tengamos que entregar aquello a lo que nos hemos obligado.

Entonces, podríamos plantearnos la hipótesis de que deba aplicarse al caso la teoría del riesgo, si es que el bien se perdiera en poder del comodatario antes de su devolución al comodante.

A este respecto, el título relativo al contrato de comodato ha intentado dar solución a un eventual problema, a través del artículo 1742 del Código Civil, además del artículo 1750 del propio código.

El artículo 1742 establece que:

> Artículo 1742.- El comodatario debe pagar el valor del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad.

Norma similar contenían todos los códigos anteriores, pero se limitaban al caso fortuito. Cabe hacer la salvedad en el sentido de que el proyecto de Vidaurre no se pronunciaba al respecto.

Por su parte, el numeral 1750 indica lo siguiente:

> Artículo 1750.- Cuando sea imposible devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante otro de la misma especie y calidad, o su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

A nuestro entender, los citados numerales no contienen un rigor jurídico que resulte absolutamente concordante con la citada teoría del riesgo, que es regulada en el artículo 1138 del Código Civil. Decimos esto, por cuanto el artículo 1742 se coloca en un supuesto especial de perecimiento por causa no imputable, cuando el comodatario hubiese podido evitar la pérdida del bien sustituyéndolo con uno de su propiedad.

Estimamos que poco importa la posibilidad o imposibilidad de sustitución del bien, en la medida en que la pérdida del mismo pueda ser calificada como una pérdida imputable al deudor (comodatario), quien deberá responder de acuerdo a las reglas generales de derecho de obligaciones. Estimamos que el numeral 1742, más allá de las buenas intenciones que se hubiesen tenido en su redacción e inclusión en el Código Civil, entorpece los criterios generales sobre la transferencia del riesgo en derecho de obligaciones.

Y en lo que respecta al artículo 1750, antes citado, el mismo parte del error de generalizar la imposibilidad de devolución del bien, sin entrar al detalle de si esa imposibilidad obedece a causa imputable al deudor, al acreedor o si ella no resulta imputable a ninguna de las partes.

Por lo demás, con la mayor naturalidad, el artículo 1750 del Código Civil establece que el comodante gozará de la elección entre que el comodatario le pague el valor del bien, de acuerdo a las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido, o que le restituya otro de la misma especie y calidad. Dicha «elección» parte del erróneo valor entendido de que el bien prestado no es único, sino que existen otros que puedan reemplazarlo perfectamente.

Con lo que hemos expresado en torno a los artículos 1742 y 1750 no estamos diciendo que dichas normas sean contradictorias con las normas generales de la teoría del riesgo. Lo único que estamos afirmando es que su redacción, incompleta y confusa, no soluciona los eventuales problemas que —con rango de infinitas posibilidades— son susceptibles de plantearse en la realidad.

De esta forma, resulta imprescindible analizar cuáles serán las consecuencias de la pérdida y deterioro del bien prestado en el marco del contrato de comodato, si es que dicha pérdida o deterioro ocurriese mientras el bien se encontrara en poder del comodatario y, obviamente, antes de su devolución al comodante.

4.1.1. Si el bien se pierde por culpa del comodatario

Si el bien se perdiera por culpa del comodatario y se tratara de un bien cierto, deberíamos aplicar el principio romano *periculum est debitoris*, «el riesgo (de pérdida de la contraprestación) es del deudor».

Es claro que una vez perdido el bien, este no podrá ser entregado al comodante, pero el comodante necesariamente tendría que ser resarcido por dicha pérdida, en la

medida en que no bastaría con decir que la obligación del comodatario de entregar el bien cierto se habría extinguido por haberse perdido el bien (argumento del artículo 1137 del Código Civil).

En el caso del comodato hay que considerar la aplicación de los principios de la teoría del riesgo, teniendo en cuenta que no existe contraprestación que deba ser pagada por el comodatario al comodante. Entonces, resultaría absurdo que no se adecue dicha teoría al caso concreto.

El comodatario, como deudor de un bien cierto, dejará de estar obligado a entregarlo, ya que dicho bien se ha perdido, pero deberá pagar al comodante (acreedor del bien cierto) su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

Por otra parte, como estamos hablando de la pérdida de un bien cierto dado en comodato, es evidente que el comodante nunca podrá recuperar dicho bien en especie, sino solamente en lo que respecta al valor sustitutorio del mismo. Pero esta situación no enerva o anula la posibilidad de que el comodante pueda exigir al comodatario el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado la pérdida del bien cierto por culpa del comodatario, independientemente de poder recuperar su valor, tal como establece el artículo 1750 del Código Civil.

Por lo demás, también devendría en aplicable, al caso materia de análisis, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1138 del Código Civil, precepto que establece que si como consecuencia de la pérdida, el deudor (en este caso el comodatario) obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor (comodante) puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor (comodatario) en la titularidad del derecho contra el tercero; casos en los cuales la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

4.1.2. Si el bien se pierde por culpa del comodante

Aunque no se trataría de un supuesto frecuente, dada la circunstancia de que mientras dure la vigencia del contrato de comodato, el bien se encontraría en poder del comodatario, podría ocurrir la eventualidad en la cual el bien se perdiese por culpa del comodante, quien por alguna circunstancia hubiere ocasionado dicha pérdida.

Este es un supuesto que, dado su carácter excepcional, no ha sido regulado de manera expresa en las normas relativas al contrato de comodato, pero que podríamos solucionarlo de acuerdo a los principios generales que inspira la teoría del riesgo.

Si este fuese el caso, tendríamos que aplicar el principio romano *periculum est creditoris*, «el riesgo (de pérdida de la contraprestación, si la hubiere), es del acreedor». Aquí será evidente que la obligación del comodatario (deudor) quedaría resuelta,

no debiendo entregar absolutamente nada al comodante (acreedor del bien). Este comodante tampoco tendría derecho a reclamar del comodatario indemnización alguna por concepto de daños y perjuicios, ya que si los hubo, fue él quien los causó.

4.1.3. Si el bien se pierde sin culpa de las partes

Otra de las eventualidades pasibles de ocurrir en la vigencia de un contrato de comodato, es aquella en la cual el bien que permanezca en poder del comodatario se pierda sin culpa suya ni tampoco del comodante, lo que equivale a decir que se pierda sin culpa de ninguna de las dos partes.

En este caso, estimamos se aplicaría el principio *periculum est debitoris*, debiendo el comodatario restituir el valor del bien al comodante, tal como lo establece el artículo 1750 del Código Civil. Nótese que si se adoptara la solución contraria, vale decir, que el comodatario no debiese restituir el valor del bien al comodante, nos encontraríamos frente a la solución del principio *periculum est creditoris* y, por tanto, estaríamos yendo contra lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 1138 del Código Civil.

Siguiendo lo indicado por la segunda parte del referido inciso 5, en este caso corresponden al deudor (comodatario) los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

4.1.4. Si el bien se deteriora por culpa del comodatario

Como sabemos, el Código Civil no define el concepto de deterioro, pero podríamos considerar que el deterioro es un menoscabo sufrido por el bien, que no llega a ser de tal magnitud que constituya un daño parcial considerable que, de manera objetiva, haga inútil el bien para el acreedor (ya que si así fuese nos encontraríamos dentro del segundo supuesto de pérdida regulado por el inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil Peruano).

Entonces, si el bien se deteriorara por culpa del comodatario (deudor), deberíamos aplicar lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1138 del código nacional. Pero *mutatis mutandis*, es decir, cambiando lo que haya que cambiar, en la medida de que el referido inciso 2 contempla la posibilidad de existencia de una contraprestación a la prestación extinguida por pérdida del bien, en tanto, el contrato de comodato, al ser un acto a título gratuito, no contempla contraprestación alguna.

De esta forma, y aplicando siempre el principio *periculum est debitoris*, podríamos decir que el comodante tendría la opción entre resolver la obligación o recibir el bien prestado en el estado en que se encuentre, exigiendo una compensación adicional por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Además, si como consecuencia de la pérdida el deudor (comodatario) obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor (comodante) puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor (comodatario) en la titularidad del derecho contra el tercero; casos en los cuales la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

4.1.5. Si el bien se deteriora por culpa del comodante

Este supuesto, por demás extraño en la práctica, debe solucionarse de acuerdo al principio *periculum est creditoris*. Vale decir, que el acreedor (comodante) tendrá que resignarse a recibir en devolución el bien por parte del deudor (comodatario), en el estado en que se encuentre, sin derecho a reclamar indemnización de daños y perjuicios, ya que éstos se produjeron por culpa suya.

4.1.6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes

Para solucionar esta eventualidad tendríamos que recurrir a lo dispuesto por el artículo 1138, inciso 6 del Código Civil, aplicando el principio *periculum est debitoris*.

De esta forma, si el bien que debe ser devuelto por el comodatario (deudor) se deteriorase sin culpa de las partes, el comodatario sufrirá las consecuencias del deterioro, debiendo pagar al comodante (acreedor) una indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido el bien, que por lo demás deberá ser devuelto al comodante en el estado en que se encuentre.

En adición a lo expuesto, debemos expresar que también resultaría aplicable lo señalado en la parte final del inciso 6 del artículo 1138 del Código Civil, correspondiendo al deudor (comodatario) los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

A todo lo expresado debemos agregar que en el contrato de comodato, y mientras el bien permanezca en poder del comodatario, resultará aplicable lo dispuesto por los artículos 1139 y 1140 del código nacional.

En tal sentido, se presumirá que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor (comodatario) es por culpa suya, salvo prueba en contrario (argumento del artículo 1139). Se entenderá que el deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque este se haya perdido sin su culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta; regla que no se aplica si el acreedor (comodante) hubiese sido constituido en mora (argumento del artículo 1140).

No podemos decir lo propio del artículo 1141, discutible norma que dispone que:

> Artículo 1141.- Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos

no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

Decimos esto, por cuanto resulta evidente que el artículo 1141 ha sido concebido pensando en la obligación más común que asume un deudor con respecto a su acreedor, consistente en comprometerse a entregarle un bien en propiedad.

Pero en lo que respecta a la obligación de restituir bienes que se han cedido en uso, como es el caso del contrato bajo estudio, no podríamos aplicar, por absurda, la citada norma, en la medida en que resulta evidente que los gastos de conservación del bien no deberán ser sufragados por el propietario del mismo, sino por quien se encuentra en uso del referido bien. En el contrato de comodato, los gastos de conservación no deberán ser asumidos por el comodante (persona que en la mayoría de casos revestirá la condición de propietario), sino por el comodatario (persona que nunca revestirá la condición de propietario).

4.2. Si el comodato recae sobre bienes inciertos

Como sabemos, los bienes inciertos son aquellos que al momento de originarse la obligación en virtud de su título constitutivo, no se encuentran absolutamente determinados ni especificados. De lo que se trata es de haber señalado al menos la especie y la cantidad que hay que entregar de dichos bienes inciertos (argumento del artículo 1142 del Código Civil).

Ahora bien, resulta pertinente preguntarnos cómo podríamos aplicar el tema de los bienes inciertos al contrato de comodato.

Al respecto, solamente encontramos una respuesta coherente. El bien materia de comodato puede ser incierto al momento en que se dio nacimiento a la obligación, a efectos de que antes de que el comodante lo entregue al comodatario, se deba seguir un proceso de elección, de conformidad a lo prescrito por los artículos 1143 y 1144 del Código Civil Peruano.

Decimos esto por cuanto no resultaría imaginable que la situación de incertidumbre en torno al bien se prolongase luego de su entrega al comodatario, ya que evidentemente la entrega de uno de los individuos de la especie hará que dicho bien haya dejado de ser incierto y se haya convertido en cierto. Dentro de tal orden de ideas, serán aplicables al caso las normas de las obligaciones de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1147 del Código Civil) antes de que el comodante entregue el bien al comodatario; en tanto, luego de su entrega, o, más precisamente, luego de su elección, serán aplicables a la obligación de restituir el bien por parte del comodatario al comodante las normas de las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141 del código nacional). Por tal hacemos aplicables *mutatis mutandis* todas

las expresiones que hemos vertido, con ocasión del análisis del comodato sobre bien cierto.

4.3. Si el comodato recae sobre bienes fungibles

Como se recuerda, la obligación de dar bienes fungibles es aquella en la cual el objeto de la prestación es absolutamente intercambiable por todos los demás individuos de la especie, ya que todos ellos, por ser fungibles, son exactamente iguales los unos con los otros, dando lo mismo la entrega de cualquiera de ellos. En tal virtud, cuando hay que entregar un bien fungible nunca estaremos ante un proceso de elección propiamente dicho, pues la elección implica discernir entre las cualidades que tienen los diferentes individuos que integran la especie. Cuando haya que entregar un bien fungible, solo tendremos un simple proceso de individualización para saber cuál de todos los bienes será materia de entrega.

Imaginemos un contrato de comodato en el cual el comodante se haya obligado a entregar al comodatario un bien fungible.

Esto significa que podrá entregar cualquier bien que revista la naturaleza de fungible dentro de la especie de que se trate.

Como sabemos, el contrato de comodato recae sobre bienes no consumibles, entendiendo por tales a aquellos bienes que no se destruyen, consumen o deterioran notablemente con el primer uso que se haga de ellos.

Dentro de tal orden de ideas, los bienes fungibles que se entreguen en comodato deben tener carácter de no consumibles. Esto no equivale a decir que no se vayan a deteriorar con el uso, situación que es normal en la mayoría de bienes.

Si seguimos este razonamiento, cuando el comodatario haga uso del bien prestado, en la mayoría de veces desgastará, aunque sea de una manera mínima, el bien que se le haya entregado. Y si hubiera producido tal desgaste sobre dicho bien, el mismo habrá dejado de ser fungible en relación a los demás bienes de la especie que integraba. En buena cuenta, dicho bien ahora se habrá convertido en cierto, habiendo dejado de tener la calidad o condición de fungible.

Pero excepcionalmente, podría ocurrir el caso inverso, vale decir, que se trate de un bien que no se deteriore o desgaste con el uso, como podría ser el supuesto en que se haya prestado una moneda de colección (fungible dentro de la especie de todas las monedas que conformaron la misma emisión). En este caso, el uso del bien (que fundamentalmente será ornamental), lo más probable es que no ocasione su desgaste. Dentro de tal orden de ideas, al no haberse consumido ni siquiera en parte, dicho bien seguirá siendo fungible con respecto a todos aquellos que integraban la especie de la cual formó parte.

Esta doble situación nos plantea a la vez una dualidad de soluciones.

Así, por un lado, si el bien fungible dejó de serlo, serán de aplicación para su devolución todos los principios relativos a la teoría del riesgo, que fueron analizados por nosotros al tratar acerca del contrato de comodato relativo a bienes ciertos.

Pero por otro lado, si el bien fungible nunca deja de tener tal condición, no le serán aplicables los referidos principios, pudiendo el deudor (el comodatario que debe devolverlo) efectuar la devolución del mismo. Ya sea entregando el propio bien que recibió o entregando cualquier otro de la misma especie, precisamente porque seguiría existiendo fungibilidad entre todos los individuos de dicha especie.

5. El comodato sobre bienes consumibles

Como ha sido expresado, el comodato recae sobre bienes no consumibles.

Es precisamente este el elemento que distingue con mayor nitidez al contrato de comodato del contrato de mutuo, el mismo que recae, por naturaleza, sobre bienes consumibles.

Dicho esto, no resultaría coherente pensar en un contrato de comodato que recaiga sobre bienes consumibles ni en un contrato de mutuo que recayera sobre bienes no consumibles.

Ello, aparentemente, implicaría la desnaturalización de ambos contratos típicos.

Y creemos que no solo sería aparente dicha desnaturalización, sino real o verdadera, en la medida en que el comodato está concebido para bienes no consumibles y el mutuo para bienes consumibles.

Sin embargo, es sabido que constituye figura de antigua data el denominado comodato por ostentación, figura recogida en el artículo 1729 del Código Civil Peruano de 1984, precepto que establece lo siguiente

> Artículo 1729.- Hay comodato de un bien consumible solo si es prestado a condición de no ser consumido.

Con la influencia del Código Civil Alemán (1900), se introdujo en nuestra legislación la figura del comodato de bienes consumibles. Esto es expresado por Manuel Augusto Olaechea en su exposición de motivos del anteproyecto del Código Civil de 1936: El anteproyecto modifica el artículo 1825 del Código Civil vigente (el de 1852), suprimiendo de él las palabras «no fungibles», bajo la influencia del artículo 598 del código de Alemania, por la razón que el codificador alemán enuncia, cuando:

> Citando el ejemplo del código Suizo de las Obligaciones, expone que es inoficioso decir que las cosas consumibles por el uso no pueden ser objeto de comodato, toda

> vez que se establece como condición indispensable, que el comodatario devuelva la misma cosa prestada, después de hacer de ella el uso convenido. La fórmula alemana tiene la ventaja de que cubre la forma del comodato *ad ostentationem*, o sea el que opera cuando se prestan cosas que son consumibles, para fines de simple adorno, o para cumplir propósitos de mera exhibición, uso que no implica, como se advierte, la destrucción necesaria de las cosas[2].

En tal sentido, el artículo 1825 del Código Civil de 1852 quedó modificado por el artículo 671 del segundo anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil de 1936, de la siguiente manera:

> Artículo 671.- El comodato es un contrato por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin, y después la devuelva.

Bajo una forma similar fue adoptada esta norma en el artículo 1587 del código de 1936. Pero el Código Civil vigente, al señalar en la definición de este contrato solo a los bienes no consumibles, ha creído conveniente agregar que podrá tratarse de bienes consumibles solo si el bien es prestado a condición de no ser consumido, tal como señala Arias-Schreiber[3], al precisar que se trata de una excepción que confirma la regla.

Dicho esto, cabe formularse la pregunta de si los bienes que están destinados a agotarse o deteriorarse notablemente con el primer uso que se haga de ellos pueden, precisamente, constituir objeto de un contrato que implica no usar el bien, como es el caso del comodato.

La respuesta que da el Derecho a una situación como la planteada es positiva, en la medida en que se sigue la lógica de que no se está prestando lo consumible para que se consuma, sino, precisamente para destinarlo a una actividad distinta que implica su conservación.

Y ello es claro, ya que el hecho de que un bien sea consumible no implica que deba necesariamente consumirse, sino solamente que es susceptible de ser consumido.

Dentro de tal orden de ideas debemos subrayar que celebrar un comodato sobre un bien de carácter consumible implica, necesariamente, que en ese contrato se prevea un destino distinto de aquel que normalmente se debería dar a ese bien, ya que —precisamente— el destino normal y su naturaleza, son los elementos que hacen que habitualmente se le califique como bien consumible.

---

[2] Calle, Juan José. *Código Civil de 1852*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1928, p. 604.

[3] Arias-Schreiber Pezet, Max (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, y Ángela Arias-Schreiber Montero). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomo III, p. 44.

Por otra parte, uno podría preguntarse cuáles serían las razones por las cuales las partes celebrarían un comodato sobre bienes no consumibles.

La doctrina, básicamente, señala como ejemplos aquellos relativos a la exhibición del bien, vale decir, que de acuerdo a los intereses de las partes, y en especial del comodatario, no interesa que dicho bien sea consumido, sino que sea mostrado al público o al propio comodatario por un cierto tiempo.

Pero como alguna razón tiene que haber para que se celebre un comodato sobre bien no consumible, es decir, alguna razón que haga que dicho bien no sea materia de consumo sino de disfrute visual, ello significaría, por lo general, que el bien materia de dicho contrato tuviese algunas características que lo hagan especial o al menos diferente del resto de bienes que conforman dicha especie.

Los bienes consumibles pueden ser tanto de origen animal, vegetal o mineral, más allá de que estos últimos no forman parte de la mayoría de ejemplos que habitualmente la doctrina aporta sobre el particular.

Si se celebrara un comodato sobre un bien de origen vegetal, podríamos imaginar aquel que celebrase una feria agropecuaria con un agricultor dedicado al sembrío de zapallos, con el propósito de exhibir en dicha feria —durante un periodo de diez días— un zapallo cosechado por dicho agricultor, que pese 50 kilos.

Si se tratara de un bien de origen animal, el contrato celebrado por la misma feria podría versar sobre la exhibición de un toro que tenga dos cabezas.

Es obvio que, tanto el zapallo gigante como el toro de dos cabezas, perfectamente podrían ser materia de consumo, destinándolos a la alimentación de los seres humanos, como habitualmente se hace con bienes de su especie.

Pero lo que mueve a las partes a no dar a estos bienes el destino que habitualmente les correspondería, son sus especiales características, las mismas que los hacen únicos y, evidentemente, resulta mucho más valioso para el comodante contratar la exhibición de su zapallo que venderlo por kilos; o para el ganadero, celebrar dicho contrato con respecto al toro, en lugar de sacrificarlo en un camal.

Hemos dejado para este punto la mención a los bienes consumibles de origen mineral, ya que resulta evidente el hecho de que la gran mayoría de minerales perduran inalterables más allá del primer uso que se haga de ellos.

Sin embargo, podríamos imaginar el caso de alguna formación glaciar, fruto de la naturaleza, que revista una peculiar geometría, o composición química especial, pero que fundamentalmente esté conformada por agua.

Si las peculiaridades de esta formación resultaran tan atractivas para la ciencia, podría darse el caso de que algún instituto de investigación o universidad la extraiga del lugar donde se encuentra y la conserve con las mismas condiciones climáticas de carácter artificial que rodeaban su permanencia en el lugar de origen.

No cabe ninguna duda de que la función primordial del agua en el mundo está dada por su consumo, y que también en este caso se podría derretir dicha formación glacial y aplacar la sed de algún profesor universitario. Sin embargo, resulta evidente que no hay punto de comparación entre la utilidad práctica que tendría esa formación en exhibición, que la que podría tener si se le destinara a su uso habitual, previa celebración de un contrato de comodato.

Otro punto que necesariamente debe abordarse al tratar acerca de esta modalidad especial de comodato sobre bienes consumibles, es la relativa al plazo de duración de dichos contratos.

Decimos esto, pues la inmensa mayoría de bienes consumibles, sea cual fuere el género al que pertenezcan, son de carácter perecible, vale decir que en un tiempo corto o mediano van a dejar de tener existencia, ya sea por perecer, es decir por morir, o porque los esfuerzos de conservación de los mismos no puedan ser eternos. En el primer caso se encontraría el toro de dos cabezas; y en el segundo el zapallo gigante.

Tal vez escaparía a estas consideraciones la formación glaciar objeto de nuestro tercer ejemplo (pero solo tal vez, ya que en nuestros tiempos, incluso en los museos o instituciones de tecnología de punta, siempre existen riesgos que impiden la conservación plena y permanente de un bien consumible a perpetuidad).

Lo antes expresado implica que el plazo de los contratos de comodato que recaigan sobre bienes consumibles, necesariamente estará ligado al de su existencia material, o, dicho en otras palabras, al de su subsistencia material en las condiciones en que fue pactada su entrega, ya que no debe olvidarse que el contrato materia de estudio implica, de acuerdo a lo establecido por el propio artículo 1728 del Código Civil, la obligación del comodatario de devolver al comodante el bien recibido.

Si concordamos estas consideraciones con la naturaleza consumible de los bienes materia del contrato de comodato previsto por el artículo 1729 y con los principios de Derecho de Obligaciones (especialmente, el principio de identidad en el pago), no nos cabe duda de que a menos que se haya pactado lo contrario, el bien deberá ser devuelto por el comodatario al comodante en las mismas condiciones en que fue recibido.

Ello implicaría, en principio, que la situación del bien consumible dado en comodato, no se altere durante el plazo del contrato, ya que de lo contrario se estaría transgrediendo el mencionado principio de identidad, además de entregar en devolución un bien disminuido o deteriorado.

Sin embargo, las afirmaciones que acabamos de efectuar, no implican principios de carácter imperativo, ya que dichas normas solo serán aplicables en ausencia de pacto de partes en torno a una situación diferente del estado de conservación que pudiera tener el bien objeto del contrato, al momento de ser devuelto.

Por otra parte, consideramos necesario formularnos la pregunta en el sentido de si cabría la celebración de un contrato de mutuo (contrato de préstamo de bienes consumibles) que recaiga, excepcionalmente, sobre bienes no consumibles.

Si bien es cierto que el mencionado supuesto no es tratado por la doctrina y la legislación, nos ha resultado interesante interrogarnos sobre el particular.

Al respecto creemos que la única posibilidad en que resultaría factible una situación de las referidas características, sería aquella en la cual las partes contratantes (mutuante y mutuatario) asignen carácter consumible a bienes que no lo sean, es decir, a bienes que no se destruyan ni tampoco deterioren con el primer uso que se haga de ellos.

Esto implicaría que mutuante y mutuatario vayan a dar un destino especial (distinto del que habitualmente tienen) a dichos bienes.

Un ejemplo podría ser «celebrar» un contrato de mutuo sobre un automóvil de determinada marca, modelo, color, año y estado de conservación, con el propósito de que sea utilizado en la filmación de una película, en una de cuyas escenas será destruido completamente. De esta manera las partes pactarán que el mutuatario (la empresa productora cinematográfica) devolverá al propietario un automóvil de igual marca, modelo, color, estado de conservación y año de fabricación, cuando la película tenga cuatro semanas de exhibición en la cartelera nacional, vale decir, cuando se empiecen a obtener los primeros ingresos por concepto de exhibición de la misma, que permitirán reunir los fondos necesarios para reponer dicho automóvil.

Reconociendo el carácter peculiar y la escasísima frecuencia con la que pueden celebrarse actos de esta naturaleza, debemos expresar que, sin lugar a dudas estaríamos en presencia de un contrato de mutuo celebrado sobre bienes no consumibles, vale decir, ante la figura absolutamente contraria a la establecida por el artículo 1729 del Código Civil, en relación al comodato de bienes consumibles si son prestados a condición de no ser consumidos.

Así, dentro de la lógica que venimos siguiendo, podríamos concluir en que hay mutuo de un bien no consumible solo si es prestado a condición de ser consumido.

De ninguna manera estamos proponiendo que el Código Civil incluya una norma como la contenida en el principio anotado. Lo único que hacemos es indicar la factibilidad de una operación como la descrita.

6. El comodato sobre bienes futuros

Si bien es cierto que ninguna de las normas del título que regula al contrato de comodato en el Código Civil se ocupa del comodato sobre bienes futuros, no vemos ningún inconveniente en que se celebre un acto de estas características.

Decimos esto en la medida en que, como ha sido expresado oportunamente, la figura del comodato se plantea fundamentalmente sobre bienes ciertos. Y es sobre este tipo de bienes en torno a los cuales gira la teoría de la contratación sobre bienes futuros, ya que se planteará la dificultad práctica de que el bien futuro específico llegue a tener la existencia deseada.

De ser este el caso, deberíamos aplicar *mutatis mutandis* los principios que sobre el particular contiene el Código Civil respecto a la compraventa de bienes futuros (artículos 1534, 1535 y 1536). Pero, siempre amparándonos en las normas generales que permiten la contratación sobre este tipo de bienes (artículos 1409, inciso 1 y 1410 del Código Civil)[4].

7. Comodato sobre bienes ajenos

Al igual que lo que sucede en torno a los bienes futuros, podríamos decir que el Código Civil, cuando desarrolla los preceptos relativos al contrato de comodato no se ocupa, en lo absoluto, de los bienes ajenos.

Es evidente que este contrato es susceptible de recaer sobre bienes ajenos, pero tampoco recibe, por la mayoría de códigos civiles consultados, norma expresa al respecto. Sin embargo, encontramos dos excepciones: el segundo anteproyecto del libro V del Código Civil Peruano de 1926, que incluye una norma: el artículo 672, por el cual se señala, al igual que en el caso del contrato de mutuo, que el comodato solo puede ser celebrado por quienes tengan plena capacidad de disponer libremente de sus bienes. Así, constituye el único de los Códigos Civiles consultados que hace referencia expresa a un caso de comodato de bien ajeno. De otro lado, el Código Civil Ecuatoriano de 1887, en su artículo 2128, señala que si la cosa no perteneciera al comodante, y el dueño la reclamase antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicio contra el comodante, salvo que este haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido al comodatario.

No obstante la ausencia de regulación especifica, el tema se rige por la norma general del artículo 1409, inciso 2, que permite la contratación sobre bienes ajenos, aplicándosele, *mutatis mutandis*, las normas sobre venta de bien ajeno (artículos 1539 a 1541 del Código Civil) y los preceptos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero (numerales 1470, 1471 y 1472 del acotado)[5].

---

[4] Sobre este particular, remitimos al lector a lo expresado en nuestro *Tratado de la venta* (Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la Venta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, vol. XVIII, tomo II, pp. 309-393).

[5] Para mayor información remitimos al lector a los comentarios formulados sobre la venta de bien ajeno en nuestro *Tratado de la venta* (Castillo Freyre, Mario. *Op. cit*, tomo II, pp. 395-446 y tomo III, pp. 27-210).

8. Los sujetos en el contrato de comodato

Del concepto de comodato que brinda el Código Civil Peruano en su artículo 1728, se deduce claramente la existencia de dos partes que intervienen en la celebración de dicho acto.

Por un lado tenemos al comodante, que es la parte que se obliga a dar un bien al comodatario, a título de liberalidad, es decir, en calidad de préstamo gratuito, a fin de que luego del plazo pactado o de la finalidad prevista, le sea devuelto.

De otro lado tenemos al comodatario, quien va a recibir el bien del comodante, usarlo y devolverlo sin más desgaste que el que imponga un uso diligente y cuidadoso del mismo.

Si bien es cierto que el comodatario no está celebrando un contrato de prestaciones recíprocas, se obliga a devolver el bien que le ha sido entregado, lo que equivale a decir que está asumiendo una obligación de dar, pero en devolución.

Dentro de los criterios que se manejan habitualmente al respecto, el único que soportaría la carga de la prestación en el comodato es el comodante. Sin embargo, podría plantearse la existencia de un comodato modal o con cargo.

A este respecto serían de aplicación las normas contenidas en los artículos 185 a 189 del Código Civil[6], no dejando por ello, en principio, de tratarse de un acto de liberalidad.

9. El plazo en el contrato de comodato

Independientemente de la descripción que en cuanto al plazo del comodato hicimos al clasificarlo por el tiempo, y en atención a determinadas particularidades

---

[6] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

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 186.- Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, este debe cumplirse en el que el juez señale. La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

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 solo 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.

que presenta nuestro Código Civil, es que queremos detenernos en el análisis de este tema.

Siguiendo los criterios establecidos por el profesor argentino Fernando J. López de Zavalía, si nos formulásemos la pregunta de cuánto debe durar la ejecución del contrato de comodato, es evidente que el mismo podrá ser de ejecución inmediata, vale decir, uno cuya ejecución comience inmediatamente después de celebrado el contrato; pero también podría ser de ejecución diferida, si es que se pactara que el bien sea entregado al comodatario pasado un lapso de dicha celebración.

En lo que respecta a la pregunta de cuánto debe durar la ejecución del contrato de comodato, difícilmente podríamos responder que se trata de un contrato de ejecución instantánea, ya que si así fuese no tendría sentido alguno la celebración del mismo. Esto, en atención al concepto de dicho contrato recogido por el artículo 1728 del Código Civil, que implica que el comodatario haga uso del bien dado en comodato por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva, sin perjuicio de las excepciones establecidas por los artículos 1736 y 1737 del propio código, que serán materia de posterior análisis.

Dentro de tal orden de ideas, el comodato es fundamentalmente un contrato de duración continuada, ya que la permanencia del bien en poder del comodatario no va a sufrir, en principio, intervalos; es decir, la ejecución de dicha prestación se realizará sin solución de continuidad.

Siendo de duración continuada, ella podrá haberse pactado de manera determinada, es decir a plazo fijo, o para un uso específico.

En materia de derecho de obligaciones y contratos, es sabido que los plazos se establecen con el propósito de cumplirse, vale decir que el cumplimiento de los mismos es obligatorio para las partes que intervienen en la celebración del acto.

Sin embargo, existen determinados casos en los que el Código Civil establece preceptos de carácter excepcional en lo que respecta a esta materia, fundamentalmente, cuando nos encontramos en presencia de contratos celebrados a título gratuito o de liberalidad. Ejemplos notorios se encuentran en el contrato de donación y, también, es el caso del contrato de comodato, el mismo que, no debemos olvidarlo, es un acto a título gratuito (préstamo de uso gratuito de bien no consumible).

En tal sentido, la ley prioriza en determinados casos el interés del comodante en detrimento del interés del comodatario, si se presentaran situaciones de carácter excepcional. Es el caso de lo dispuesto por el artículo 1736 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1736.- Si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitarle su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso.

Con prescindencia del carácter excepcional del artículo que acabamos de transcribir, debemos subrayar el hecho de que la urgencia a que hace referencia la norma debe tener la condición de imprevista, vale decir que no haya sido prevista por el comodante con anterioridad a la celebración del contrato.

Además, la otra excepción prevista por el artículo 1736, consiste en que el comodante acredite la existencia de peligro de deterioro o pérdida del bien dado en comodato, si este continuase en poder del comodatario. Entendemos, naturalmente, que los conceptos de deterioro o pérdida a que acabamos de hacer referencia, guardan plena concordancia con lo establecido al respecto por los artículos 1137 y 1138 del Código Civil Peruano, a cuyo texto remitimos al lector.

A nuestro modo de ver, resulta claro que los supuestos anotados son de carácter plenamente objetivo, ya que las causales que eventualmente invoque el comodante deben encontrarse respaldadas con el debido sustento probatorio.

Ello significa que el comodante no podrá poner término al contrato de comodato celebrado a plazo fijo, sin el debido sustento objetivo. De no existir este respaldo, el plazo deberá respetarse escrupulosamente y no habrá forma a través de la cual el comodante pueda forzar a su contraparte para poner término al contrato y a devolverle el bien prestado.

Por otra parte, debemos decir que el comodato también puede ser pactado a duración determinable, vale decir, duración referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha, como podría ser el caso de un contrato sujeto a plazo resolutorio, cuyo momento de ocurrencia exacto se desconoce (como sería el supuesto en que se haya colocado como término final del comodato a la muerte del comodante o del comodatario).

Pero el comodato también podría ser un contrato que se celebre a duración indeterminada, vale decir, el caso en el cual se hubiese señalado el término inicial del contrato, mas no el término final del mismo.

Como sabemos, el hecho de que se celebre un contrato a plazo indeterminado no equivale a que el contrato sea eterno, es decir que las partes no puedan ponerle fin.

Dentro de esta lógica se inscribe lo dispuesto por el artículo 1737 del Código Civil Peruano, en el sentido de que:

> Artículo 1737.- Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite.

La formalidad en el contrato de comodato.

En virtud de lo establecido por el artículo 1730 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1730.- La existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605.

Igualmente el artículo 1649 del propio código establece que:

> Artículo 1649.- La existencia y contenido del mutuo se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605.

En tal sentido, debe recordarse que el artículo 1605 es una norma propia del contrato de suministro, la misma que regula la formalidad en el suministro celebrado a título oneroso, al señalar lo siguiente:

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

En lo personal, consideramos que este párrafo, aplicable no solo al suministro sino también al contrato de mutuo, no aporta absolutamente nada. Sin su inclusión se habría entendido lo mismo.

Pero si se estableciese la prevalencia del instrumento escrito, se tendría incluso que llegar a detallar de modo más minucioso la prevalencia de los instrumentos escritos entre sí, por lo que la norma resultaría ociosa e intrascendente.

Sin embargo, lo que puede resultar más interesante es que si bien el Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente al momento de la promulgación del Código Civil Peruano en 1984, establecía en materia probatoria el sistema de la prueba tasada, a través del cual de manera apriorística se asignaba mayor valor probatorio a determinados medios por sobre otros; el Código Procesal Civil de 1993 no efectúa tal distinción, considerando que todos los medios probatorios tienen —en principio— igual importancia y deja al juez su adecuada valoración, según las circunstancias del caso.

Por estas razones es que consideramos que podría haberse prescindido de los artículos 1649 y 1730 del código, al igual que de su referente, el primer párrafo del artículo 1605, norma propia del contrato de suministro.

10. Presunción de adecuado uso y conservación del bien

De conformidad con lo establecido por el artículo 1731 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1731.- Se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario.

El Código Civil de Santa Cruz hacía responsable al comodante de los defectos «que pueden causar perjuicio al que se sirve de la cosa, si conociendo estos defectos no los advirtió al comodatario» (artículo 1253). En este precepto se hacía referencia

a los vicios ocultos que pudiese haber tenido el bien dado en comodato. Al respecto, los códigos civiles de 1852 y 1936 mandaban al comodante a «avisar si la cosa prestada tenía algún vicio oculto» (artículos 1832, inciso 1 y 1592, inciso 1, respectivamente). Y el Código Civil de 1984 establece que la comunicación debe ser oportuna. El proyecto de Vidaurre sancionaba el incumplimiento de esta obligación ordenando el pago del doble del daño, que resultare para el comodatario, y agregaba que «si el mal recayese en la persona, será sujeto a juicio criminal».

El Código Civil de 1984 ha introducido una presunción *iuris tantum*, que no registra antecedentes en el Perú, cuando señala que se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación.

Esta norma nos hace recordar lo dispuesto por el artículo 1655, relativo al contrato de mutuo («Recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó») y el artículo 1679, referido al contrato de arrendamiento, ubicado dentro del capítulo relativo a las obligaciones del arrendador («entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir, y con todo lo necesario para su uso»).

Como lo hemos expresado al estudiar los contratos de mutuo y arrendamiento, y específicamente las normas citadas, estimamos que la presunción establecida en el artículo 1731 tiene directa relación con la idea de que una vez entregado el bien por el comodante al comodatario, dicho bien se encuentra en buen estado de uso y conservación, vale decir, que resulta útil a efectos del contrato celebrado.

Desde nuestro punto de vista, las presunciones establecidas en los artículos 1655, 1679 y 1731, resultan inadecuadas.

En primer término, porque dentro de la lógica de las obligaciones de dar podría pensarse en la creación de una regla similar para todos los contratos que impliquen este tipo de obligaciones (y nótese que el código ya ha incurrido en el error de incluir una norma como esta en mutuo, arrendamiento y comodato). Y, como sabemos, ello no es así, en la medida de que dichos contratos y dichas obligaciones no se encuentran amparados por ninguna presunción.

En segundo lugar, el tema de la presunción de buen estado de uso y conservación resulta excesivo. Pensamos que el mismo debería regirse, en todo caso, por las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento, contenidas en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, teniendo en cuenta que en el citado numeral se afirma lo siguiente:

> Artículo 1484.- Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

Y el numeral siguiente, el artículo 1485, establece que:

> Artículo 1485.- En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

En tercer término, el artículo 1731 del Código Civil hace referencia a la presunción de buen estado de conservación, elemento que resulta adicional a las presunciones establecidas en los numerales referidos al mutuo y al comodato. Pero consideramos que la presunción de buen estado de conservación tampoco constituye un gran aporte al tema, en la medida en que dado lo establecido en el artículo 1134 del propio código, el deudor del bien cierto (en este caso, el comodante), tiene la obligación de conservarlo hasta su entrega, en absoluto resguardo del principio de identidad del pago, que el propio Código Civil establece en el numeral 1132.

Dentro de tal orden de ideas, la presunción de buen estado de conservación chocaría con la propia realidad, en virtud de la cual el comodatario tendría todo el derecho de no aceptar la entrega del bien, si es que el mismo estuviese deteriorado o destruido.

Y en cuarto término, estimamos que la presunción contenida en el artículo 1731 del Código Civil, no aporta nada, en la medida en que incluso si no existiese, el comodatario que se sienta perjudicado, debería demostrar que el bien dado en comodato no se hallaba en estado de servir para el uso a que se destinó, en virtud del principio general de derecho procesal, que reza que todo aquel que alegue un hecho debe probarlo. Y, esta prueba, tendría que aportarse con la existencia de la presunción a favor del comodante o sin ella.

Por otra parte, resulta evidente que la situación del comodante no variaría si la presunción no existiese, ya que si el comodatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar dicho perjuicio.

Finalmente, debemos señalar que el artículo 1731 del Código Civil, establece la salvedad de prueba en contrario, a diferencia de sus precedentes, los artículos 1655 y 1679. Sin embargo, ello no significa que en los casos de estas dos últimas normas no quepa también el pacto en contrario, ya que, es obvio que no se trata de presunciones *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*.

11. El riesgo en el contrato de comodato

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1732 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1732.- Corresponde al comodante el aumento y el menoscabo o pérdida del bien, salvo culpa del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio.

Norma parecida al artículo 1732 se encuentra solo en los Códigos de 1852 y 1936. Estos Códigos contienen también una norma similar respecto del artículo 1750, en la que se establece que en caso de imposibilidad de devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

Como se recuerda, la regla general en materia de la teoría del riesgo en obligaciones de dar bienes ciertos, está constituida por el artículo 1138, precepto donde se asume el concepto de riesgo relativo a la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, siendo la regla general en la materia el *periculum est debitoris*.

Como es evidente, la citada norma está pensada en función de la existencia de una contraprestación de la que se verá beneficiado el deudor de la obligación de dar un bien cierto. Sin embargo, es claro que en el contrato de comodato, por ser de prestación unilateral, no existe contraprestación alguna.

En virtud de lo anotado podemos expresar que la lógica del artículo 1732 no gira en torno a similares conceptos de riesgo que los contenidos en el numeral 1138. Hasta podría decirse que el concepto de riesgo que maneja el artículo mencionado es mucho más simple, pues se refiere a los aumentos o al menoscabo o pérdida que pudiera sufrir el bien.

Esta norma recoge el viejo principio *res perit domino*, que no significa otra cosa que el bien se pierde para su dueño, lo que equivale a decir que el propietario de un bien sufre las consecuencias del aumento o menoscabo que resulte sobre el bien.

En el contrato de comodato estas consecuencias deberán ser asumidas por el propietario mientras el bien esté siendo poseído por el comodatario. Es evidente que antes de la entrega al comodatario se aplican las reglas establecidas por el artículo 1138 del Código Civil.

Sin embargo, el artículo 1732 contiene dos excepciones.

La primera de ellas está constituida por los casos en los que la pérdida o deterioro del bien obedezcan a culpa del comodatario, supuesto en el cual él deberá responder por los daños y perjuicios causados.

Es necesario precisar que al no efectuar una distinción la norma anotada, debemos entender que la misma comprende tanto el incumplimiento que obedezca a culpa leve, culpa inexcusable o dolo del deudor.

Queda claro, entonces, que en este supuesto el comodatario tendría que resarcir todos los daños y perjuicios causados.

La segunda excepción contemplada por el artículo 1732 consiste en que las partes hayan pactado la cláusula de satisfacción de todo perjuicio. Esta cláusula, dentro de los términos en que está redactado el artículo 1732, la entendemos como aquella por la cual el comodatario deberá pagar o responder por todo menoscabo o pérdida que

ocurra con respecto al bien, salvo aquéllos que se produzcan por culpa del comodante.

Es evidente que la cláusula de satisfacción de todo perjuicio incluye la reparación de los daños causados por caso fortuito, fuerza mayor, o aquéllos que el bien sufrió a pesar de que el comodatario empleó la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil).

12. Carácter *intuitu personae* del comodato

El contrato de comodato es uno basado fundamentalmente en la confianza que tiene el comodante en el comodatario, razón por la cual resulta ser, sin lugar a dudas, un contrato *intuitu personae*.

De acuerdo al principio general establecido por el artículo 1218 del Código Civil:

> Artículo 1218.- La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

Como expresamos en oportunidad anterior[7], el artículo 1218 del Código Civil Peruano, establece un principio claro y unánimemente aceptado: La obligación, salvo cuando es inherente a la persona (*intuitu personae*), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Este es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor, por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquéllos del deudor.

En el contrato de mutuo, contrato que podríamos calificar como «primo hermano del comodato», por citar un ejemplo, la obligación asumida por el mutuatario se transmitirá, sin duda, a sus herederos, salvo estipulación en contrario.

El propio artículo 1218, como acaba de mencionarse, señala que no se transmitirá a los herederos la obligación cuando sea inherente a la persona. Es el caso del artículo 1733, relativo al comodato.

Sin embargo, el artículo 1733 establece una excepción, por el supuesto en que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse. Criterio distinto adoptó el Código Civil de 1936, al señalar que «el comodato se acaba por la muerte del comodatario» (artículo 1591). El Código Civil de 1852 estableció como excepción «cuando se presta solo en consideración a la persona del comodatario, no pasan los derechos de este a sus herederos». Al no pronunciarse sobre las

[7] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, vol. XVI, primera parte, tomo IV, pp. 21 y 22.

obligaciones, tal vez se debía entender que estas sí se transmitían, criterio que también habría sido adoptado por el Código Civil de 1936 y el proyecto de Vidaurre.

Entendemos que el hecho de existir esa finalidad que no pueda suspenderse, no quita, en lo absoluto, al contrato de comodato, su carácter *intuitu personae*.

Es más, resulta en estos casos irrelevante, si la finalidad que no pueda suspenderse tenía o no intervención del comodatario. Lo importante es que si se interrumpiera dicha finalidad, se podrían causar daños y perjuicios a la empresa, herederos o incluso terceros beneficiados por dicho contrato en ejecución.

Ahora bien, resulta obvio que inmediatamente terminada o cumplida la referida finalidad, habrá cesado el comodato, debiendo los herederos del comodatario restituir al comodante de inmediato el bien, en las mismas condiciones en que su causante pactó dicha restitución.

13. El contrato de subcomodato

A pesar de no encontrarse regulado expresamente por el Código Civil Peruano (salvo la regla general de intransmisibilidad contemplada por el artículo 1734 del Código Civil), y siguiendo los principios establecidos por el artículo 1692 del propio código en lo que respecta al subarrendamiento, podríamos definir al subcomodato como el comodato total o parcial del bien dado en comodato que celebra el comodatario a favor de un tercero, con asentimiento escrito del comodante.

Nos ocuparemos en detalle de las características del subcomodato.

13.1. En cuanto al nombre

Por su nombre, es un contrato nominado, ya que no solo recibe el referido nombre en tiempos modernos, sino que es conocido como tal desde antaño.

13.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, es un contrato típico social, mas no típico legal.

Es típico social, ya que la sociedad en su conjunto conoce cuál es la estructura de este contrato.

No es típico legal en virtud de que no se encuentra expresamente regulado por el Código Civil Peruano, ni por alguna otra ley en el Perú.

13.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura es un contrato simple, ya que siempre se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica. Ésta consiste en la obligación del

comodatario de ceder el uso del bien dado en comodato a favor del subcomodatario. Todo ello, con autorización del comodante o propietario del bien.

13.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido o área es fundamentalmente un contrato civil.

Es claro que, tanto el comodato de naturaleza civil, como el comodato de naturaleza mercantil, se hallan regulados de manera uniforme por el Código Civil Peruano de 1984, cuerpo legal que no efectúa distinción alguna en cuanto a la naturaleza del contrato de comodato, el mismo que podría ser civil o mercantil, dependiendo de las personas que lo celebren.

Igual respuesta puede obtenerse en lo que atañe al contrato de subcomodato, el mismo que siempre se encontrará regulado por lo dispuesto en el Código Civil de 1984.

13.5. En cuanto a su autonomía

En cuanto a su autonomía, el subcomodato es un contrato derivado, ya que requiere de la existencia de un contrato principal (el contrato de comodato del cual emana). El contrato principal de comodato le imprime sus características propias al subcomodato, de modo tal que el subcomodato siempre tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario de comodato del cual emana.

Nunca podría existir un contrato de subcomodato sin que existiese un contrato de comodato.

Así, si un comodatario diese en comodato a un subcomodatario el inmueble que ocupa en virtud del contrato de subcomodato, sin contar con la aprobación expresa y escrita del comodante o propietario del inmueble, siempre sería un subcomodato, a pesar de tratarse de un contrato nulo, por estar ausente dicha autorización del comodante o propietario del inmueble. Pero no se trataría de un comodato de bien ajeno, ya que para ser tal, no debería haber existido un previo contrato de comodato que vinculara al comodante y al comodatario.

13.6. En cuanto a su formación

El contrato de subcomodato en sí mismo considerado, es un contrato consensual, en la medida de que la ley no exige que se siga alguna formalidad preestablecida, pudiendo incluso, celebrarse de manera verbal.

Es más, la autorización que otorgue el comodante al comodatario para celebrar el subcomodato, no tendría por qué ser dada por escrito, ya que si bien el tema del subcomodato se rige *mutatis mutandis* por los principios que inspiran el subcomodato, no podríamos aplicar el argumento del artículo 1692, *in fine*, del Código Civil, por

el principio jurídico de que la norma que restringe o prohíbe derechos, no puede ser aplicada por analogía. Sin embargo, el principio de incesibilidad del artículo 1734 es susceptible de generar interrogantes sobre el particular.

13.7. En cuanto al tiempo

En cuanto al tiempo el subcomodato es, esencialmente, un contrato de duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial mas no el final).

Sin embargo, consideramos que el tema del subcomodato debería regirse también por un principio similar al establecido por el artículo 1694 del Código Civil, norma propia del contrato de arrendamiento, pero cuyos principios y criterio equitativo, resultan de innegable aplicación al contrato de comodato. Dicho precepto, establece lo siguiente:

> Artículo 1694.- A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente.

13.8. En cuanto a su negociación

El subcomodato, teóricamente, podría ser un contrato por adhesión o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación. Pero ello solo en teoría, ya que en la práctica será poco menos que imposible encontrar un subcomodato que revista estas características.

Lo que queremos expresar es que dada la naturaleza de ser un contrato derivado, el subcomodato siempre será de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen libertad de modelar su contenido.

13.9. En cuanto al rol económico

El subcomodato es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el subcomodatario, sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga al subcomodatario a devolver el bien, ya sea al comodatario o al comodante, según corresponda.

13.10. En cuanto a su función

Por su función, el subcomodato es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios, pero nunca

será resolutorio, ya que en el subcomodato siempre se generará la obligación —por parte del comodatario— de entregar en uso el bien al subcomodatario y este último asumirá la obligación de devolverlo.

13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Pensamos que el subcomodato es un contrato colectivo, ya que no solo obliga a las partes que lo celebran, sino también al comodante, quien a pesar de no ser parte en el contrato y por el hecho de haber autorizado su celebración, queda obligado a respetar la existencia y duración del subcomodato mientras dure el plazo de vigencia del contrato principal (el de comodato).

13.12. En cuanto a la prestación

El subcomodato es esencialmente un contrato bilateral imperfecto, a través del cual una parte, el comodatario, se obliga a ceder temporalmente y a título gratuito al subcomodatario el uso del bien dado en comodato.

13.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, el subcomodato es un contrato celebrado a título gratuito, pues, en tanto el comodatario se obliga a entregar el bien para que sea usado por el subcomodatario, este no asume obligación alguna en favor de aquel.

13.14. En cuanto al riesgo

El contrato de subcomodato es fundamentalmente conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplirse son ciertas, vale decir, conocidas de antemano; aunque la naturaleza del subcomodato no impediría que este revistiera modalidad aleatoria.

13.15. En cuanto a sus efectos

El subcomodato es un acto meramente obligatorio u obligacional.

14. La autorización del comodante en el subcomodato

Como se recuerda, conforme a lo establecido por el artículo 1692, para que se celebre el subcomodato se requiere que el arrendador otorgue su asentimiento escrito. Este también es el sentido amplio del artículo 1734, norma que a pesar de no referirse específicamente al subcomodato, podría darnos una pauta a este respecto.

Así, las normas del contrato de comodato no prevén nada específico sobre el particular.

Sin embargo, entendemos que dada la naturaleza del contrato de subcomodato, resulta necesaria la existencia del asentimiento del comodante para la validez del contrato de subcomodato, la misma que no se requiere sea escrita, pero debería serlo en el terreno procesal, ya que difícilmente podría acreditarse la existencia de un asentimiento que no revistiera dicha formalidad.

Hemos expresado las consideraciones anteriores en virtud de que el comodato es un contrato *intuitu personae*, vale decir, que se celebra en estricta consideración a las cualidades personales, empresariales, morales, etc., del comodatario. Razón por la cual, al comodante no le dará lo mismo si el comodatario continúa con el cumplimiento de sus obligaciones o si delegara a otro la posibilidad de uso del bien.

Sólo a título de ejemplo, podríamos decir que a un comodante no le dará lo mismo que el bien sea utilizado por tal o cual persona en calidad de comodatario, debido a que aquel con quien ha celebrado el contrato, tal vez sea una persona que él mismo se ha ocupado de seleccionar con el debido cuidado, a fin de que preserve la integridad física del bien materia del comodato.

En este sentido, resulta evidente que a tal comodante no le dará lo mismo que en vez del comodatario sea un tercero quien haga uso del bien, no porque partamos del hecho de que dicho tercero no guarde los debidos cuidados para con el bien, sino porque partimos de la simple constatación de que el comodante no ha celebrado contrato con dicho tercero.

Es en virtud de estas consideraciones que el Derecho estima imprescindible, para la validez de un contrato de subcomodato, que el comodante dé su asentimiento al respecto.

Pero a diferencia del contrato de subarrendamiento, no exige específicamente que dicho asentimiento sea otorgado de manera escrita. Sin embargo, ello debería haber sido así, en virtud de que dicha formalidad se basa en razones de seguridad jurídica, para otorgar mayor certeza en el sentido de que dicha autorización ha sido realmente otorgada.

También resulta de interés, razonar acerca del momento en que debe ser manifestado tal asentimiento.

En ausencia de prescripción legal, podemos manifestar que el asentimiento del comodante podría ser efectuado con anterioridad, coetaneidad o posterioridad al contrato. Así, la autorización a dar en subcomodato podría haber sido establecida en el propio contrato de comodato celebrado entre comodante y comodatario.

Dicha autorización también podría haber sido otorgada por el comodante, interviniendo en una estipulación especial en el propio contrato de subcomodato.

Y, también podría haber sido otorgada con posterioridad a la celebración del referido contrato de subcomodato.

En los dos primeros casos la validez del subcomodato se presentaría desde el momento de su celebración. En el tercer caso, el subcomodato sería válido recién desde el momento en que el comodante manifieste su autorización.

No está de más señalar que dicho comodante podría otorgar la referida autorización en cualquier otro momento, distinto a los señalados con anterioridad.

En relación a si dicho asentimiento debe contener la determinación exacta de la persona del subcomodatario, podemos manifestar que ello es optativo, en la medida en que la ley no prescribe que dicho asentimiento deba hacerse necesariamente con precisión de la persona del futuro subcomodatario.

Es claro que si se dejara abierta la posibilidad de que el comodatario contrate con quien considere conveniente, el comodante estaría otorgando dicha autorización con renuncia de su potestad de verificar con la mayor pulcritud a la persona que ocupará la posición contractual de subcomodatario y que pasará a usar el bien en vez del comodatario, debiendo ser consciente de los riesgos que implicaría otorgar una autorización escrita con la amplitud a que estamos haciendo referencia. Dentro de tal orden de ideas, pensamos que lo más lógico sería que el comodante precise en la autorización a otorgar, el nombre del subcomodatario y que previamente haya verificado la idoneidad de esa persona para la celebración del futuro contrato de subcomodato.

15. Naturaleza de la responsabilidad existente entre el subcomodatario y el comodatario con respecto al comodante

A diferencia del caso del subcomodato, como hemos expresado en reiteradas ocasiones, el Código Civil no regula específicamente el subcomodato.

Como referencia, diremos que la responsabilidad del subarrendatario y del arrendatario con respecto al arrendador tiene carácter solidario y se encuentra establecida por el artículo 1693 del Código Civil Peruano de 1984, cuando expresa que:

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

Por su parte, el artículo 1183 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Esto significa que para el caso del subcomodato, de ninguna manera podría señalarse que la responsabilidad del subcomodatario y del comodatario con respecto al comodante, tiene carácter solidario.

En tal virtud, y dependiendo de la naturaleza de las obligaciones asumidas en el contrato original (comodato), la responsabilidad será divisible y mancomunada o indivisible y mancomunada.

Si la responsabilidad fuese divisible y mancomunada, el cumplimiento de dichas obligaciones se regirá por las normas de las obligaciones divisibles, vale decir, por los artículos 1172, 1173 y 1174 del Código Civil. Todo esto, en virtud de lo establecido por el artículo 1182 del propio código, que no contiene una regulación propia para las obligaciones mancomunadas, sino que señala que ellas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

Si la obligación fuese indivisible y mancomunada, la responsabilidad se regirá íntegramente por las normas de las obligaciones indivisibles, las que están reguladas entre los artículos 1175 y 1180 del Código Civil, preceptos a los que deben adicionarse, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1181, los principios (que también son comunes a solidaridad) establecidos por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

El artículo 1180 del Código Civil contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento se deba a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores. En esta hipótesis la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si estos se hubiesen generado). En tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o acreedores de la misma.

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización. Mientras que cada uno de los codeudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir con la prestación, solamente contribuirán a la indemnización de los daños y perjuicios con la proporción o porcentaje del valor de la prestación que le corresponda.

Conviene aclarar que en las relaciones internas entre los codeudores, si algún codeudor culpable asume el íntegro de la indemnización, podría repetir contra los otros codeudores culpables por sus partes. Y que, si un codeudor no culpable se ve obligado a pagar su parte de la prestación, pero el bien indivisible estaba en posesión de uno de los culpables, o el codeudor no culpable estaba dispuesto a cumplir, tendría el derecho de repetir contra el culpable por su parte de la prestación que, en vía de daños y perjuicios, hubiera pagado al acreedor.

16. Carácter derivado del subcomodato

A pesar de no existir una norma específica que establezca lo relativo a la extinción del contrato de subcomodato, pensamos que dada la naturaleza del mismo, sería de entera aplicación el principio establecido por el artículo 1694 del Código Civil Peruano, en relación con el contrato de arrendamiento. Este se aplicaría señalando que:

> Artículo 1694.- A la conclusión del comodato se extinguen los subcomodatos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subcomodatario para exigir del comodatario la indemnización correspondiente.

El carácter derivado del contrato de subcomodato, impone que los plazos del mismo no puedan exceder a los del propio contrato de comodato, del cual deriva.

Sin embargo, cabría efectuar algunas precisiones.

Resulta claro que si la autorización del comodante, para que el comodatario celebre el contrato de subcomodato, no estableciera ninguna precisión en torno al plazo por el cual dicho comodatario podrá celebrar el subcomodato, el principio expresado resultará de plena aplicación.

No será así, si es que el comodante hubiese autorizado al comodatario para que celebre el contrato de subcomodato, por un plazo que excediera al del contrato de comodato.

En este caso, el tema debería ser entendido como que el comodante y el comodatario están acordando una ampliación del plazo del contrato de comodato celebrado entre ellos; vale decir, que están modificando el plazo originalmente establecido para dicho comodato.

Ello se entiende así, en la medida de que resultaría teóricamente imposible que el contrato de comodato, como contrato principal, tuviera un plazo menor que aquel que han acordado que tenga comodante, comodatario y subcomodatario, con respecto al contrato de subcomodato, que, precisamente, es el contrato derivado.

Lo expresado revestiría incluso mayor valor jurídico si es que tanto el contrato original de comodato, con plazo menor, como el contrato de subcomodato, con plazo mayor, hubiesen sido inscritos en los Registros Públicos. En este supuesto, resultaría de total evidencia que el comodante tendría que respetar el plazo mayor del subcomodato.

17. Consolidación

La consolidación[8] —también conocida como confusión— es una de las formas de extinción de las obligaciones, tal vez la más compleja por su naturaleza jurídica y por sus propios términos conceptuales.

En efecto, resulta imposible imaginar que en una persona concurran las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de una misma obligación. Como se sabe, la relación obligacional tiene por lo menos un sujeto activo (el acreedor) y un sujeto pasivo distinto del acreedor (el deudor). Pero, de suceder aquel evento ¿qué ocurre en ese caso? ¿Realmente se trata de una causa de extinción de la obligación? ¿Se produce tal extinción, por concentrarse en una sola persona la relación obligatoria, o simplemente se suspende o «paraliza» debido a que podría constituir un absurdo tautológico?

En lo que atañe al contrato de subcomodato y relacionando este tema con la figura de la consolidación, podría deducirse que cuando se produce una consolidación entre las personas del comodatario y del comodante, no es que solamente se estén unificando las calidades de acreedor y deudor en una misma obligación. Lo que ocurre es que se están consolidando un conjunto de obligaciones entre dos partes contrarias que en la relación contractual son, dependiendo de cada una de las obligaciones de que se trate, acreedor y deudor (estamos incluyendo en esta consideración, a la obligación de restituir el bien que tiene el comodatario con respecto al comodante).

Podría decirse que estaríamos en presencia de una multiplicidad de consolidaciones, supuesto que, en el plano teórico, no ofrecería ningún inconveniente, en virtud de que en cada una de ellas se tendrían que aplicar los principios sobre el aludido medio extintivo de obligaciones.

Por otra parte, hay que aclarar que lo que se consolida es la posición contractual de comodatario en el contrato de subcomodato, al haberse unificado en una sola persona (la del comodatario), las calidades contradictorias de comodatario y comodante.

Es así que una vez producida dicha consolidación, por un lado tendríamos a un comodatario y a un subcomodatario, pero tal situación resultaría inexplicable en la medida en que no nos encontrásemos frente al ya extinguido contrato de comodato, que fue contrato principal del subcomodato.

En tal sentido, si se aplicara el antiguo principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tendríamos que llegar a la conclusión de que el contrato de

[8] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1999). *Op. cit.*, tercera parte, tomo IX, pp. 339-410.

subcomodato se debería extinguir, precisamente, por haberse extinguido el contrato de comodato del cual derivó.

Esa sería la regla y la conclusión que en el plano teórico resultaría lógica.

Sin embargo, no nos cabe duda de que una situación como la descrita perjudicaría enormemente los derechos del subcomodatario, persona que no habría tenido nada que ver en la consolidación producida entre comodante y comodatario.

Si bien es cierto que en la mayoría de casos la consolidación puede ser considerada como un medio extintivo de obligaciones en el que se encuentra ausente la voluntad humana, es sabido que también existe la denominada consolidación voluntaria, la misma que requeriría de un acuerdo entre acreedor y deudor.

Dentro de tal orden de ideas, e independientemente de si la consolidación de la posición contractual de comodante y comodatario fue voluntaria o involuntaria, nos queda absolutamente claro que en ninguno de los dos casos dicha situación debería perjudicar los intereses del subcomodatario. Más aún, recurriendo a una excepción de la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podríamos evitar ese perjuicio.

Podría presentarse el caso en el cual el comodatario comprara al comodante el bien materia de comodato y subcomodato, caso en el cual dejaría de haber comodato y, teóricamente, debería extinguirse también el subcomodato.

No obstante, tal situación devendría en injusta, pues en quien se habría consolidado el comodato, sería la persona que le dio en subcomodato el bien.

Lo propio ocurriría si la consolidación entre comodatario y comodante se produjese en la persona de este último, ya que, de acuerdo a lo que hemos expresado, para que se trate de un subcomodato válido, se deberá contar con el asentimiento del comodante.

De esta forma, en virtud de esta ficción, a pesar de haberse extinguido el contrato de comodato, subsistiría el subcomodato.

Pero, lo que no debe entenderse es que dicho subcomodato subsiste como tal, vale decir, en condición de contrato derivado. Pues el mismo subsistirá, pero ahora tendrá la naturaleza de contrato principal, en la medida en que ha dejado de tener existencia el contrato del que derivaba y ya no deriva, no por su origen, sino por la referida ficción jurídica.

De esta forma, queda claro que quien tuvo la condición de comodante o comodatario, y en cuya persona se consolidó el contrato de comodato, tendrá ahora la condición de comodante y, por otra parte, el subcomodatario tendrá ahora la condición de comodatario.

18. La cesión de posición contractual y el comodato

El Código Civil Peruano de 1984 regula de manera específica, dentro del título referido al contrato de comodato, la cesión de posición contractual de alguna de estas partes. Específicamente lo hace en el artículo 1734, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 1734.- El comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad.

La cesión de posición contractual es una figura cuya regulación *in extenso* se dio por primera vez con el código de 1984, a pesar de que con anterioridad al mismo no existió ninguna disposición que prohibiese o restringiese dicha figura jurídica.

En el artículo 1435 se establece que en los contratos con prestaciones que todavía no han terminado de ejecutarse, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Para tal efecto, se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente, o después del acuerdo de cesión.

El citado precepto agrega que, si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato solo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.

Del concepto de cesión de posición contractual y de los preceptos que como normas generales contiene el Código Civil (artículos 1435 a 1439), puede apreciarse claramente que cualquiera de las partes de una relación contractual se halla en aptitud de ceder a un tercero su posición en ella, siempre y cuando cuente con el asentimiento de la contraparte.

Es claro que si el comodatario desease ceder su posición contractual a un tercero, para ello requeriría del asentimiento del comodante, en la medida en que una vez que surta efectos la cesión de posición contractual, el comodante tendría como parte en el contrato al tercero cesionario y ya no al comodatario.

Así, por razones de elemental seguridad jurídica y en virtud de que los contratos solamente surten efectos entre las partes que los celebran (y eventualmente entre sus herederos), es que sería imprescindible que el comodatario obtuviese el asentimiento del comodante a favor de la cesión.

Pero, nos quedan algunas dudas, si de lo que se tratase fuera de una cesión de posición contractual de comodante.

Si seguimos el esquema legal planteado por los preceptos del código peruano en torno a la cesión de posición contractual, resultaría evidente que si el comodante desease ceder su posición contractual en favor de un tercero, para que dicha cesión surtiera efecto, se requeriría —inevitablemente— contar con el asentimiento del comodatario.

Sin embargo, existe un supuesto que tanto en el plano teórico como en el práctico, no requeriría de la obtención de tal asentimiento.

Nos referimos al caso en el cual el comodante fuese a la vez propietario del bien dado en comodato (supuesto común en la práctica) y dicho comodante-propietario vendiese el bien a un tercero.

El contrato de compraventa celebrado haría que dicho tercero se convierta en propietario del bien. A pesar de que no habría adquirido en virtud de una cesión formal la condición de comodante, sí la habría adquirido indirectamente, al haberse convertido en propietario del bien.

Decimos esto, pues, conforme a lo establecido por el artículo 923 del Código Civil Peruano:

> Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien [...].

Dentro de tal orden de ideas, es al nuevo propietario a quien corresponde usufructuar el bien. En la medida en que el mismo se encuentra dado en comodato y en posesión del comodatario, corresponderá al nuevo propietario, no el uso del bien, pero sí la percepción de los frutos que el mismo genere.

Así, a pesar de que no se habría convenido formalmente una cesión de posición contractual, en los hechos ella sí se habría verificado.

Asumimos que esta posición podría ser discutida en el terreno teórico, al considerar que el antiguo propietario-comodante nunca habría dejado de tener la condición de comodante. Sin embargo, esta posición nos conduciría inevitablemente a la figura del enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955 del Código Civil Peruano), ya que más allá del formalismo contractual, no habría ninguna razón dentro del terreno teórico, ni dentro del terreno práctico, que abone en favor de sostener que el antiguo propietario sea quien deba recibir el bien en restitución o devolución por parte del comodatario.

19. Obligaciones del comodante

El Código Civil Peruano de 1984 en su artículo 1735, se encarga de establecer las obligaciones del comodante. El texto de dicha norma es el siguiente:

> Artículo 1735.- Son obligaciones del comodante:
>
> 1. Entregar el bien en el plazo convenido.
>
> 2. Comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce.

3. No solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736.

4. Pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

En adelante nos ocuparemos de cada una de estas obligaciones.

19.1. Obligación de entrega del bien

Como hemos señalado, el contrato de comodato recaerá en la mayoría de supuestos sobre bienes ciertos. Ello implica que nos encontraremos frente a una obligación de dar que reúna las características señaladas, y a la que le serán aplicables los artículos 1132 a 1141 del Código Civil.

En el caso hipotético, aunque poco usual, de que estuviésemos en presencia de una obligación de dar un bien incierto, resultaría necesario proceder a efectuar una elección del bien dentro de la especie, siendo aplicable a este tipo de obligaciones lo dispuesto por los artículos 1142 a 1147 del propio código.

En caso el comodato versara sobre un bien fungible, serán de aplicación los principios relativos a este tipo de bienes, a que hemos hecho referencia en un anterior trabajo[9].

En adición a lo expuesto debemos recordar que la entrega a que hace referencia el artículo 1735 debe efectuarse, tal como lo señala la norma, en el plazo convenido.

En tal sentido, es evidente que las partes gozan de la más amplia libertad para establecer un plazo que rija el momento de cumplimiento de la obligación del comodante. Sin embargo, si no hubiese plazo designado, el comodatario podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Si bien es cierto que el inciso 1 del artículo 1735 no regula el tema del lugar de entrega, ello no resultaba necesario, en la medida en que resultarían de aplicación supletoria las normas generales referidas al lugar de pago (artículos 1238, 1239 y 1240 del Código Civil). Esto significa que, en principio, el pago debe efectuarse en el domicilio del comodante (deudor), salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

19.2. Comunicar al comodatario sobre la existencia de algún vicio

La segunda obligación que la ley establece para el comodante es la de comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce.

---

[9] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, primera parte, tomo I, pp. 207 y 208.

No llegamos a entender a cabalidad los alcances del citado precepto, en la medida en que su utilidad práctica solo se comprendería si es que no existiesen las normas relativas a obligaciones de saneamiento. Ya que, como es evidente, el comodante está obligado a informar en forma oportuna y debida al comodatario acerca de todos lo vicios que conozca concernientes al bien.

No olvidemos que el artículo 1484 del propio código establece que hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien. Y, precisamente, el comodato es un contrato a través del cual el comodante se obliga a entregar al comodatario un bien para que lo use durante cierto tiempo o para determinada finalidad.

El artículo 1485 del Código Civil señala que, en virtud del saneamiento, el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

Como sabemos, la ley civil ha regulado tres tipos de saneamiento: el saneamiento por evicción, el saneamiento por vicios ocultos y el saneamiento por hecho propio del transferente.

Conforme establece el artículo 1491:

> Artículo 1491.- Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

Por su parte, el artículo 1503 prescribe que:

> Artículo 1503.- El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.

Y, finalmente, el artículo 1524 establece que:

> Artículo 1524.- El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto.

19.3. No solicitar la devolución anticipada del bien

El artículo 1250 del código del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana, precisaba que «El comodante no puede volver a tomar la cosa que prestó sino después del tiempo convenido, o en ausencia de convención, después que ella ha servido en el uso para el que fue prestada». Por su parte, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 disponían lo mismo y con similares palabras: «No pedir lo que prestó, antes del

tiempo estipulado; y, en defecto de convención, antes de haber servido en el uso para el que fue prestado» (artículos 1832, inciso 2, y 1592, inciso 2, respectivamente).

El Código Civil de 1984, empleando un lenguaje más técnico, señala que el comodante no debe solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de servir al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736.

Esta salvedad se refiere a dos supuestos. El primero se da cuando el comodante necesita el bien con urgencia imprevista; y, el segundo, cuando acredita que existe peligro de deterioro o pérdida, si continúa en poder del comodatario. Los Códigos anteriores y el proyecto de Vidaurre, solo tenían previsto el primer supuesto, en tanto el Código Civil de 1984 —con acierto— añadió el segundo.

De acuerdo a lo establecido por el inciso 3 del artículo 1735 del Código Civil, es obligación del comodante no solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736.

Si bien es cierto que el comodato es un contrato celebrado a título gratuito, a través de él el comodante asume la obligación de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

Esto significa que por más que sea un acto de liberalidad, la obligación que asume el comodante debe ser respetada, pues con el préstamo del bien estará satisfaciendo una necesidad y cumpliendo las expectativas del comodatario.

Es muy claro que si se ha celebrado un contrato de estas características, el comodatario tendrá previsto dar un destino determinado al bien, hecho que le reportará determinados beneficios. No olvidemos que el comodatario no posee dicho bien y si lo ha solicitado al comodante y este ha accedido a prestárselo, ello tiene por objeto suplir una carencia del comodatario.

Dentro de tal orden de ideas, la obligación impuesta por el artículo 1735 resulta plenamente coherente con la naturaleza del contrato y de la obligación asumida por el comodante.

Pero debemos reparar en el hecho de que el referido inciso le impone como obligación la de no solicitar la devolución del bien. Ello podría dar a entender que si la solicitase, el comodatario debería entregárselo. Pero esto no es así, en la medida en que el plazo pactado para la duración del comodato debe respetarse escrupulosamente, así como también se deberá respetar que el bien dado en comodato haya servido al uso para el que fue dado en comodato.

Sin embargo, en lo que respecta a este último punto, debe entenderse que si no se hubiese pactado plazo para la duración del contrato, sino la utilización del bien para

un determinado fin, el comodatario no podría abusar del derecho de poseer el bien indefinidamente sin destinarlo a la finalidad pactada.

En este caso consideramos que, aplicando el principio general establecido por el artículo 1240 del Código Civil, y en ausencia de alguna otra disposición contractual, el comodatario debería destinar el bien al uso pactado desde el momento siguiente al de la celebración del contrato, debiendo entenderse que la finalidad convocada comienza a tener que cumplirse desde ese momento.

Ahora bien, podríamos estar ante el supuesto en el cual se hubiese pactado un uso determinado al comodato, pero no quedará claro cuánto durará la finalidad para la que se ha prestado el bien. Sin duda, nos encontraríamos en un caso en el cual estaría presente la indeterminación del plazo, y si hubiere conflicto al respecto entre comodante y comodatario, la solución del problema debería producirse aplicando lo dispuesto en el artículo 1737 del propio código, encontrándose el comodatario obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite.

Finalmente, debemos anotar que la obligación impuesta por el inciso 3 del artículo 1735 del Código Civil, sobre la que nos hemos expresado, establece una excepción, consistente en el caso previsto por el artículo 1736.

Antes de concluir con nuestros comentarios al inciso 3 del artículo 1735 del Código Civil, debemos subrayar el hecho de que dicha norma constituye una obligación de no hacer, en este caso la de no solicitar antes de tiempo la devolución del bien prestado. Pero estimamos que esta obligación negativa lleva también implícita otra obligación de no hacer, que consiste en abstenerse de perturbar al comodatario en la posesión del bien. Es evidente que si se diera el supuesto mencionado, se estaría configurando un hecho propio del transferente que podría generar una obligación de saneamiento, tal como está regulado en los artículos 1524 a 1528 del propio código.

19.4. Pagar los gastos extraordinarios

Otra obligación del comodante está referida al pago que debe realizar por los gastos extraordinarios, que haya hecho el comodatario, para la conservación del bien. Todos los cuerpos legales estudiados y el proyecto de Vidaurre contienen esta misma disposición, a la que el Código Civil vigente destinó una norma adicional —acertada— y que responde a la aplicación del avance doctrinario. Este precepto (contenido en el artículo 1754) establece un plazo de caducidad del comodatario para reclamar los gastos extraordinarios, señalado en seis meses, contados desde la devolución del bien. Cabe agregar que, desde que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondientes (artículo 2003), si el comodante después de transcurrido dicho plazo hiciere el pago, estaría incurriendo en un pago indebido.

El inciso 4 del artículo 1735 del Código Civil señala que el comodante está obligado a pagar los gastos extraordinarios, que hubiese hecho el comodatario, para la conservación del bien.

Consideramos extremadamente importante la redacción del inciso 4, antes mencionado. Decimos esto en razón de que tal vez sea la primera norma que encontramos en el Código Civil que implícitamente esté haciendo alguna distinción entre los gastos extraordinarios de conservación y aquellos que, por oposición, podrían ser calificados como gastos ordinarios de conservación.

Como se recuerda, el Código Civil no establece un concepto de gastos de conservación. Ello significa que no existe ninguna norma que defina dichos gastos. Sin embargo, los gastos de conservación pueden ser definidos como todos aquellos en que el deudor deba incurrir para poder cumplir con su obligación de entregar el bien en el mismo estado en que se encontraba al momento del nacimiento de la obligación (ello, en absoluto resguardo del principio de identidad del pago).

Para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos, el artículo 1134 en su primer párrafo, establece que la obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega. El artículo 1141 del propio código señala que los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega; y precisa que si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

Habitualmente el Código Civil no efectúa distinción alguna en materia de gastos de conservación, razón por la cual todos ellos deberán regirse por lo dispuesto en los artículos 1134 y 1141 y por lo establecido en algunas normas especiales de diversos contratos típicos, que no desnaturalizan los principios de los numerales citados.

Sin embargo, cabría formularse la pregunta de qué debemos entender por gastos de conservación extraordinarios, dentro de la lógica del artículo 1735, inciso 4.

Estimamos que la distinción efectuada obedece a la naturaleza del comodato, el mismo que es un contrato que se celebra a título gratuito. En virtud de esta consideración, la ley estima conveniente establecer como regla general que los gastos de conservación, que se efectúen mientras dure la posesión del bien por parte del comodatario, deban ser sufragados por este contratante. Sin duda, aquí no es el propietario quien debe sufragar los gastos de conservación del bien (constituyendo esta, junto con las normas de arrendamiento, otra excepción a la aceptable, pero defectuosa, regla del artículo 1141 del Código Civil).

Es obvio que si el comodatario se beneficia en virtud del contrato con el uso gratuito del bien, deberá pagar todos los gastos de conservación que tengan carácter de ordinarios, es decir, que guarden proporción o relación con los beneficios que le reporta el uso del bien. Con ello queremos expresar que, no obstante, es cierto que

el comodatario tiene el deber de conservar el bien hasta su devolución, dicho deber tampoco puede alcanzar a sufragar todos aquellos gastos que puedan ser de mayor envergadura y que tengan que ver, incluso, con la preservación de la existencia e integridad del propio bien prestado.

Nos imaginamos un ejemplo. Si el comodante hubiese prestado al comodatario su casa para que este último viva en ella, será evidente que el comodatario deberá sufragar todos los gastos de luz, agua, teléfono, arbitrios, materiales de limpieza, guardianía y demás que impliquen el uso mismo del bien, tal como le ha sido entregado. Pero entenderíamos impropio que dicho comodatario debiera asumir gastos de carácter extraordinario, como la reparación completa de la red de agua potable del inmueble, en caso esta colapsara. Resulta evidente que este sería un gasto extraordinario de conservación, en la medida en que se encontraría fuera del orden normal de los gastos conservatorios.

No resulta usual que todos los días se tenga que cambiar completamente la tubería de agua de un inmueble. Si ello ocurre, se presentará una o dos veces a lo largo de la existencia del bien. De allí su carácter extraordinario.

Además, como el bien, finalizado el plazo, va a tener que ser devuelto por el comodatario al comodante, para que este último contratante lo pueda usar otra vez, entendemos que dichos gastos deberán ser soportados por el comodante o propietario del inmueble.

A pesar de no tener que plantear el tema necesariamente en estos términos, estimamos que los gastos extraordinarios de conservación a los que hace referencia el inciso 4 del artículo 1735 del Código Civil, pueden ser considerados como una clase muy especial de mejoras necesarias, pues las mismas son ejecutadas por el poseedor no propietario para evitar el deterioro o la destrucción del bien, debiendo ser reembolsadas por el propietario no poseedor (argumento del artículo 916 del Código Civil Peruano).

En tal sentido, y más allá de cuestiones de sistemática, debemos expresar que resulta interesante y hasta útil la distinción que se efectúa en el inciso 4 del artículo 1735, bajo comentario.

20. Obligaciones del comodatario

El artículo 1738 del Código Civil se encarga de establecer cuáles son las obligaciones del comodatario. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1738.- Son obligaciones del comodatario:
>
> 1. Custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.

2. Emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso.

3. Permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación.

4. Pagar los gastos ordinarios indispensables que exija la conservación y uso del bien.

5. Devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato.

Nos ocuparemos en detalle de cada una de ellas.

20.1. Custodiar y conservar el bien

El comodatario siempre ha estado obligado a la custodia y conservación del bien. Los códigos civiles peruanos anteriores al actual señalaban «velar por la guarda y conservación de la cosa prestada» (artículo 1243 primera parte, del Código Civil de 1836; 1835, inciso 1, del Código Civil de 1852; 1595, inciso 1, del Código Civil de 1936). En tanto el actual Código Civil agrega que debe hacerse con la mayor diligencia y cuidado, y que, por ello, el comodatario es responsable por la pérdida o deterioro que no provengan de su naturaleza o uso ordinario.

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua[10], «custodia» es la acción y efecto de custodiar; en tanto que «custodiar» es guardar con cuidado y vigilancia.

En tal sentido, la ley impone al comodatario un especial deber de cuidado para con el bien, el mismo que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de identidad, ya que dicho bien deberá ser devuelto en las mismas condiciones en que fue entregado al comodatario.

Por otra parte, el deber de custodia también se relaciona íntimamente con el de conservar el bien, establecido —de igual manera— en el inciso 1 del artículo 1738.

El deber de conservar el bien implica tener que mantenerlo en el mismo estado en que se encontraba al momento del nacimiento de la obligación.

Sin embargo, la custodia y conservación del bien en el contrato de comodato debe compatibilizarse, necesariamente, con el uso que el comodatario hará del mismo, ya que no nos encontramos ante un caso en el cual deba conservarse el bien sin que pueda ser usado.

---

[10] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición *on line*, 2001. www.rae.es. (Visitado el 28/12/2009).

Y, naturalmente, el uso del bien implica la posibilidad de que este se desgaste. Este desgaste dependerá, en lo que respecta a su magnitud y rapidez, de la naturaleza del bien, sin llegar al extremo de que el mismo pueda producirse notablemente con el primer uso que se haga del bien; ya que en estos casos nos encontraríamos ante un bien consumible, y los bienes consumibles, salvo el caso excepcional contemplado por el artículo 1729 del Código Civil, no pueden ser objeto de comodato, sino de mutuo.

Pero como de todas maneras existirá un desgaste, el inciso 1 del artículo 1738 se encarga de establecer que el deterioro del bien, o incluso su pérdida, podría producirse, pero el comodatario no debería responder por los mismos si es que ellos proviniesen de su naturaleza o del uso ordinario del bien.

Un ejemplo de pérdida del bien dado en comodato sería aquel en el cual el bien prestado fuera un perro guardián, el mismo que durante la vigencia del comodato muriera por causas naturales. Es evidente que en este caso el comodatario no debería responder en absoluto en relación al comodante.

Por otra parte, podríamos citar un ejemplo de deterioro del bien dado en comodato, que provenga del uso ordinario del bien. Sería el caso del comodante que presta al comodatario un libro de texto de Derecho para ser usado a lo largo de todo un semestre académico en la universidad. Es obvio que el uso de un libro implicará el desgaste del mismo, por más cuidado que se tenga, y mientras dicho uso haya sido adecuado a las circunstancias, el comodatario no debería resarcir al comodante el eventual deterioro.

Dentro de tal orden de ideas, es que el inciso 1 del artículo 1738 exonera de responsabilidad al comodatario cuando la pérdida o deterioro del bien no provengan de su naturaleza o del uso ordinario.

Deberá entenderse, entonces, que el comodatario sí responde de la pérdida o deterioro del bien, que escapen a dichas consideraciones y que obedezcan a culpa suya.

Pensamos que en este caso, resulta de plena aplicación lo dispuesto en materia de teoría del riesgo por el artículo 1138 del Código Civil, teniendo como principio rector el *periculum est debitoris*, cuando el bien se pierda o deteriore sin culpa de las partes o por culpa del deudor; en tanto regirá el *periculum est creditoris* si el bien se pierde o deteriora por culpa del acreedor[11].

20.2. Dar adecuado empleo al bien

El comodatario también se encuentra obligado a emplear el bien en el uso establecido en el pacto, o a falta de este, por la naturaleza de aquel, siendo responsable del

[11] Véase Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1994). *Op. cit.*, primera parte, tomo II, pp. 27-65.

deterioro o pérdida provenientes del abuso (artículo 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).

En virtud a lo establecido por el artículo 1738, inciso 2 del Código Civil, es obligación del comodatario emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida proveniente del abuso.

Debemos considerar que en primer término el inciso bajo comentario establece que el bien se debe emplear para el uso convenido en el contrato. Y esta situación será la que en la práctica se presentará con mayor frecuencia, ya que comodante y comodatario por lo general establecerán para qué se presta el bien, sea explícita o implícitamente.

Sin embargo, debemos convenir en que dentro de la idea de pacto implícito a que acabamos de hacer referencia, podría entenderse que el segundo punto señalado por el propio inciso 2, que consiste que en defecto de pacto contractual sobre el destino del bien, se estará a la naturaleza del mismo. Con esta expresión queda la duda de si el Código Civil se está refiriendo a la naturaleza del contrato o a la naturaleza del bien. Pensamos que el tema debe entenderse como una mixtura, tanto de la naturaleza del bien como de la naturaleza del contrato; vale decir, que de acuerdo al bien de que se trate y al acto que se celebre, no quede la menor duda acerca de cuál es el destino que las partes han convenido para el referido bien, en el uso que del mismo hará el comodatario.

En tercer lugar, de acuerdo a lo establecido en el inciso 2 del artículo 1738, más allá de la naturaleza del bien y del contrato, deberá tenerse en cuenta a la costumbre.

Resulta evidente que el tema de la costumbre se encuentra indisolublemente ligado con la naturaleza del bien y del contrato que se celebre. Podría decirse que cuando la ley hace referencia a la costumbre está haciendo alusión al destino que habitualmente se da a bienes similares en contratos de préstamos gratuitos de similar carácter.

En tal sentido, de acuerdo a los tres criterios planteados por la ley, resultaría prácticamente imposible que al entregarse un bien en comodato las partes desconozcan cuál es la finalidad para la cual se ha prestado.

Finalmente, debemos hacer referencia a lo dispuesto en la última parte del inciso bajo comentario, cuando hace responsable al comodatario del deterioro o pérdida provenientes del abuso.

Entendemos que el abuso al que hace referencia la norma citada no tiene relación con los deberes de diligencia y cuidado en la custodia y conservación del bien,

contenidos en el inciso 1 de la norma; ya que, de la misma se deduce que si actuara de una manera distinta, debería indemnizar al comodante por los daños y perjuicios causados, tal como lo hemos expresado oportunamente.

Consideramos, en tal sentido, que la parte final del inciso 2 no se relaciona con el inciso 1, pues si así fuese resultaría redundante.

Creemos que la responsabilidad a la que hace referencia el inciso 2 en torno al deterioro o pérdida del bien, se relaciona directamente con el empleo que se haga del mismo para un uso distinto al pactado o al que impongan la naturaleza del bien, la naturaleza del contrato y la costumbre.

En otras palabras, estimamos que cuando el comodatario dé un uso diferente al bien prestado estaría abusando de su condición de poseedor del bien. Así, deberá responder por todos los daños y perjuicios que sufra dicho bien, ya sea a modo de pérdida o deterioro, salvo aquéllos que hubiesen sido ocasionados por culpa del comodante.

Dicho en otros términos, si el comodatario otorgara al bien un destino distinto al debido, responderá por la pérdida o deterioro ocasionados, ya sea que éstos obedezcan a culpa leve, culpa inexcusable o dolo del comodatario, o incluso si dichos daños y perjuicios obedecieran a caso fortuito, fuerza mayor o si se hubiesen producido a pesar de que el comodatario actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias con respecto al bien (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil).

20.3. Permitir la inspección del bien

El Código Civil de 1984 introdujo una nueva obligación, siendo esta 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.

Conforme a lo establecido por el inciso 3 del artículo 1738 del Código Civil, el comodatario está obligado a permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación.

La finalidad de este precepto radica en que a través del contrato de comodato, el comodante deja de ser poseedor inmediato del bien, convirtiéndose solo en poseedor mediato del mismo.

En tal virtud, al no tener un contacto directo con el bien dado en comodato, desconocerá cuál sea el uso, desgaste y situación real del mismo.

La única forma que tendría para conocer esta situación será inspeccionarlo.

A diferencia de lo que ocurre en los contratos de arrendamiento, resulta inusual que en los contratos de comodato las partes establezcan minuciosamente la manera cómo se ejercerá el derecho de inspección del bien por parte del comodante.

A pesar de no establecerse en el inciso 3 del artículo 1738 un plazo previo para avisar acerca de la futura inspección del bien (como ocurre en el caso del contrato de arrendamiento, en donde el inciso 5 del artículo 1681 establece un previo aviso de siete días), entendemos que los deberes de lealtad y de buena fe en la ejecución de los contratos impondrían al comodante el avisar con antelación que va a realizar la inspección del bien prestado. Todo esto, dentro de un plazo razonable y con la finalidad de no causar mayores molestias al comodatario en el uso del bien, ya que en principio es él quien tiene derecho a utilizar dicho bien con carácter exclusivo. Como resulta evidente, el comodante no tendrá derecho o prerrogativa para interponerse en el libre uso del bien que desee hacer el comodatario.

De allí la necesidad del aviso previo.

Ahora bien, a diferencia de lo dispuesto en materia de arrendamiento, el inciso 3 del artículo 1738 no establece que dicha inspección deba realizarse por causa justificada.

Sin embargo, nos preguntamos si esa ausencia legislativa podría llevar al abuso.

Resulta evidente que la respuesta negativa se impone, ya que toda causa injustificada representará, precisamente, un abuso de derecho del comodante en perjuicio del comodatario.

Debe entenderse la existencia de una razón por la cual el comodante desee inspeccionar el bien y no se haga dicha inspección por un mero capricho o, incluso, de manera que lo que se busque sea, como hemos mencionado, el abuso del derecho.

Sin embargo, debemos admitir que el tema se presta a interpretaciones ambiguas, por tratarse de un aspecto de carácter subjetivo, en donde jugarán tanto los intereses del comodante como los del comodatario.

Dentro de tal orden de ideas, asumimos que esta situación deberá apreciarse con el mayor criterio de ponderación, conducente a hacer valer los derechos del comodante en resguardo de la integridad del bien dado en comodato. Pero también deberá asumirse dicho ejercicio del derecho, con el más absoluto respeto del contrato, es decir, de los intereses del comodatario de utilizar tranquila y pacíficamente el bien prestado durante el plazo convenido.

Sin embargo, debemos admitir que la situación del comodante le otorga mayores prerrogativas que la situación del arrendador, ya que el comodante se encuentra realizando un acto de liberalidad, al haber celebrado un contrato a título gratuito, en tanto el arrendador va a recibir una renta a cambio del uso del bien materia de su contrato.

En tal sentido, podría decirse que dada esta especial situación, las prerrogativas que a este respecto tiene el comodante deben entenderse como más amplias que aquellas de las que goza el arrendador.

No obstante, debemos puntualizar que el abuso del ejercicio de la prerrogativa, establecida por el artículo 1738, inciso 3, podría otorgar al comodatario la facultad para negarse a que el comodante proceda a efectuar dicha inspección e incluso a resolver el contrato, con independencia de la indemnización que por daños y perjuicios le pudiera corresponder.

20.4. Pagar los gastos ordinarios de conservación

Es obligación del comodatario pagar los gastos ordinarios que exijan la conservación y uso del bien. El Código Civil de 1836 no tuvo una norma expresa, pero esta obligación podía ser deducida de la obligación general de conservación, consignada en el artículo 1243; en el proyecto de Vidaurre (artículo 10); en el Código Civil de 1852 (artículo 1835, inciso 3); y en el articulo 1595, inciso 3, del Código Civil de 1936.

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 1738 del Código Civil de 1984, el comodatario está obligado a pagar los gastos ordinarios indispensables que exijan la conservación y uso del bien.

Este precepto resulta complementario a lo establecido por el inciso 4 del artículo 1735, en torno a la obligación del comodante de pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien. En tal sentido, remitimos al lector a lo allí señalado, pues en dicho punto abordamos conjuntamente la materia prevista en el inciso 4 del artículo 1738.

20.5. Devolver el bien al comodante

El comodatario está obligado a la devolución del bien en el plazo estipulado, o, a falta de pacto, después del uso para el que fue entregado. El Código Civil de 1836 no tenía una norma expresa, pero se podía inferir de la responsabilidad que sobre la pérdida del bien adquiría el comodatario cuando lo usaba por más tiempo del debido (artículo 1244). Aquí se puede citar al artículo 1835, inciso 4, del Código Civil de 1852; en tanto que en el proyecto de Vidaurre se deduce de los artículos 11 y 12; así como del numeral 1595, inciso 4, del Código Civil de 1936.

El inciso 5 del artículo 1738 del Código Civil de 1984, establece que es obligación del comodatario devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato.

Es evidente, y así lo venimos señalando desde que comenzamos el tratamiento de este contrato, que el comodatario asume la obligación de devolver al comodante

el bien materia del contrato, y que dicha devolución deberá realizarse tratando de resguardar de la manera más fidedigna posible los principios de identidad e integridad del pago, teniendo en cuenta que pudiera existir un deterioro natural del bien, proveniente de su naturaleza o del uso ordinario del mismo (argumento del inciso 1 del artículo 1738 del Código Civil).

Dicha devolución, conforme a lo expuesto en el concepto del contrato de comodato (artículo 1728), deberá efectuarse en el plazo estipulado o, en su defecto, después de haber sido usado el bien por parte del comodatario; en ambos casos, con los alcances y salvedades que mencionamos oportunamente.

21. Ausencia de responsabilidad por deterioro o por modificación del bien

Según lo establecido por el artículo 1739 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1739.- El comodatario no responde si el bien se deteriora o modifica por efecto del uso para el que ha sido entregado.

A excepción del proyecto de Vidaurre, todos nuestros Códigos Civiles han contenido una norma similar. En el Código Civil de Santa Cruz solo estaba previsto el caso de deterioro (artículo 1247). Por su parte, el Código Civil de 1852 al igual que el de 1936, se refería al deterioro y a la pérdida (artículos 1840 y 1597, respectivamente).

Según expresa Max Arias-Schreiber Pezet[12], en relación al artículo 1739 del Código Civil Peruano de 1984:

> Este artículo es coherente con la regla contemplada en el inciso 2) del artículo 1738 del código [...] y se entiende sin ningún esfuerzo, pues cuando el comodante se desprende temporalmente del uso es lógico que su natural desgaste sea un riesgo que no debe ser absorbido por el comodatario y será por lo tanto restituido en el estado en que se encuentre.
>
> Como en casos anteriores, el precepto no es imperativo y admite pacto distinto.

Nos permitimos discrepar de tan ilustrado parecer. Ello, por dos razones.

En primer lugar, porque el artículo 1739 no es claro y, por tanto, no se entiende sin ningún esfuerzo.

Y, en segundo lugar, porque dicha norma no tiene absolutamente ninguna relación con el inciso 2 del artículo 1738, tal como señala el citado profesor.

[12] Arias-Schreiber Pezet, Max (1989). *Op. cit.*, tomo III, p. 55.

Si con alguna norma tiene relación el artículo 1739 es con el inciso 1 del artículo 1738, precepto que establece que es obligación del comodatario custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario. Se puede decir que el artículo 1739 deviene en absolutamente reiterativo en relación con el citado inciso 1 del artículo 1738. Y, en tal virtud, resulta una norma inútil y confusa que nunca debió formar parte del Código Civil.

22. Gastos de recepción y restitución del bien

El artículo 1740 del Código Civil Peruano establece que:

> Artículo 1740.- Los gastos de recepción y restitución del bien corren por cuenta del comodatario.

En virtud de lo establecido por el artículo 1241, norma general de Derecho de Obligaciones:

> Artículo 1241.- Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor.

En tal sentido, debemos ver si las normas citadas resultan concordantes.

El artículo 1740 hace de cargo del comodatario tanto los gastos de recepción como de restitución del bien, vale decir, aquellas erogaciones que impliquen recibir el bien y devolverlo.

En tal sentido, si asumimos la primera obligación de dar que contrae el comodante con el comodatario, en ella los gastos de entrega del bien corren por cuenta del comodante (supuesto no contemplado por el artículo 1740, pero que resultaría concordante con lo dispuesto por el artículo 1241) y corresponderán ser asumidos por el acreedor de dicha obligación (principio contrario al establecido en la regla del artículo 1241).

Por otro lado, el artículo 1740 hace referencia a los gastos de recepción y restitución del bien por parte del comodatario.

En tal sentido, cuando el comodatario debe asumir los gastos de recepción del bien, ellos están siendo asumidos en su calidad de acreedor (situación natural en todo contrato que implique recibir un bien), en la medida en que resulta necesario distinguir los gastos de la entrega (que son de cargo del deudor) de los gastos de recepción, que siempre son de cargo del acreedor, a pesar de no decirlo expresamente ninguna norma legal de Derecho de Obligaciones ni de la Parte General de Contratos del Código Civil.

Finalmente, como sabemos, el comodatario es deudor de la obligación de dar en restitución o devolución del bien al comodante. Con respecto a esta obligación, los

gastos de entrega (restitución), correrán por cuenta del comodatario (principio que concuerda plenamente con lo dispuesto por el artículo 1241, en el sentido en que los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor).

23. Supuestos excepcionales de responsabilidad del comodatario derivada de causas no imputables

En virtud de lo establecido por el artículo 1741 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1741.- El comodatario que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor del convenido es responsable de la pérdida o deterioro ocurridos por causa que no le sea imputable, salvo que pruebe que estos hechos se habrían producido aun cuando no lo hubiese usado diversamente o lo hubiese restituido en su oportunidad.

Esta norma tiene sus antecedentes en el artículo 1244 del Código Civil de 1836, el artículo 11 del proyecto de Vidaurre, el artículo 1836 del Código Civil de 1852 y el artículo 1598 del Código Civil de 1936.

Podemos señalar, además, que tanto en el artículo 1741 del Código Civil de 1984, como en los códigos anteriores, no se hace referencia al supuesto en el cual, a falta de plazo convenido, el comodatario demora en la devolución después de que le ha entregado al bien el uso para el que fue dado en comodato. El proyecto de Vidaurre se refería al comodatario que sin incurrir en los casos permitidos retiene el bien cuando ha finalizado el plazo, y también preveía el caso en que ya se hubiera cumplido el objeto.

El contenido del artículo 1741 sirve de complemento, en lo que respecta al destino del bien dado en comodato, a lo prescrito en el inciso 2 del artículo 1738 del propio código, precepto a cuyo análisis remitimos al lector.

En lo que respecta a la responsabilidad por pérdida o deterioro, si el comodatario emplea el bien por un plazo mayor que el convenido, las consecuencias serán las mismas que si hubiera empleado el bien para un uso distinto al debido, vale decir, que será responsable incluso si la pérdida o deterioro se hubiesen producido por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de haber utilizado la diligencia ordinaria requerida (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil Peruano).

Sin embargo, cabría efectuar la precisión de que el uso del bien por un plazo mayor al convenido no traslada por sí mismo los riesgos de una parte a otra.

La transferencia del riesgo solo se producirá si es que el comodatario hubiese sido constituido en mora, de conformidad con la regla general que al respecto establece el primer párrafo del artículo 1333.

No debemos presumir —en general— la existencia de mora automática, así como tampoco el hecho de que el artículo 1741, bajo comentario, esté contemplando un supuesto excepcional de mora automática.

Sin embargo, admitimos la posibilidad de interpretar la existencia de mora automática, ya que, a pesar de no compartir esta posición, sí habría una razón para ello, en la medida en que tratándose de un préstamo a título gratuito, el comodatario debería devolver el bien en el momento previsto para su restitución y no conservarlo por un tiempo más prolongado, colocando al comodante en la nada grata situación de tener que reclamar a un amigo la devolución del bien prestado.

Tal vez, el legislador, al comprender la incomodidad que se presenta frecuentemente en la práctica, haya establecido la mora automática en el caso del artículo 1741.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre el particular, debemos recordar que la responsabilidad asignada por los supuestos del artículo 1741 al comodatario, que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor que el convenido, encuentra excepción si es que dicho comodatario probara que la pérdida o deterioro del bien ocurridos por causa que no le sea imputable, se habrían producido aun cuando no lo hubiese usado diversamente o lo hubiese restituido en su oportunidad.

Este último extremo del artículo 1741 resulta coherente, y nos podríamos imaginar el caso de un comodato en el cual el bien prestado sea una casa, y en donde el comodatario se excediera algunos días en el uso del bien, sin devolverlo.

En tal sentido, si ocurriese un terremoto y se destruyera la casa, el comodatario no tendría por qué indemnizar al comodante por los daños y perjuicios causados; ya que, los mismos también se habrían producido si el bien hubiere sido devuelto en tiempo oportuno (naturalmente presumiendo la existencia de mora del comodatario).

24. Pago de valor en caso especial de perecimiento

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1742 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1742.- El comodatario debe pagar el valor del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad.

Como ha sido mencionado oportunamente, el contrato de comodato se basa en la confianza, y de acuerdo a los preceptos estudiados, queda claro que el comodante debe preservar el bien empleando deberes de cuidado y conservación especiales. Esto, no solo por tratarse de un bien ajeno que debe devolver oportunamente, sino además por el hecho de que el comodatario ha recibido en préstamo gratuito dicho bien.

Por otra parte, como hemos expresado, se entiende que el comodatario requiere el bien para usarlo, en la medida en que no dispone de uno similar para destinarlo a la actividad o finalidad prevista; ya que, si lo tuviera no sería razonable pedir prestado un bien perteneciente a otra persona, pues aquí lo lógico y sensato sería usar el propio bien.

Es en tal sentido, que se concibe la existencia del artículo 1742 del Código Civil, precepto que obliga al comodatario a pagar al comodante el valor del bien si este perece por una causa que no le sea imputable, cuando hubiese podido evitar la destrucción del bien prestado, sustituyéndolo o reemplazándolo con uno de su propiedad.

En otras palabras, lo que el Derecho no perdona al comodatario, es haber preferido sacrificar el bien ajeno en lugar del bien propio, si la destrucción del bien ajeno hubiese podido ser evitada con la destrucción del bien propio.

Pero como el comodatario puede no haber actuado así (es decir, si prefirió sacrificar el bien ajeno en lugar del propio), el Derecho lo sanciona con la obligación de pagar al comodante el valor del bien perdido (siendo evidente que este es un supuesto de deuda de valor, de aquellas reguladas por el artículo 1236 del Código Civil Peruano de 1984).

25. Pérdida o deterioro en caso el bien hubiere sido tasado

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1743 del Código Civil:

> Artículo 1743.- Si el bien fue tasado al tiempo de celebrarse el contrato, su pérdida o deterioro es de cuenta del comodatario, aún cuando hubiere ocurrido por causa que no le sea imputable.

El artículo 1743 es absurdo. Nos explicamos.

Nosotros entendemos que resulta perfectamente factible que comodante y comodatario valoricen el bien al tiempo de celebrar el contrato, a efectos de que si dicho bien se perdiese o deteriorase por culpa del comodatario, este tenga que restituir el valor pactado.

Resulta evidente que la restitución de dicho valor, pactado con antelación, solo se producirá en caso la pérdida del bien obedezca a causa imputable al comodatario. Pero no se producirá si el bien se pierde o deteriora por caso fortuito, fuerza mayor o, incluso si se hubiere perdido o deteriorado a pesar de la diligencia ordinaria adoptada por el comodatario. Menos aún el comodatario debería restituir ese valor si el bien se perdiera por culpa del comodante, caso extremo pero posible.

Entenderíamos que la restitución de ese valor debería producirse en todos los casos (salvo pérdida por culpa del comodante), si es que las partes hubiesen convenido que

el comodatario asumía todos esos riesgos o, dicho de otro modo, que asumía el riesgo de pérdida del bien en todos esos casos.

Pero lo que no resulta coherente, bajo ningún punto de vista, es que el comodatario deba restituir ese valor al comodante a pesar de que la pérdida o deterioro del bien no haya obedecido a culpa suya. Esto estaría, además, en contradicción con lo regulado por el propio código en materia de obligaciones del comodatario, especialmente, con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1738.

Ha hecho mal el legislador de 1984 en considerar que, el solo hecho de valorizar anticipadamente el bien, constituya razón suficiente para que el comodatario deba restituir ese valor al comodante, en todos los casos, prescindiendo de la causa que originó la pérdida o deterioro del bien.

Sólo correspondería al comodatario restituir el valor asignado al bien, en caso la pérdida o deterioro hubieran obedecido a dolo o culpa suyos.

El artículo 1743 no puede ser interpretado tal como se lee, ni leído tal como está escrito.

26. Lugar de devolución del bien

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1744 del Código Civil:

> Artículo 1744.- El comodatario debe devolver el bien dado en comodato al comodante o a quien tenga derecho a recibirlo, en el lugar en que lo recibió.

En relación con el lugar de devolución del bien, se establece una regla particular, señalándose que dicha restitución se hará en el mismo lugar en que se recibió el bien, norma que no necesariamente va a concordar con la regla general de lugar de pago establecida por el artículo 1238 del propio código, que señala que:

> Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

27. Persona a quien debe devolverse el bien

Del texto del artículo 1744 del Código Civil, que citamos en el rubro anterior, se aprecia que el bien debe ser devuelto al comodante o a quien tenga derecho a recibirlo.

En lo que respecta al comodante, al ser el contratante con quien se obligó el comodatario, queda claro que en principio a él le corresponderá recibir el bien en devolución.

Sin embargo, no siempre será así, pues es perfectamente posible que dicho comodante haya otorgado poder a un tercero para que en su nombre y representación reciba el bien dado en comodato.

También será factible pensar en la posibilidad que durante la vigencia del plazo del comodato el comodante hubiese celebrado un contrato a través del cual haya transferido a un tercero la propiedad del bien. En este caso, naturalmente previa comprobación, el comodatario deberá entregar el bien en devolución a quien sea el nuevo propietario del mismo.

Asimismo cabría la posibilidad que durante la vigencia del plazo del comodato, el comodante haya fallecido, supuesto en el cual el comodatario deberá devolver el bien a los herederos o legatarios del comodante, según fuere el caso.

De igual modo podríamos imaginar el supuesto en el cual, durante la vigencia del plazo del comodato, se haya iniciado un proceso judicial a través del cual un tercero haya demandado al comodante la reivindicación del bien, por considerar que tenía mejor derecho sobre él.

Pensamos que en los supuestos en que se esté discutiendo judicialmente la propiedad del bien, lo más lógico para el comodatario, sería no entregar dicho bien a ninguna de las dos partes, pues no sabrá cual de ellas resultará ganadora en el juicio. En estos casos lo razonable sería que el comodatario consigne judicialmente el bien, debiendo ser entregado —finalmente— a la persona que resulte ganadora en el proceso.

28. Imposibilidad de suspender la devolución del bien

El artículo 1745 del Código Civil establece que:

> Artículo 1745.- El comodatario no puede suspender la restitución alegando que el comodante no tiene derecho sobre el bien, salvo que haya sido perdido, hurtado o robado o que el comodatario sea designado depositario por mandato judicial.

Tal como señala Arias-Schreiber[13], de acuerdo con el artículo 1745, el comodante no tiene, necesariamente, que ser propietario del bien comodado. Al respecto el Código Civil de 1852 se manifestaba, señalando que solo los que tenían la libre disposición de sus bienes podían celebrar este contrato.

El articulo 1745 del código de 1984 es extremadamente importante, en virtud de que se establece como regla general la imposibilidad del comodatario de suspender la devolución del bien, alegando que el comodante no tiene derecho sobre el mismo.

---

[13] *Ibidem*, tomo III, p. 58.

Esta disposición evita que el comodatario cometa la arbitrariedad de negarse a restituir el bien sin fundamento jurídico.

Sin embargo, sí podría negarse a devolverlo al comodante si este hubiese transferido la propiedad del mismo a un tercero. En este caso, es evidente que —por excepción— si el comodante indebidamente requiriese al comodatario la devolución del bien, este último tendrá la obligación de negarse a darlo, ya que existe un nuevo propietario con derecho a recibirlo.

No obstante, la regla general es muy clara, en razón de que el contrato de comodato está basado fundamentalmente en la confianza. Incluso cabría recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1290, inciso 2 del Código Civil, se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

Pero retornando al contenido del artículo 1745 del Código Civil Peruano, diremos que existen contempladas en la norma algunas excepciones a la regla, es decir, diversos casos en los cuales la ley permite al comodatario suspender la restitución del bien.

En primer lugar se indica el caso en que el bien se haya perdido.

Dado el contexto del artículo 1745, entendemos que la pérdida a la que se hace referencia, no es aquella que el Derecho contempla en el sentido amplio en el artículo 1137. Estimamos que se está aludiendo a la pérdida como sinónimo de extravío.

Decimos esto, por cuanto si se entendiera la pérdida en su sentido estrictamente jurídico, ella generaría la extinción de la obligación y, como tal, no estaríamos hablando de un supuesto en que se suspenda la restitución del bien, sino uno en el cual dicho bien ya no pueda —ni tampoco deba— ser entregado.

Se entiende que el extravío al que hace referencia el artículo 1745, plantea la posibilidad de guardar esperanzas acerca de la recuperación del bien, situación que va de la mano con la suspensión a que alude la norma.

El artículo bajo estudio, también incluye como casos en que el comodatario puede suspender la restitución del bien al comodante cuando el mismo haya sido hurtado o robado, casos en los cuales —dentro de la lógica del artículo 1745— podría esperarse una futura recuperación del bien cuya posesión se ha arrebatado de manera ilícita.

Sin embargo, podría formularse una crítica de fondo al artículo 1745, cuando hace alusión a los bienes perdidos, hurtados o robados; y ella consistiría en que en cualquiera de estos casos no es facultad del comodatario suspender la restitución del bien al comodante. Lo que ocurre es que el comodatario se encontrará absolutamente imposibilitado de restituir el bien al comodante.

Dicho en otras palabras, no es que no quiera devolverle el bien, sino que no puede devolvérselo.

Finalmente la norma hace referencia a la suspensión de la restitución del bien al comodante, en caso el comodatario sea designado depositario por mandato judicial. Entendemos que este último supuesto tampoco nos presenta a un comodatario que pueda hacer uso de su libertad para devolver o no el bien, ya que en este supuesto simplemente no podrá devolver el bien, precisamente por haber sido designado depositario del mismo por mandato judicial.

29. Supuesto excepcional de obligatoriedad de consignar el bien

En virtud de lo establecido por el artículo 1746 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1746.- Si el comodatario supone que se le ha dado en comodato un bien extraviado, hurtado o robado, debe consignarlo de inmediato y bajo responsabilidad, con citación del comodante y del presunto propietario, si lo conoce.

La norma citada constituye un supuesto excepcional dentro de la lógica de la consignación, tal como es entendida por el Código Civil. Decimos esto, por cuanto la consignación es una forma voluntaria de pago. Ello significa que en principio nadie está obligado a consignar, en la medida en que podría dejar de pagar.

Lo que ocurre con el artículo 1746 es que la ley entiende que se trata de situaciones excepcionales y que pueden implicar un supuesto de ilegalidad en cuanto a la situación jurídica del bien que el comodatario ha recibido en comodato.

En tal virtud, la norma establece la obligación del comodatario de consignar dicho bien inmediatamente y bajo responsabilidad, con citación del comodante y del presunto propietario, si lo conoce.

Esta obligación legal no distingue si cuando se celebró el contrato, el comodatario conocía la supuesta situación irregular del bien o si tuvo conocimiento de ella con posterioridad a haberlo recibido.

No obstante, suponemos que la lógica del precepto tiene como valor entendido que el comodatario desconocía el carácter ajeno del bien cuando celebró el contrato. Esto implicará que apenas descubra o sospeche de la existencia de una situación irregular, deberá proceder a consignarlo, sin esperar el vencimiento del plazo del contrato o que se haya cumplido la finalidad para la que se le prestó el bien.

Finalmente, debemos expresar que la responsabilidad a que hace referencia el artículo 1746 es tanto civil como penal.

Solo a manera de crítica a la sistemática del código, podríamos decir que el supuesto contemplado por el artículo 1746 es un caso más de suspensión de la devolución del bien; ello, dentro de la lógica de la norma precedente, el artículo 1745, estudiado en su momento.

30. Presunción de futura comisión de un delito

El artículo 1747 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1747.- El comodatario está obligado a suspender la restitución del bien si se pretende utilizarlo para la comisión de una infracción penal. En este caso, debe consignarlo de inmediato y bajo responsabilidad, con citación del comodante.

La norma citada estaría estableciendo otro supuesto de suspensión de la restitución del bien.

Sin embargo, no nos encontramos —en lo absoluto— de acuerdo con el texto de la norma.

Decimos esto, por cuanto el citado numeral podría constituir una excusa para no devolver bienes con los que teóricamente el comodante podría cometer algún delito.

Podría pensarse que razones de orden público hayan conducido al legislador a introducir en el código una norma como esta, pero la misma carece de sentido, puesto que deja abierta la posibilidad de basar el desarrollo del caso en suposiciones que, por lo demás, pueden ser absolutamente arbitrarias e infundadas.

Y, por otro lado, la norma obliga al comodatario a restituir el bien consignándolo, con citación del comodante. Esta consignación nos plantearía el absurdo en el cual alguien pudiese devolver un bien y señalar en su escrito de consignación que lo está haciendo porque presume que el comodante, propietario del mismo, lo va a emplear —por ejemplo— para asesinar a un tercero.

Nos imaginamos la contestación a dicha consignación, negando el comodante todos los términos de la misma.

Y también nos imaginamos que el comodante podría denunciar penalmente por calumnia al comodatario que procediera de esta forma, sin tener pruebas.

Finalmente, si nos encontrásemos frente a un comodante que de todas maneras ha decidido cometer el acto delictivo, ocurrirá que luego de que el bien sea consignado, luego de negar las afirmaciones del comodatario, y luego de retirar el bien consignado, procederá a cometer el delito (como podría ser el caso de alguien que prestó a un amigo un cuchillo y luego lo emplea para matar a un tercero).

Como vemos, el artículo 1747 carece de sentido práctico y lo único que hace es complicar la situación de cumplimiento de las obligaciones contractuales, las mismas que —a nuestro modo de ver— no deberían ser confundidas con actos delictivos.

31. Supuesto de suspensión de devolución del bien, a título de retención, por falta de pago de gastos extraordinarios

El Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú Boliviana, en su artículo 1248, disponía que el comodatario no podía «retener la cosa por compensación de lo que el comodante le debe». El proyecto de Vidaurre permitía este derecho solo por las «expensas extraordinarias» y con consentimiento del comodante o con «licencia judicial». El Código Civil de 1852 señalaba que «el comodatario, no puede retener la cosa en seguridad ni en compensación de lo que le debe el comodante» (artículo 1843). El Código Civil de 1936 guardaba silencio al respecto.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1748 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1748.- El comodatario tiene derecho a retener el bien, solo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735, inciso 4.

Como se recuerda, el aludido inciso 4 del artículo 1735 establece como una de las obligaciones del comodante la de pagar los gastos extraordinarios, que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

Sobre los alcances de esta última norma, remitimos al lector a lo expresado por nosotros con ocasión del análisis de la referida obligación del comodatario.

Acerca del contenido del derecho de retención contemplado por el artículo 1748 del Código Civil, debemos expresar que nos encontramos plenamente de acuerdo con el mismo y que, tal derecho debe ser ejercido en estricta conformidad con las normas que sobre el particular contempla el propio código (artículos 1123 a 1131).

32. Supuesto de enajenación del bien por los herederos del comodatario

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1749 del Código Civil:

> Artículo 1749.- Si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que haya hecho uso de la acción reivindicatoria. Si los herederos hubiesen conocido del comodato, indemnizarán además los daños y perjuicios.

La norma citada no tiene antecedentes en la legislación peruana.

El referido artículo parte del supuesto en el cual, durante la vigencia del contrato de comodato, hubiese fallecido el comodante, y sus herederos hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento de la existencia de dicho contrato; vale decir, creyendo que el bien era de propiedad de su causante.

Dentro de tal orden de ideas, el referido artículo otorga al comodante perjudicado por tal situación, la opción entre demandar a dichos herederos que le paguen el valor del bien o que le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden (como podría ser el caso, por citar un ejemplo, del pago del precio que dichos herederos fueran a recibir de un tercero por haber vendido el bien que fue objeto de comodato).

Pero el articulo 1749 establece una salvedad, debiéndose entender que el comodante perjudicado no podrá recurrir al planteamiento de dichas acciones si es que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

Este tema nos plantea la necesidad de establecer cuál es la razón por la que se establece esta salvedad.

Creemos que el punto de partida está en el hecho de que el comodante pueda o no seguir siendo propietario del bien luego de la enajenación que del mismo hubieren hecho los herederos del comodatario.

Podrá darse el caso en que tratándose de un bien inmueble, dichos herederos lo hubieran enajenado a un tercero; pero esta circunstancia de haber vendido un bien ajeno no haría que el comodante pierda la propiedad del bien, razón por la cual, al seguir siendo propietario del mismo, podría dirigirse contra los herederos del comodatario para recuperar su posesión.

Recordemos que la acción reivindicatoria es aquella que interpone el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, a efectos de recuperar la posesión del bien.

Por otro lado y solo a título de ejemplo, como en materia de muebles la posesión vale título (argumento del artículo 912 del Código Civil Peruano), es muy probable que si el bien dado en comodato era mueble y fue enajenado a un tercero por los herederos del comodatario, se haya producido la transferencia de propiedad de dicho bien a favor del tercero, con lo cual el comodante ya habría dejado de ser propietario del bien y, en tal condición, no podría plantear acción reivindicatoria alguna.

Estimamos que mientras el propietario conserve la acción reivindicatoria, ya sea contra un tercero o incluso contra los herederos del comodatario (si es que todavía no se hubiesen desposeído del bien), no podrá accionar por el pago del valor o por la cesión de los derechos a que hace referencia el artículo 1749 del Código Civil, ya que seguiría siendo propietario del bien y tendría todo el derecho de reclamar que se le restituya la posesión del mismo a quien la tenga.

Pero todo lo expresado no pasa por un actuar doloso de los herederos del comodatario, pues se supone que ellos desconocían el carácter ajeno del bien. En tal virtud, en ninguno de los supuestos mencionados, el comodante tendría derecho a reclamarles el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Sin embargo, el artículo 1749 también contempla el supuesto en el cual los herederos del comodatario, que hubiesen enajenado el bien, hubieran tenido conocimiento del comodato (es decir, que hubieran sabido el carácter ajeno del mismo).

En estos casos, también serán de aplicación a favor del comodante perjudicado las acciones a que hemos hecho referencia anteriormente, pero dicho comodante tendrá además derecho de reclamarles el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Es importante subrayar que el artículo 1749 restringe la responsabilidad de los herederos del comodatario al caso en que ellos hubiesen sabido que el bien era ajeno y así lo hubieran enajenado.

En este sentido, sin lugar a dudas, esta norma constituye una restricción a la responsabilidad por ejecución de obligaciones establecida por el artículo 1321 del propio Código Civil, precepto que establece que:

> Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

33. Supuesto de imposibilidad de devolución del bien. Consecuencias

Conforme a lo establecido por el artículo 1750 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1750.- Cuando sea imposible devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

En primer término, debemos dejar claramente establecido que el artículo 1750 no impone sus consecuencias para todos los casos en que sea imposible devolver el bien, ya que en virtud de lo establecido por el inciso 1 del artículo 1738 del Código Civil, es obligación del comodatario custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.

Tal como fue explicado oportunamente, resulta claro que si la pérdida o el deterioro del bien provienen de su naturaleza o del uso ordinario del mismo, el comodatario no tendrá responsabilidad alguna sobre el particular.

En tal sentido, habrá ocasiones en las que resulte imposible devolver el bien, pero en las cuales el comodatario no deberá responder civilmente por ello.

Es dentro de tal orden de ideas que debe ser entendido el artículo 1750 del código.

Por otro lado, la redacción de la norma en cuestión pareciera partir de la idea de que el bien materia de comodato, que ahora resulta imposible devolver, era un bien

fungible, en la medida en que señala que en tal caso el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su valor.

Entendemos, por razones obvias, que la opción a que hace referencia la norma solo podría materializarse en la medida en que el bien perdido sea sustituible por otro similar o igual, obviamente de la misma especie.

Pero entendemos que si se hubiera tratado de un bien cierto, no regiría la opción, encontrándose obligado el comodatario a pagar al comodante el valor del bien, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

34. Supuesto de aparición del bien perdido, luego de pagado su valor

El artículo 16 del título 12 del proyecto de Vidaurre establecía que el comodante perdía el dominio que tenía en el bien comodado, cuando por su pérdida recibía por parte del comodatario el pago de su valor; y por consiguiente, correspondía a este la acción reivindicatoria «salvo los pactos particulares celebrados entre ambos al tiempo del pago». El Código Civil de 1836 no se pronunciaba sobre este supuesto, en tanto que los Códigos Civiles de 1852 y 1936 establecían que una vez pagado el bien perdido, y el comodatario después lo encontrare, este no podrá obligar al comodante a recibirlo. El Código Civil vigente contiene la misma disposición, pero ha creído conveniente agregar que el comodante tiene «la facultad de recuperarlo devolviendo al comodatario lo que recibió». Tanto los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, han coincidido en que, en caso de que el comodante encontrare el bien, a su elección, podrá quedarse con él y devolver lo recibido al comodatario, o entregar a este el bien recibido.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1751 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1751.- Pagado el bien dado en comodato por haberse perdido, si posteriormente lo halla el comodatario, no podrá obligar al comodante a recibirlo pero este tendrá la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario lo que recibió.
>
> Si el hallazgo lo realiza el comodante, puede retenerlo devolviendo el bien o valor que recibió o, en su defecto, entregando el bien hallado al comodatario.
>
> Si el bien fue hallado por un tercero, el comodante está facultado para reclamarlo y, una vez recuperado, devolverá al comodatario lo que este le hubiese pagado.

Como puede apreciarse, el artículo citado contempla la posibilidad de que luego de pagado el valor del bien que se hubiere perdido, este bien hubiese sido encontrado.

En otras palabras, dicha norma se refiere al supuesto en el cual, luego de pagado el valor, resulte posible para el comodatario devolver el bien, vale decir, que la situación que impidió su devolución, además de ser transitoria, logró ser superada.

Nos preguntamos qué pasaría en estos casos.

Consideramos que como el comodatario ya habría pagado el valor del bien, no debería entregar el bien al comodante, lo que equivale a decir que por esta particular circunstancia, el comodatario se habría convertido en el nuevo propietario de ese bien.

Sin embargo, convenimos en señalar que el comodante tendría la potestad de recuperar la propiedad del bien, en la medida en que devuelva al comodatario el valor recibido.

No obstante estas consideraciones generales, propias de nuestra manera de apreciar el tema, debemos reconocer que el artículo 1751 del Código Civil regula minuciosamente la materia, contemplando diversos supuestos sobre la recuperación del bien.

El primero de ellos, consiste en que el bien sea encontrado por el comodatario.

En este caso, de acuerdo a lo establecido por el primer párrafo del artículo 1751, dicho comodatario no podría obligar al comodante a recibirlo, pero el comodante tendría la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario aquello que recibió.

El segundo supuesto consiste en si el bien es encontrado por el comodante, caso en el cual puede quedarse con dicho bien. A pesar de que el segundo párrafo del artículo 1751 del Código Civil no lo dice, entendemos que sería de plena justicia, que si el comodante optase por este camino, el comodatario tuviera el derecho de exigirle que le devuelva el valor que pagó al comodante por la pérdida de ese bien.

El segundo párrafo del artículo 1751 otorga la opción para que el comodante entregue el bien hallado al comodatario. A pesar de no ser explícita la norma al respecto, entendemos que si el comodante optara por este camino, ya no tendría la obligación de devolver al comodatario el valor del bien, pues dicho supuesto estaría configurando un caso de enriquecimiento indebido.

El tercer párrafo de la norma plantea el supuesto en el cual el bien haya sido encontrado por un tercero, caso en el cual el comodante tendrá la facultad para reclamar a dicho tercero la entrega del bien y, una vez que lo haya recuperado, deberá devolver al comodatario lo que este le hubiese pagado como valor de restitución del bien perdido. Cabe recordar que esta norma, según los Códigos de 1852 y 1936, establecía que si el bien fuese hallado por un tercero, tenía derecho a recobrarlo como suyo. En tanto que el código de 1984 solo expresa que el comodante está facultado para reclamarlo, y cuando lo haya recuperado devolverá al comodatario lo que este le hubiese pagado.

Entendemos que el artículo 1751 es bastante reglamentarista, y sobre todo, su segundo párrafo no reviste la claridad deseada, pero las consecuencias que se derivan

de la norma, pueden ser fácilmente extraídas, en virtud de que el tema debe regirse estrictamente por principios de absoluta equidad que beneficien tanto al comodante, como al comodatario.

35. Comodato conjunto

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1752 del Código Civil:

> Artículo 1752.- Si el bien se ha dado en comodato a dos o más personas para que lo usen al mismo tiempo, todas son responsables solidariamente.

Esta norma registra como antecedentes a los artículos 1249 del Código Civil de 1836, 1844 del Código Civil de 1852 y 1602 del Código Civil de 1936.

En virtud de lo establecido por el artículo 1183 del propio código, solo la ley o el título de la obligación establecen la solidaridad en forma expresa, no debiendo nunca presumirse.

Este es un caso de solidaridad impuesta por la ley.

Si el bien hubiese sido dado en comodato a dos o más comodatarios para que lo usen al mismo tiempo, estaríamos hablando del denominado comodato conjunto, y se configuraría, dado el carácter plural de los deudores y la condición única del acreedor, una situación de solidaridad pasiva.

También podría tratarse de un caso de solidaridad mixta, en la medida de que, además de existir pluralidad de deudores, exista más de un acreedor.

Sin duda, la responsabilidad solidaria a que hace referencia el artículo 1752, no es otra que la regulada por el artículo 1195 del propio código, la misma que resulta muy severa ante el incumplimiento de la obligación ya que, en virtud de la citada norma, el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, determina que éstos respondan solidariamente por el íntegro de la indemnización; en tanto que los codeudores no culpables, solo contribuirán a dicha indemnización, también solidariamente, con el íntegro del valor de la prestación incumplida.

Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores, solo los culpables asumirán dicha indemnización.

Los principios anotados regirán, tanto para el caso de si se trata de una obligación divisible y solidaria o, si se trata de una obligación indivisible y solidaria. Pero, incluso si la obligación de restitución del bien contraída por los comodatarios frente al comodante, hubiera sido pactada indivisible y mancomunadamente, la responsabilidad de los comodatarios tendrá carácter solidario, debiéndose aplicar el artículo 1195 del Código Civil, no por el hecho de que las partes hayan pactado solidaridad (ya que no lo habrían hecho), sino porque las consecuencias de la solidaridad

en materia de responsabilidad civil, estarían siendo impuestas en estos casos por la norma expresa del artículo 1752 del Código Civil.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre esta norma, queremos precisar que ella solamente se refiere al comodato conjunto, vale decir, cuando todos los comodatarios están autorizados para usar el bien al mismo tiempo.

Eso significa que si no se tratara de un comodato conjunto, o sea, que los comodatarios tuvieran la facultad de usar el bien solo de manera excluyente y sucesiva, por ejemplo, no estaríamos en presencia del supuesto del artículo 1752, sino, en principio, ante una obligación que si las partes no la han pactado como solidaria, no originaría la responsabilidad propia del artículo 1195. De ser ella indivisible y mancomunada, se originaría la responsabilidad establecida en el artículo 1180 del Código Civil; de ser divisible y mancomunada, cada uno de los deudores respondería de esa misma forma, vale decir, divisible y mancomunadamente, solo por los daños y perjuicios que él hubiese causado, de conformidad con los principios establecidos por los artículos 1172 y 1173 del propio código.

36. Caducidad de las acciones del comodante

De conformidad con lo establecido por el artículo 1753 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1753.- La acción del comodante para reclamar por el deterioro o modificación del bien, cuando la causa sea imputable al comodatario, caduca a los seis meses de haberlo recuperado.

Como se sabe, los plazos de caducidad son de orden público, y la ley los establece, por lo general, muy cortos, dado que debe imperar la seguridad jurídica por sobre la inseguridad que plantearía la posible acción de aquel que hubiese tenido el derecho.

Además, como se recuerda, la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2003 del Código Civil; pudiendo ser declarada de oficio o a petición de parte, conforme al argumento del artículo 2006 del propio código.

La caducidad tiene plazos fijados por la ley que no toleran pacto en contrario (artículo 2004). No admite interrupción ni suspensión, salvo en el caso en que sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (artículo 2005 del Código Civil Peruano, concordado con el artículo 1994, inciso 8 del mismo cuerpo legal).

En tal sentido, el artículo 1753 establece un plazo de caducidad de seis meses para la acción del comodante, destinada a reclamar por el deterioro o modificación del bien, cuando dicho deterioro hubiese sido imputable al comodatario. El plazo

de caducidad se contará a partir del momento en que el comodante haya recibido el bien en restitución.

Sin embargo, el artículo 1753 no abarca todos los supuestos en que el comodante pueda reclamar al comodatario por el deterioro o modificación del bien, sino solo aquéllos en donde la causa de dicho deterioro o modificación hubiera sido imputable al comodatario.

En virtud del principio general de Derecho que señala que las normas que restringen derechos no pueden aplicarse por analogía, tendríamos que llegar a la conclusión de que las acciones del comodante para reclamar por el deterioro o modificación del bien, cuando la causa no sea imputable al comodatario (y existen varios supuestos en el Código Civil que aceptan esta posibilidad y que han sido analizados por nosotros oportunamente), no tendrán dicho plazo de caducidad, debiéndose regir por el plazo de prescripción general de la acción personal establecido por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil (diez años).

Estimamos que esta es la interpretación correcta del problema; pero no obstante ello, no encontramos razón alguna para que el artículo 1753 solamente haya hecho referencia a los casos en los cuales la causa del deterioro o modificación del bien, fuere imputable al comodatario. Entendemos que dicha precisión ha sido inútil y más bien ha obedecido a querer establecer en dicho precepto, a modo ilustrativo, aquel que constituiría el caso más frecuente que pudiera dar origen a la acción del comodante.

37. Caducidad de las acciones del comodatario

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1754 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1754.- La acción del comodatario para que se le reintegren los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735, inciso 4, caduca a los seis meses contados desde que devolvió el bien.

Como se recuerda, el artículo 1735, inciso 4, establece como una de las obligaciones del comodante, la de pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

Entonces, nos encontramos ante un supuesto muy concreto, ya que el plazo de caducidad establecido por el artículo 1754, solamente se refiere a la citada norma, dejando cualquier otro eventual reclamo que pudiera tener el comodatario con respecto al comodante, fuera de este ámbito de caducidad, teniendo un plazo prescriptorio de diez años, tal como establece el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil.

Entendemos que las razones que han motivado la regulación del supuesto contemplado por el artículo 1754, han sido básicamente las mismas que motivaron al legislador a contemplar el tema regulado en el precepto anterior (artículo 1753), tratando acerca del caso que podría considerarse como más común o habitual de eventual reclamo por parte del comodatario al comodante.

No obstante, al igual que lo hicimos al comentar el artículo 1753, debemos señalar que la acción prevista por el artículo 1754 a favor del comodatario, no será la única que pudiere existir, ya que del análisis efectuado al conjunto de normas referidas al contrato de comodato, queda claro que podrían presentarse diversas situaciones en las cuales existan reclamos por parte del comodatario al comodante, las mismas que no estarán regidas por el plazo de caducidad de seis meses, sino por los preceptos generales de prescripción, tal como hemos expresado anteriormente.

Por último, estimamos que si lo que se quería era restringir con normas de orden público, los plazos de cualquier eventual acción que pudieran tener el comodante con respecto al comodatario (artículo 1753) o el comodatario con respecto al comodante (artículo 1754), lo lógico hubiera sido que ambas normas establecieran que cualquier reclamo de una parte con respecto a la otra, en relación con la ejecución de las obligaciones propias del comodato, caducase a los seis meses.

Bibliografía general

Aguilar Carbajal, Leopoldo. *Contratos civiles*. México: Editorial Porrúa, 1977.

Albaladejo, Manuel. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Librería Bosch, 1980.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil*. Santiago de Chile: Editorial Nascimiento, 1942.

Alterini, Atilio Aníbal, Óscar José Ameal y R. M. López Cabana. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

Álvarez, José María. *Instituciones de derecho real de España*. Madrid: Imprenta de don José M. Repuyés, 1839.

Alves Morgado, Guilherme. *Código Civil de Portugal*. Empresa Nacional de Publicidad, 1972.

Ámbito Financiero (Diario). Buenos Aires, viernes 22 de marzo de 1991.

Aparicio y Gómez Sánchez, Germán. *Código Civil - Concordancias*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1938.

Arias, José. *Contratos civiles. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939.

Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y sombras del Código Civil*. Lima: Librería Studium, 1992.

—. «Errores detectados en el área de los contratos en el nuevo Código Civil Peruano de 1984». En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

Arias-Schreiber Pezet, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco y Ángela Arias-Schreiber Montero. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Librería Studium, tomo I, 1986.

Arias-Schreiber Pezet, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, y Ángela Arias-Schreiber Montero. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, tomo II, 1988.

Aubry, C. y C. Rau. *Cours de Droit Civil Franfais*. París: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs-Editeurs, 1871.

Avelino Sánchez, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994.

Avendaño Valdez, Jorge. *Derechos reales. Materiales de enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Oficina de publicaciones, 1986.

Badani Chávez, Rosendo. *Obligaciones y contratos*. Primera Parte: Obligaciones, Tercer Curso de Derecho Civil, dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Imprenta Atlántida, s/f.

Badenes Gasset, Ramón. *El contrato de compraventa*. Barcelona: Librería Bosch, 1979.

Banchio, Enrique Carlos. *Obligaciones de valor*. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1975.

Banco Central de Reserva del Perú, sucursal de Arequipa. *Investigación Económica*, 1987.

Barassi, Lodovico. *Instituciones de derecho civil*. Barcelona: José María Bosch, 1955.

Barbero, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.

Barchi Velaochaga, Luciano. «La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago». En *Revista Peruana de Derecho El Jurista*, año 1, n.° 3, agosto de 1991.

Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1921.

Baudry-Lacantinerie, Marie Paul Gabriel de. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Société du Recueil Gal-Des Lois et des arréts, 1896.

Baudry-Lacantinerie, Marie Paul Gabriel de, avec la collaborations de plusieurs professeurs. *Traité de Droit Civil*. París: Librairie de la Société du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908.

Becerra Toro, Rodrigo. *Obligaciones civiles. Fuentes y formas*. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

Bello, Andrés. *Proyecto inédito de Código Civil de Chile.* Santiago de Chile: 1890.

—. *Obras completas de Andrés Bello.* (Código Civil). Caracas: Ministerio de Educación. Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello. Biblioteca Nacional, vol. I y vol. II, tomo XIII, 1955.

Betti, Emilio. *Teoría general de las obligaciones.* Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

Bevilaqua, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Livraria Francisco Alves, 1917.

Bibiloni, Juan Antonio. *Anteproyecto de reforma al Código Civil.* Presentado a la Comisión Encargada de Redactarlo, por [...]. Buenos Aires: Valerio Abeledo-Editor, 1929.

Bigio Chrem, Jack. *El contrato de arrendamiento.* Lima; Gaceta Jurídica Editores, 1995.

Blanquer Criado, David. *Derecho de turismo.* Valencia: Tirant Lo Blandí, Guada Litografía, S.L., 1999.

Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979.

Boissonade, G. *Code Civil pour l'Empire du Japon.* Tokio, 1890.

Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles.* Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1984.

Bonnecase, Julien. *Suplemento al Tratado de G. Baudry-Lacantinerie*, 1924-1925.

—. *Elementos de Derecho Civil.* Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945.

Borda, Guillermo A. *Manual de contratos.* Buenos Aires: Editorial Perrot, 1989.

—. *Manual de obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975.

Borrell y Soler, Antonio M. *El contrato de compraventa según el Código Civil Español.* Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1952.

Boza Pro, Guillermo. «Algunas consideraciones acerca de las obligaciones facultativas en el Código Civil Peruano de 1984». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n.° 6, 1987, pp. 69-73.

Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado.* Buenos Aires: EDIAR, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual.* Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1982.

Cajarville, Juan Pablo. *Régimen legal de los intereses. Delito de usura.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1980.

Calonge, Alfredo. *La compraventa civil de cosa futura desde Roma hasta la doctrina europea actual.* Salamanca: Talleres Gráficos Imprenta Núñez, 1963.

Calle, Juan José. *Código Civil de 1852.* Lima: Librería e Imprenta Gil, 1928.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Comisión de Legislación General. Orden del Día 1322, Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Impresa el 28 de julio de 1993.

Cámara de Diputados de la República Federativa do Brasil. *Redacción final del Proyecto de Lei 634 - B, de 1975 que instituye el Código Civil.* Brasilia, 1984.

Cárdenas Quirós, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 8, año 5, junio de 1994.

Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, común y foral.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954.

Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones.* Lima, 1957.

—. *Código Civil.* Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1978.

Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos.* Tesis y anexo legislativo presentados para optar el Grado Académico de Bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, octubre de 1989.

—. *Los contratos sobre bienes ajenos.* Lima: CONCYTEC, 1990.

—. *El contrato de suministro: una perspectiva crítica.* Materiales de Enseñanza del Curso de Contratos II en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, abril de 1992.

—. *El bien materia del contrato de compraventa.* Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, vol. XIII.

—. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta.* Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. XIV.

—. «Las obligaciones y sus modalidades; efectos de las obligaciones». En *Instituciones del Derecho Civil peruano (visión histórica).* Lima: Publicación colectiva de la Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 1996, tomo III, pp. 1681-1800.

—. «Los contratos típicos.- compraventa; permuta; suministro; donación; mutuo; arrendamiento; hospedaje; comodato; locación de servicios; obra; mandato; depósito; secuestro; fianza; renta vitalicia; juego y apuesta». En *Instituciones del Derecho Civil Peruano (visión histórica).* Publicación colectiva de la Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 1996, tomo III, pp. 1984-2291.

—. *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos).* Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, vol. III, tomos I, II, III y IV.

—. *Tentaciones académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomos I, II y texto original del Código Civil de 1984, Normas Modificatorias y Complementarias.

—. *Tratado de la venta.* Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, vol. XVIII, tomos I, II, III, IV, V y VI.

Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones.* La Plata: Editorial Platense, 1986.

Cigüeñas, Benedicto. «Costo del crédito: mito que va desapareciendo». En *Moneda,* n° 70, año 5, abril de 1994, p. 33.

Code Civil de la Province de Québec. Revue et Modifié en Conformité de la Legislation. Mai 1979 inclusivement, par Lise Saintonge-Poitevin, LL., L. Montreal : Wilson et Lafleur Limitée, 1979.

Code Civil de la Republique de Chine. París: Librairie du Recueil Sirey, 1930.

Code Civil Francais. París: Librairie Dalloz, 1914.

Code Civil Suisse. Berna: Office Central Fédéral des imprimés et du matériel, 1983.

Code des Obligations de Suisse. Berna: Office central fédéral des imprimés et du matériel, 1983.

Code des Obligations de la République de Pologne. Traducido por Stefan Sieczkowski y Jean Wasilkowski, con la colaboración de Henri Mazeaud. Prefacio de Henri Capitant. París: Librairie de Recueil Sirey, 1935.

Código Civil Argentino y leyes complementarias. Buenos Aires: A.Z. Editora, 1985.

Código Civil Austriaco (A.B.G.B.). Viena: Edición Oficial, 1983.

Código Civil Brasileño. San Pablo: Editora Revista dos Filmes, 1988.

Código Civil Chileno. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1987.

Código Civil Cubano. La Habana: Edición Oficial, 1988.

Código Civil de Bélgica. Bruselas: Editorial Marabout, 1986.

Código Civil de Costa Rica. Instituto de Cultura Hispánica. Estudio preliminar, compendio y concordancias a cargo de los licenciados Héctor Beeche Luján y Fabio Fournier Jiménez. Madrid, 1962.

Código Civil de Costa Rica. San José: Tipografía Lehmann, 1916.

Código Civil de El Salvador. Instituto de Cultura Hispánica. Estudio preliminar de Mauricio Guzmán. Madrid, 1959.

Código Civil de Guatemala. Ciudad de Guatemala: Edición Oficial, 1986.

Código Civil de Honduras. Tegucigalpa: Centro Técnico Tipográfico Nacional, 1982.

Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1889.

Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1986.

Código Civil de la República de Chile. Santiago de Chile y Valparaíso: Librería del Mercurio, 1877.

Código Civil de la República del Paraguay. Asunción: Edición Oficial, 1985.

Código Civil de la República de Nicaragua. Managua: Tipografía Nacional, 1903.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Montevideo: Editorial Acali, 1980.

Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1964. Con prólogo de Raisa Khalfina. Moscú, 1988.

Código Civil del Reino de Italia. Stab. Tip. Milán: Libreria Sitta Edit. F. Mancini, 1865.

Código Civil de Panamá. Edición Oficial. Barcelona: Harrich, 1917.

Código Civil de Puerto Rico. Estudio preliminar de Félix Ochoteco Jr. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1960.

Código Civil Ecuatoriano. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, s/f.

Código Civil Español. Madrid: Ediciones Universo y Cultura, 1987.

Código Civil para el E. L. y S. de México con sus reformas. Puebla: Editorial Cajica, 1977.

Código Civil Peruano de 1984. Edición Oficial. Lima: Editora Perú, 1984.

Código Civil. República Argentina. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1991.

Código Civil Uruguayo. Montevideo: Librería Nacional A. Barreiro y Ramos, 1914.

Código Civil Venezolano. Caracas: Editorial La Torre, 1982.

Código Civil Venezolano. Caracas: Imprenta de Vapor La Opinión Nacional, 1880.

Código Civil y de enjuiciamientos. Lima: Imprenta del Estado, 1870.

Código Penal Peruano. Diario Oficial El Peruano. Lima, abril de 1991.

Código Procesal Civil del Perú de 1993. Edición Oficial. Lima: Editora Perú, 1997.

Colín, Ambroise y Henri Capitant. *Cours élémentaire de Droit Civil francais.* París: Librairie Dalloz, 1924.

—. *Curso elemental de Derecho Civil.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955.

Colmo, Alfredo. *Tratado teórico práctico de las obligaciones en el Derecho Civil Argentino. De las obligaciones en general.* Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez Bernardo de Irigoyen, 1920.

—. *De las obligaciones en general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. *Actas de las Sesiones.* Lima: Imprenta Castrillón, 1928.

Comisión Revisora del Código Civil Peruano. *Actas de las Sesiones.* Copias mecanográficas. Lima, 1936.

Commissione Reale per la Riforma dei Codici. Commission Francaise D'etudes de L'union Legislative entre les Nations Allies et Amies. *Projet de Code des obligations et des contrats.* Roma: Provveditorato Generale dello Stato Libreria, 1928, anno VI.

Consentini, Francesco. *Code international des obligations.* Institut Americain de Droit et de Legislation Comparée. París: Librairie Marchal et Billard, 1937.

Constitución Política de la República del Perú. Lima: Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1986.

Constitución Política de la República del Perú. Edición Oficial. Lima: Editora Perú, 1993.

Chironi, G.P. *La culpa en el Derecho Civil Moderno. Culpa contractual*. Madrid: Hijos de Reus, 1907.

Cornejo, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Lima: Gil, 1938.

Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Octava edición. Lima: Librería Studium, 1991.

Chacón, Jacinto. *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Nacional, 1891.

Dalloz, Armand. *Dictionnaire général et raisonné de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matiére civile, commerciale, criminelle, administrative et de Droit Public*. París: Bureau de la Jurisprudence Générale, 1844.

De Cossío, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Alianza Universidad. Madrid: Alianza Editorial, 1975, tomo I.

De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959.

De Folleville, Daniel. *Essai sur la vente de la chose d'autrui*. A. Maresq Ainé, París: Libraire - Editeur 17, 1872.

De Gasperi, Luis. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945 y 1946.

—. *Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Editora Tipográfica Argentina, 1964.

—. *Anteproyecto de Código Civil Paraguayo*.

Degni, Francisco. *La compraventa*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

De Lacerda, Paulo. *Código Civil Brasileiro*. Río de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983.

—. *La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, vol. I, pp. 175 a 193.

—. «Pago de intereses usurarios». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n.° 12, 1988, pp. 60-63.

—. *El Contrato en general*. Primera Parte, tomos I, II y III. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, vol. XI.

—. *El Contrato en general*. Segunda Parte, tomos IV, V y VI. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú., 1993, vol. XV.

—. «Compraventa sobre documentos». En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 13, noviembre de 1996, pp. 9-17.

—. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998.

De la Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978.

De Maleville, Jacques. *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au conseil d'Etat*. París: Librairie de la Cour de Cassation, 1822.

Demante, A.M. y E. Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code Civil*. París, 1887.

Demogue, René. *Traité des obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

Demolombe, C. *Cours de Code Napoléon*. París: Auguste Durand y L. Hachette et Cie, 1870.

De Marino y Borrego, Rubén M. *El suministro: teoría general del derecho*. Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959.

De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.

De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Proyecto de Código Civil para el Perú*. Segunda parte. Lima: Imprenta del Constitucional por Justo León, 1836.

Díaz Bravo, Arturo. *Contratos mercantiles*. México: Harla, 1983.

Díez Picazo, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona: Bosch, 1957.

—. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón Ballesteros. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

Dupichot, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión en español de Rosangela Calle. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

Duranton. *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*. Bruxelles, 1841.

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

Emiliani Román, Raimundo. *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

Espín, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1976.

Falcón, Modesto. *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español común y foral*. Barcelona: Imprenta Cervantes, 1893.

Fariña, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

Fernández Cruz, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 41, 1987.

Fernández Elías, Clemente. *Novísimo tratado histórico - filosófico del Derecho Civil Español*. Madrid: Librería de Leocadio López, 1880.

Fernández Rodríguez, Carlos R. «Naturaleza jurídica de la dación en pago». En *Anuario de Derecho Civil*, serie 1, n° 2, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, s/f.

Fernández, Julio. «Actualización de deudas pecuniarias. Implicancias civiles». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n.° 14, 1989, pp. 68-72.

Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

Foignet, René. *Manuel élémentaire de Droit Civil.* París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904.

Forno Flórez, Hugo. «El contrato con efectos reales». En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 7, 1993.

—. «El principio de la retroactividad de la resolución contractual». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n° 30, 1994, pp. 185-195.

Fuentes, M.A. y M.A. de la Lama. *Código Civil Peruano de 1852.* Lima: Imprenta del Estado, 1870.

García-Calderón, Manuel. *Código de Comercio de 1902.* Segunda edición. Lima: Imprenta de la U.N.M.S.M., 1967.

García Goyena, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español.* Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.

Garrido, Roque Fortunato y Rosa Cordobera González de Garrido. *Compraventa.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.

Garrido, Roque Fortunato y Jorge Alberto Zago. *Contratos civiles y comerciales.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989.

Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Séptima edición. México: Editorial Porrúa, 1984.

Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.

Giorgi, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno.* Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909.

Giorgianni, Michele. *La obligación.* Barcelona: Bosch, 1958.

Guillouard, L. *Traité de la vente et de l'échange.* París: A. Pedone, 1902.

Guzmán Ferrer, Fernando. *Código Civil.* Lima: Editorial Científica, 1987.

Hedemann, J. W. *Derecho de Obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

Hernández Gazzo, Juan Luis. «Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores». En *Ius et Veritas*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 7, 1993.

Hernández Gil, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid: Editorial CEURA, 1983.

Huc, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. París: Librairie Cotillon, 1897.

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

Jordán de Asso, Ignacio y Miguel de Manuel y Rodríguez. *El Fuero Viejo de Castilla*. Madrid, 1847.

—. *Ordenamiento de Leyes*. Madrid, 1847.

Josserand, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

—. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía., 1952.

Justiniano, Emperador Romano de Oriente. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.

—. *Instituciones*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1986.

Lafaille, Héctor. *Curso de contratos*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1927-1928.

—. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A. G. Rezzónico, 1926.

—. *Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943.

Langle y Rubio, Emilio. *El contrato de compraventa mercantil*. Barcelona: Bosch, 1958.

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

Larombiére, M.L. *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres lll etIV, Livre lll Du Code Civil. Articles 1101 a 1386*. París: A. Durand et Pedone - Lauriel, 1885.

Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993.

Latour Brotons, Juan. «Notas sobre la dación en pago». En *Revista de Derecho Privado*, n.° 436-437, 1953.

Laurent, Francois. *Principes de Droit Civil Français*. París: Librairie A, Maresq Ainé, 1875-1893.

León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1954.

—. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tomo I, 1965.

—. *Curso del acto jurídico con referencia al proyecto de Código Civil Peruano*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1983.

—. «En torno a la novación objetiva». En *Libro Homenaje al Doctor Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 1-6.

Levenhagen, Antonio José de Souza. *Código Civil, comentarios didácticos. Derecho de las Obligaciones*. San Pablo: Atlas, 1978.

Lohmann Luca De Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1994.

López De Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte General*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1984.

Lubón, Miguel. *Legislación soviética moderna*. México, D.F.: UTEHA, 1947.

Luiz Alvez, Joao. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Río de Janeiro: F. Briguiet e Cía., 1917.

Luzzato, Ruggero. *La compraventa*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953.

Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo II, 1983.

Machado, José Olegario. *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1889.

Maisch von Humboldt, Lucrecia. *El Código Civil sumillado*. Segunda edición. Lima: Tipografía Sesator, 1982.

Malaurie, Philippe y Laurent Aynés. *Cours de Droit Civil. Les obligations*. Tercera edición París: Editions Cujas, 1992.

Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Reus, 1967.

Marino y Borrego, Rubén M. *El suministro: teoría general del derecho.* Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959.

Marcadé, V. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé aprés le commentaire de chaque titre.* París: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1852.

Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959.

Melon Infante, Fernando. *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial.* Barcelona: Bosch, 1958.

Merlin, M. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, ouvrage de plusieurs jurisconsultes. Revue, corrigé et fondue avec les additions faites depuis 1815 aux éditions précédents par [...].* París: Garnery, 1827.

Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979.

Ministerio de Justicia - Pontificia Universidad Católica del Perú. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Inflación y actualización monetaria.* Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1981.

Moisset De Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil.* Cartas y polémicas. Córdoba: Víctor P. de Zavalía, 1982.

Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos.* Buenos Aires: Ediar, 1988.

—. *Contratos en dólares.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1990.

Mourlon, Frédéric. *Répétitions écrites sur le Code Civil.* París: Marescq Ainé, 1878.

Muñoz, Luis. *Contratos.* Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1960.

Navarro Pérez, José Luis. *La compraventa civil.* Granada: Editorial Comares, 1993.

Negri, Héctor. *La obligación.* Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1970.

Noguera, Rodrigo. *Estudio de las obligaciones naturales.* Bogotá: Editorial Temis 1980.

Noriega, Raúl. «Teoría y política de tasas de interés». En *Moneda,* n.° 3, septiembre de 1988.

Oderigo, Mario N. *Sinopsis de Derecho Romano.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1964.

Olaechea Du Bois, Manuel Pablo. *Hacia un nuevo Código Civil. La constitución de 1993 y la deficiencia del Código Civil de 1984 lo exigen*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1993.

Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Segundo Anteproyecto del Libro V del Código Civil*. Lima: Imprenta Minerva, 1926.

—. *Exposición de Motivos del libro quinto del Proyecto de Código Civil*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1936.

Olaya Nohra, Mauricio. «El régimen de intereses en el Perú». En *Diario Oficial El Peruano*. Sección Economía y Derecho, 16 de agosto de 1994.

Ortega Torres, José. *Código Civil Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 1981.

Ossorio y Gallardo, Ángel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*. Buenos Aires: Imprenta López, 1943.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

Osterling Parodi, Felipe. «La revisión de los contratos por el poder judicial». En *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima, Nuevas Orientaciones del Derecho*, 1965.

—. «Inmutabilidad de la cláusula penal».En *Derecho*, Órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° XXIV, 1965.

—. «El pago con efectos de cambio». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1, n.° 1, 1965, pp. 12-19.

—. «¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil Comparado?» En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 3, n.° 5, 1967, pp. 47-53.

—. *Inejecución de las obligaciones contractuales en el Código Civil Peruano de 1936: la indemnización de daños y perjuicios*. Tesis de Doctor en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1967.

—. «De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto». En *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo II, 1980.

—. *Materiales de enseñanza del curso de obligaciones.* Recopilación de lecturas de diversos autores. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Oficina de Publicaciones, 1982.

—. «Draft Civil Code of Perú». En *Lawyers of the Americas.* The University of Miami. Journal of International Law, vol. 14, n.° 3, 1983, pp. 593-604.

—. *Inejecución de obligaciones.* Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, vol. I, pp. 133-174.

—. *De las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias.* Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, vol. II, pp. 73-107.

—. «La indemnización de daños y perjuicios». En *Libro Homenaje al Doctor José León Barandiarán.* Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 398-416.

—. «Inejecución de obligaciones: dolo y culpa». En *Libro Homenaje al Doctor Rómulo Lanatta Guilhem.* Lima: Cultural Cuzco, 1986, pp. 349-364.

—. «Inejecución de obligaciones. El caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de culpa». En *Libro de estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet.* Lima: Cultural Cuzco, 1988, pp. 261-281.

—. «La mora del deudor». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n° 8, 1987, pp. 55-60.

—. *Las obligaciones.* Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

—. «Obligaciones con cláusula penal». En *Libro homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez.* Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 299-323.

—. «Ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Contratación contemporánea. Efectos de la inflación. Nominalismo y valorismo». En *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, pp. 307-313.

—. «Inejecución de obligaciones en el Código Civil Peruano de 1984». En *Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de Noviembre de 1989*, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, pp. 401 a 410.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Primera Parte, tomos I, II, III y IV. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, vol. XVI.

—. *Tratado de las obligaciones*. Segunda Parte, tomos V, VI y VII. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, vol. XVI.

—. *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

—. *Tratado de las obligaciones*. Tercera parte, tomo VIII. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, vol. XVI.

—. *Tratado de las obligaciones*. Tercera Parte, tomo IX. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, vol. XVI.

—. *Tratado de las Obligaciones*. Cuarta Parte, tomos X, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, vol. XVI.

Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las obligaciones en el Derecho Civil Peruano*. Tercera edición. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, 1990.

Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traité pratique de Droit Civil Français*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Tercera edición. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f.

—. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Del contrato de venta. Traducido al español por M. Dupin y M.C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1948.

—. *Tratado de los Contratos*. Tomo II. Tratado de los retractos y Tratado del contrato de arrendamiento de renta. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1948.

Proyecto de Código Civil Argentino, Según Texto Aprobado Por La Honorable Cámara De Diputados De La Nación. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

Proyecto de Código Civil de Colombia. Edición Oficial. Bogotá, s/f.

Proyecto de Código Civil para la República del Perú. Lima: Imprenta de J. Francisco Solís, 1890.

Proyecto de Código Civil Peruano del 7 de mayo de 1936. Elaborado por la Comisión creada por Resolución Suprema del 22 de agosto de 1922. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1936.

Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil.* Barcelona: Bosch, 1954.

Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española.* Vigésimo segunda edición. Versión *on line*, 2001. www.rae.es

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 particuliére de ces deux corps avant la rédaction definitive de chaqué project de loi. París: Firmin Didot Fréres, Fils et Cie., 1867.

Reforma del Código Civil Argentino. *Proyecto del Código Civil.* Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1936.

Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil.* Lima: Okura Editores, 1985.

Rezz óníco, Luis María. *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil.* Ediciones Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961.

—. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

Rinessi, Antonio J. «Préstamo de consumo. Breves antecedentes históricos». En *Enciclopedia jurídica Omeba.* Tomo XXII, p. 38.

Ripert, Georges. *La regle morale dans les obligations civiles.* París: Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

Rivadeneyra Sánchez, Juan y José Alvaro Quiroga León. «Las obligaciones facultativas».En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n° 5, 1986, pp. 67-68.

Robles Moreno, Carmen del Pilar. «Régimen legal de los intereses para adeudos de carácter civil, financiero, tributario y aduanero». En *Bibliotecal,* Año 2, n° 3. Lima, 2001, p. 239.

Rodríguez Fonnegra, Jaime. *Del contrato de compraventa y materias aledañas.* Bogotá: Ediciones Lerner, 1960.

Rogel Vide, Carlos. *La compraventa de cosa futura.* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

Rogron, J.A. *Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence.* París: E. Plon et Cie., 1877.

Rossel, Virgile. *Code des obligations de Suisse.* Lausana: Librairie Payot et Cie., 1911.

Rossel, Virgile y Mentha, F.H. *Manuel de Droit Civil Suisse.* Lausana: Librairie Payot et Cie., 1922.

Rubio Correa, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico.* Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. IX. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

—. *Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana.* Biblioteca «Para leer el Código Civil», vol. X. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

Salvat, Raimundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino.* Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952.

Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles.* México, D.F.: Editorial Porrúa, 1978.

Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil.* Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra». Madrid: Impresores de la Real Casa, 1899.

Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *Estudios de Derecho Civil.* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978.

Santos Briz, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

Sapena Pastor, Raúl. *Fuentes próximas del Código Civil.* Asunción: Editorial El Foro, 1986.

Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.

Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Obligations.* Cuarta edición. París: Iitec. Librairie de la Cour de Cassation, 1992.

The Code Civil of Japan. *EHS Law Bulletin Series.* Tokio, 1980.

Thémis, Grupo de Investigación integrado por Jiménez, José Alfredo, Alberto Rebaza y Verónica Zavala. «Indexación y Derecho». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, n° 14, 1989, pp. 73-77.

Tola, Fernando. *Curso de Derecho de Obligaciones*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Versión mimeografiada, s/f.

Torres Méndez, Miguel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Parte Primera. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1993.

Torres Vásquez, Aníbal. *El contrato de suministro en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo*. Lima: Cultural Cuzco, 1988.

Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Contratos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989.

Troplong, C. *Droit Civil expliqué. De la vente*. París: Charles Hingray, 1856.

Universidad De Lima. *Código Civil Peruano. Diez años. Balance y perspectivas*. Congreso Internacional. Lima: W.G. Editor, 1995.

Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

Valencia Restrepo, Hernán. *Teoría general de la compraventa*. Bogotá: Editorial Temis, 1983.

Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

Vallet de Goytisolo, Juan B. *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1980.

Valpuesta Fernández, María R. *Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

Valverde y Valverde, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español*. Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta, 1920.

Vidal Ramírez, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

—. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

Viforeann, Pierre C. *Contribution a l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en Droit Comparé. Formation et éléments du contrat*. París: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne. Edouard Duchemin. L. Chauny et L. Quinsac, 1932.

Villavicencio Cúneo, Víctor. *Las donaciones indirectas o atípicas*. Tesis de Bachiller. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965.

Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo - Perrot, 1990.

Von Thur, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934.

Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981.

—. *El pago por consignación. Doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983.

—. *Compraventa y permuta*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.

—. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

—. «Convertibilidad del Austral». En *Estudios jurídicos primera serie*. Luis Moisset de Espanés, Coordinador. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1991.

Weill, Alex y Francois Terré. *Droit Civil. Les obligations*. Cuarta edición. París: Précis Dalloz, 1986.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos civiles*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1994.

Zusman Tinman, Shoschana. «La teoría del riesgo». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 34, 1980, pp. 7-114.

DE LA OBRA DEL AUTOR

I. Tesis

«Los Contratos sobre Bienes Ajenos». Tesis elaborada para optar el grado académico de Bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, septiembre de 1989 (479 pp.) y Anexo Legislativo (380 pp.).

«El Bien Materia del Contrato de Compraventa». Tesis elaborada para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, julio de 1991 (610 pp.).

«El Contrato de Compraventa en el Código Civil Peruano de 1984». Tesis elaborada para optar el grado académico de Doctor en Derecho en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1999 (2,369 pp.).

II. Tratados y libros

Los Contratos Sobre Bienes Ajenos. Auspiciado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC). Lima, mayo de 1990 (415 pp.).

Acción Estudiantil y el Movimiento Democrático Universitario en la Universidad Católica (1985 - 1991). Lima, noviembre de 1990 (427 pp.).

El Perú de César Awapara (en coautoría). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, enero de 1991 (420 pp.).

El Bien Materia del Contrato de Compraventa. Volumen XIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1992 (489 pp.).

El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta. Volumen XIV de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1993 (648 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Primera Parte - Tomo I; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (504 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Primera Parte - Tomo II; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (523 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Primera Parte - Tomo III; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (563 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Primera Parte - Tomo IV; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código

Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (542 pp.).

Estudio sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, octubre de 1995 (152 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Segunda Parte - Tomo V; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero de 1996 (515 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Segunda Parte - Tomo VI; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero de 1996 (616 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Segunda Parte - Tomo VII; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero de 1996 (521 pp.).

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo I). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (128 pp.).

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo II). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (135 pp.).

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo III). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (129 pp.).

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo IV). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (141 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Tercera Parte - Tomo VIII; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, agosto de 1997 (541 pp.).

Todos los Poderes del Presidente (Ética y Derecho en el ejercicio de la Presidencia). Volumen IV de la «Biblioteca de Derecho Político». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, agosto de 1997 (607 pp.).

Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano de 1984). Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1998 (580 pp.).

Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano de 1984). Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1998 (599 pp.).

Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984. Código Civil de 1984. Texto Original. Normas Modificatorias y Complementarias (Del 24 de julio de 1984 al 30 de abril de 1998). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1998 (500 pp.).

Tratado de las Obligaciones (Tercera Parte - Tomo IX; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1999 (667 pp.).

Tratado de la Venta. Tomo I, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (566 pp.).

Tratado de la Venta. Tomo II, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (446 pp.).

Tratado de la Venta. Tomo III, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (517 pp.).

Tratado de la Venta. Tomo IV, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (494 pp.).

Tratado de la Venta. Tomo V, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (509 pp.).

Tratado de la Venta. Tomo VI, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (577 pp.).

Comentarios al Contrato de Compraventa. Gaceta Jurídica, Lima, enero del 2002 (406 pp.).

Tratado de los Contratos Típicos. Tomo I, El Contrato de Suministro. El Contrato de Donación, Volumen XIX de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero del 2002 (264 pp.).

Tratado de la Teoría General de los Contratos. Tomo I, La Plena Vigencia del Código Civil en la Contratación Contemporánea, en coautoría con el Doctor Pierre Martín Horna, Volumen XX de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, septiembre del 2002 (555 pp.).

Tratado de los Contratos Típicos. Tomo II, El Contrato de Mutuo. El Contrato de Arrendamiento, Volumen XIX de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2002 (522 pp.).

Tratado de los Contratos Típicos. Tomo III, El Contrato de Hospedaje. El Contrato de Comodato, Volumen XIX de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2002 (298 pp.).

Estudios sobre el contrato de compraventa. Ediciones Legales. Lima, abril del 2003 (326 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo X; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código

Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (518 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo XI; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (477 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo XII; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (517 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo XIII; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (504 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo XIV; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (436 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo XV; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (414 pp.).

Tratado de las Obligaciones. (Cuarta Parte - Tomo XVI; en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 2003 (812 pp.).

Código Civil. Edición Oficial del Ministerio de Justicia. Asesoramiento y Análisis Laborales S.A.C. Lima, marzo de 2004 (516 pp.).

Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil (en coautoría con el Doctor Ricardo Vásquez Kunze). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, noviembre de 2004 (190 pp.).

La Reforma de la Enseñanza Jurídica en Debate. Métodos y contenidos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en coautoría con el

Doctor Ricardo Vásquez Kunze). Foro Académico Asociación Civil. Lima, marzo de 2005 (93 pp.).

Cuatro temas de hoy (en coautoría con Verónica Rosas Berastain). Derecho y Sociedad Asociación Civil. Lima, abril de 2005 (130 pp.).

Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984 (con la participación de Verónica Rosas Berastain). Palestra Editores S.A.C. Lima, septiembre del 2005 (299 pp.).

La Teoría de los Actos Propios (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). Palestra Editores S.A.C. Lima, marzo del 2006 (199 pp.).

El Contrato de Seguro (en coautoría con Pedro Richter Valdivia). Palestra Editores S.A.C. Lima, agosto del 2006 (223 pp.).

Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria (con la colaboración de Verónica Rosas Berastain). Palestra Editores S.A.C. Lima, septiembre del 2006 (252 pp.).

Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze). Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores S.A.C., Cátedra Garrigues-Universidad de Navarra y Estudio Mario Castillo Freyre, noviembre del 2006, vol. 1 (268 pp.).

Por qué no se debe reformar el Código Civil (con la colaboración de Verónica Rosas Berastain). Lima: Palestra Editores S.A.C., Cátedra Garrigues-Universidad de Navarra y Estudio Mario Castillo Freyre, enero del 2007 (523 pp.).

La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica (con la colaboración de Verónica Rosas Berastain). Lima: Palestra Editores S.A.C., Colegio de Notarios de Lima y Estudio Mario Castillo Freyre, agosto del 2007 (120 pp.).Z

Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil (en coautoría con el Doctor Ricardo Vásquez Kunze). Editorial Aranzadi S.A. Navarra, 2008 (243 pp.).

Lecciones de Contratos. Parte General. Lima: Unifé — Estudio Mario Castillo Freyre, 2008, (125 pp.).

El Arbitraje en la Contratación Pública (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Mario Castillo Freyre - Palestra, 2009, vol. 7 (275 pp.).

III. Investigaciones

«El Contrato de Suministro. Una perspectiva crítica». Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Facultad de Derecho. Lima, abril de 1992 (29 pp.).

«Las obligaciones y sus modalidades; efectos de las obligaciones». En *Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión histórica)*. Publicación colectiva de la Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, septiembre de 1996. Tomo III, pp. 1681 a 1800.

«Los Contratos Típicos.- Compraventa; Permuta; Suministro; Donación; Mutuo; Arrendamiento; Hospedaje; Comodato; Locación de Servicios; Obra; Mandato; Depósito; Secuestro; Fianza; Renta Vitalicia; Juego y Apuesta». En *Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión histórica)*. Publicación colectiva de la Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, septiembre de 1996. Tomo III, pp. 1984 a 2291.

«Algunos conceptos sobre la Teoría General de las Obligaciones» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Obra de Homenaje por el Centenario del Nacimiento del Doctor José León Barandiarán*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2000. Tomo II, pp. 635 a 757.

«Las obligaciones de hacer y de no hacer» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Academia Peruana de Derecho, Libro Homenaje al Doctor Javier Vargas y Vargas*. Lima, 2000, pp. 67 a 122.

IV. Artículos publicados en revistas de derecho y obras colectivas

«La Venta de Bien Ajeno en el Derecho Argentino». En *Iuris Dictio*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, noviembre del 1996, año I, n.° 2, pp. 23 a 29.

«Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano)». En *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, enero-marzo del 1998, año XLVIII, n.° 14, pp. 29 a 34.

«La Relación existente entre la Venta de Bien Ajeno y el Saneamiento por Evicción». En *Revista del Magíster en Derecho Civil*. Escuela de Graduados. Lima:

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 1, 1997 (publicado en 1998), pp. 111 a 122.

«La Compensación» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Scribas*, Arequipa, 1998, año II, n.° 4, pp. 101 a 128.

«La Condonación» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, año IX, n.° 18, pp. 124 a 135.

«El Mutuo Disenso» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, mayo de 1999, año III, n.° 4, pp. 57 a 76.

«La Transacción» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 57, correspondiente a diciembre de 1997, publicado en octubre de 1999, pp. 387 a 461.

«Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Contexto del Código Civil de 1984» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, diciembre de 1999, año III, n.° 5, pp. 52 a 70.

«La Isla de la Fantasía». En *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año VIII, n.° 8, correspondiente al año 1998, publicado en marzo del 2000.

«La Pérdida en las Obligaciones de Dar Bienes Ciertos y la Teoría del Riesgo» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Normas Legales*, Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Trujillo, Perú, marzo del 2000, tomo 286, pp. 79 a 95.

«El Incumplimiento en las Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Abogados*, Lima, mayo del 2000, año III, n.° 4, pp. 11 a 15.

«La Transferencia de Propiedad en el Perú» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.° 30, correspondiente a enero-diciembre de 1999. Publicado en noviembre del 2000, pp. 149 a 168.

«El Derecho Sucesorio y las Obligaciones de Sujeto Plural» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *De Iure*, Revista editada por alumnos de la

Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, noviembre del 2000, año II, n.° 2, pp. 163 a 186.

«Los Intereses Compensatorios y Moratorios» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2000, año X, n.° 10, pp. 157 a 187.

«Las Obligaciones de dar Bienes Inciertos» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima, 1999, año IX, n.° 9, publicado en el año 2000, pp. 89 a 122.

«Las Relaciones Internas entre los Deudores y entre los Acreedores de Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Bibliotecal*, Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima, diciembre del 2000, año 1, n.° 2, pp. 45 a 56.

«El Tema Fundamental de las Obligaciones de Medios y de Resultados frente a la Responsabilidad Civil» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre del 2000, n.° 53, pp. 475 a 512.

«Reflexiones en torno al Cumplimiento en las Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, diciembre del 2000, año IV, n.° 7, pp. 125 a 133.

«Los Medios Extintivos Distintos al Pago y las Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, enero del 2001, año LI, n.° 18, pp. 79 a 96.

«Las Obligaciones Conjuntivas» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Abogados*, Lima, enero del 2001, año III, n.° 5, pp. 39 a 41.

«Consideraciones Generales Acerca del Pago de Intereses» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Advocatus*, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, marzo del 2001, n.° 4, pp. 171 a 199.

«El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Primera Parte)» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, marzo del 2001, año LI, n.° 20, pp. 41 a 60.

«El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Segunda Parte)» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, abril del 2001, año LI, n.° 21, pp. 27 a 63.

«El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Tercera Parte)» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, mayo del 2001, año LI, n.° 22, pp. 55 a 71.

«Algunas Consideraciones Relativas a las Obligaciones Indivisibles y Solidarias». En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, junio del 2001, año XI, n.° 22, pp. 118 a 126.

«Algunos Conceptos Generales sobre el Pago por Consignación» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Folio Real*, Revista Peruana en Derecho Registral y Notarial, año II, n.° 5, Lima, junio del 2001, pp. 131 a 173.

«La Dación en Pago» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Ipso Iure*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Perú. Lima, junio del 2001, n.° 1, pp. 69 a 90.

«La Transmisión de las Obligaciones a los Herederos» (en co-autoaría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Abogados*, Lima, julio del 2001, año III, n.° 6, pp. 36 y 37.

«Quién puede efectuar el Pago y quién está en aptitud de hacerlo» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Derecho y Sociedad*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, agosto del 2001, año XII, n.° 16, pp. 251 a 263.

«La Imputación del Pago» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Bibliotecal*, Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima, noviembre del 2001, año 2, n.° 3, pp. 27 a 49.

«Algunas Consideraciones acerca del Pago» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, noviembre del 2001, año V, n.° 8, pp. 35 a 50.

«El Contrato de Arrendamiento-venta». En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica. Lima, noviembre del 2001, tomo 96, pp. 9 a 16.

«La Subrogación Legal o de Pleno Derecho» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Abogados*. Lima, enero del 2002, año IV, n.° 7, pp. 25 a 30.

«Historia del Sistema Francés de Transmisión de la Propiedad Inmueble» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Lumen*, Revista de la Facultad

de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, enero del 2002, año 1, n.° 1, pp. 103-127.

«La Isla de la Fantasía (o la vieja y absurda idea de modificar un Código Civil que recién va a cumplir la mayoría de edad)». En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Lima, junio del 2002, tomo 103, pp. 9-21.

«El Pago Indebido y quien lo recibe de buena fe» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, julio del 2002, año LII, n.° 36, pp. 79-90. Este artículo fue publicado nuevamente en el libro «Doctrina Contemporánea», publicado por Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, mayo del 2003, pp. 139-154.

«La Novación Objetiva» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, agosto del 2002, año LII, n.° 37, pp. 173-200.

«Clases de Compensación» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica. Lima, septiembre del 2002, tomo 106, pp. 9-20.

«La Nulidad y Anulabilidad del Acto Jurídico en los Contratos celebrados a través de medios informáticos». En *Derecho Informático y Comercio Electrónico. Doctrina y Legislación*. Artículos recopilados a propósito del I Congreso Nacional de Derecho Informático y Comercio Electrónico, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y el Instituto de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. IDERTEL. Lima, octubre del 2002, pp. 371-394.

«La Compraventa de Bien Pasado». En *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.° 39, Trujillo, octubre del 2002, pp. 107-119.

«Delimitación conceptual del Presidencialismo». En *Propuestas de Reforma Constitucional*. Libro editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María y la Fundación Luis de Taboada Bustamante. Legislación Peruana General, Arequipa, noviembre del 2002, pp. 121-150.

«Algunas consideraciones acerca de la novación» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, diciembre del 2002, n.° 33, pp. 13—38.

«El deporte y la Responsabilidad Civil: Responsabilidad Civil derivada de actividades deportivas en general (Primera Parte)» (en coautoría con el Doctor Felipe

Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.° 40, noviembre del 2002, pp. 69—80.

«El deporte y la Responsabilidad Civil: Responsabilidad Civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o competidor (Segunda Parte)» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, diciembre del 2002, año LII, n.° 41, pp. 131—143.

«El deporte y la Responsabilidad Civil: Responsabilidad Civil derivada de los espectáculos deportivos, respecto de daños sufridos por los espectadores (Tercera Parte)» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, n.° 42, enero del 2003, pp. 3-17.

«Responsabilidad Civil derivada del Divorcio» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, n.° 44, marzo del 2003, pp. 57—73.

«El problema de la formación del contrato predispuesto en la contratación celebrada a través de medios electrónicos» (en coautoría con el Pierre Martín Horna). En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica. Lima, junio del 2003, tomo 115, pp. 21—33.

«Responsabilidad Civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Perú*, junio del 2003, año LIII, n.° 47, pp. 3—16.

«Responsabilidad Civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Derecho y Sociedad*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, julio del 2003, n.° 20, pp. 251—266.

«Características del Contrato Médico» (en coautoría con la Doctora Erika Céspedes Suzuki). En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, tomo 116. Lima, julio del 2003, pp. 9—23.

«La Responsabilidad de los Profesionales» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Foro Jurídico*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año I, n.° 2. Lima, julio del 2003, pp. 52—59.

«Plazo Prescriptorio de la Acción de Ineficacia de los Actos Jurídicos celebrados por el Representante». En *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV, N.° 55, marzo/abril del 2004, pp. 113-136.

«Responsabilidad civil por repercusión o rebote» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, enero-diciembre de 2003, n.° 34, pp. 13-19.

«Algunas consideraciones sobre la compensación» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, 2003-2004, n.° 137, pp. 65-82.

«La importancia de la obra de don Germán Aparicio y Gómez Sánchez en el Perú de hoy». En *Semblanzas*. Germán Aparicio y Gómez Sánchez. Homenaje de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos al cumplirse 125 años de su nacimiento. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, abril del 2004, pp. 157-160.

«La Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio del 2004, tomo II, pp. 907 a 961.

«Efectos del incumplimiento» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *La Toga*. Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia, agosto-septiembre del 2004, año 1, tomo 3, pp. 57 a 77.

«Orígenes del Arbitraje». En *Boletín Jurídico*. Lima: Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, septiembre de 2004 año II, n.° 3. http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin; y En Abogados. n.° 8. Lima: 2008, pp. 7-12.

«Evolución Histórica de la Responsabilidad Civil» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín. n.° 6. Arequipa: Centro de Ediciones UNAS, noviembre del 2004, pp.195-207.

«Veinte años de derecho de las obligaciones». En *El Derecho*, Revista del Colegio de Abogados de Arequipa, diciembre 2004, año XC, n.° 305, pp. 197-207.

«El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Cathedra*, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Grijley, 2004, año VII, n.° 11, pp. 39-67.

«Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Derecho y Sociedad*, Revista editada por

estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 2004, año XV, n.° 23, pp. 267-274.

«La novación legal» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista del Magíster en Derecho Civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000-2001 (publicada en marzo del 2005), vol. 4-5, pp. 93-112.

"Las Personas Naturales y el Anteproyecto de Reforma al Código Civil". En *Revista del Foro.* Lima: Colegio de Abogados de Lima, 2005, (publicada en septiembre del 2005), año XCI, nº 1, pp. 99-120.

«Comentario al artículo 110 de la Constitución Política del Perú». En *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo.* Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2005, pp. 268-273.

«Comentario al artículo 111 de la Constitución Política del Perú». En *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2005, tomo II, pp. 274-279.

«Comentario al artículo 112 de la Constitución Política del Perú». En *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2005, tomo II, pp. 280-285.

«Comentario al artículo 113 de la Constitución Política del Perú». En *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2005, tomo II, pp. 286-292.

«El Título Preliminar. Comentarios al Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1984». En *Yachaq*, Revista de Derecho editada por el Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho de la Universidad San Antonio Abad del Cusco, diciembre 2005, n.° 4, pp. 61-71.

«Comentarios al Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano de 1984». En Temas Actuales de Derecho Civil. Obra colectiva dirigida por Jorge Luis Collantes González. Trujillo: Editorial Normas Legales, marzo del 2006, pp. 33-83.

«El defectuoso Anteproyecto de Reforma al Código Civil en relación a las personas jurídicas». En *Foro Jurídico*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, abril 2006, año III, n.° 5, pp. 68-78.

«El dominio contractual en el Arbitraje» (en coautoría con el Doctor Ricardo Vásquez Kunze). En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XVI, n.° 32, Lima, 2006, pp. 95-102.

«Alcances del artículo 1332 del Código Civil Peruano». En *Responsabilidad Civil.* Lima: Editorial Rodhas, 2006, tomo II, pp. 177-183.

«Comentarios al Título Preliminar». En *Lumen*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, n.° 6, 2006, pp. 73-84.

«El defectuoso Anteproyecto de Reforma del Código Civil y las personas jurídicas». En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2006, n.° 36-37, pp. 13-33.

«La Ley de la Garantía Mobiliaria». En *Athina*, Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.° 1, pp. 273-290.

«El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil» (en coautoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En *Revista de Derecho*, Revista de la Asociación Civil «Voces & Derecho». Huánuco: Asociación Civil «Voces & Derecho», 2006, n.° 3, pp. 7-37.

«Ejecución de la garantía mobiliaria». En *Compendio Especializado de Doctrina de la Revista Peruana de Jurisprudencia.* Trujillo: Editora Normas Legales, noviembre 2006, vol. n.° 5, pp. 5-17.

«¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el Arbitraje del Estado» (en coautoría con el Doctor Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya). En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico.* Lima: Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijley Editores, 2006, n.° 1, pp. 273-294.

«Arbitraje: naturaleza y definición». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, año MMVI, n.° 59, pp. 273-284.

«Supuesto de devolución anticipada del bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 79-81.

«Plazo para la restitución del bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios,

Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 82-83.

«Obligaciones del comodatario». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 84-90.

«Ausencia de responsabilidad por deterioro o por modificación del bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 91-92.

«Gastos de recepción y restitución el bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 93-94.

«Supuestos excepcionales de responsabilidad del comodatario, derivada de causas no imputables». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 95-96.

«Pago de valor en caso especial de perecimiento». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 97-98.

«Pérdida o deterioro en caso que el bien hubiere sido tasado». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 99-100.

«Lugar de devolución del bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 101-102.

«Imposibilidad de suspender la devolución del bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 103-107.

«Supuesto excepcional de obligatoriedad de consignar el bien». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 108-109.

«Presunción de futura comisión de un delito». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 110-111.

«Supuesto de suspensión de devolución el bien, a título de retención, por falta de pago de gastos extraordinarios». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 112-113.

«Supuesto de enajenación del bien por los herederos del comodatario». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 114-116.

«Supuesto de imposibilidad de devolución del bien. Consecuencias». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 117-118.

«Supuesto de aparición del bien perdido, luego de pagado su valor». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 119-121.

«Comodato conjunto». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 122-123.

«Caducidad de las acciones del comodante». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Negocios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 124-125.

«Caducidad de las acciones del comodatario». En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Contratos nominados (Segunda Parte) Gestión de Nego-

cios, Enriquecimiento sin Causa, Promesa Unilateral. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, pp. 126-127.

«Las medidas cautelares y el laudo arbitral». En *Yachaq*, Revista de Derecho, n.° 5. Cusco: Centro de Investigaciones de los Estudiantes de Derecho-CIED, 2007, pp. 209-215.

«Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral» (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Jus Doctrina & Práctica*, n.° 7. Lima: Editora Jurídica Grijley, julio del 2007, pp. 221-235.

«Asistencia judicial en el arbitraje: Intervención complementaria del Poder Judicial» (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Athina*, Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima, n.° 3. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 317-331; y en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Agustín, n.° 9. Arequipa: Centro de Ediciones UNAS, 2007, pp. 203-213.

«Collique: una donación con cargo». En *Gaceta del Abogado*. Año I, n.° 10, Lima: Gaceta Jurídica, octubre del 2007, p. 2.

«Amor de gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales». En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, tomo 169. Lima, diciembre del 2007, pp. 39-41.

«Qué es lo que extingue la prescripción. Reflexiones acerca del artículo 1989 del Código Civil Peruano» (en coautoría con Giannina Molina Agui). En *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Editora Jurídica Grigley, n.° 1, enero del 2008, pp. 201-212.

«Algunas precisiones en torno a la Ley de la Garantía Mobiliaria y a los poderes de los representantes». En *Cathedra*, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Editora Jurídica Grigley, n.° 13, 2008, pp. 29-35.

«La cesión de derecho». En *APECC*. Revista de Derecho. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, n.° 6, abril 2008, pp. 94-100.

«Derecho de Retracto». En *Ubi Societas Ibi Ius*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, n.° 1. Trujillo: 2008, pp. 93-108.

«La extinción de las obligaciones, los certificados de incobrabilidad y las garantías constituidas por terceros» (en coautoría con Laura Castro Zapata y Verónica

Rosas Berastain). En Revista *Análisis del Derecho*. www.radjuris.ciseperu.com/civil.html.

«El Derecho y el cine en el Perú». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Editorial Reus, n.° 1, enero-marzo 2008, pp. 133-141.

«Compraventa a satisfacción del comprador y compraventa a prueba». En *Vox Iudex*. Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, n.° 1. Lima: febrero 2008, pp. 60-74.

«Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación de laudo arbitral Sulliden-Algamarca» (en coautoría con Gonzalo García Calderón Moreyra). En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaeta Jurídica, n.° 116, mayo 2008, pp. 127-136.

«Dación en pago» (en coautoría con Felipe Osterling Parodi). En *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, n.° 5, mayo 2008, pp. 157-169.

«Por qué el Estado no puede disponer del Aeródromo de Collique. A propósito de los alcances de la donación con cargo». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaeta Jurídica, n.° 117, junio 2008, pp. 121-130.

«Impugnación de laudos arbitrales en sede constitucional: Comentarios a la sentencia del Expediente n.° 4195-2006-PA/TC» (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* — RAE Jurisprudencia. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, tomo 1, julio 2008, pp. 83-95.

«Algunas consideraciones acerca del pago» (en coautoría con Felipe Osterling Parodi). En *Urbi et Orbi*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, n.° 6. Arequipa: 2008, pp. 32-37.

«Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrales?» (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya). En Revista *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, n.° 177, agosto 2008, pp. 31-35.

«Las mayorías, las minorías y el laudo arbitral». En Revista *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, n.° 178, septiembre 2008, pp. 75-76.

«El arbitraje privado internacional: una aproximación positivista» (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze). En *Archivo Procesal*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima: Universidad de Lima, n.° 3, octubre 2008, pp. 13-21.

«La transacción» (en coautoría con Felipe Osterling Parodi). En *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, n.° 1, año XCIV, agosto 2008, pp. 121-140.

«Autonomía del Arbitraje: principios y derechos de la función arbirtral» (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Enfoque*. Lima: Thémis, n.° 78, año 7, noviembre 2008, p. 6.

«Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio». En *Athina*, Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, n.° 5, pp. 251-256.

«Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación del laudo arbitral Sulliden-Algamarca» (en coautoría con Gonzalo García Calderón). En *Advocatus*, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, agosto del 2008, n.° 18, pp. 153 - 166.

«La Constitución de garantía en la nueva Ley de la Garantía Mobiliaria». En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007-2008, n.° 38-39, pp. 63-74.

«Nulidad del Laudo por haber laudado sin las mayorías requeridas». (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Revista de Derecho Procesal Quaestio*. Lima: Editora Fondo Editorial Quaestio, Huancayo, 2008, año I, n. ° 1, pp.83.

«Teoría de los actos propios y la nulidad: ¿regla o principio de derecho?». (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Normas Legales, Lima, diciembre del 2008, n.° 94, pp. 359-371.

«Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa» (en coautoría con Giannina Molina Agui). En *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, febrero del 2009, n.° 2, pp. 183-198.

«La constitución de garantía en la nueva Ley de la Garantía Mobiliaria». En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2007-2008, n.°s 38-39, pp. 75-95.

«El arbitraje en la experiencia latinoamericana» (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya). En *Derecho PUC*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 61, abril 2009, pp. 207-220.

«Mayorías, minorías, y laudo arbitral en la nueva Ley de Arbitraje» (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Foro Jurídico*, Revista de Derecho editada por

estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IX, n.° 9. Lima, marzo 2009, pp. 93-99.

«El arbitraje en la experiencia latinoamericana» (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya). En *Derecho*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Nueva Era, año 10, n.° 10, noviembre 2008, pp. 121-129.

«Algunas consideraciones sobre la inejecución de las obligaciones» (en coautoría con Felipe Osterling Parodi). En *Athina*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año 3, n.° 6, 2009, pp. 341-370.

«La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú» (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya). En *Derecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, junio 2009, n.° 62, pp. 87-99.

«El contrato de obra» (en coautoría con Laura Castro Zapata). En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Editorial Palestra, diciembre 2008, pp. 919.

«El arbitraje privado internacional: una aproximación positivista» (en coautoría con Ricardo Vásquez Kunze). En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Editorial Palestra, diciembre 2008, pp. 2017.

«La venta extrajudicial en la Ley de la Garantía Mobiliaria» En *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Editora Jurídica Grijley, marzo 2009, n.° 3, p. 11.

«Los 25 años del Código Civil» En *La Ley*, periódico mensual de Gaceta Jurídica, año 2, n. ° 20. Lima: Gaceta Jurídica, julio 2009, p. 9.

«La cesión de derechos» (en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi). En Revista *Ágora*. Lima, años VII-VIII, n.° 7-8, agosto-diciembre 2009, pp. 147-162.

«La Compensación» (en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi) En *Vox Iudex*, Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Trujillo, octubre 2009, año II, n. ° 3, pp. 49-71.

«La compensación» (en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi). En *La Revista de la Biblioteca*, octubre 2009, edición n.° 8, pp. 46 a 65.

«Arbitraje y Amparo» (en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi). *En Constitución y Proceso*. Libro Homenaje a Juan Vergara Gotelli. Lima: Tribunal Constitucional - Jurista Editores, noviembre 2009, pp. 457-467.

«Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje comentarios a la sentencia recaída en el expediente n. ° 5311-2007-PA/TC» (en coautoría con Rita Sabroso Minaya). En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, noviembre 2009, n. ° 105, pp. 27-40.

«Algunas consideraciones en torno a las obligaciones de dar bienes inciertos» (en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi). En *Libro Análisis en Temas de Derecho*. Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Lima, noviembre 2009, pp. 17-17-25.

«La STC Exp. n. ° 02386-2008-PA/TC es un grave y nuevo antecedente que puede implicar el perjuicio de todo lo avanzado en la lucha por la autonomía del arbitraje». En Revista *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica. Lima, diciembre 2009, tomo 193, p. 76.

«La Forma del Contrato» (en coautoría con César Cortez Pérez). En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Normas Legales, Lima, diciembre del 2009, n.° 106, pp. 245-264.

«Tienes más; tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». En *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil* (en coautoría con Giannina Molina Agui). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, tomo III (833-854 pp.).

V. Artículos publicados en diarios

«Las cosas en su sitio». En *Jurídica*. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial «El Peruano». Lima: Editora Perú, 16 de noviembre de 2004, año 1, n.° 20, pp. 1-2.

«Una dictadura poco conocida». En *Diario Perú 21*. Lima, 16 de diciembre de 2005, p. 13.

VI. Comentarios jurisprudenciales

Opinión en la Sección Entre corchetes, comentarios y anotaciones. «Que exista un proceso sobre el cumplimiento defectuoso de la obligación es causal para interponer la excepción de incumplimiento». Comentarios a la Sentencia de Casación n.° 660-2007-LAMBAYEQUE de la Sala Civil Transitoria de

la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de junio de 2008. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2009, n.° 131, año 15, p. 118.

VII. Prólogos

Prólogo a la Obra Derecho Informático y Comercio Electrónico. Doctrina y Legislación. Lima: Universidad Inca Gracilazo de la Vega — Instituto de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías, julio del 2002 (pp. XIII-XVIII).

Prólogo a la Obra Código Procesal Civil de César A. Ayllón Valdivia. Lima: AELE, diciembre del 2004 (pp. 9-12).

Prólogo a la Obra La Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico de Hernán Torres Álvarez. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, enero del 2005 (pp. 17-20).

Prólogo a la Obra La permuta: Una nueva visión. Lima: Palestra, octubre del 2007 (pp. 13-19).

Prólogo a la Obra El saneamiento por vicios ocultos en la contratación civil y estatal de Horacio Cánepa Torre. Impreso por F.M. Servicios Gráficos. Lima, octubre del 2007 (pp. 21-31).

Prólogo a la Obra La Responsabilidad Precontractual de Luis Ojeda Guillén. Motivensa Editora Jurídica. Lima, 2009 (pp. 9-13).

Se terminó de imprimir, en los talleres
de ***Grández Gráficos*** *S.A.C.*
el mes de abril de 2010.
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

El derecho constitucional de libertad religiosa del menor: familia, escuela y tratamientos médicos
(Tesis & Monografías N.º 15)
ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

Interpretando la Constitución
(Palestra Extramuros)
LAURENCE H. TRIBE Y MICHAEL C. DORF (EE.UU.)

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
CÉSAR LANDA ARROYO

Instituciones del Derecho Civil
JUAN MORALES GODO

PRÓXIMAS PUBLICACIONES

El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo
(Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N.º 8)
MIGUEL CARBONELL Y PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO
(Coordinadores)

Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
CÉSAR LANDA ARROYO

Fundamentos y ensayos críticos del Derecho Penal y Procesal Penal
KAI AMBOS (Alemania)

La presente obra constituye la segunda edición del Tratado de los Contratos Típicos, luego de la edición del año 2002, a cargo del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En esta oportunidad, a diferencia de los tres tomos anteriores, ya agotados y, por lo tanto, no coleccionables ni accesibles a una nueva generación de estudiantes de Derecho y abogados, esta edición está contenida en un tomo, que estamos presentando hoy, y corresponde al estudio exegético y doctrinario de seis contratos típicos regulados entre los artículos 1604 y 1754 del Código Civil de 1984, a saber: los contratos de suministro, donación, mutuo, arrendamiento, hospedaje y comodato.

Posteriormente, publicaremos —en un segundo tomo— el estudio de la prestación de servicios y sus especies, así como el de la fianza, la renta vitalicia y el juego y apuesta.

Esta nueva edición de la obra es una versión corregida y puesta al día, sobre todo en lo referente a la aparición de legislación específica sobre algunos de los contratos materia de estudio.

En esta oportunidad se unen al esfuerzo del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra Editores y el Estudio Mario Castillo Freyre.

ISBN: 978-612-4047-17-6