CÓDIGO CIVIL
COMENTADO
TOMO VII
ACETA JURIDICA
CÓDIGO CIVIL
COMENTADO
COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS
EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL
TOMO VII
ACETA JURIDICA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO

COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS
EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL

COORDINADORES
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

TOMO VII

Artículos 1351 - 1528

Fuentes de las Obligaciones:
Contratos en general

GACETA JURIDICA

CÓDIGO CIVIL COMENTADO
Tomo VII

© Gaceta Jurídica S.A.

Coordinadores:
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

Cuarta edición: julio 2020
2220 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2020-01570
ISBN Obra completa: 978-612-311-702-3
ISBN Tomo VII: 978-612-311-709-2
Registro de proyecto editorial
31501222000094

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. Nº 822

Diagramación de carátula: Carlos Hidalgo De la Cruz
Diagramación de interiores: Henry Marquezado Negrini

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE Nº 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe
www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Lima - Perú
Julio 2020
Publicado: julio 2020

AUTORES DE ESTE TOMO

(Según el orden de los comentarios)

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE
Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue profesor de Derecho de los Contratos en dicha universidad. Integró la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y fue presidente honorario de la Comisión Especial para la Reforma del Código Civil. Asimismo, fue Académico de Número por la Academia Peruana de Derecho.

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO
Abogado por la Universidad de San Martin de Porres (USMP). Estudios en Maestría en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima y diploma de posgrado en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca. Estudios de Doctorado en la Universidad de Sevilla (España). Defensor del Pueblo.

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de la PUCP, de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido presidente de la Comisión Técnica que elaboró la Ley de Arbitraje del Perú y del Tribunal del Indecopi. Socio fundador de Bullard Falla Ezcurra.

RÓMULO MORALES HERVIAS
Abogado por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad di Roma "Tor Vergata". Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la PUCP, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad ESAN, Universidad de San Martín de Porres (posgrado) y Universidad Científica del Sur.

JHOEL CHIPANA CATALÁN
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Profesor de Derecho Civil y Arbitraje en la USMP. Árbitro. Socio de Chipana & Moreno Abogados.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en dicha universidad y en la Academia de la Magistratura. Árbitro en controversias relacionadas a temas de contratación estatal y Derecho Civil.

JORGE BELTRÁN PACHECO
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la referida universidad. Profesor en la PUCP.

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Licenciado en Derecho, Especialista en Derecho Civil y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana (Cuba). Master en Derecho Privado por la Universidad de Valencia (España). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Notario público.

EDUARDO BUENDÍA DE LOS SANTOS
Abogado y magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Sistema Contractual de Derecho Privado y Sistema de Remedios en el Derecho Privado en la Maestría de Derecho Civil de la PUCP. Profesor de Responsabilidad Civil y de Metodología de la Investigación jurídica en la Facultad de Derecho de la PUCP. Abogado asociado del estudio Fernández & Vargas Abogados.

MANUEL MURO ROJO
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Estudios de posgrado en la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor de Derecho Civil en la USMP y en la Universidad de Lima. Director legal de Gaceta Jurídica.

JUAN CARLOS MORÓN URBINA
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia

Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Administrativo I y Concesiones (Post Título de Derecho Público) en la PUCP y en el postítulo de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar.

HUGO FORNO FLÓREZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho de los Contratos en la PUCP y en la Universidad del Pacífico. Árbitro del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú y de la PUCP. Socio del estudio Garrigues.

MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Civil y doctor en Derecho por la referida universidad. Profesor de Obligaciones de la PUCP, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

CÉSAR A. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Doctor en Filosofía con mención en Administración de Empresas por la Atlantic International University of Miami (Estados Unidos). Estudios de maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctorado en Derecho por la USMP. Profesor en Derecho Civil y Derecho Empresarial en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE).

EDUARDO BARBOZA BERAÚN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Virginia (Estados Unidos). Profesor de Contratos Privados en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Estudios de posgrado en la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de Derecho Civil de la USMP. Ha sido profesor de diversas universidades. Subdirector de *Gaceta Civil & Procesal Civil.*

MIGUEL TORRES MÉNDEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Civil y Doctor en Derecho por la referida universidad. Profesor en la Maestría de Derecho Civil de la Universidad de San Martín de Porres y en diversas universidades. Ex juez superior de la Corte Superior de Justicia del Callao.

YURI VEGA MERE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en la Universidad de San Martín de Porres. Especialización en Disciplinas Bancarias de la Facultad de Economía en Universita degli Studi di Siena, Italia (1993). Profesor honorario de la Universidad Católica Santa María. Socio senior del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera.

ELVIRA GONZALES BARBADILLO

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magister en Derecho Civil y Comercial y egresada de la referida universidad. Asesora de la Secretaria General del Ministerio del Interior. Ha sido jefa de las oficinas de asesoría jurídica de Cofopri, Sunarp, entre otras entidades.

HENRY HUANCO PISCOCHE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Título de Máster en Asesoría y Consultoría Inmobiliaria en la Universitat de Barcelona. Profesor de Contratos, Derechos Reales, Obligaciones y Arbitraje en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad del Pacífico y en la maestría de Derecho Civil de la UNMSM. Socio del Estudio Huanco Abogados.

RICARDO GUEVARA BRINGAS

Licenciatura en Derecho Europeo por la Universidad de Rennes I (Francia). Master en Derecho Internacional Económico por la Universidad Sorbona de París y master en Derecho Comercial por la Universidad de Bristol (Reino Unido). Socio fundador del estudio RGB Avocats.

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor universitario. Ha sido miembro de la Comisión Revisora del Código Civil, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del estudio Vidal, Quino & Polack.

AUGUSTO FERRERO COSTA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho por la referida universidad. Ha sido miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil. Magistrado del Tribunal Constitucional.

VÍCTOR BOLAÑOS VELARDE

Abogado y magister en Derecho con Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios en el Doctorado de la referida

universidad. Profesor de Derecho Civil en la UNMSM. Socio fundador del estudio Bolaños & Paira Abogados.

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor de la referida universidad y socio del Estudio Osterling. Gerente legal en Volcán Cía. Minera.

EVER A. MEDINA CABREJOS

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Estudios en la maestría de Derecho Civil de Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

FELIPE OSTERLING PARODI

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la referida universidad. Presidió la comisión reformadora del Código Civil de 1984. Ex ministro de Justicia y ex senador de la República. Fue socio fundador del estudio Osterling Abogados.

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en ambas universidades. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

JORGE OVIEDO ALBÁN

Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Especialista en Derecho Comercial por dicha universidad. Magister en Derecho Privado y Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Becario de la Fundación Carolina para estancia posdoctoral en la Universidad de Murcia (España). Profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado, de la Empresa y de los Negocios en la Universidad de La Sabana (Bogotá). Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio (Bogotá). Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Paris). Director del Centro de Estudios de Derecho Comparado (Bogotá).

MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

Abogada por la Universidad de La Sabana (Bogotá). Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad del Rosario (Bogotá). Magister en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). Decana del programa de Derecho, Institución Universitaria Colegios de Colombia (UNICOC). Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado (Bogotá).

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Abogado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Fue académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, así como presidente honorario de diversas Academias de Derecho en América Latina. Fue profesor y director del Centro de Investigación de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Casa de Trejo y del Centro de Investigación de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

FEDERICO MESINAS MONTERO

Abogado por la Universidad de San Martin de Porres (USMP). Egresado de la Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor de Derecho Civil en diversas universidades.

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y en Gerencia Social por la PUCP. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor en la PUCP.

JIMMY J. RONQUILLO PASCUAL

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la UNMSM. Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones del Poder Judicial.

VLÁDIK ALDEA CORREA

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido docente de Buen Gobierno Corporativo y Derecho Monetario, Bancario y de Seguros en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro.

CARLOS FLORES ALFARO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Intendente de Registros de Cooperativas y Acciones Correctivas de la Superintendencia de Banca y Seguros.

MARIO ATARAMA CORDERO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

ROGER ZAVALETA RODRÍGUEZ

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Master en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Academia de la Magistratura y del Centro de Estudios del Tribunal Constitucional. Socio de Rebaza, Alcázar & De las Casas.

JAVIER ISMODES TALAVERA

Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Socio fundador y gerente general del Estudio Ismodes.

ADOLFO ZEGARRA AGUILAR

Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Maestría en Derecho de la Empresa por la referida universidad. Profesor de Finanzas Corporativas y Derecho de la Empresa en la Universidad Católica San Pablo (Arequipa). Socio principal del estudio Zegarra Aguilar, Delgado Zegarra-Barrón Abogados.

ORESTE ROCA MENDOZA

Abogado y doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la UNMSM y en la Universidad de San Martín de Porres. Docente visitante de la Universidad Nacional de Huancavelica. Asesor legal del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CARLOS MISPIRETA GÁLVEZ

Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid y en Iniciación a la Investigación en Derecho del Comercio y Contratación por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asesor senior en Global Perú Immigration & Law Services.

LIBRO VII

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA
CONTRATOS EN GENERAL

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Definición de contrato

Artículo 1351.- *El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*

Concordancias:
C. arts. 2 inc. 14), 62, 63; C.C. arts. 140, 1402; LEY 26887 art. 1

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

El artículo 1351 del Código Civil vigente define el contrato de la siguiente manera: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

¿Ha procedido bien el codificador de 1984 al definir el contrato? Las opiniones de la doctrina están divididas.

El jurista italiano Andrea Belvedere[1] ha dicho, en traducción libre, que "toda definición en Derecho Civil es peligrosa". Se dice que esta proposición hizo fortuna, pues a la luz de ella se ha formado una ininterrumpida adversidad a las definiciones legislativas.

Es así como algunos piensan que las definiciones pertenecen al campo de la doctrina y no al de la codificación, invocando en apoyo de su tesis que el Código Civil alemán de 1900, considerado por muchos como el excelso modelo de técnica legislativa, no contiene definiciones. Sin embargo, otros Códigos Civiles, como el Código Civil checoslovaco de 1950, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil venezolano del mismo año, el Código Civil etíope de 1960, el Código Civil portugués de 1966, el Código Civil holandés de 1972 y el Código Civil brasileño de 2002, contienen definiciones de las relaciones jurídicas normadas por ellos.

Considero que el sistema de estos últimos códigos es el correcto. En efecto, si se desea que el Código Civil esté al alcance de los ciudadanos y pueda ser entendido por estos, es indispensable consignar definiciones, pues es la única forma cómo se puede conocer exactamente el sentido de cada institución.

Luis Echecopar García planteó como primer punto que debía contemplarse en una ley de enmiendas del Libro Tercero del Código Civil de 1936, la introducción de todas las definiciones esenciales para la debida apreciación de las instituciones por cuanto, en su concepto, más vale definir con una limitada imperfección que no definir, dejando todo a la duda o al capricho.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 (designada por Decreto Supremo N° 95 del 1 de marzo de 1965, en adelante la Comisión Reformadora), encomendó a Max

(1) BELVEDERE, Andrea. *Il problema delle definizioni nel Codice Civile.* Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1977, p. 17.

Arias Schreiber la revisión de las secciones del Código Civil de 1936 destinadas a la regulación de los contratos. Para cumplir su cometido, Max Arias Schreiber presentó a la Comisión Reformadora hasta cinco ponencias sustitutorias, llamadas en adelante las ponencias, por las que sucesivamente sometió a cada Comisión sendas modificaciones, todas ellas inspiradas en el artículo 1321 del Código Civil italiano, que define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.

Finalmente la Comisión Reformadora aprobó la propuesta contenida en la ponencia de Max Arias Schreiber que se plasmó en el artículo 1370 del Proyecto de Código Civil formulado por dicha Comisión, cuyo texto es el siguiente: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, reglar, modificar o extinguir entre sí obligaciones de carácter patrimonial".

La ponencia original, inspirándose en el artículo 1321 del Código Civil italiano, establecía en su artículo 1 que: "El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

El artículo 1 de la primera ponencia sustitutoria cambió la palabra "modificar" por "regular", texto que quedó modificado en la segunda, tercera, cuarta y quinta ponencias sustitutorias, así como en el Anteproyecto.

En el artículo 1370 del primer Proyecto se sustituyó la palabra "reglar" por "regular" y se agregó la palabra "modificar".

El artículo 1316 del primer Proyecto tenía la misma redacción que el artículo 1351 del Código Civil vigente, o sea que se volvió a cambiar la palabra "reglar" por "regular", se agregó la palabra "modificar" y se suprimió la expresión "entre sí".

Siguiendo el modelo del artículo 1321 del Código Civil italiano, el artículo 1351 del Código Civil peruano en actual vigencia define el contrato como el "acuerdo" entre varias partes, sin precisar en qué consiste este acuerdo.

Esta falta de precisión da lugar, en primer término, a la duda respecto de si se trata de un "acuerdo de voluntades" o de un "acuerdo de declaraciones", pues la doctrina está dividida entre la teoría francesa de la voluntad y la teoría alemana de la declaración, matizadas por las teorías de la responsabilidad y de la confianza.

Cuando la declaración conjunta de ambas partes y la voluntad común de ellas coinciden, o sea cuando aquélla transmite fielmente el contenido de esta no hay problema alguno, se ha formado el consentimiento. La dificultad surge cuando la declaración no coincide con la voluntad, dando lugar a la invalidez del contrato.

Por otro lado, llama la atención el empleo de la palabra "acuerdo" que no es utilizada por el Código Civil en el campo contractual. Quizá habría sido más propio hablar de "convención", que tiene un significado conocido en el lenguaje jurídico.

En efecto, al referirse el mismo artículo 1351 a la relación jurídica creada, regulada, modificada o extinguida por el acuerdo, es generalmente admitida, excepto en el Derecho francés, la distinción entre la "convención" y el "contrato", dando a la primera expresión el significado genérico del acto jurídico creador de cualquier clase de obligaciones.

Si el Código Civil no fijara claramente su posición mediante una definición de contrato ¿cómo sabría el intérprete a qué concepción doctrinal corresponde el contrato legislado por el mismo Código?

Juan Ramón Capella[2] afirma que la presencia de definiciones en el lenguaje legal resulta beneficiosa al abreviarlo y, en cierto modo, sustraerlo a las fluctuaciones del lenguaje corriente; pero que al propio tiempo, las definiciones legales encierran peligros dado el proceso por el que en nuestros días atraviesan las normas jurídicas en su elaboración (redacción de textos en comisiones técnicas, enmiendas parlamentarias, etc.).

En el caso del Código Civil peruano de 1984, el peligro que advierte Juan Ramón Capella no ha existido, pues en su elaboración y redacción solo han intervenido dos Comisiones (la Reformadora y la Revisora), integradas ambas por hombres de Derecho, con el agregado que tanto el primer Proyecto como el segundo Proyecto fueron previamente sometidos a la revisión de expertos en redacción y semántica. Es por ello encomiable que el codificador de 1984 haya optado por definir el contrato en el artículo 1351.

En lo que se refiere al carácter de la definición dada por el artículo 1351 del Código Civil, pienso que tiene vocación de definición "nominal", pues se trata de construir la institución del contrato describiendo en qué consiste (acuerdo entre dos o más partes) e indicando sus efectos (crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial). Sin embargo, esta vocación no se plasma definitivamente porque la definición es incompleta, debido no a error del codificador, sino a los avatares de la codificación.

Refiriéndose a la definición contenida en el artículo 1321 del Código Civil italiano, que como se sabe ha inspirado muy de cerca a la definición adoptada en el artículo 1351 de nuestro Código Civil, Andrea Belvedere[3] indica que se trata de la definición del "instituto" contractual (asimilable a la definición "nominal"), pero que no abarca el contrato en todos sus aspectos, pues falta la referencia a los otros elementos distintos del acuerdo, como la causa, el objeto y la forma, que solo se presentan en el artículo 1325 del mismo Código, que establece cuáles son los requisitos del contrato, al cual hay que referirlo.

Rodolfo Sacco[4] considera, por su parte, que el artículo 1325 del Código Civil italiano flanquea al artículo 1321 del mismo Código, constituyendo por ello dos definiciones distintas del mismo fenómeno, por lo cual una de ellas, como definición, es superflua. Esto le hace decir que el ideal de definir el contrato en el Código italiano aparece como una meta no alcanzada.

Algo similar a lo observado en el Código Civil italiano ha ocurrido con motivo de la elaboración del Código Civil peruano de 1984. Tanto en la ponencia original como en las cinco ponencias sustitutorias y en el Anteproyecto, elaborados todos ellos antes de que sea aprobado el Proyecto de la Comisión Reformadora sobre el acto jurídico, existía el primer artículo destinado a definir el contrato y otro artículo, que fue cambiando de numeración, en el cual se indicaban los requisitos del contrato, que eran: el consentimiento, la causa, el objeto y la forma cuando esta resultare prescrita por la ley bajo pena de nulidad.

En realidad, se seguía el sistema adoptado por el Código Civil italiano en sus artículos 1321 y 1325, con los mismos problemas.

Más adelante, al observarse que en el artículo 1 del Proyecto de la Comisión Reformadora, referido al acto jurídico, se establecía que para la validez de este se requiere capacidad, consentimiento, objeto física y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley, y tomando en

(2) CAPELLA, Juan Ramón. *El Derecho como lenguaje*. Ediciones Ariel. Barcelona, 1968, p. 274.
(3) BELVEDERE, Andrea. Ob. cit., p. 139.
(4) SACCO, Rodolfo. *Il contratto*. Utet. Torino, 1975, p. 6.

consideración que el contrato es un acto jurídico se suprimió en el primer Proyecto el artículo referente a los requisitos del contrato por entenderse que era repetitivo.

Posteriormente, el artículo 140 del segundo Proyecto estableció que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriéndose para su validez: 1) agente capaz; 2) objeto física y jurídicamente posible; 3) fin lícito; y 4) observancia de la forma prescrita con carácter necesario.

Con la sola sustitución de la expresión "con carácter necesario" por la de "bajo sanción de nulidad", este artículo fue recogido por el artículo 140 del Código Civil vigente.

Como el artículo 1351 del Código Civil establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, Max Arias Schreiber[5] ha observado, con razón, que el contenido de este artículo es prácticamente el mismo que plantea la primera parte del artículo 140, por lo que siendo el contrato una especie del acto jurídico, excepto en lo que atañe al carácter patrimonial, existe una repetición que pudo obviarse mediante la correspondiente remisión, pero conservando el carácter patrimonial del primero.

Al efecto, dice que el texto del artículo 1351 pudo ser el siguiente: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a producir los actos que señala el artículo 140, en el medida que sus efectos sean de orden patrimonial".

Con esta solución se tendría una definición bastante completa del contrato, en función del acto jurídico.

Así, pues, en un Código Civil que no tiene definición de contrato ¿cómo puede saber el lego en Derecho y aun el jurisperito, a qué concepción doctrinaria corresponde el contrato legislado por el Código?

Cuántas veces nos preguntamos ¿es el matrimonio un contrato? o ¿es un contrato el acto constitutivo de una sociedad? Sin una definición de contrato en el Código Civil resulta difícil dar respuesta a estas interrogantes, por cuanto la doctrina no es uniforme sobre el particular.

Dalmacio Vélez Sarsfield, no obstante advertir la cautela con que deben utilizarse las definiciones en el Código Civil, no vaciló en definir el contrato en el artículo 1137 del derogado Código Civil argentino de 1869 (es preciso reconocer que Vélez Sarsfield no hizo uso de la cautela que él mismo aconsejaba). El Proyecto de Reforma del Código Civil argentino elaborado en el año 1936 fue consecuente con el pensamiento de sus autores en el sentido de prescindir en lo posible de las normas que definen los contratos, posición no compartida por Bibiloni, quien en el artículo 1288 de su Anteproyecto consignó una definición de contrato. El mencionado Proyecto de 1936 no prosperó y el anterior Código Civil argentino, pese a las múltiples reformas introducidas, conservó su artículo original en el que se define el contrato[6].

Ya se ha visto que los Códigos Civiles italiano, venezolano, checoslovaco, etíope, portugués, holandés y brasileño, contienen definiciones del contrato. Cabe preguntarse, entonces,

(5) ARIAS SCHREIBER, Max. "Errores detectados en el área de los contratos en el nuevo Código Civil peruano de 1984". En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco. Lima, 1986, p. 347.

(6) El actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina contiene varias definiciones; la del contrato se encuentra en el artículo 957.

ante esta coincidencia entre la buena lógica y la opinión de los codificadores, ¿es conveniente persistir en abstenerse de las definiciones?

La respuesta es negativa, pero con una aclaración. Es correcto, sí, que la ley contenga definiciones, pero siempre que estas tengan eficacia normativa. Así, tomando como ejemplo un código moderno como es el Código Civil italiano de 1942 (que define el contrato en su artículo 1321), el legislador debe dar la definición de contrato no porque el código sea un libro de enseñanza, sino porque de esa definición se dimana un efecto, una consecuencia normativa. Con este proceder, al indicar el legislador qué debemos entender por contrato, nos permite deslindar los casos límite y tener un elemento mediante el cual saber, en estos supuestos, si se deben o no aplicar los preceptos regulatorios de los contratos.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Errores detectados en el área de los contratos en el nuevo Código Civil peruano de 1984. En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Cultural Cuzco. Lima, 1986; BADENES GASSET, Ramón. Conceptos fundamentales del Derecho. (Las relaciones jurídicas patrimoniales). Boixareu Editores. Barcelona, 1982; BELVEDERE, Andrea. Il problema delle definizioni nel Codice Civile. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1977; BIANCA, C. Massimo. Diritto Civile. Il contratto. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1984; BULLARD G., Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Lluvia Editores. Lima, 1990; CAPELLA, Juan Ramón. El Derecho como lenguaje. Ediciones Ariel. Barcelona, 1968; COVIELLO, Nicolás. Doctrina general del Derecho Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1938; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967; DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial. Madrid, 1975; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado, Tomo I. Cultural Cuzco. Lima, 1982; DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Tomo I. Tecnos. Madrid, 1979; DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1975; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, Vol. III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978; FERRARA, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960; FERRI, Luigi. Lezioni sul contratto. N. Zanichelli Editore S.p.A. Bologna, 1987; GHESTIN, Jacques. Le contrat. L.G.D.J. París, 1980; GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones, Vol. III. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910; GIORGIANI, Michele. La obligación. Bosch Casa Editorial. Barcelona; HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de Obligaciones. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1960; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958; LAVALLE COBO, Jorge E. De los contratos en general. En: Código Civil y leyes complementarias, Tomo V. Dirigido por BELLUSCIO, Augusto C. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984; LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956; LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Tomo II, Obligaciones. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1956; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Librería Studium. Lima, 1986; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. Teoría de los contratos. Víctor P. de Zavalía Editor. Buenos Aires, 1971; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971; MESSINEO, Francesco. Il contratto en genere, Tomo I. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1973; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; MESTRE, Jacques. L'evolution du contrat en Droit Privé français. En: L'evolution contemporaine de Doit des Contrats. Presse Universitaires de France. París, 1986; MICCIO, Renato. I diritti di credito, Vol. II. Utet. Torino, 1977; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. Utet. Torino, 1980; PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile italiano, Parte II, Vol. II. Casa Editrice Dott. A. Milani. Padova, 1939; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1947; SACCO, Rodolfo. Il contratto. Utet. Torino, 1975; SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil, Tomo IV. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1899; SCHMIDT, Joanna. Négotiation et conclusion de contrats. Dalloz. París, 1982; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Vol.

I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1975; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967; VIDAL RAMIREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Contrato: definición y características

El contrato es una manifestación específica (y concreta) de la categoría general (y abstracta): negocio jurídico. "El contrato entra en la categoría más amplia del acto de autonomía privada o negocio jurídico, o sea del acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica". El Código Civil, en su artículo 1351, nos da una definición del contrato, de la cual podemos extraer sus rasgos característicos: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Los rasgos característicos son: (i) la presencia de un acuerdo, entendido este no como la coincidencia de voluntades (internas) sino como la coincidencia de declaraciones de voluntad: oferta y aceptación; (ii) la presencia de dos o más partes, entendidas estas no como personas sino como centros de intereses; y (iii) la presencia de una finalidad consistente en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (Cas. N° 4442-2015-Moquegua. IX Pleno Casatorio. Considerandos 2 y 3).

CORTE SUPREMA

Noción de contrato

(E)l Ordenamiento Jurídico Peruano establece, según el artículo 1351 del Código Civil, que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; siendo esto así, el contrato no requiere de estar materializado en un documento, sino que este, cuando se presenta, constituye una prueba del acto celebrado (Cas. N° 1010-2003-Jaen).

El contrato como fuente de relaciones jurídico obligatorias

El contrato, como principal fuente de obligaciones para el Derecho Civil patrimonial, es conceptuado por nuestro ordenamiento jurídico como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; así lo determina el artículo 1351 del Código Civil (Cas. N° 3358-2015-Cusco).

El contrato como supuesto de negocio jurídico

El contrato surge como expresión de la manifestación de la voluntad, que solo puede ser válida cuando los agentes quieren celebrar el acto jurídico, disciernen sobre él y libremente expresan dicha voluntad. Ello supone la posibilidad de escoger cuándo y con quién se quiere contratar (libertad de contratar) y cuáles van a ser los términos del contrato (libertad contractual). Además, los contratos son "acuerdos de voluntades", lo que supone confluencia de consentimientos, esto es, que los sujetos de la relación jurídica estén conformes con el reglamento convencional que asumen. Tal acuerdo, por lo demás, se realiza para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (artículo 1351 del Código Civil), siendo su objeto el establecimiento de obligaciones (artículo 1402 del Código sustantivo), lo que significa que las partes se comprometen a determinado comportamiento, denominado prestaciones, que pueden ser de dar, hacer o no hacer bienes o servicios (Cas. N° 4242-2015-Cusco).

El contrato como acuerdo de dos o más partes

Conforme a los alcances del artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, siendo obligatorio lo expresado en los contratos, según lo prevé el artículo 1361 del texto legal antes citado (Cas. N° 4089-2010-Lima).

El principio del consensualismo

Artículo 1352.- ***Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.***

Concordancias:
C.C. arts. 143, 144, 219 inc. 6), 1092, 1359, 1373, 1379, 1411, 1412, 1605, 1625, 1650, 1858, 1871, 1925; LEY 26887 art. 3

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Al tratar sobre el perfeccionamiento del contrato (ver comentario al artículo 1373 de esta obra), podrá apreciarse que esta institución puede ser entendida de dos maneras distintas, aunque con efectos similares: (i) como el acto espiritual del acuerdo de voluntades; y (ii) como el acto material de la conjunción de la oferta con la aceptación. Precisamente se discute si la conjunción de la oferta con la aceptación es técnicamente posible.

Esto ha dado lugar a que en la formación del contrato existan, por un lado, las voluntades internas de cada parte que, aun cuando destinadas a integrarse entre sí, conservan su individualidad y no se ponen de manifiesto –al menos para los efectos del contrato– y, por otro lado, la manifestación de esas voluntades, teniendo el carácter de una declaración de voluntad común. Tal como señalan los Mazeaud: "la eficacia de la voluntad supone su existencia real (o sea voluntad interna) y su manifestación (declaración de voluntad)".

Esto es, que no obstante que el consentimiento es uno solo, en el sentido de que ambas partes prestan el mismo consentimiento, este muestra dos lados, constituido uno de ellos por las voluntades internas de cada parte que no se manifiestan y, el otro, por la exteriorización de ellas, como declaración de voluntad común. Conviene estudiar por separado cada uno de estos lados del consentimiento.

Tenemos, en primer lugar, el lado interno del consentimiento. Para facilitar su estudio se va a considerar que se trata de un contrato en el que hay dos partes, un oferente o grupo de oferentes, y un aceptante o grupo de aceptantes.

No interesa saber, para los efectos del consentimiento, qué es lo que las partes desearon individualmente obtener del contrato ni qué las ha llevado a iniciar las negociaciones, si es que estas hubieran existido; pues durante esta etapa no estaban consintiendo, sino únicamente queriendo. Solo cuando llega el momento de celebrarse el contrato, cuando surge en la vida del Derecho ese acto jurídico plurilateral, es que las partes dejan de querer individualmente para ponerse de acuerdo, para unir sus voluntades.

Vale la pena repetir las palabras de Baudry-Lacantinerie y Barde: "yo puedo querer solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un concurso de voluntades".

Conviene explicar este proceso. Al llegar el momento de celebrar el contrato existen dos voluntades internas, o sea la voluntad interna de cada parte, las cuales pueden haber sido originariamente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. En realidad, se confunde muchas veces el contenido de estas dos voluntades internas de los contratantes. Consecuentemente, llegado ese momento (el de celebrarse el contrato), las voluntades internas de las partes, con relación al contrato, tienen que ser coincidentes, porque el contenido de la oferta debe ser necesariamente el mismo de la aceptación para que haya acuerdo de voluntades internas. Es cierto que existen dos voluntades internas, pero no es menos cierto que esas

dos voluntades quieren consentir, quieren desear la misma cosa, y si no lo logran, si no quieren lo mismo, no habrá contrato.

En estas condiciones, cuando se habla de los dos lados del consentimiento, o sea de la voluntad interna y de la declaración, se está hablando de las dos caras de una misma moneda. La voluntad interna de los contratantes, llegado el momento del contrato, es la misma voluntad que va a ser expresada; precisamente el contrato va a estar constituido por la declaración de esas dos voluntades internas que ya se han unido, mediante la aceptación de la oferta, para constituir una voluntad común.

Dice Jorge Giorgi que el acto interno de la voluntad debe ser deliberado, en el sentido que el contratante debe estar consciente de que mediante la exteriorización de esa voluntad interna se va a formar un contrato. Si yo ocupo la posición de oferente, debo situarme volitivamente en la posición de querer que si mi oferta es aceptada se va a formar el contrato; si, por el contrario, ocupo el lugar del aceptante, mi voluntad debe ser que deliberadamente con mi aceptación estoy dando lugar a la celebración del contrato.

Esto en cuanto al lado interno del consentimiento. Conviene ahora estudiar el lado externo del mismo.

Cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las dos voluntades internas coincidentes, pero que tienen una característica nueva, que recién aparece, y es la de ser una voluntad común, por ser dos voluntades iguales. Roberto De Ruggiero entiende que el encuentro de las dos voluntades da lugar a una nueva voluntad, que es el resultado, no la suma, de la unión de las voluntades de los contratantes.

Ocurre aquí, en el campo del Derecho, algo similar a lo que en el campo de la Química, en que la unión de dos elementos, doble proporción de hidrógeno con una de oxígeno no da lugar a que haya una suma de hidrógeno y de oxígeno, sino que es agua; asimismo, la unión y manifestación de dos personas diferentes da lugar al consentimiento, con la diferencia, sin embargo, de que los dos elementos que se unen para formar el consentimiento si bien son distintos por constituir voluntades internas de dos personas diferentes, tienen idéntico contenido, porque cada parte quiere lo mismo, al menos inmediatamente, que es celebrar el contrato, o sea que nazcan las obligaciones que constituyen su objeto, aunque inmediatamente quieren cosas distintas, como son los efectos que tendrá el contrato para cada una de ellas, esto es, la ejecución de las prestaciones respectivas.

Para que exista consentimiento es necesario, pues, que las voluntades internas, que ya son coincidentes entre sí, se manifiesten externamente como definitivamente unidas. Tal como dice Federico Puig Peña, un consentimiento que no se manifiesta es un no consentimiento. Esta manifestación externa se logra con el concurso de dos declaraciones de voluntad, una del oferente que está constituida por la oferta, y otra del aceptante que está constituida por la aceptación. Sin embargo, debe tenerse muy presente que el contrato no está formado por dos diferentes declaraciones de una misma voluntad, sino que el conjunto de la oferta y de la aceptación debe ser considerado como una declaración conjunta de dos voluntades iguales, o sea una voluntad común expresada simultáneamente por ambas partes en el momento de la aceptación.

Soy consciente de que la teoría del negocio jurídico no acepta este planteamiento, por cuanto considera que el contrato, como negocio jurídico bilateral, está constituido por dos

declaraciones separadas de voluntad, una correspondiente a cada parte. Pero no puedo compartir ese criterio, ya que el contrato es un acto o negocio jurídico que se forma por el acuerdo sobre una declaración de voluntad, de tal manera que si bien ese acuerdo es alcanzado mediante la coincidencia de dos voluntades internas, estas dos voluntades, unidas mediante su absoluta coincidencia, se exteriorizan, no como dos declaraciones diferentes, sino como una sola declaración que debe ser considerada como hecha conjuntamente por ambos contratantes.

La oferta no es un acto jurídico, en cambio sí es una declaración de voluntad; la aceptación, por su parte, no siendo tampoco un acto jurídico, es también otra declaración de voluntad. Pues bien, ninguna de esas dos declaraciones es el contrato, ni tampoco lo es la coexistencia de ambas declaraciones, porque si nunca llegaran a encontrarse, por más que existieran, no se formaría el contrato. Este es el encuentro de las dos declaraciones, cuyo verdadero contenido no es otro que el de expresarse recíprocamente ambos contratantes dos voluntades idénticas pero individuales, lo que da lugar a que, para los efectos del Derecho, surja un nuevo ente cuya esencia es la de constituir una declaración de voluntad común que, precisamente, por ser común y no individual de cada una de las partes, es que recibe la protección jurídica que le permite tener efectos obligatorios. El contrato es algo más que el acuerdo de voluntades, por tener un sentido técnico, esto es, ser el medio por el cual la ley permite que ese acuerdo adquiera virtualidad propia como acto jurídico, no solo respecto de los otros contratantes, sino también con relación a terceros.

Las declaraciones de voluntad constituidas por la oferta y la aceptación tienen como única consecuencia contractual la de poner de manifiesto el acuerdo de voluntades, pero no van más allá, esto es, no se logra aún el segundo paso que es necesario para la existencia del contrato, o sea el poner de manifiesto que mediante ese acuerdo se pretende una finalidad jurídica querida por ambas partes y amparada por el Derecho. Este segundo paso está constituido por asignar a esa función de dos declaraciones de voluntad unilaterales, el carácter de una declaración de voluntad común expresada por las dos partes conjuntamente, esto es, la conjunción de dos voluntades individuales en forma tal que quieren lo mismo, cuya expresión como declaración conjunta surge por el hecho de la aceptación, o sea cuando el aceptante hace suya, como si fuera propia, la voluntad del oferente y lo declara así, con lo cual las dos declaraciones así unidas tienen el carácter de una declaración conjunta de voluntad común.

Cabe, pues, decir, que en la acción de contratar existen dos consentimientos o, mejor dicho, el consentimiento entendido en dos sentidos: (a) el consentimiento constituido por la coincidencia de las voluntades internas que es lo que determina que se acepte la oferta, y (b) el consentimiento concebido como la exteriorización de esas dos voluntades coincidentes, ya que no debe olvidarse que para que exista contrato no es suficiente que la aceptación coincida con la oferta, sino que es necesario, además, que ambas partes quieran que mediante la aceptación se forme el contrato; esto es, que surja ese ente al cual la ley le otorga el poder de producir efectos jurídicos obligatorios.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. Librería Bosch. Barcelona, 1958; ALTERINI, Atilio Aníbal. Curso de obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1977; ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; ARTEAGA, Jesús María y ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de obligaciones. Temis Librería. Bogotá, 1979; BESSONE, Mario. Casi e questioni di Diritto Privato, Tomo II. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1981; BIANCA, C. Massimo. Diritto Civile. II contratto. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1984; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil, Tomo II, Vol. II. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1971; COGLIOLO, Pedro. Estudios acerca de la evolución del Derecho Privado. Hijos de Reus Editores. Madrid, 1898; CORBIN, Arthur Linton. Corbin on contracts. West Publishing

Co. St. Paul, 1952; COVIELLO, Nicolás. Doctrina general del Derecho Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1938; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967; DE GASPERI, Luis. Tratado de Derecho Civil, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1964; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado, Tomo I. Cultural Cuzco. Lima, 1982; DE LOS MOZOS, José Luis. El negocio jurídico. Editorial Montecorvo. Madrid, 1987; DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid, 1979; ECHECOPAR GARCIA, Luis. Derecho de sucesiones. Editorial Lumen. Lima, 1946; ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. II. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1954; ESPERT SANZ, Vicente. La frustración del fin del contrato. Editorial Tecnos. Madrid, 1968; FARNSWORTH, E. Allan. Contracts. Little, Brown & Company. Boston, 1982; FRIED, Charles. Contract as promise. Harvard University Press. Cambridge, 1981; FURMSTON, M. P. Law of contract. Butterworths. London, 1981; GARCIA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II. Imprenta Aguirre. Madrid, 1969; GHESTIN, Jacques. Le contrat: formation. L.G.D.J. París, 1988; GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones, Vol. III. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910; JORDANO BAREA, Juan B. La categoría de los contratos reales. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1958; LAVALLE COBO, Jorge E. Código Civil y leyes complementarias, Tomo V. Dirigido por BELLUSCIO, Augusto C. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984; LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Tomo II, Obligaciones. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1956; LEON BARANDIARAN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo I. Comisión Administradora del Fondo Editorial de la UNMSM. Lima, 1965; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Librería Studium. Lima, 1986; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español, Tomo VII, Vol. II. Reus. Madrid, 1967; MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960; MERINO GUTIERREZ, Arturo. Alteraciones monetarias y obligaciones pecuniarias en el Derecho Privado actual. Servicio de Publicaciones. Oviedo, 1985; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. Utet. Torino, 1980; MORALES MORENO, Antonio Manuel. El error en los contratos. Editorial Ceura. Madrid, 1988; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar Editores Sociedad Anónima. Buenos Aires, 1981; MUÑOZ, Luis. Contratos y negocios jurídicos financieros, Tomo I. Editorial Universo. Buenos Aires, 1981; MUÑOZ, Luis. Contratos, Tomo I. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1960; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Temis Librería. Bogotá, 1980; PACCHIONI, Giovanni. Dei contratti in generale, Vol. II. Casa Editrice Dott. A. Milano. Padova, 1939; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo XI. Cultural S.A. La Habana, 1946; RAMIREZ JIMENEZ, Nelson. Excesiva onerosidad. En Temas de Derecho Contractual. Cultural Cuzco. Lima, 1987; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo IV, Vol. I. La Ley. Buenos Aires, 1964; RISOLIA, Mario Amelio. Soberanía y crisis del contrato. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1958; SACCO, Rodolfo. Il contratto. Utet. Torino, 1975; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; TOLA, Fernando. Obligaciones, contratos, delitos y acciones. Primer fascículo. Lima, 1944; TORRENTE, Andrea y SCHLESSINGER, Piero. Manuale de Diritto Privato. Giuffrè Editore. Milano, 1978; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967; VIDAL RAMIREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Cultural Cuzco. Lima, 1985; VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones, Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1934; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil, Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947; ZAGO, Jorge Alberto. El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1981.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Principio de consensualimo como regla de voluntades

{U}no de los caracteres esenciales de las legislaciones modernas está constituido por la regla de que el simple acuerdo de voluntades basta para perfeccionar el contrato. En efecto el principio "solus consensos obligat" es el resultado de una evolución jurídica que ha terminado por imponerse en la mayoría de las legislaciones contemporáneas ***(Cas. Nº 4526-2008-Lima Norte).***

Noción de consensualismo

{E}l artículo 352 del Código Civil contiene el principio denominado consensualismo, según el cual los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes {...}. "El consentimiento es la integración de las voluntades de las partes para dar lugar a un acto jurídico unitario, de manera tal que el contrato es el resultado de esa integración. En la medida en que las declaraciones de voluntad de cada parte conserven su individualidad y no lleguen a fusionarse, a convertirse en una declaración propia del contrato, no se habrá formado este" (Cas. N° 4216-2007-Lima).

Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes

{...} Debe tenerse en cuenta que el contrato o consentimiento que etimológicamente proviene de las voces griegas "cum" y "sentire", es decir "sentir común", no es más que el mero acuerdo de las voluntades, que se forma por la manifestación expresada por el oferente, y el respectivo asentimiento formulado por el aceptante conforme así lo tiene reconocido el artículo 1373 del Código Civil. En tal sentido, es frecuente pensar a nivel coloquial que no hay contrato si no media documento que lo contenga, como si entre el contrato y el soporte papel o documento, existiera una relación de sinonimia o correspondencia, olvidando que se trata de figuras distintas. El hecho que por seguridad jurídica, sobre todo en aquellas transacciones donde las prestaciones son de considerable valor, se acostumbre plasmar el acuerdo de voluntades en un documento, ello no puede llevar a considerar que el principio que rige en materia contractual sea el de la solemnidad; pues, para que ello ocurra, se requiere que la norma de manera expresa así lo exija como sucede por ejemplo con la donación de bienes inmuebles (regulado en el artículo 1625 del Código Civil); cuando en rigor, el principio que por regla general impera en materia contractual y que ha sido recogido de manera expresa en el artículo 1352 del Código Civil, es el del consensualismo por el cual los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes (Cas. N° 2334-2013-Arequipa).

Límites al principio de consensualimo en las relaciones contractuales

{D}ebe destacarse también que el artículo 949 del Código Civil establece que una de las formas para adquirir la propiedad es el intercambio de voluntades o solus consensus perfeccionándose la propiedad inmueble con su transferencia de suerte que el contrato de compraventa de un inmueble –su forma más caracterizada– es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea la obligación de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador) coincidiendo título y modo en términos generales, precepto legal que concuerda con la contenida en el artículo 1352 del acotado Código, el cual prescribe que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad {...} (Cas. N° 713-2015-Arequipa).

Ámbito de aplicación de las normas generales sobre contratos. Los contratos atípicos

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 1351 y ss., 2095, 2096

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO

1. Introducción

El artículo 1353 establece expresamente los alcances de las normas contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, exigiendo que todos los contratos privados se regulen por esta parte del Código. Para ello, esta sección prevé la regulación del tipo general del contrato. Es decir, el contrato como categoría general.

Sin embargo, cuando se trate de tipos contractuales con regulación positiva propia, estas figuras se regirán, en principio, por su ley, aun cuando exista contradicción entre esta y la regulación general del contrato. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1352 establece que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, consagrando el principio de consensualidad, lo hace para todos los contratos, pero si la regulación de un contrato en particular exige que para que este se perfeccione, se cumpla con determinada forma (tal como sucede con el contrato de fianza, que deberá constar por escrito), entonces primará dicho precepto.

Esta regla tiene total coherencia, pues las exigencias legales de cada tipo contractual pueden llegar a colisionar con las normas del contrato como figura general. En este caso hay que recordar que todo contrato encierra en el fondo una operación económica que tiene exigencias propias para cumplir eficientemente sus fines, y que deberán respetarse. Por lo demás, tal como sostiene Vincenzo Roppo[1]: "El tipo contractual se define en relación al contrato en general: un contrato de compraventa es típico si es observado sobre el fondo de la figura general del contrato, al cual también pertenece aun antes de pertenecer al tipo compraventa. Esto se refleja sobre la identificación de las disciplinas aplicables. Un contrato de compraventa es antes de todo un contrato; por consiguiente se le aplican las reglas del contrato en general. Pero después es también una compraventa, por consiguiente se le aplican también las reglas dictadas para el tipo compraventa. Si las dos órdenes de reglas son por algún motivo incompatibles, prevalece la disciplina del tipo".

2. La norma que comentamos también contiene la disciplina del contrato atípico. Del cual nos ocupamos a continuación. El legislador más imaginativo y prolijo no podría superar la realidad comercial; por ello, el repertorio de contratos típicos o nominados, como los llama el Código, es limitado frente al número y variedad de los contratos atípicos utilizados en el tráfico comercial. En efecto, la dinámica del mercado no puede verse encerrada en el conjunto limitado de contratos que ofrece el ordenamiento jurídico, por eso el propio sistema legal ha sancionado la posibilidad de que los agentes (operadores) del mercado diseñen sus propias relaciones contractuales en sintonía con sus necesidades.

(1) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Roma, 2001, p. 421.

3. La consagración de la libertad de contratación es vital para el desarrollo de la economía, no solo porque el reconocimiento de las actividades económicas constituye una manifestación de las libertades personales, sino porque desde un punto de vista económico son indispensables para el desenvolvimiento del mercado. Así, si admitimos que el mercado no es otra cosa que una trama infinita de contratos, y que toda actividad económica se corona, se hace posible, con una transacción, reconoceremos también de modo inmediato la necesidad de contar con un repertorio abierto de contratos; con un sistema de contratos flexible. Esto es posible precisamente gracias a la libertad de contratar, que la mayoría de sistemas legales ha sancionado.

4. De esta manera, el nacimiento de los contratos atípicos es posible no solo porque el ordenamiento lo permite, sino que la ley lo admite porque es una necesidad insoslayable en el tráfico económico; y es que los contratos atípicos derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas, de su evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes. No constituyen, en modo alguno, un irregular proceso evolutivo, sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica[2]. No son, por tanto, un fenómeno patológico, sino una práctica regular en el quehacer comercial, en el desenvolvimiento del mercado.

2. La atipicidad: concepto

5. Antes de continuar con el estudio de este tema, conviene adelantar qué entendemos por contratos atípicos. Para nosotros son aquellos contratos que no encuentran una regulación positiva, integral y sistemática en el ordenamiento jurídico.

¿Qué quiere decir esto? En primer término, que la regulación ha de hallarse en la ley, es decir, debe ser expresa; tal situación se da no solo cuando un contrato tiene una regulación propia o directa, sino también cuando la tiene por remisión. Es el caso, en muchos sistemas, de la permuta, que como todos sabemos se rige por lo dispuesto en el Código Civil para la compraventa (artículo 1603).

En segundo lugar, que la regulación ha de ser integral, y con ello pretendemos destacar que no es suficiente una regulación fragmentaria del tipo contractual y, por tanto, incompleta, sino que es necesario que el contrato se halle legislado en sus elementos esenciales, de suerte que pueda diferenciársele de otros tipos contractuales.

Por último, con relación a la exigencia de que la regulación sea sistemática, creemos que el contrato no será típico pese a que la totalidad de sus elementos puedan encajar en dos o más contratos típicos, pues para que se pueda hablar de tipicidad deberán entrar todos en una sola figura contractual[3]. La razón es simple: cada tipo contractual regula un negocio, es decir, hay una entidad, aunque no siempre exacta, entre el contrato y el negocio.

3. La libertad contractual como fuente de los contratos atípicos

6. La libertad de contratación nos permite celebrar toda clase de contratos. Sin embargo, esta no es una facultad limitada; la doctrina ha determinado que la autonomía de la voluntad y, por tanto, la libertad de contratar, hallan sus límites en los intereses sociales o colectivos que necesariamente han de primar sobre los individuales. En ese sentido, el Tribunal

(2) Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas.* Comares, Granada, 1992, p. 440.
(3) Cfr. GASTALDI, José. *Contratos.* Vol. I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 174.

Constitucional ha señalado que "los contratos no pueden contravenir leyes de orden públicos"[4] y, seguidamente, indicó que "los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales"[5].

Este planteamiento se ha plasmado positivamente en diversos países; así, el Código Civil italiano contiene un artículo que con claridad establece que: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley (...) Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos sujetos a una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a satisfacer intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico".

Hay autores[6] que han sostenido que lo que se aparta de la "conciencia social" no merece esa tutela de la ley, planteando que el contrato ha de cumplir una función económico-social y que, por lo tanto, solo corresponde amparar el convenio atípico que no se aparta de esa función, que significa algo más que el mero capricho, o algo fútil, aun permaneciendo dentro del ámbito de lo lícito. Desde esta perspectiva, no corresponde aceptar una interpretación del principio de libertad de contratación que brinde eficacia a un contrato por el que alguien admita realizar una conducta improductiva o en un desarrollo estéril de la propia actividad personal, o en una gestión antieconómica o destructiva de un bien sometido a su disposición sin que exista una razón socialmente plausible, sino solo para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte.

Esto conduce a afirmar lo que hoy parece obvio: la libertad de contratación tiene límites basados en el orden público-económico consagrado en la Constitución. Nosotros creemos que los límites de la libertad de contratación y, por consiguiente, del contrato atípico, no se sustentan tanto en aspectos morales o políticos, siempre discutibles, sino básicamente económicos. El contrato es una pieza fundamental de la economía, por ello encuentra su razón de ser en el mercado. No es posible a estas alturas admitir una irrestricta autonomía privada; la razón es simple, no existen mercados perfectos; en toda economía no es difícil advertir relaciones asimétricas en donde se constata contratantes con poder en el mercado y contratantes débiles.

7. Ahora bien, como es suficientemente conocido, la libertad de contratación está compuesta por un plexo de derechos. Tales derechos son:

a) Libertad para contratar o no contratar (libertad de contratar).

b) Libertad para decidir con quién contratar o con quién no contratar (libertad de contratar).

c) Libertad para elegir el objeto del contrato y configurarlo internamente, sustituyendo, si es el caso, el derecho dispositivo.

d) Libertad para crear nuevos tipos contractuales y combinar los existentes.

e) Libertad para convenir las formas que las partes estimen convenientes[7].

(4) STC Exp. N° 03682-2012-PA/TC, f. j. 6.
(5) Ibídem, f. j. 7.
(6) SPOTA, Alberto. *Contratos*. Vol. I. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 201.
(7) Cfr. REZZÓNICO, Juan C. *Principios fundamentales de los contratos*. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 215.

De modo similar, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de contratar consiste en la "autodeterminación para decidir la celebración de un contrato", "la potestad de elegir al co-celebrante" y la "autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual"[8].

8. Nos interesa ahora destacar tan solo la libertad de configuración del contrato, pues ella es la que revitaliza permanentemente el Derecho de los Contratos mediante la constante creación de contratos atípicos.

De esta manera, el Derecho reconoce que los tipos legislados no pueden agotar las posibilidades de las partes cuando se hallan en el mercado; reina, por tanto, en el Derecho de los Contratos la libertad tipológica. En tal sentido, esta libertad no solo sirve a la economía, al movimiento de la riqueza y a la circulación, sino que permite disimular la forzosa imperfección de la obra legislativa que, confrontada con las particulares necesidades de las partes y dentro de un mundo tecnológico sorprendente, imprevisible y extremadamente veloz, resulta inevitablemente incompleta[9].

4. Tipo y tipicidad

9. Interesa tratar ahora tres conceptos claves para entender el tema de nuestro comentario; nos referimos al tipo y a la tipicidad. Estos conceptos se hallan íntimamente vinculados. En el Derecho, la tipicidad aparecerá caracterizada como regulación o normación, precisamente, a través de los tipos.

En el mundo jurídico el tipo aparece siempre ligado a una determinada realidad social. Esta realidad social a la que nos referimos es, frecuentemente, una conducta que es elevada a categoría jurídica a través del fenómeno de la tipificación. El tipo, entonces, se utiliza para distinguir las diversas conductas a las que el ordenamiento legal consagra como categorías jurídicas. Palacios Martínez refiere que "la actuación de los tipos (...) supone, en la realidad, mirándola desde su aspecto formativo, una manera especial de ordenación de las conductas humanas, a las que se eleva a la categoría de jurídicas. Se toma una porción de la realidad social y se le abstrae de manera que todo futuro comportamiento social similar pueda encontrar ya una regulación predeterminada"[10].

10. Del tipo debemos pasar al concepto de tipicidad. Hablamos de tipicidad cuando nos referimos a un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos; ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo. En este sentido, la idea de tipicidad se muestra siempre como un mecanismo jurídico que, tomando como base al tipo de la realidad social, culmina como la creación de un tipo jurídico. Así, "se ha definido a la tipicidad como la acogida o regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado. Se tiene así que la tipicidad es la concreta manera de indicar la recepción por el ordenamiento de ciertos supuestos considerados por este último como relevantes"[11].

(8) STC Exp. N° 07339-2006-PA/TC, f. j. 47.
(9) Cfr. REZZÓNICO, Juan C. Ob. cit., p. 184.
(10) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "La problemática de la teoría del tipo y la integración contractual". En: *Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Traducción y notas a carga de Leysser L. León. ARA, Lima, 2015, p. 606. De la misma forma piensa MORALES HÉRVIAS, Rómulo. "Contribución a la teoría de los contratos conexos". En: *Derecho & Sociedad*, N°19. Lima, 2002, p. 120.
(11) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Ob. cit., p. 617.

En este punto cabe preguntarse cuál es la función que cumple la tipicidad. Por un lado, tiene una función individualizadora, es decir, nos permite distinguir determinados actos de otros. En este sentido, la tipicidad es ordenación y valoración de conductas. Por otro lado, a dicha función se suma una función jurídica, que es la de regulación[12]. De esta manera, la noción de tipicidad comporta siempre, y esencialmente, la de regulación. Por este motivo compartimos la opinión de quien sostiene que "el tipo contractual no sirve solamente para indicar al intérprete un cuadro de disciplina ya individualizado por el legislador para regular determinada organización de intereses, sino que la elección operada por las partes en la adopción de un tipo contractual más bien que otro, puede cumplir la función de criterio distributivo del riesgo contractual"[13].

11. Ya hemos dicho que el Derecho de los Contratos es un derecho flexible, abierto a las exigencias del mercado. Es el tipo, la tipicidad y la atipicidad lo que le da tal flexibilidad. Luego regresaremos sobre esta idea. Por ahora solo digamos que, si bien los tipos contractuales recogidos por el ordenamiento jurídico son limitados, igual la tipicidad legal necesariamente será siempre más amplia que la tipicidad social, pues recoge al tipo genérico (artículo 1351 del C.C.) del que se desprenden los tipos específicos.

5. La disciplina de los tipos contractuales

12. La disciplina legal de los tipos contractuales se encuentra alojada, básicamente, en el Código Civil, pero también en algunas leyes especiales. La idea central de la disciplina de los tipos contractuales reside en ofrecer a los operadores del mercado, fórmulas legal, social y económicamente aceptadas. De este modo, las partes conocen con anticipación las reglas –derechos y obligaciones– aplicables a los negocios que pretenden realizar. Se trata en realidad de operaciones económicas materializadas mediante fórmulas que facilitan las relaciones en el mercado.

El Derecho de los Contratos en casi todos los Códigos se halla diseñado en virtud de tres conjuntos de normas estrechamente vinculadas:

- La disciplina del tipo genérico (teoría general del contrato).
- La disciplina de los tipos contractuales (los contratos que regula el Código y otras leyes complementarias).
- La disciplina del contrato atípico.

6. Cómo se tipifican los contratos

13. El orden natural como debería procederse a la tipificación legal de un contrato es esperar el surgimiento y consolidación en el mercado (tipicidad social) del tipo contractual; luego observar los conflictos y problemas que pueda presentar la figura, y la forma cómo la jurisprudencia los resuelve; solo entonces, luego de la experiencia y de la aplicación de la figura en el mercado, así como de la interpretación jurisprudencial, se podrá proceder a disciplinar legalmente el contrato. Nada carece de mayor sentido que comenzar a la inversa, esto es,

(12) Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Estructura y función del tipo contractual.* Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978, p. 16.

(13) GABRIELLI, Enrico. *Doctrina general del contrato.* Vol. I: El contrato y la operación económica. Traducción de Carlos de Cores. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 58.

legislar primero para luego ver qué sucede. No interesa que en otros países ya existan legal o socialmente, o que ya se adviertan algunas experiencias jurisprudenciales o manifestaciones doctrinarias; nada reemplaza a la experiencia directa en materia contractual.

A menudo, cuando se procede así, importando contratos, se cometen gruesos errores. No siempre los negocios se hacen igual en todas partes. No se trata aquí de ser conservador, sino de ser realista. Un ejemplo que patenta lo que venimos diciendo es lo que sucedió en el Perú con el contrato de tiempo compartido, que en nuestro medio fue regulado en 1991 a través del Decreto Legislativo N° 706. En aquella época la figura del tiempo compartido, o aprovechamiento por turnos, recién surgía, y muy pocos países habían tipificado este contrato. Pues bien, en el Perú, sin ninguna experiencia económica al respecto se decidió regularlo; y, en efecto, se hizo mediante la norma citada. Esta norma fue una pura y simple importación, pero ni siquiera fue la copia de una ley en concreto, fue la plasmación legislativa de elucubraciones doctrinarias que aparecían en esa época sobre la figura. Aquellos legisladores se quisieron adelantar; no entendieron la lógica del desarrollo de las tendencias contractuales y del proceso de su tipificación. El resultado fue una norma preñada de incongruencias e inconsistencias, que no respondía al estado de los negocios turísticos en el Perú.

Eso es lo que pasa cuando se pretende alterar la lógica del proceso de tipificación de los contratos. La experiencia española es muy distinta y, como sabemos, España es un país con un enorme flujo turístico, al punto que es su principal fuente de ingresos; pues bien, en este país en el que las operaciones de tiempo compartido son significativamente más numerosas que en el Perú y cuya experiencia data de muchos años, recién en 1998 se ha regulado esta figura, bajo el *nomen iuris* de aprovechamiento por turnos. En este caso sí se siguió la lógica del proceso de tipificación: primero el hecho, luego la jurisprudencia y después la ley. La ley que en materia de contratos pretenda adelantarse fracasará inevitablemente.

7. Clases de contratos atípicos

14. Es difícil hablar de una absoluta originalidad contractual, es decir, que sea posible la creación de un contrato que no guarde alguna semejanza con los tipos recogidos por el ordenamiento legal. En este sentido, los contratos atípicos siempre poseen algunos rasgos típicos. Tal vez esta razón es la que ha llevado a la doctrina a clasificar a los contratos atípicos partiendo de los contratos típicos. Veamos:

A) Unión de contratos.- Son supuestos en los que las mismas partes celebran varios contratos distintos que se hallan unidos externa o funcionalmente. La unión de contratos se divide en tres clases:

a) **Unión externa sin dependencia.-** Se trata de varios contratos típicos que se encuentran unidos externamente, en un mismo documento, y que han sido concluidos coetáneamente, sin que exista dependencia de uno respecto del otro. En tal caso, cada contrato se regula por sus propias reglas. Esto acontece, por ejemplo, cuando se compra una computadora y en el mismo acto se alquila otra.

b) **Unión de contratos con dependencia.-** Esto sucede cuando hay una cierta vinculación funcional. Tal el caso de la compraventa de un automóvil, con el contrato de servicio de mantenimiento.

c) **Unión de contratos alternativos.-** En este caso nos hallamos frente a dos contratos celebrados conjuntamente, pero que solo uno se ejecutará a elección de las partes.

No es difícil advertir que en ninguno de los casos referidos hay propiamente contratos atípicos.

B) Contratos mixtos o complejos.- El caso que ofrecen los contratos mixtos es distinto al de la unión de contratos; ya no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contratos[14]. Así, estos contratos resultan de la combinación de elementos de diferentes contratos típicos; tal combinación no se halla regulada positiva, integral y sistemáticamente por la ley y, sin embargo, las partes la quieren como unidad contractual. Es fácil advertir que muchos contratos modernos han nacido de esta manera, convirtiéndose luego en contratos típicos. Tal el caso del leasing, que reúne elementos de la compraventa, del arrendamiento y de la opción.

Un ejemplo de contrato mixto que no ha sido tipificado es el contrato de *shopping center*. Este contrato tiene elementos del contrato de arrendamiento, pero también tiene elementos de los contratos de gerencia, de publicidad, de playa de estacionamiento, etc. Hay quienes sostienen que en realidad este es un contrato participativo atípico.

Para solucionar el problema de la regulación de estos contratos se han diseñado diversas teorías; principalmente tres:

- **Teoría de la absorción.-** Postula que el contrato (la relación obligatoria) en su integridad, debe ser regulado por las disposiciones que corresponden al tipo contractual que representa la prestación principal. Esta teoría no está libre de críticas, pues, en muchos casos no es fácil determinar cuál es la prestación principal o, peor aún, puede haber más de una prestación con similar jerarquía.
- **Teoría de la combinación.-** Plantea la aplicación combinada de las normas que regulan las prestaciones de los contratos involucrados. El problema de esta teoría es qué hacer frente al conflicto de normas que compiten en regular una misma situación.
- **Teoría de la aplicación analógica.-** Según esta teoría, los contratos mixtos no se encuentran, en absoluto, regulados por la ley, por consiguiente las normas particulares de los contratos típicos solo son aplicables por analogía.

A nuestro juicio, ninguna de estas teorías soluciona radicalmente el problema de la interpretación; sin embargo, no debe desdeñarse su utilidad como pautas a tomarse en consideración a la hora de determinar la ley aplicable al contrato atípico. Como se verá más adelante, lo determinante en la interpretación de estos contratos es el fin económico perseguido por las partes, para lo cual se deberá hacer un análisis caso por caso.

8. Problemática de los contratos atípicos

15. Dado que todos los Códigos reconocen al contrato como figura genérica, y parejamente la facultad que tienen las partes para perfeccionar contratos de toda clase, el contrato típico no plantea un problema de obligatoriedad, sino de interpretación. En efecto, tal como sostiene Federico De Castro y Bravo[15], el problema subsistente es averiguar cuál debe ser la

(14) Cfr. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.* Bosch, Barcelona, 1966, p. 9.

(15) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico.* Civitas, Madrid, 1997, p. 205.

regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de derecho dispositivo que hayan de completar, en su caso, el negocio atípico.

En relación con este último asunto, en nuestro sistema aparentemente la solución estaría en el 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".

En el Código italiano (artículo 1323), el tema halla semejante tratamiento: "Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, quedan sometidos a las normas generales contenidas en este título" (o sea, "De los contratos en general").

El Código venezolano (artículo 1140) sanciona: "Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este título (...)".

El Código Civil de México para el Distrito Federal, establece en el texto de su artículo 1858: "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

El Código Civil cubano (artículo 314) establece: "Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código".

De los ejemplos citados puede advertirse que todos plantean, como pauta básica, que la parte general de los contratos, recogida por los Códigos, sirve para regular a los contratos atípicos. Sin embargo, como veremos a continuación, el problema de la interpretación se mantiene en pie[16]. La pauta planteada no solo deja el problema insoluble, sino que resulta incompleta.

9. La causa del contrato atípico

16. La doctrina científica ha puesto especial hincapié en hallar algún dato de identificación de los contratos atípicos para diferenciarlos de la mera unión externa de contratos, y lo ha hallado en la causa, como móvil determinante incorporado a la declaración de voluntad o como resultado práctico que se proponen alcanzar los particulares; puede verse en ella un elemento clave del significado de estos contratos. Esta premisa es posible desde que se desligó el concepto de "causa" con el de "tipo". Como apunta Gabrielli, "la identificación entre causa y tipo ha llevado a postergar el análisis del contexto económico concreto en el cual los privados actúan, que es la única vía a recorrer a fin de alcanzar el 'núcleo del concepto de causa, correctamente entendido como la razón del negocio jurídico, como justificación de los movimientos de bienes de un individuo a otro, tal como se deduce de la forma en que se presentan los intereses en el caso singular, presumibles en concreto, si es el caso, a partir de la más compleja operación económica, y no , ya en abstracto, de la construcción del tipo contractual configurado por el legislador'"[17].

Por ello se tiende a observar en la causa, considerada como el fin objetivo de estos contratos, lo que les da unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de

(16) Cfr. GASTALDI, José. Ob. cit., p. 182.
(17) GABRIELLI, Enrico. Ob. cit., pp. 37-38.

negocios y, en tal caso, si son entre sí independientes, conexos y subordinados. La unidad de causa es, creemos, fundamental para estimar la existencia de un único contrato; de manera que si existen varias causas existirán varios contratos; entendiendo que la causa puede ser compleja, pero puede ser única; en tanto que los móviles impulsivos y determinantes pueden ser también varios y complejos, pero identificados en la finalidad económico-jurídica que se persigue. En síntesis, donde hay una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde hay pluralidad de causas habrá pluralidad de contratos[18].

La causa viene a ser lo que califica, en definitiva, de complejo al contrato, y no como integrado de varios contratos independientes, por cuanto la finalidad perseguida integra la causa como única, constituyendo un contrato complejo y atípico. Se ha de buscar, por tanto, en cada caso la "causa determinante" de la celebración del contrato[19].

En este sentido, puede afirmarse que en el contrato típico, o nominado como prefiere el Código, la causa está determinada por la ley, en tanto que en el contrato atípico la causa está determinada por las partes o por los usos. De la atipicidad de causa depende la atipicidad del contrato.

17. Desde nuestro punto de vista, esta teoría debe y puede complementarse con la del objeto del contrato atípico. En efecto, esa causa de la que estamos hablando cuando se plasma jurídicamente se concreta en obligaciones, que son el objeto del contrato. Todo contrato contiene una cierta combinación de obligaciones. Son las obligaciones las que hacen que el arrendamiento sea identificado como tal: esa particular combinación entre la obligación de trasladar la posesión y el derecho de uso de un bien, a cambio de la obligación de pago de una renta.

Los contratos típicos tienen su objeto determinado por la ley. Cuando la combinación de las obligaciones que constituyen el objeto del contrato sea atípica, lo será también el contrato. Así, en el contrato atípico el objeto está determinado por las partes.

10. Regulación de los contratos atípicos

18. Aún queda pendiente el problema de la regulación de los contratos atípicos; esta es la cuestión fundamental del contrato atípico. El asunto reside, entonces, en la determinación de qué normas son prioritariamente aplicables: las normas generales sobre obligaciones y contratos, o las correspondientes a los contratos típicos que pudieran ser afines.

En la actualidad se reconoce la preeminencia de las normas generales relativas a obligaciones y contratos. Desde luego, dentro de las normas generales tienen prevalencia las normas imperativas cuyo carácter preeminente surge del hecho de que la voluntad de las partes no puede derogarlas. Esta es la tendencia seguida por nuestro Código Civil.

No obstante, "con el hecho de indicar solo normas generales, aplicables también a los contratos innominados, la ley sugiere por otra parte una problema ulterior: el de la búsqueda y hallazgo de las normas particulares a cada uno de los contratos innominados"[20]. El problema se agrava cuando constatamos que las normas generales de contratación se refieren a los elementos estructurales del contrato, cuando lo que se busca, en realidad, es hallar las normas particulares que habrán de disciplinar el contrato atípico.

(18) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p. 393.
(19) SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., p. 444 y ss.
(20) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 384.

Frente a esta falencia que nos ofrece el propio Código respecto de un contrato atípico, el juzgador debe actuar casi como legislador para construir la ley particular aplicable al caso planteado[21]. En tal virtud, al margen de las distintas reglas de interpretación recogidas por la ley, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

a) El respeto a la finalidad o economía del contrato. La economía del contrato denota la función que las partes le atribuyeron al celebrarlo; por tanto, se considerará arbitraria la interpretación que desatienda su objetivo económico[22].

b) Hurgar sobre la causa que tuvieron presente las partes al momento de celebrar el contrato, lo cual tiene directa relación con el fin económico del contrato.

c) Revisar la combinación de obligaciones que se alojan en el contrato y que constituyen el objeto del mismo, buscando similitudes con los contratos típicos, pues por más originales que hayan pretendido ser las partes nunca lo habrán sido del todo.

Lo anterior ha sido plasmado de la siguiente manera por diversos Códigos que buscan hallar la solución al problema de la regulación e interpretación del contrato atípico:

1.- Respetar la voluntad de las partes.

2.- Aplicar las normas generales imperativas sobre contratos y obligaciones.

3.- Aplicar las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones.

4.- Aplicar las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico.

5.- Seguir los usos y costumbres de las plazas[23].

19. Un tema que merece especial interés en la regulación e interpretación de los contratos atípicos, es el relativo a los usos y costumbres, sobre todo cuando hablamos de contratos mercantiles.

En efecto, en materia de contratos de tipicidad social, tienen especial relevancia los usos, salvo que se trate de costumbre contra *legem,* pues en este caso, aun cuando se trate de leyes supletorias, no podrán ser abrogadas por los usos y costumbres[24]. Por consiguiente, los usos y costumbres solo tendrán virtualidad legal cuando no colisionen con la ley, aun cuando esta sea dispositiva. Conviene enfatizar que los usos y costumbres no prevalecen sobre las normas generales supletorias en materia de contratos y obligaciones. Una interpretación en otro sentido es inadmisible, pues olvida que el contrato no es solo un convenio patrimonial entre las partes; el contrato es el texto contractual más el contexto legal gracias al cual tiene vigencia.

20. En los contratos atípicos de consumo la interpretación de la ley aplicable de sus cláusulas, debe ser hecha en el sentido más favorable al consumidor[25]. Así se desprende del principio pro consumidor que motiva toda la legislación de consumo, y que en el caso peruano ha sido recogido por nuestra Constitución en el artículo 65.

(21) GASTALDI, José. Ob. cit., p. 189.
(22) Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 416.
(23) ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. "Contratos atípicos". En: *Contratos especiales en el Siglo XX.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 16.
(24) Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal. Ob. cit., p. 13.
(25) Ibídem, p. 15.

11. A manera de conclusión

21. Finalmente, quisiera reiterar esta idea: cuando las personas contratan quieren realizar un negocio, y no el cumplimiento de un esquema contractual[26]. Recuérdese que el comercio rehúye ser encerrado en fórmulas rígidas; el empresario necesita libertad para poder desarrollar su empresa. La libertad de empresa, la libertad de contratar y la libre competencia, constituyen la esencia del mercado y la garantía de su dinamismo. Todo esto se combina con los avances tecnológicos a los que no puede escapar el Derecho y, por lo tanto, el contrato.

Los cambios experimentados en el mercado en los últimos años, confirman nuestra afirmación. La sociedad postmoderna es una sociedad globalizada, en la que la mayoría de negocios tienen vocación internacional. Una característica muy acusada de nuestro tiempo es que nos hemos convertido en una sociedad de servicios. Del consumismo de bienes pasamos al consumismo de servicios; piénsese en los servicios de telefonía, televisión por cable, Internet, seguros, salud, educación, tarjeta de crédito, etc. A estos servicios se suman aquellos que acompañan a otros contratos. Nos referimos a los servicios de posventa de computadoras, automóviles, etc.[27].

La contratación habrá de seguirle el paso a esta realidad. Los contratos de nuestra hora no se ocupan tanto, como antaño, de la transferencia de bienes, hoy los negocios se basan en servicios, en intangibles. Esta realidad penetra en el Derecho y obliga a extender las fronteras del contrato. Estamos seguros de que este siglo nos trae también un nuevo concepto de contrato, renovado, dinamizado por el contrato atípico.

La consecuencia de todo esto es que, en nuestros días, las leyes envejecen precozmente, la velocidad del tráfico mercantil, el avance de la tecnología y la integración de los mercados, han hecho que la legislación aparezca vetusta tempranamente. Raras veces el sistema legal puede adelantarse con éxito a la realidad y, a menudo, cuando lo intenta, el mercado suele superarlo. Por ello, siempre será un problema la calificación e interpretación de esas relaciones contractuales atípicas.

22. Como decía Werner Flume[28], en un extraordinario libro dedicado al negocio jurídico: no existe "el" contrato, sino solamente "los" contratos. El concepto de contrato es una abstracción, los contratos son una realidad y el Derecho debe alimentarse de realidades. La realidad que constatamos es que dado que la perfección nos es esquiva, la legislación siempre será imperfecta, insuficiente frente a la realidad del tráfico comercial; así sea cual sea el diseño contractual que escojamos será forzosamente incompleto. Las posibilidades que nos brinda la atipicidad contractual son infinitas, la imperfección de los tipos contractuales hace posible mejorarlos constantemente; solo es necesario un pensamiento crítico.

Como ya lo hemos expresado, sin duda todo contrato deja una parte del negocio sin regular, porque no hay contrato perfecto; esa parte queda librada a la regulación que el Derecho hace de ella. De esta manera, todo contrato se compone de dos partes: del texto contractual y del contexto legal que lo integra y lo completa. Esta es, junto con la reducción de los costos de transacción, la función del Derecho de los Contratos.

(26) Cfr. FARINA, Juan. "Los contratos innominados y el Derecho Contractual". En: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones,* Año 11, N° 66. Depalma, Buenos Aires, p. 4.

(27) Cfr. GHERSI, Carlos Alberto. "La estructura contractual postmoderna". En: *Revista de Derecho Privado,* Tomo 3. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 337.

(28) FLUME, Werner. *El negocio jurídico.* Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 705.

DOCTRINA

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Roma, 2001; SANTOS BRIZ, Jaime. Los contratos civiles. Nuevas perspectivas. Comares, Granada, 1992; GASTALDI, José. Contratos. Vol. I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; SPOTA, Alberto. Contratos. Vol. I. Depalma, Buenos Aires, 1984; REZZÓNICO, Juan C. Principios fundamentales de los contratos. Astrea, Buenos Aires, 1999; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "La problemática de la teoría del tipo y la integración contractual". En: Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). Traducción y notas a carga de Leysser L. León. ARA, Lima, 2015; MORALES HÉRVIAS, Rómulo. "Contribución a la teoría de los contratos conexos". En: Derecho & Sociedad, N° 19. Lima, 2002; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Estructura y función del tipo contractual. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978; GABRIELLI, Enrico. Doctrina general del contrato. Vol. I: El contrato y la operación económica. Traducción de Carlos de Cores. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1966; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Civitas, Madrid, 1997; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986; ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. "Contratos atípicos". En: Contratos especiales en el Siglo XX. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999; FARINA, Juan. "Los contratos innominados y el Derecho Contractual". En: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 11, N° 66. Depalma, Buenos Aires; GHERSI, Carlos Alberto. "La estructura contractual postmoderna". En: Revista de Derecho Privado, Tomo 3. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Aplicación supletoria a todo contrato privado

{...}El A quo ha declarado {...} fundada en parte la demanda sobre obligación de dar suma de dinero, en consecuencia ordena que la demandada cumpla con pagar a la demandante la suma de US$ 5,000.00 Dólares Americanos, más intereses legales, costas y costos, careciendo de objeto emitir pronunciamiento respecto a la pretensión subordinada de indemnización; considera que ambas partes han celebrado un contrato de comisión mercantil, resultando de aplicación el artículo 1353 del Código Civil ***(Cas. N° 2515-2011-Lima).***

La libertad de contratación

Artículo 1354.- ***Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.***

Concordancias:
C. arts. 2 inc. 14), 62, 63; C.C. arts. V, 1355, 1356; LEY 26887 art. 11

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO

1. Concepto de libertad de contratación

1. El concepto de libertad de contratación –y el de contrato mismo– no puede estar desligado de la relación que existe entre este principio y la operación económica que entraña toda relación contractual. En el fondo, todo contrato es un acto de mercado, un acuerdo que las partes adoptan sobre su economía, una decisión libre sobre su patrimonio. El contrato es en esencia una decisión económica, y cualquier cosa que se diga sobre él deberá tener presente esta realidad.

2. Si el contrato es una decisión económica, tal decisión para ser eficiente ha de ser libre. En el Derecho Privado la figura que resume la libertad de la persona es la autonomía privada, que significa el reconocimiento del derecho de autodeterminación que dispone el individuo para "gobernar" libremente sus relaciones con los demás. En palabras de Dieter Médicus[1], la autonomía privada consiste en que cada persona desarrolle su correspondiente libertad, según su propia voluntad, en sus relaciones jurídicas privadas: por tanto, debe dominar la autonomía, no la decisión extraña.

Así, se denomina autonomía privada al principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio de autodeterminación de las personas que según la Constitución alemana, es un principio previo al ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales[2]. Nuestra Constitución también lo reconoce de manera expresa: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (artículo 2, inc. 22, a). En materia económica nuestra norma suprema no deja espacio para la duda sobre el estatus jurídico que confiere a la libertad económica, al establecer que "la iniciativa privada es libre (...)" (artículo 58). Al iniciar precisamente con este principio el tema del "Régimen Económico" en la Constitución, se pretende dar a entender que todas las reglas y demás principios contenidos en esta parte deberán interpretarse en sintonía con aquel y en el sentido que más favorezca su aplicación.

3. En materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación, que consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. De esta manera, el Derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y de las personas con quienes se vinculará. La libertad de contratar, entonces, no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro

(1) MÉDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales.* Vol. I. Bosch, Barcelona, 1995, p. 35.
(2) FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general. Derecho Civil.* T. II. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 23.

de la intervención del Estado. En esta línea, lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley. De esta manera, en principio, un juez no puede declarar nulo o ineficaz un contrato por considerarlo injusto. El contrato, lo mismo que cualquier otro acto jurídico, no necesita cumplir más requisitos que los exigidos por el ordenamiento.

4. Pero todo contrato es, al propio tiempo, ejercicio de libertad y recorte de la misma. Cuando hablamos de contratación debe tenerse presente que en el contrato lo que se comprometen son conductas que las partes se obligan a realizar para llevar a cabo una operación económica, por tanto, el contrato es también un recorte voluntario de la libertad. De ahí que la Constitución (artículo 62) reconozca que quienes decidan celebrar un contrato lo hagan sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento; esto es, con la mayor libertad legal posible.

Al ser concebido el contrato dentro de un proceso en el que una persona pone a disposición de otra su acto –y con ello una porción de su libertad, obligándose voluntariamente a realizar una prestación–, el contrato deviene, al decir de Hattenhauer[3], en una pieza central de la libertad civil en el Derecho, desarrollándose la tesis que culmina con el reconocimiento de la autonomía privada. Es que si el contrato es confirmación de la libertad civil, nadie debe –desde un plano superior– dictar a una persona normas reguladoras de esa porción de libertad, sino que aquellas debían emanar exclusivamente de su voluntad.

Así, el dogma de la autonomía de la voluntad se funda en la siguiente reflexión kantiana: "cuando alguien decide algo con respecto a otro, es posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo"[4]. Sin embargo, siendo en esencia correcta tal afirmación, no puede ser admitida sin reservas; el estado actual de economía y del mercado ha demostrado que existen situaciones en las que es necesario que el Estado intervenga para proteger al contratante débil; esta intervención tiene diversas formas de manifestarse como veremos luego.

5. Si bien es verdad que el contrato es el reino de la autonomía de la voluntad, es decir, el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado este principio, esto no nos puede llevar a considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico. No existe contrato fuera de un contexto legal, ausente de un ordenamiento jurídico. El ordenamiento no solo reconoce la autonomía de la voluntad, sino que la protege y la hace posible. Todo acto jurídico, y dentro de él por supuesto el contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. Si no existiese un contexto legal que anteceda al contrato, sería inútil todo ejercicio de voluntad. La voluntad por si sola es estéril para crear derecho.

La formación, ejecución y conclusión de un contrato están determinadas por el ordenamiento legal; este establece las consecuencias del acuerdo adoptado y complementa lo convenido por las partes. Es decir, el acuerdo contractual nunca es solo tal acuerdo; el texto contractual se completa siempre con el contexto legal. Así, por ejemplo, según las normas referidas a la compraventa, luego de celebrado el contrato por las partes, no solo se generan los efectos queridos por estas, sino también se producen consecuencias legales que no han sido acordadas por los contratantes, y que incluso ni siquiera fueron pensadas por ellos.

(3) Citado por REZZÓNICO, Juan C. *Principios fundamentales de los contratos*. Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 191-192.
(4) Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 10.

Ciertamente, la mayor parte de las normas en materia contractual son dispositivas, esto es, son susceptibles de ser sustituidas por las partes. Sin embargo, concurrentemente el ordenamiento jurídico también contiene normas imperativas que no pueden ser sustituidas por la voluntad de los contratantes. Estas normas imperativas pueden dotar al acuerdo contractual de un significado y alcance distinto al establecido por las partes en el clausulado contractual. Pero igual puede suceder con las normas dispositivas, porque si bien las partes pueden prescindir de ellas, si no lo hacen estas normas adquieren un carácter imperativo en tanto no sean "derogadas" por las partes. Así pues, el ordenamiento jurídico despliega también un papel de carácter positivo en relación con el contrato, incluso contradictorio con el sentir de las partes, acreditando que la voluntad de estas –pese a ser un presupuesto ineludible del contrato– no es omnímoda ni todopoderosa[5].

De esta manera, la autonomía privada exige conceptualmente la existencia correlativa del ordenamiento jurídico. Los particulares solo pueden configurar relaciones jurídicas propias del ordenamiento jurídico, y la configuración autónoma de las relaciones solo puede tener lugar mediante actos que sean reconocidos por el ordenamiento legal como tipos de actos de configuración jurídico-negocial. La configuración autónomo privada de relaciones jurídicas está determinada, por tanto, por el ordenamiento jurídico en su forma y su posible contenido[6].

2. Libertad de contratación y doctrina general del contrato

6. Igualdad y libertad son las bases del Derecho liberal de los contratos. Las relaciones contractuales diseñadas en los Códigos del siglo XIX y XX son relaciones libres y paritarias, siendo el principio de libertad de contratación la síntesis de estos valores. Por ello, de él descienden las principales reglas y principios contractuales. Así, el principio de consensualidad (artículo 1352 del C.C.) solo se explica por la libertad con que las partes han expresado su voluntad al momento de celebrar el contrato. De igual modo, solo se entienden los principios de supletoriedad de las normas contractuales y el de libertad de tipología contractual (artículo 1356) por la necesidad de otorgar a las partes la mayor libertad legal para autorregular sus contratos. Así también, el principio de obligatoriedad de los contratos (artículo 1361), la buena fe contractual (artículo 1362) y la relatividad del contrato (artículo 1363), encuentran asidero en la libertad con la que se vinculan legalmente las partes.

3. Derechos que comprende la libertad de contratación

7. La libertad de contratación está compuesta por otras dos libertades: la de contratar y la contractual.

a) Libertad de contratar, conocida también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quién contrata.

b) Libertad contractual, conocida también como libertad de configuración, está referida a la libertad de determinar el contenido del contrato. Esta se compone a su vez de las siguientes facultades:

- Libertad para decidir el tipo de contrato.

(5) Cfr. FLUME, Werner. Ob. cit., p. 24.
(6) Ídem.

- Libertad para decidir la forma del contrato.
- Libertad para decidir la jurisdicción en la que eventualmente resolverán los conflictos generados por la ejecución e interpretación del contrato (vg. jurisdicción arbitral).
- Libertad para determinar el objeto del contrato, es decir, el conjunto de obligaciones que asumirán las partes.

Ello ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que la libertad de contratación se encuentra constituida por las garantías de "autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante", y la "autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual"(7).

8. Naturalmente, la libertad de contratación en sus diferentes manifestaciones tiene limitaciones. Concretamente la libertad de conclusión (libertad de contratar) tiene en la actualidad limitaciones negativas y positivas. El primer caso se refiere a las situaciones en las que no les está permitido a las partes contratar; se trata de prohibiciones legales; en nuestro Derecho estas prohibiciones no son muchas e incluso las determinadas por ley no tienen mayor justificación, como la contenida en el artículo 1366 del Código Civil. En el segundo caso, se trata de contratos impuestos; nos referimos a los denominados contratos forzosos.

El ejemplo más evidente de lo que venimos afirmando son los contratos sobre servicios públicos. En la actualidad, producto de las privatizaciones, la mayoría de los servicios públicos se encuentran en manos de los particulares y en muchos casos se trata de monopolios u oligopolios privados, con un enorme poder de mercado. Reconocerles a estos poderosos actores económicos una libertad de conclusión sin reservas, significaría en la práctica la posibilidad de que miles de personas no pudieran contar con estos servicios. De ahí que todo monopolio o empresa con posición de dominio en el mercado no pueda negarse a contratar. Generalmente las empresas que administran servicios públicos tienen la obligación legal de contratar y de hacerlo bajo una regulación legal imperativa.

Pero no son los únicos casos en los que la ley reconoce la necesidad de obligar a contratar, existen otros que veremos luego.

9. Por su lado, la libertad contractual, tal como se adelantó, se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma –o parte de ella– reguladora de la relación que se desea crear. Ello está expresamente sancionado en el artículo 1354 del Código Civil, que ahora se comenta. Lo acordado por las partes hace el contenido del contrato, determinando los derechos y obligaciones que dimanan de tal acuerdo; se trata de la lex contractus, que se completa con el ordenamiento jurídico, tanto con las normas imperativas –que no son negociables para las partes–, como con las normas supletorias, las cuales sí son prescindibles por ellas, pero que no obstante, pueden llegar a tener fuerza imperativa en determinadas circunstancias que no es el caso ahora puntualizar.

Así, en el ejercicio de la libertad contractual, las partes se convierten en legisladores de sus reglas contractuales, modificando si así lo disponen la regulación dispositiva de la ley,

(7) STC EXP. N° 02175-2011-AA/TC, f. j. 8.

alterando los tipos –contratos mixtos y complejos–, regulando otros no previstos –contratos innominados–, o combinando los existentes.

Ciertamente, el aspecto normativo de la libertad contractual tiene también limitaciones cada vez más importantes: unas clásicas y por razones técnicas, otras modernas y por razones de justicia contractual, generalmente de índole social, de protección a los económicamente débiles y, en general, a los consumidores; e incluso como consecuencia obligada de la concesión de monopolios de derecho a personas privadas o públicas[8].

4. Análisis económico de la libertad de contratación

10. Para el Análisis Económico del Derecho el sistema jurídico tiene como objetivo facilitar las transacciones, el intercambio económico, buscando la mayor eficiencia, entendida esta como la base del buen funcionamiento de toda economía. En efecto, la eficiencia es un concepto clave en la ciencia económica. Con ella se busca obtener los resultados más óptimos con el menor costo posible.

El Análisis Económico del Derecho busca establecer de qué manera las normas jurídicas estimulan o impiden que las sociedades usen en forma eficiente los recursos de que disponen, y las consecuencias de esas normas en la sociedad. Esta disciplina supone, como en general el estudio de la economía, que las personas responden a incentivos para obtener el máximo de utilidad cuando eligen entre unos u otros bienes; y considera que las normas jurídicas al crear incentivos o desincentivos para determinadas conductas, influyen en las decisiones de las personas[9].

Ahora bien, el lugar en el que se realizan del modo más eficiente los intercambios es el mercado, y la manera de hacerlo es a través de la libre oferta y demanda. Así, los bienes se trasladarán a aquellas personas que le den más valor, beneficiándose mutuamente las partes contratantes. Nuestra Constitución ha reconocido la importancia de promover y proteger una economía de mercado (artículo 58) que, aun cuando prefiera denominarla economía social de mercado, lo mismo es un sistema de ordenar las transacciones basado en la libertad y la libre iniciativa de las personas y en el pleno reconocimiento de sus libertades económicas.

11. El mercado puede ser definido como un conjunto de medios por los cuales las personas se transmiten informaciones acerca de un bien o servicio que están interesadas en intercambiar, y por los cuales asumen voluntariamente obligaciones y derechos para realizar el intercambio. Pero en realidad, las personas no cambian propiamente bienes y servicios sino derechos y obligaciones relacionados con tales bienes y servicios[10]. El instrumento jurídico fundamental para hacer posible el intercambio de bienes es el contrato. Puede decirse que el mercado es en el fondo una trama infinita de contratos, y la economía de nuestro tiempo es una economía contractual.

Así, el contrato se convierte en una pieza clave en el funcionamiento de la economía, y la libertad de contratación no solo es un derecho fundamental sino el prerequisito básico para alcanzar la eficiencia económica. La expresión jurídica del libre juego de la oferta y la

(8) GARCÍA AMIGO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones y contratos. Lecciones de Derecho Civil.* II. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 132.

(9) Sobre el tema cfr. POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho.* Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 28 y ss.

(10) PALACIOS MEJÍA, Hugo. *La economía en el Derecho Constitucional colombiano.* Biblioteca Vigente, Bogotá, 1999, p. 6.

demanda, de la libertad de transacción, es la liberad de contratación. Esta, junto con el reconocimiento del derecho de propiedad, son la base de los derechos patrimoniales y, en gran medida, de ellos descienden todas las demás libertades económicas.

12. La libertad de contratación cumple también una importante función práctica vinculada al inevitable carácter imperfecto e incompleto del ordenamiento legal. En efecto, el legislador más imaginativo y prolijo no podría crear un ordenamiento jurídico comprensivo de todas las actividades comerciales que el hombre puede realizar en el mercado. De ahí que la oferta legal siempre sea limitada frente a la realidad comercial; y es que la dinámica del mercado no puede verse encerrada en un conjunto necesariamente limitado de contratos que ofrece el ordenamiento jurídico, por eso el propio sistema legal ha sancionado la posibilidad de que los agentes autorregulen sus relaciones económicas, dándoles la posibilidad de que creen nuevas figuras contractuales[11].

La función económica del Derecho de los Contratos puede verse también desde otro ángulo, que excede los alcances de la libertad de contratación, por ejemplo, los contratantes en el ejercicio de su libertad acuerdan contratos que necesariamente serán imperfectos, los que serán completados y perfeccionados por el ordenamiento contractual. Así el Derecho de los Contratos ofrece una valiosa contribución al funcionamiento de la economía, pues sería absolutamente ineficiente que los particulares invirtiesen tiempo y recursos en negociar todos los detalles de sus contratos.

5. Límites a la libertad de contratación

13. Los beneficios de la libertad de contratación son innegables; sería redundante repetirlos aquí. Sin embargo, no hay que perder de vista que la experiencia ha demostrado que la libertad de contratación, paralelo a sus grandes beneficios ha propiciado también la concentración de poder económico en manos de los particulares; poder que debe limitarse cuando se abusa de él, cuando se rompe el equilibrio de intereses que persigue la ley para que el mercado funcione adecuadamente.

Si la libertad de contratación que proclaman la Constitución y el Código Civil no es absoluta, es preciso entonces conocer las fronteras de este principio. A las clásicas limitaciones derivadas de la moral y el orden público, hoy se suman límites más puntuales expresados en leyes basadas en razones de convivencia social y eficiencia económica, que buscan un equilibro básico en el mercado, limitando la acción de los actores con un excesivo poder de mercado poniendo límites al poder económico.

14. Las numerosas y cada vez mayores limitaciones de la libertad de contratación que incorpora el ordenamiento jurídico, pueden parecer a primera vista un contrasentido a la proclamación constitucional de la libertad de contratación e incluso hacer creer, como les pareció a algunos autores[12], que el contrato se halla en crisis. En realidad, no existe conflicto para la convivencia del principio de libertad de contratación con las crecientes limitaciones de esta libertad.

(11) Sobre el particular véase GUTIERREZ CAMACHO, Walter. "Los contratos atípicos". En: *Contratación contemporánea. Instituciones de Derecho Privado.* Buenos Aires, 2001, p. 295.

(12) Al respecto puede consultarse a DE BUEN LOZANO, Néstor. *La decadencia del contrato.* 2ª ed. Porrúa, México, 1986. También a RISOLÍA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

La razón jurídica para poner límites a las distintas libertades o derechos consagrados por la Constitución, es la necesaria coexistencia de distintos principios constitucionales que recogen valores que la sociedad considera preciso preservar para la existencia de un equilibrio social. En esa línea, a consideración del Tribunal Constitucional "es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances"[13].

Así, por ejemplo, es igualmente indispensable que se respete tanto el principio de libertad de contratación como el principio pro consumidor, ambos sancionados por la Constitución. Si, como es previsible, en determinadas circunstancias estos principios colisionan, mediante una interpretación sistemática deberá decidirse cuál de ellos primará en el caso particular que se presente, lo que de ninguna manera implicará la descalificación o eliminación del principio dejado de lado.

15. En atención al origen de los límites a la libertad de contratación, el Tribunal Constitucional los ha clasificado en explícitos e implícitos. Límites explícitos a la contratación, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Por su parte, son límites implícitos las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos[14].

Asimismo, las limitaciones a la libertad de contratación que existen actualmente pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

a) Contratos sobre servicios públicos, en los que el Estado impone gran parte del contenido de estos contratos y existe la obligación de contratar para la empresa concesionaria, conservándose la libertad de conclusión para los particulares.

b) Contratos reglados, en los que el ordenamiento predetermina el contenido de estos contratos; ejemplos de ellos son: el contrato de trabajo, el de seguro, etc.; en todos estos contratos se halla seriamente afectada la libertad de configuración contractual, pero se mantiene la libertad de conclusión, es decir, la posibilidad de contratar o no.

c) Contratos masivos, generalmente celebrados entre particulares en el tráfico mercantil, en los que el contenido se halla predispuesto por una de las partes. Estas figuras han sido reguladas en distintas legislaciones, e incluso en algunos Códigos Civiles, con el propósito de proteger al adherente.

d) Contratos forzosos, en los que no existe ni libertad de conclusión ni libertad de configuración, y son aquellos contratos que inicialmente nacen de un dispositivo legal; es el caso del seguro obligatorio para los trabajadores –vida ley–, el seguro obligatorio contra accidentes de tránsito –SOAT–, entre otros.

e) Otro grupo de operaciones contractuales donde se halla severamente limitada la libertad de contratación, es en las modernas operaciones contractuales que se realizan a través de máquinas automáticas o por medios telemáticos; operaciones en donde las partes no se detienen a negociar y mucho menos a diseñar el contenido del contrato.

(13) STC EXP. N° 02670-2002-AA/TC, f. j. 3.
(14) Ídem.

16. Con respecto a las distintas manifestaciones de la limitación de la libertad de contratación quisiéramos detenernos brevemente en el llamado contrato forzoso. El tema al que nos referimos ha sido objeto de un arduo debate en la doctrina, existiendo posiciones que van desde negar la posibilidad de calificarlo como contrato, hasta aquellas que admiten su condición contractual. Se entiende por contrato forzoso aquel que se celebra por mandato legal. Se excluye por tanto de los alcances de esta figura aquellos contratos que se concluyen en cumplimiento de un contrato preparatorio, tal como sucede en el compromiso de contratar (artículo 1414 del C.C.). Del mismo modo, queda excluida de esta figura el contrato necesario, como el caso del depósito necesario (artículo 1854 del C.C.). Igualmente quedan fuera las expropiaciones, por tratarse de actos administrativos unilaterales, o la "venta forzada" del bien del deudor.

Algunos ejemplos de contratos forzosos en nuestro ordenamiento son:

a) Contrato de licencia obligatoria de patente de invención (artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1075, normas que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comunidad Andina sobre propiedad industrial).

b) La llamada sociedad legal en el Derecho Minero (artículo 186 del Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería).

c) Obligatoriedad de contratar de las empresas que ejercen un monopolio o una posición de dominio en el mercado, pues conforme al inciso a) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1034, se eliminan las conductas anticompetitivas, constituyendo un caso de abuso de posición de dominio negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.

d) Los seguros obligatorios, que se celebran conforme a lo dispuesto en el artículo 1988 del Código Civil, como por ejemplo el seguro obligatorio de los trabajadores –vida ley– regulado en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales; y, el seguro obligatorio contra accidentes de tránsito –SOAT– regulado en el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito.

e) Los contratos forzosos en el Derecho Concursal, que pueden originarse como consecuencia de la aprobación o sometimiento del plan de reestructuración regulado en el artículo 66 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, entre otros.

Ahora bien, como se advierte, en alguno de casos no existe, en estricto, una obligación legal de contratar, sino que la contratación se exige como requisito para el desarrollo de una actividad. Por ejemplo, en el caso del SOAT, las personas no están obligadas a contratar este seguro, sino que constituye una condición necesaria para conducir un vehículo automotor en la vía pública.

17. Otra de las figuras interesantes dentro de las limitaciones a la libertad de contratación es la de los contratos reglados, dictados o reglamentados. Esta figura es otra de las que ha dado pábulo a que se hable de crisis de la autonomía privada o crisis del contrato. Se trata de contratos cuyo contenido se halla predeterminado por la ley. Como lo señala Luis

Díez-Picazo[15], estas figuras suponen solo la sustitución del precepto privado que todo contrato normalmente contiene, por un "precepto público" –la norma, la ley–, en la reglamentación de las relaciones privadas. Son ejemplos de este fenómeno el contrato de seguro, el arrendamiento, el contrato de trabajo, el contrato de afiliación de AFP, etc. En todos ellos las obligaciones de las partes se encuentran en gran medida preestablecidas, quedando muy poco espacio para que las partes ejerzan su autonomía. La razón de estos contratos reside en que el ordenamiento legal reconoce que en una situación de poder desigual ha de sustraerse la facultad de regulación a los contratantes, y la relación jurídica se reglamenta en todo o en parte mediante normas imperativas[16].

Por otro lado, similar situación se presenta en los casos de monopolio, posición de dominio en el mercado o cualquier otra manifestación de poder de mercado, en los que la ley entiende que el margen de autodeterminación de los contratantes es nulo o muy reducido, a causa precisamente del poder del monopolista. De ahí que en estas situaciones el Derecho no solo "obligue" a contratar, sino que también participe en la configuración de lo que se contrata. En la medida en que exista un deber de contratar en realidad no se contrata, sino que el contrato solo es un medio técnico de cumplimiento de la ley[17].

18. De los grupos de contratos y normas que representan limitaciones a la libertad de contratación, sin duda una de las más interesantes es la referida a las condiciones generales de negocios, conocida también como cláusulas generales de contratación. De los numerosos problemas que plantea a la moderna contratación la formulación de las condiciones generales, sin duda la limitación a la libertad de contratación es una de las más interesantes, pues representa una evidente restricción a los derechos del adherente.

Las condiciones generales no pueden ser justificadas como una expresión de la autonomía privada, pues en realidad son un instrumento utilizado por el empresario para agilizar las operaciones en el mercado. Estas condiciones generales las propone una parte, que es la más fuerte desde el punto de vista económico; y la otra se somete o no a ellas. Como esa aceptación por medio de sumisión se lleva a cabo, en la mayoría de casos, por medio de actos concluyentes, ha de exigirse que la oferta, o sea el contenido de las condiciones, sea formulada conforme a la equidad; solo así puede presumirse la aceptación tácita, en muchos casos sin previa lectura de las condiciones[18].

19. De ahí que cuando se celebren contratos mediante cláusulas generales, las normas supletorias o dispositivas, que de ordinario –en contratos paritarios– pueden ser contravenidas por los pactos contractuales, adquieren un inusitado carácter imperativo y rigen aun en contra de la voluntad del predisponente, no pudiendo sostenerse que el derecho dispositivo en estos casos tenga siempre carácter meramente supletorio de la voluntad de los contratantes. Por ello, la doctrina más autorizada[19] estima con razón que no es admisible la renuncia al derecho dispositivo cuando no hay duda de que tiene lugar en perjuicio de una de las partes.

Esta interpretación de la función que cumple el derecho supletorio en materia de Derecho Contractual masivo, no tiene hoy objeciones serias. En el Perú, pese a no existir norma expresa, puede afirmarse que tal tendencia tiene, en nuestro Derecho, plena base jurídica.

(15) DÍEZ-PICAZO, Luis. "Los llamados contratos forzosos". En: *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 9, N° 1, 1956.
(16) Cfr. FLUME, Werner. Ob. cit., pp. 33-34.
(17) Ídem.
(18) SANTOS BRIZ, Jaime. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas.* Comares, Granada, 1992, p. 46.
(19) Ibídem, p. 47.

En efecto, una lectura sistemática de nuestro ordenamiento conduce a ratificar esta afirmación, y es que la renuncia a las normas dispositivas atenta, por un lado, contra la libertad de contratación en su expresión de derecho de configuración contractual, pues si el adherente por razones de eficiencia económica no ha participado en la determinación del contenido del contrato, no es razonable que quien tiene el poder de diseñar dicho contenido tenga, además, la potestad de eliminar las normas supletorias, colocando al adherente en una posición de mayor debilidad.

Una interpretación que prive al adherente del derecho a las normas supletorias sería, eventualmente, contraria al principio pro consumidor (artículo 65 de la Constitución), cuando la parte perjudicada además de adherente es consumidor; y, en todo caso, una lectura así sería reñida con las consecuencias de la buena fe contractual. Así, en los contratos masivos –en los que muchas veces el adherente, por el poder de mercado del predisponente, se ve compelido a contratar bajo condiciones generales–, el derecho dispositivo contribuye a determinar el contenido de estos contratos y a establecer el límite de las condiciones generales.

20. Como hemos visto, la libertad de contratación se halla sensiblemente menoscabada en el tráfico actual a través, por un lado, de la contratación en masa, y por otro, de la intervención del Estado para conseguir el equilibrio de intereses que es esencia en el contrato propiamente dicho. Pero aun en nuestra época conserva el principio de autonomía privada plena vigencia, en cuanto a creación por las partes contratantes de figuras no reguladas en las leyes; es decir que la libertad de contratación salta por encima de las figuras típicas de los negocios jurídicos que la ley establece y crea nuevas figuras sin limitación alguna[20].

6. Conclusiones

21. De lo expuesto hasta aquí se advierte que el problema fundamental de la libertad de contratación está en sus límites. Las restricciones que se impongan a los particulares en sus relaciones contractuales, determinan en gran medida el tipo de sistema económico y jurídico de un país. Y es que, del mismo modo que la libertad de contratación permite el desarrollo de la personalidad del individuo, igual abre la posibilidad de que surjan en el mercado actores económicos con un gran poder de mercado. Por ello, modernamente se reconoce el derecho de la sociedad de poner atajo a cualquier abuso, declarando en principio que no hay libertad contractual absoluta.

22. En relación a la llamada crisis del contrato, para nosotros no existe tal crisis. El incremento de limitaciones al principio de libertad de contratación está asociado a un aumento de operaciones económicas que hasta hace unos años eran impensables y que, por tanto, los legisladores no pudieron prever. Las diversas posibilidades, no exentas de complejidades, que presenta la economía moderna no pueden ser comparadas con las operaciones de mercado que conocieron nuestros abuelos, como probablemente las del futuro no se comparen con las nuestras. El contrato en su versión clásica respondió a una época y estadio de la economía, de modo que era perfectamente previsible que el contrato, la figura jurídica-económica por excelencia, necesariamente varíe con los cambios del mercado. Estos cambios se expresan en las nuevas fronteras que se le han impuesto al contrato como instrumento de transacciones de mercado, así como en las posibilidades que se le abre con las modernas operaciones contractuales que se realizan a través de máquinas automáticas y sobre todo por medios telemáticos.

(20) Ibídem, p. 61.

23. Otra conclusión de lo expuesto es que el Derecho no admite que los particulares creen ordenamientos contractuales equiparables al ordenamiento legal; el reconocimiento de la libertad de contratación solo alcanza a las relaciones particulares de las partes. No está admitido a los contratantes el establecimiento de un régimen jurídico contractual para regir en un número indefinido de contratos, que excluyan derechos positivos consagrados en el ordenamiento, ni está permitido que puedan deformar los tipos contractuales impuestos por la ley. Se le da de esta manera al derecho dispositivo una doble función: determinar el contenido de los contratos masivos y establecer límites a esta clase de contratos.

24. Los límites a la libertad de contratación representan una clara expresión de los derechos que se reserva el Estado moderno frente al poder económico de ciertos actores en el mercado, atribuyéndose la facultad de restablecer el equilibrio de la vida social y económica, lo que de ningún modo significa que el Estado intervenga en todo contrato y menos en un contrato en particular. Solo cuando se abandona el terreno del contrato individual entre particulares y se formulan reglas para una pluralidad indeterminada de contratantes que se vinculan mediante contratos masivos, se ingresa de hecho en la esfera social que el Estado está encargado de proteger y regular. La concentración de poder económico en manos de particulares, alcanzada a través de la libertad de contratación, puede llegar a colisionar con los principios de libertad de mercado y de protección al consumidor cuando se quiere con esa libertad variar esencialmente el equilibrio de intereses pretendido por la ley.

25. Por último, cabría añadir que la libertad de contratación sigue siendo el principio básico inspirador de la contratación en el Perú; si bien las limitaciones a este derecho son cada vez más intensas y extensas, tales limitaciones se dan no para eliminar este derecho, sino para proteger la libertad de contratación de los contratantes débiles que en la actualidad son la mayoría. La admisión de las nuevas operaciones contractuales generadas por el avance de la tecnología representa un claro ejemplo de la vigencia de la libertad de contratación y del poder de esta para dinamizar el mercado.

DOCTRINA

MÉDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, Vol. I. Bosch, Barcelona, 1995; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte general. Derecho Civil. T. II. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998; REZZONICO, Juan C. Principios fundamentales de los contratos. Astrea, Buenos Aires, 1999; ALTERINI, Atilio Aníbal. La autonomía de la voluntad en el contrato moderno. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989; GARCÍA AMIGO, Manuel. Teoría general de las obligaciones y contratos. Lecciones de Derecho Civil II. McGraw-Hill, Madrid, 1995; POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; PALACIOS MEJÍA, Hugo. La economía en el Derecho Constitucional colombiano. Biblioteca Vigente, Bogotá, 1999; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Los contratos atípicos. En: Contratación contemporánea. Instituciones de Derecho Privado. Buenos Aires, 2001; DE BUEN LOZANO, Néstor. La decadencia del contrato. 2ª ed. Porrúa, México, 1986; RISOLÍA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958; DÍEZ-PICAZO, Luis. Los llamados contratos forzosos. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 9, Nº 1, 1956; SANTOS BRIZ, Jaime. Los contratos civiles. Nuevas perspectivas. Comares, Granada, 1992.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Contenido y límites del derecho a la libre contratación

El derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público ***(Exp. Nº 07339-2006-PA/TC, f. j. 47).***

Libertad de contratar y libertad contractual

El derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido: a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual -que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución ***(Exp. N° 1405-2010-PA/TC, f. j. 12).***

Cláusulas irrazonables contravienen la libertad de contrato

Una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resulta incompatible con la propia libertad de contrato. La libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco ***(Exp. N° 06534-2006-PA/TC, f. j. 3).***

Autodeterminación en la selección del cocelebrante y el objeto contractual

El derecho a la libre contratación {...} se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, prima facie: i) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante. ii) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual ***(Exp. N° 2736-2004-PA/TC, f. j. 9).***

Garantías comprendidas en el derecho a la libre contratación

El derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: "a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución –, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato ***(Exp. 00026-2008-PI/TC, f. j. 52)***

Rol de promoción del Estado frente a la libre contratación

Para garantizar la libertad contractual, el Estado debe adoptar no solo un rol de respeto, sino también de promoción, en ejercicio del cual puede imponer o prohibir la conclusión de determinados contratos o cláusulas contractuales. . Esto ocurre en las legislaciones laborales, pensionarias, de seguros y de servicios públicos, entre otras ***(Exp. N° 0011-2013-PI/TC, f. j. 56).***

CORTE SUPREMA

Libertad de las partes en la celebración del contrato

Cabe señalar que hasta este punto no se aprecia que la voluntad expresada por las partes en el referido contrato entre en colisión con el contenido de alguna norma imperativa de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que ella respeta los límites previstos por el artículo 1354 del Código Civil, que permite a las partes determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo ***(Cas. N° 3358-2015-Cusco).***

Dirigismo contractual

Artículo 1355.- ***La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.***

Concordancias:
C. art. 62; C.C. arts. V, 925, 1354, 1357

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

El artículo 1355 se refiere a lo que se conoce como intervencionismo o dirigismo contractual. El artículo pareciera no tener contenido preceptivo, es decir, no ordena nada. Solo reconoce que el contenido de los contratos puede ser limitado por ley en los supuestos allí regulados (interés social, interés público o interés ético). Es casi un consejo al legislador más que un mandato normativo propiamente dicho.

Se trata del reconocimiento de una excepción al principio general que rige la esfera contractual, es decir, el principio de autonomía privada, que inspira gran parte del Código y que tiene sus expresiones más claras en el artículo 1354 (que reconoce la libertad de las partes de determinar el contenido del contrato) y en el artículo 1361 (que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos).

No es por tanto posible entender las razones que pueden justificar limitar la posibilidad de que las partes establezcan libremente el contenido de un contrato, sin comprender las razones por las que se recoge el principio de autonomía.

Quizás la mejor forma de entender, desde un punto de vista práctico, la función de la autonomía privada es recurriendo, antes que a abogados, a economistas. Son las ideas económicas las que mejor pueden hacernos entender por qué tenemos contratos y, de ser el caso, por qué podemos limitar su contenido por ley.

Primero recurramos a Wilfredo Pareto. Este economista italiano explicó, ya hace varias décadas, cómo hacen los mercados para generar eficiencia, que no es otra cosa que bienestar en la sociedad. Para ello acude a definir qué entiende por eficiencia y lo hace acuñando dos conceptos que son centrales.

El primero de esos conceptos es conocido como el Óptimo de Pareto, y señala que una situación será óptima si no es posible mejorar la situación de alguien sin empeorar necesariamente la situación de otro. Esto quiere decir que los recursos disponibles han sido usados de manera tan eficiente que toda mejora individual tiene una consecuencia necesariamente redistributiva, pero no mejora la situación en términos sociales o agregados. Es decir, que si alguien gana algo es porque alguien perdió algo. Este principio permite a los economistas identificar una situación ideal bajo la cual se ha alcanzado una auténtica eficiencia económica.

Pero también Pareto nos permite identificar cuándo una situación nueva es mejor que una situación anterior. En términos paretianos, una situación es mejor que la anterior cuando alguien ha mejorado y nadie ha empeorado. Bajo tal circunstancia el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir, que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el criterio de Pareto[1].

(1) Para una mejor y más detallada explicación de estos criterios consultar TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos. Madrid, 1987, pp. 30-34; PASTOR, Santos. "Una introducción al Análisis Económico del

Estos conceptos fueron afinados por otros dos economistas. Así, según Kaldor y Hicks, una situación nueva también es mejor que una anterior si quienes han mejorado lo han hecho en un grado mayor de lo que lo han empeorado aquellos que terminan estando peor. Así, los que han ganado con el cambio lo han hecho en un grado mayor que quienes han perdido con el cambio[2].

Quizás la mejor manera de comprender estos conceptos sea con un ejemplo. Imaginemos que tenemos encerradas en un cuarto a 40 personas. Asimismo, los únicos bienes existentes son 20 caramelos de fresa y 20 caramelos de limón. Estos han sido distribuidos entre los ocupantes del cuarto al azar, esto es, sin utilizar como criterio el gusto de las personas por un sabor u otro. Así, resultan con caramelos de fresa algunas personas que hubieran preferido caramelos de limón, y con caramelos de limón algunos que hubieran preferido caramelos de fresa.

Imaginemos también que un amante de la fresa, que tiene un caramelo de limón, ofrece a un amante del limón un trueque (es decir, un contrato de permuta) por un caramelo de fresa. Ambos aceptarán gustosos, mejorando la situación en la que se encontraban antes de la transacción. Los dos han mejorado y nadie ha empeorado. Según el criterio de Pareto, la situación resultante es más eficiente que la anterior, aunque debe reconocerse que es una situación subóptima, es decir, que aún es posible que algunos sigan mejorando sin empeorar la situación de otros[3].

Si los ocupantes de la habitación, disconformes con el sabor que les tocó, siguen realizando trueques, irán paulatinamente aumentando la eficiencia. Cada intercambio mejora a los dos involucrados en el mismo y no empeora a nadie con lo que la situación de esta sociedad, conformada por solo 40 individuos, mejora en términos agregados con cada contrato.

Llegará sin embargo un momento en que ya no será posible mejorar más. Un grupo de amantes de caramelos de limón o un grupo de amantes de caramelos de fresa se quedarán con sabores no deseados por ellos[4]. Ya no será posible que nadie mejore, salvo que empeore

---

Derecho". En: *Hacienda Pública Española*, Madrid, 1984, N° 89, pp. 158-160; COOTER y ULEN. *Law and Economics*, Harper Collins. 1988, pp. 16-18, 44-45, 49-50, 229-232, 497-499; MISHAN, E.J. "Pareto optimality and the law". En: *Oxford Economics Papers*, 19, pp. 247-287, citado por TORRES LÓPEZ, Juan. Ob. cit.

(2) En realidad Kaldor y Hicks nos dicen algo que es prácticamente obvio. Lo que ocurre es que las definiciones paretianas son más precisas, porque cuando se presenta una situación en la que alguien ha mejorado y nadie ha empeorado tenemos la certeza de que la sociedad en su conjunto está mejor. En cambio cuando alguien ha mejorado y otro ha empeorado, no es sencillo ni certero saber si la mejoría es superior al detrimento. Ello porque mejorías y detrimentos obedecen principalmente a preferencias subjetivas de las personas, algo que para el observador es muy difícil, sino imposible, de identificar en numerosos casos. Por eso es que penamos el robo y permitimos el contrato. Un ladrón no podría eximirse de culpa si es que demuestra que aprecia subjetivamente la pintura robada más de lo que la apreciaba su anterior propietario. Ello depende de cuánto aprecia el arte uno y otro. No se puede descartar la hipótesis de que el robo pudiera ser eficiente, pero no lo aceptamos, entre otras razones, porque no hay forma de llegar realmente a demostrarlo. Pero si el mismo cuadro es vendido, sabemos que su comprador está mejor (porque si no, no hubiera realizado el gasto) y el vendedor está mejor (porque si no, no hubiera recibido el precio a cambio de la pintura). Los dos han mejorado y nadie ha empeorado, por lo que el contrato debe ser respetado al constituirse una vía para llegar a la eficiencia.

(3) Según Kaldor y Hicks, el robo del caramelo podría maximizar la eficiencia aún más, pero el juez que deba decidir la controversia tendría que tener medios para determinar que el ladrón ama un sabor más que la víctima del robo, es decir, que el robo es eficiente. En todo caso, se ha asumido que las preferencias son estándares entre todos, con lo que tal posibilidad queda descartada en el ejemplo colocado.

(4) Salvo que existieran 20 amantes de la fresa y 20 amantes del limón. Pero si los números no coinciden con el número de caramelos disponibles de cada sabor, entonces siempre habrá un grupo disconforme entre los que amaban el sabor de mayor preferencia.

la situación de otro (por ejemplo, quitándole un caramelo a otra persona). Estaremos entonces frente a una situación óptima, en términos de Pareto. Nótese que ello no implica que todos estén contentos. Algunos se han quedado con sabores que no les gustan. Sin embargo, dados los recursos existentes, se ha logrado la mejor distribución posible, maximizándose el bienestar individual y con ello el del grupo en su conjunto[5].

El lector perspicaz podrá advertir que el ejemplo no es otra cosa que una simplificación del funcionamiento de un sistema de mercado o, en otros términos, del sistema de Derecho de Contratos. En el mercado existe una determinada cantidad de bienes y servicios disponibles que son adquiridos por sus consumidores a cambio del pago de precios o contraprestaciones. Es así como el mercado nos va llevando, paulatinamente, a situaciones más y más eficientes, a través de una serie de operaciones de intercambio. El resultado es una mejora paulatina en el bienestar general, consecuencia natural de la sumatoria de la mejora en los bie-nestares individuales. Esa es la función principal de los contratos.

Si todo funciona bien, el sistema de mercado (y los contratos que le sirven de base para su funcionamiento) se configura como la mejor manera de llegar, o al menos acercarnos todo lo posible, al óptimo de Pareto. Bajo tal circunstancia el rol del Estado casi se reduce a asegurar los derechos de propiedad (evitar el robo de caramelos) y hacer exigibles los contratos (hacer que quienes se comprometieron a cambiar caramelos cumplan sus promesas). En esta perspectiva el artículo 1355 sería innecesario y, por el contrario, podría limitar que lleguemos a situaciones óptimas. Bastarían intercambios libres y sin limitaciones para que todos estemos mejor.

Así, si el Estado va más allá, puede crear distorsiones. Si considera que quienes tienen caramelos de limón están equivocados porque los de fresa son más sabrosos (los de limón serían una suerte de "producto de mala calidad", donde la calidad no la determina cada contratante según cual sea su caso, sino el Estado en general) y, por tanto, impide a los amantes del limón entregar en intercambio sus caramelos de fresa, estará creando una distorsión que reducirá la posibilidad de los agentes involucrados de ganar en eficiencia y con ello estar mejor. En otras palabras la elección del sabor de los caramelos no parece tener ninguna base en la existencia de razones de interés social, público o ético, y por tanto la intervención estatal en los contratos parece innecesaria.

Si el Estado considerara, equivocadamente, que algunos de los ocupantes del cuarto son tontos y por ello no les permite participar en el intercambio para evitar que sean víctimas de los inteligentes, estará también estorbando la eficiencia. Nótese que si en el mercado un individuo elige comprar un producto de mala calidad, debemos presumir que ello mejora tanto su situación como la del proveedor que se lo vende, salvo, claro está, que por alguna falla de mercado esté produciendo una mala asignación de los recursos existentes, tal como analizaremos más adelante. En ese caso la intervención del Estado también resultaría, en principio, innecesaria.

En el fondo de estos conceptos descansa un justificativo ético, que podríamos identificar con uno de los conceptos de justicia, como bien dice el célebre contractualista norteamericano Alan Schwartz:

(5) Nótese, además, que estamos asumiendo que la preferencia por un sabor es estándar. En la práctica puede haber algunos amantes del limón que deseen mucho más dicho sabor que otros amantes del mismo sabor. Pero para simplificar el ejemplo hemos asumido que la preferencia se da en el mismo grado entre todos los que quieren un sabor determinado.

"Por justicia entiendo dos cosas. Un aspecto (...) se deriva de las premisas utilitarias y básicamente sostiene que los resultados justos son los que surgen cuando se permite a las personas hacer lo mejor que pueden, dadas sus circunstancias. Esto es porque (...) las personas son los mejores jueces de aquello que maximiza su propia utilidad; en consecuencia, dejando que ellos realicen elecciones sin restricciones es más probable maximizar la utilidad para el individuo y para la sociedad en su conjunto. El segundo aspecto de la justicia, que discutiré brevemente más adelante, es la justicia considerada como distribución equitativa. (...)

Quisiera iniciar esta discusión sobre el Derecho de los Contratos usando el primer concepto: esa noción utilitaria y kantiana que señala que resultados justos resultan de dejar a las personas hacer las cosas lo mejor que ellas puedan"(6).

El dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, además de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético, por lo menos para quienes creen en la libertad y en la autonomía privada. Por ello el punto de partida es que se debe respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales.

Lo analizado hasta acá, respecto de las ideas de Pareto, debe ser complementado por las ideas del premio Nobel de Economía 1991, Ronald Coase. Para ello, regresando a nuestro ejemplo de los caramelos, pueden darse casos en que no es posible que el intercambio, y con ello el Derecho de los Contratos, funcione plenamente. Si en lugar de existir 40 ocupantes en el cuarto, existieran 400,000, sería mucho más difícil que se llegue al Óptimo de Pareto. La habitación sería muy grande y estaría muy congestionada y, llegado un punto, el poseedor de un caramelo de fresa, deseoso para cambiar su caramelo por uno de limón, tendrá dificultades para ubicar a aquel otro ocupante que detesta el sabor a cítrico. Puede ser que alguna persona no haya nunca probado un sabor o el otro, con lo que carece de información suficiente sobre si desea o no cambiar su caramelo. Podríamos no estar hablando de caramelos, sino de bienes más complejos, en los que es difícil conocer las características y cómo estas se ajustan a las preferencias de cada uno, tales como automóviles, seguros de vida o medicinas. O podría ser (como ocurre con los cigarrillos o con productos contaminantes) que su uso afecte a terceros que no son parte del contrato, es decir, que el contrato no solo tenga efectos entre las partes, sino que genere daños a terceros no contratantes.

Los ejemplos mencionados se refieren a la existencia de costos de transacción elevados. Así, el número de agentes, la falta de experiencia de mercado o la complejidad o desconocimiento de las características de un bien o la existencia de costos a terceros o externalidades, pueden dificultar la contratación y con ello restringir la posibilidad del mercado de alcanzar la eficiencia. Esto puede desembocar o en la no celebración de contratos que serían eficientes o en la celebración de contratos en términos ineficientes. Estos problemas pueden a su vez generar divergencias entre el costo privado y el costo social de una actividad, es decir, externalidades.

(6) SCHWARTZ, Alan. "Justice and the law of contracts: a case for the traditional aproach". En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 9, N° 1, p. 107. Según indica el mismo autor, en una nota a pie de página del texto citado, el utilitarismo justifica la autonomía de la voluntad en la contratación si uno acepta el punto de vista según el cual las personas son los mejores jueces sobre que maximiza su utilidad si es que consideramos que dicha utilidad se maximiza dejando a las personas celebrar los contratos que eligen y ejecutarlos. El pensamiento kantiano justifica la autonomía privada en la contratación, porque sostiene que la autonomía de la persona debe ser respetada permitiéndose que aflore libremente. Un aspecto de esta autonomía es la realización de transacciones que una persona cree redundará en su mejor o mayor interés.

Otro economista, Pigou, sostuvo que solo cabe resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social mediante la intervención del Estado. Así, el Estado debe gravar con impuestos o prohibir actividades que generen externalidades a fin de corregir los defectos del mercado. En otras palabras, Pigou sustentaba que la existencia de externalidades (es decir, daños a terceros) se podía evitar con la intervención del Estado en el campo de los contratos, para establecer reglas que impidan que se den esas externalidades. Desde esta perspectiva, serían las externalidades el principal justificativo de un artículo como el 1355 del Código Civil.

La similitud entre la tesis de Pigou y la de aquellos que reclaman una mayor actividad e intervención estatal es evidente[7]. Sin embargo, según Coase es totalmente inexacto sostener que la divergencia entre el costo privado de una actividad y su costo social deba ser resuelta siempre a través de la intervención del Estado. Coase sostiene que todo depende de la existencia o no de costos de transacción.

Por ejemplo, veamos el caso de responsabilidad por productos defectuosos, típico supuesto en el que se justifica la intervención del Estado para proteger a los consumidores de los "peligros" de la libre contratación y la autonomía privada, a través de regulaciones, estándares de calidad, controles de precios y otras formas de intervencionismos contractuales. Si una persona compra un producto con el conocimiento de que le puede causar cáncer, entonces no importará, bajo la primera formulación del Teorema de Coase, la regla legal que se adopte para llegar a la solución eficiente. El hecho de que él conociera el riesgo equivale a afirmar que los costos de transacción respecto al riesgo de cáncer son bajos[8]. Si el consumidor valora el bien en S/. 100, el precio es de S/. 50 y la posibilidad de sufrir cáncer tiene un costo esperado de S/. 30[9], será eficiente que compre el producto, pues los costos son inferiores a los beneficios. Si la regla legal fuera que el productor no es responsable por los daños que cause su producto, entonces el consumidor consideraría que el bien le cuesta S/. 80, es decir, el precio más el riesgo de contraer cáncer y, por tanto, lo consumiría. Si la regla legal fuera que el productor es el responsable de los daños, este trasladaría al precio la responsabilidad en que incurriría, con lo que el nuevo precio sería de S/. 30. El consumidor igual adquiriría el bien, pues su costo es inferior a la valorización que tiene del mismo. Nótese que en ambos casos se llega a la solución eficiente[10].

Si cambiamos la preferencia del consumidor llegamos también a un resultado eficiente con prescindencia de la regla legal. Si el consumidor solo valorizara el bien en S/. 70, será

(7) Para quienes consideran que el rol del Estado, a través de las agencias regulatorias, es el de reemplazar la decisión de los contratantes, es importante recordar el nombre de uno de los más celebres seguidores de Pigou de la historia, el Presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt, y su célebre *New Deal*. Como nos recuerda Sunstein, las reformas del *New Deal* fueron el fundamento de la orientación que dio el Gobierno a las agencias regulatorias en los Estados Unidos hasta la elección del Presidente Ronald Reagan. Incluso durante los años 60 y 70 estas agencias creadas al amparo del *New Deal* se reforzaron o se multiplicaron, habiendo sido diseñadas "(...) para protegernos de los maltratos a la vida, a la salud y a la seguridad de los productos de consumo, los centros de trabajo y sobre todo el medio ambiente en general". Estas agencias norteamericanas nunca estuvieron sujetas a ningún análisis sobre los costos y beneficios de su acción.
Quizás el atribuir a Pigou todos estos males contiene un exceso de dureza. Podemos encontrar mayor responsabilidad sobre estos males en las propuestas de Keynes. Sin embargo, la referencia a Pigou persigue contrastarse con la visión de Ronald Coase, a las que nos adherimos.

(8) Esto es, que existe información adecuada que permita incorporar el riesgo al sistema de precios.

(9) Es decir, la posibilidad de sufrir cáncer multiplicada por la magnitud total del daño si sufriera de la enfermedad.

(10) Esta formulación del Teorema de Coase explica las bases conceptuales económicas de la autonomía privada, la libertad de contratar y la libertad contractual. La atmósfera contractual es una donde es de esperar que los costos de transacción sean bajos, pues las partes se conocen, pueden negociar entre ellas y obtener información relevante sobre el bien o servicio objeto del contrato.

eficiente que no compre un bien cuyos costos totales (S/. 90) superan sus beneficios (S/. 70). Si no hay responsabilidad, el consumidor bien informado añadirá al precio (S/. 50) el riesgo de cáncer (S/. 30), lo que arrojará un costo total de S/. 80 que lo desincentivará de comprar. Si el productor es responsable trasladará el costo de su responsabilidad al precio, el que terminará siendo de S/. 90. Nuevamente el consumidor no comprará porque el bien le cuesta más de lo que vale para él (que es solo S/. 70).

La segunda formulación del Teorema de Coase establece que si los costos de transacción son significativos, sí importará la regla legal para llegar a una solución eficiente. Para asumir que los costos de transacción son altos imaginaremos que el consumidor no conoce el riesgo de contraer el cáncer o, en todo caso, lo subestima. Si valoriza el bien en S/. 100, lo eficiente es que lo compre. Si el precio es de S/. 50, comprará el bien así no haya responsabilidad del fabricante. Para su fortuna el riesgo existente, y que desconoce, no hace que el costo supere su valorización, con lo que comprará el bien. Si existe responsabilidad del productor, el precio subirá a S/. 80, con lo que continuará comprando el bien. En ambos casos se llega a la solución eficiente, aunque en uno de ellos (el primero) esto es producto de la suerte.

Pero si la valoración del consumidor fuera de solo S/. 70 las reglas pueden llevarnos a resultados distintos. Si no hay responsabilidad el consumidor comprará el bien, pues cree que solo cuesta S/. 50 al no considerar el riesgo de S/. 30 que está asumiendo. El resultado es ineficiente, pues tenemos un consumidor asumiendo un costo de S/. 80 por un bien que solo valoriza en S/. 70. Por el contrario, la regla inversa, es decir, que exista responsabilidad, sí nos lleva a una solución eficiente. Los S/. 30 de riesgo se sumarán al precio al tener la empresa que pagar el costo de la responsabilidad, con lo que el consumidor no comprará un bien que solo valoriza en S/. 70. En tal supuesto (costos de transacción altos respecto del riesgo existente), la elección de la regla legal correcta sí hace la diferencia entre la eficiencia y la ineficiencia[11].

La diferencia entre los "cousianos" y los "pigounenses" es evidente. Los segundos plantean que todo problema de externalidades exige la intervención del Estado para corregirla. Por el contrario, los primeros discriminarán entre aquellas situaciones en las que se justifica algún tipo de intervención, porque existen costos de transacción altos, de las situaciones en que dicha intervención es innecesaria porque el mercado está en mejor actitud de corregir el problema. En otras palabras los "pigounenses" propondrán un artículo 1355 con un alcance más amplio en lo que concierne a restringir la contratación. Por el contrario, los "cousianos" sostendrán un artículo 1355 menos intervencionista.

El tema es entonces determinar si en cada caso existen costos de transacción lo suficientemente altos como para justificar la intervención del Estado (vía el dirigismo contractual), o si las condiciones de mercado, mediante la experiencia de los individuos, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo, nos llevarán a una solución adecuada. Si la mala calidad de un producto puede ser identificada y corregida por quienes contratan sobre él, porque hay bajos costos de transacción, entonces la intervención del Estado en los

(11) La segunda formulación del Teorema nos muestra las bases conceptuales de la exoneración de responsabilidad al productor que advirtió el riesgo adecuadamente al consumidor. Así el consumidor asume un riesgo que, al haberle sido advertido, hace que los costos de transacción en dicho mercado bajen respecto de la información sobre peligros del producto. Para un ejemplo aún más gráfico de la aplicación del Teorema de Coase a la responsabilidad por productos, puede revisarse POLINSKY, Michaell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel. Barcelona, 1985, pp. 112-122. Allí analiza los problemas de riesgos ocultos o conocidos respecto de la producción de bebidas gasificadas.

contratos se hace innecesaria. Por el contrario, si los costos de transacción no permiten corregir el problema, y solo en dicho caso, el Estado debe intervenir.

En esa línea, los conceptos de interés social, público o ético, deberían ser leídos a la luz de lo que dice la teoría económica que hemos reseñado. Solo las consecuencias de las llamadas "fallas de mercado" deberían servir de sustento para intervenir muy excepcionalmente en los contratos, bajo el riesgo de que dicha intervención impida que los individuos puedan, por propia iniciativa, encontrar el camino hacia su bienestar.

Debemos tener cuidado con la aplicación de esos conceptos. El interés social parecería contraponerse con el interés público. Quizás la mejor manera de entender esa diferencia sería señalando que el interés social se refiere a consideraciones redistributivas, es decir, intervenir en el contrato para proteger, por ejemplo, a los grupos más pobres, usando herramientas como controles de precios o prohibiciones de cláusulas leoninas. Sin embargo, entendemos que la Constitución actual removió el principio de protección al interés social como justificación al intervencionismo contractual, lo cual es consistente con el modelo que hemos descrito líneas arriba. Así, la intervención contractual para fines redistributivos no solo es inconveniente, sino que sería inconstitucional.

Por el contrario, el concepto de bien público parecería referirse justamente a la afectación de terceros ajenos a los contratantes, en otras palabras externalidades. Podría ser un ejemplo la prohibición de venta de sustancias tóxicas o la limitación de los términos en los que se pueden comercializar a ciertos estándares contractualmente inmodificables.

Finalmente, en lo que se relaciona con intereses éticos, constituye uno de los temas más sensibles. Una intervención de ese tipo significaría la imposición de ciertos principios morales de un grupo a otro grupo, lo cual a su vez puede vulnerar el principio de autonomía. Podría ser un ejemplo prohibir la prostitución o la pornografía, o regularlas detalladamente. En el fondo el argumento ético parece ser el de una externalidad, es decir, ciertas conductas afectan la sensibilidad ética de otros. Sin embargo, ello implica reconocer también la existencia de un principio básico de tolerancia. De la misma manera como no se prohibiría el divorcio porque a un grupo le parece éticamente inaceptable, no debería admitirse imponer, como regla general, unos principios éticos a quienes no los comparten. Ello afectaría seriamente el principio de autonomía.

En esa línea, y solo a título de ilustración, evaluemos aquellos supuestos que, desde el punto de vista económico que hemos utilizado, pueden justificar la intervención en los contratos. Bajo esta perspectiva ello significa que solo debe intervenirse cuando no se cumplen las condiciones necesarias para que los mercados, actuando libremente, por medio de la autonomía contractual, nos conduzcan a mejoras del bienestar general en términos de Pareto.

Para que un sistema de mercado pueda ser considerado perfecto deben cumplirse varios supuestos:

a) Los individuos son racionales. Comportarse de manera racional es llevar a cabo una conducta dirigida a maximizar los propios beneficios, y donde los actos que uno desarrolla son coherentes con tal fin. Ello exige que los individuos saben lo que quieren, saben lo que no quieren, saben cómo conseguir lo que quieren y evitar lo que no quieren, y se comportan de acuerdo con lo que saben. Los actos que el individuo desarrolla son, pues, consistentes con los fines, y tales fines han sido establecidos de una manera racional, de manera que se maximice la utilidad individual.

b) Los contratos no causan perjuicios ni beneficios a personas distintas a las partes. Así, un tercero no podría en principio demandar al deudor por el incumplimiento de un contrato, pues dicho contrato compete únicamente a las partes. En otras palabras, se asume que no existen externalidades. No hay ni costos ni beneficios externos, de manera que las partes al maximizar su utilidad privada está maximizando indefectiblemente la utilidad social.

c) Existe información perfecta. Todos los individuos conocen la información referida a la naturaleza y consecuencias de sus elecciones, de manera que saben positivamente qué es mejor para ellos. Así, por más racional que sea el individuo, si carece de información suficiente sus decisiones pueden parecer irracionales.

d) Existen suficientes compradores y vendedores como para que ninguno esté en capacidad de influenciar unilateralmente el proceso de formación de precios. Así, no existen monopolios u oligopolios que distorsionen el mecanismo de formación de precios.

e) No existen costos de transacción. Esto quiere decir que celebrar un contrato no tiene costo y, por tanto, las partes están en la capacidad de utilizar el acuerdo de voluntades como el mejor mecanismo para satisfacer sus intereses de la mejor manera posible. En otras palabras, el sistema contractual es viable en términos de costos.

Es notoria la relación que se establece entre las normas que determinan la ineficacia de los contratos y las que permiten la intervención del Estado en la determinación de contenidos contractuales.

Así, por ejemplo, un primer caso donde no se reúnen las condiciones para un mercado perfecto es el de los contratos celebrados por incapaces. Bajo tales supuestos no se cumple el requisito de que los individuos se comportan racionalmente. Así, suele considerarse incapaz a alguien cuya situación le impide decidir qué es mejor para él. Como hemos dicho en otra ocasión, el Derecho le priva de voluntad jurídicamente reconocible al incapaz porque no lo considera apto para defender sus propios intereses[12]. Bajo esta situación no existe una de las garantías básicas para que los individuos puedan tomar las decisiones que maximicen sus beneficios y, por ende, no existen las garantías básicas para que se maximice la utilidad social. Ello justifica intervenir en el contenido de los contratos que estos individuos celebran o incluso privarlos de la posibilidad de que celebren actos jurídicos.

Un caso similar se da con los casos de violencia, que determinarían la anulabilidad del contrato. Quien es víctima de intimidación o violencia toma decisiones que no necesariamente pueden ser consideradas racionales. Algo similar sucede con la lesión que es causal de rescisión del contrato. En tales casos el estado de necesidad hace que las opciones del individuo dejen de tener el carácter racional que el esquema de mercado perfecto exige. Un fundamento similar se usa para justificar la existencia de prohibiciones de supuestas cláusulas leoninas. Se entiende que, por condiciones de mercado, ciertos individuos no se comportan racionalmente.

Los casos de fraude, por otra parte, son casos donde se determina la ineficacia de un contrato porque no se cumple el segundo de los requisitos expuestos, es decir, que no haya externalidades. Cuando un acto es preordenado para perjudicar a los acreedores de una persona,

(12) BULLARD, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones.* Ara Editores. Lima, 1991, pp. 142-143.

se concede a los primeros la acción pauliana precisamente para evitar los efectos externos (externalidades) del acto referido. En la misma línea se puede intervenir en el contenido de contratos cuya ejecución pueda generar perjuicio a terceros, como limitaciones de zonificación, estándares de seguridad de productos o servicios peligrosos para la vida y la salud, etc.

Con respecto al requisito de información perfecta sucede otro tanto. Así, los casos de anulabilidad por dolo o por error son típicos casos donde como consecuencia de deficiencias en la información, se priva de eficacia a un contrato en cuanto no es un canal adecuado para resolver el problema de la correcta asignación de recursos. La falta de información en alguna de las partes, o en ambas, puede llevar a soluciones ineficientes, pues las decisiones derivadas de la desinformación pueden ser irracionales en términos económicos. Las regulaciones de áreas de contratación como la bancaria o de seguros, donde las asimetrías de información son notorias, pueden ser un ejemplo de intervención en el contenido contractual.

Por otra parte, cuando no se cumple el requisito de que existan suficientes ofertantes o demandantes caemos en el campo de las regulaciones antimonopólicas. Así, suele haber toda una regulación especial encargada de resolver este problema y los abusos que de él se derivan. En un mercado monopólico, el mecanismo de formación de precios es distorsionado de manera que el precio resultante no conduce, necesariamente, a la mejor asignación de recursos. Ello es la explicación de la existencia de regulación tarifaria (clara forma de intervención en el contenido de los contratos) en servicios como la telefonía o la electricidad, o la prohibición de ciertos acuerdos anticompetitivos como los acuerdos de cártel entre competidores para fijar precios.

Respecto de la existencia de costos de transacción, estos están vinculados con todos los puntos señalados con anterioridad. Adicionalmente, existe una serie de problemas, vinculados especialmente con los costos de información, que generan situaciones ineficientes. Un caso son los contratos masivos, en los que es muy costoso incluir todos los términos que serían razonables. Casos como los de responsabilidad por productos defectuosos o contratos de transporte suelen recibir un tratamiento extracontractual (es decir, fuera de la esfera y reglas de la contratación), precisamente porque los costos de transacción existentes hacen inviable la solución contractual.

Como señalan Cooter y Ulen, la teoría económica del contrato evalúa las distintas reglas contractuales de acuerdo a cómo solucionan los problemas creados por las imperfecciones en la racionalidad individual o en la atmósfera de mercado(13). En esa línea la intervención del Estado debe ser realmente excepcional, basada en los criterios que hemos reseñado en este comentario.

DOCTRINA

TORRES LÓPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho. Tecnos. Madrid, 1987; PASTOR, Santos. Una introducción al Análisis Económico del Derecho. En: Hacienda Pública Española N° 89. Madrid, 1984; COOTER y ULEN. Law and Economics. Harper Collins, 1988; MISHAN, E. J. Pareto Optimality and the Law. En: Oxford Economics Papers, 19; SCHWARTZ, Alan. Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Aproach. En: Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 9, N° 1; POLINSKY, Michaell. Introducción al Análisis Económico del Derecho. Ariel. Barcelona, 1985; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones. Ara Editores. Lima, 1991.

(13) COOTER y ULEN. Ob. cit., p. 16.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Nulidad del contrato por vulnerar normas legales, orden público y buenas costumbres

{E}l artículo 1355 del Código Civil al establecer que la Ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, está previendo expresamente la posibilidad legal del contrato normado, dado que tales reglas y limitaciones tienen el carácter imperativo. Si las partes pese a existir las pautas reguladoras del contrato, pactan en contra de ellas, las cláusulas resultantes de este pacto serán nulas y sustituidas automáticamente por las reglas impuestas o las limitaciones establecidas por la Ley. La nulidad es la consecuencia de la contrariedad de las cláusulas con la ley dictada por consideraciones de interés social, público o ético, que por coincidir, según se ha visto, con los principios que protegen el orden público y las buenas costumbres, determinan la nulidad de los actos contrarios a ellas, en virtud de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil (Cas. N° 3418-2000-Ica).

La reducción judicial de la hipoteca limita la autonomía contractual

{La} reducción judicial se encuentra regulada en el artículo 1116 del Código Civil; según el cual "el deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el monto de la obligación"; Tercero. {...} dicho dispositivo constituye, sin lugar a dudas, una limitación a la autonomía de las partes {...} que encuentra su justificación en las propias normas que regulan los contratos, como son los artículos 1355 y 1362 del Código Civil, que dispone que la ley por considerarlos de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, los que deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (Cas. N° 1304-2003-Ica).

Carácter supletorio de las normas sobre contratación

Artículo 1356.- ***Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.***

Concordancias:
C.C. 219 inc. 8), 1351, 2096

RÓMULO MORALES HERVIAS

Esta norma está estrechamente relacionada con el rol que cumple la autonomía privada en el Derecho de los Contratos. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Esta norma tiene un antecedente mediato en Domat cuando definió la regla de la libertad indefinida de los pactos: "como las convenciones son arbitrarias, y se diversifican según las necesidades, se puede a toda clase de convenciones, contratos y tratados, agregar toda clase de pactos, condiciones, restricciones, reservas y otros, a condición que no sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres"(1).

Las normas del Código Civil son normas de Derecho Privado. Como expresó bien Thon(2), se convierte en "Derecho Privado la tutela acordada por las normas a los intereses de un particular contra particulares, por eso al (*sujeto*) tutelado, en el caso de violación de la norma, viene dado por el ordenamiento jurídico un medio para la remoción de la ilicitud y (*tal medio viene*) otorgado para su uso discrecional. La pretensión privada es la marca del Derecho Privado". Por eso Romano(3) manifestó que el Derecho Privado "es el sistema de relaciones entre los ordenamientos particulares de los sujetos, el ordenamiento comunitario que le concierne y el ordenamiento del Estado en el marco de los principios de una determinada Constitución".

Si reconocemos el carácter normativo del contrato y definimos a la autonomía privada como poder de producir cambios jurídicos mediante el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica, la "distinción entre Derecho Público y Privado, entre poder público y poder privado, puede ser perfectamente hallada en el propósito o fin perseguido con la emanación de la norma. Poder público es solo aquel que es asignado e impuesto a la obtención del interés público. Lo privado resulta, *a contrariis*, de la ausencia de tal imposición, es decir de la independencia del poder del interés público. En este sentido, precisamente, la autonomía privada es poder privado. También las normas de Derecho Privado, como por ejemplo las contenidas en el Código de Derecho Civil, son normas privadas solo en cuanto a su objetivo inmediato, pero son normas públicas si son consideradas en su formación y en el fin que las han inspirado. En efecto son el resultado de las actividades de órganos públicos en el ejercicio de sus poderes normativos. Lo 'privado' de tales normas no se refiere a su

(1) DOMAT, Jean. *Le leggi civili nel ordine naturale*. Eseguita sulla traduzione di Napoli, rettificata in vari luoghi dal Dottor Giuseppe Andrea Zuliani. Aggiuntavi una di lui analisi sulle Leggi Civili dello Statuto Veneto, Prima edizione Veneta, Venezia, MDCCXCIII, Tomo Primo, Prima Parte, Libro Primo, Titolo I, Sezione IV, p. 243.

(2) THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo, Indagini di Teoria Generale del Diritto*. Prima traduzione con uno studio introduttivo ed annotazione, CEDAM-Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1939, p. 133.

(3) ROMANO, Salvatore. *Ordinamento sistematico del Diritto Privato, Diritto obiettivo-Diritto subiettivo*. A cura di Francesco Romano, Morano Editore, Napoli, 1970, p. 66.

naturaleza o a su formación, sino a la materia que regulan, que es materia sobre la cual puede ejercitarse también el poder normativo de los privados"[4].

Las normas de Derecho Privado son inderogables o derogables. La autonomía privada es limitada en las normas de Derecho Privado de carácter de inderogables en el sentido de que el reglamento establecido por las partes está subordinado a las normas de mayor jerarquía por razones de protección de intereses colectivos o de intereses generales, ambos superiores a los intereses privados. "La violación de una norma inderogable de Derecho Privado es por el contrario sancionada solo si es el mismo privado interesado el que pide al juez que la sanción sea aplicada"[5]. Imaginemos un contrato que se ha celebrado con dolo. La parte engañada por la otra parte tiene el derecho potestativo de pedir judicialmente la declaración de nulidad del contrato anulable. Nótese que las normas que regulan el dolo y la sanción de anulabilidad son inderogables por las partes, pero la invocación de la sanción dependerá de la parte legitimada sustancialmente.

Las normas imperativas de Derecho Privado son normas inderogables que "ponen límites al contenido del acto privado por motivos de interés general, utilizando sustancialmente dos diversas técnicas. Un primer tipo de limitación consiste en colocar una suerte de perímetro dentro del cual la actividad deber ser mantenida, bajo sanción de nulidad del acto realizado. Se trata de límites externos, en el sentido de que el privado puede moverse, al definir el contenido del acto mismo, hasta el punto de no traspasar tales límites, que son representados por particulares normas imperativas"[6].

Por ejemplo, el artículo 1413 establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse usando la misma formalidad prescrita para ese contrato. Si las partes han celebrado un contrato de compraventa formalizado en escritura pública y luego de varios meses deciden realizar cambios sustanciales al mismo, deben formalizar el nuevo acuerdo mediante escritura pública. "Las normas imperativas constituyen límites que no pueden ser en ningún caso traspasados"[7]. Otro ejemplo es el artículo 1328, el cual sanciona con nulidad 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.

"Por el contrario, otro tipo de limitación más penetrante se verifica cuando la norma imperativa, en lugar de limitarse poner límites externos, dicta ella misma el contenido vinculante de determinados pactos". Ejemplos claros los encontramos en los artículos 1394 y 1396 del Código Civil. En la primera norma se indica que el Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa. En la segunda norma se establece que en los contratos con cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz. Otro ejemplo de limitaciones sobre el contenido de los contratos está en el artículo 1346 que

(4) FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Seminario giuridico dell'Università di Bologna XX, Varese, Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 277.

(5) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 13.

(6) Ibídem, p. 15.

(7) GALLO, Paolo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 9.

otorga al juez, a solicitud del deudor, la facultad de reducir equitativamente la cláusula penal cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En cambio, las normas derogables son dispositivas y supletorias. "Las primeras son caracterizadas por el hecho de dictar una regla que rige los límites en que no se haya dado por los privados una regla distinta[8]". Es decir, la norma jurídica dispositiva se aplica solamente en el caso que los particulares no hayan regulado un hecho jurídico diferente previsto expresamente por la norma jurídica. Un ejemplo típico está normado en el artículo 1005, conforme al cual los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y, no estando previstos en este, por las disposiciones del Título III de la Sección III del Código Civil. "Las normas dispositivas están en efecto dirigidas a predisponer un orden de intereses estándar, pero nada prohíbe a las partes de modificar tal orden de intereses mediante una diversa reglamentación"[9]. Un ejemplo es que se presume oneroso el contrato mandato disciplinado en el primer párrafo del artículo 1791, pero nada impide que las partes otorguen al contrato de mandato la calidad de acto gratuito.

"Las normas supletorias presuponen, por el contrario, que los privados no hayan regulado un determinado aspecto de la operación económica, así que subsiste la laguna"[10]. Las normas supletorias están "dirigidas a predisponer un orden normativo de ciertas hipótesis de hecho en el caso que las partes no hayan procedido a disponer lo contrario"[11]. En el mismo sentido se dice que "están destinadas a hallar aplicación solamente cuando los sujetos privados no hayan procedido a disciplinar un determinado aspecto de la hipótesis de hecho, en relación a la cual subsiste por ello una laguna, que la ley suple interviniendo para disciplinar aquello que los privados han dejado sin reglamentación"[12]. Un caso es el artículo 1530, según el cual, salvo pacto distinto, los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador. Si las partes celebran un contrato de compraventa y no se pacta nada sobre los gastos de la entrega, cabe aplicar la norma dispositiva. Otros ejemplos de normas supletorias son los artículos 1238 y 1240 en el caso de pago de la obligación. Si las partes no establecen el tiempo y el lugar de pago, se deberá aplicar supletoriamente tales normas en el sentido de que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor y que el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de celebrado el contrato.

Irti explica que las "normas dispositivas, o flexibles, y las normas supletorias no se distinguen sobre la base de una particular eficacia, por la cual la voluntad de los privados está autorizada a prevalecer sobre ellas, sino sobre la base de la *composición de la fattispecie* [hipótesis de hecho], que prevé, entre los demás elementos, el hecho negativo de la falta o de la insuficiencia del acuerdo de las partes. Más precisamente, la *fattispecie* de la norma dispositiva resulta de la combinación de al menos dos hechos: el hecho constitutivo de la relación regulada, y el hecho negativo de la ausencia de un acuerdo de las partes; en oposición, la *fattispecie* de la norma supletoria resulta de la combinación de al menos tres hechos: el hecho constitutivo de la relación regulada, acuerdo de las partes (que puede coincidir con el hecho constitutivo), y

(8) GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 16.
(9) GALLO, Paolo. Ob. cit., p. 9.
(10) Ídem.
(11) Ídem.
(12) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 19.

el hecho negativo de la insuficiencia del acuerdo, o sea, de la ausencia del acuerdo en torno de algunos *puntos* de la regulación"[13].

En las normas dispositivas hay una ausencia de reglamentación y en las normas supletorias hay una insuficiencia de reglamentación.

Este concepto de normas supletorias es compatible con la función que cumplen estas normas desde el punto de vista del análisis económico del Derecho: "La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar o redactar todos los términos de un contrato. Ello los llevaría a tener que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero. De no existir normas supletorias todos los contratos tendrían una extensión por lo menos equivalente a la que tiene la parte de contratos del Código Civil. Los costos de la negociación necesaria para lograr ello serían sustantivos. Si la función de las normas supletorias es la reducción de los costos de transacción, la mejor regla es aquella que, en la mayoría de los casos, sería adoptada por las partes de haberse puesto de acuerdo sobre el punto en cuestión. Así se logra que en la mayoría de los casos no sea necesario un acuerdo de las partes, y por esa vía reducimos los costos de transacción. El 'pacto en contrario' tiene que ser excepcional. Si el 'pacto en contrario' fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria"[14].

Cuando la norma que estamos comentando dice que las normas del Código Civil sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes salvo que sean imperativas, parecería decir que la regla general es que las normas sobre contratos son supletorias y que la excepción es que sean imperativas. La mayoría de las normas sobre los contratos son supletorias salvo las reglas generales que determinan la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas subjetivas y de relaciones jurídicas. De esta manera, las reglas del Libro II y las reglas de la parte general de contratos son mayormente imperativas. En cambio, las normas sobre los contratos típicos y de las fuentes de las obligaciones son generalmente supletorias.

Por eso mismo, el artículo bajo comentario se refiere a las normas sobre Derecho de los Contratos imperativas y supletorias, pero la norma no analiza un supuesto más complejo y articulado que es la llamada función integrativa o supletoria de las normas de Derecho Privado.

"Cuando se ha realizado un contrato típico o nominado, los efectos jurídicos pueden derivar de los preceptos establecidos por las partes, eventualmente integrados por preceptos legales supletorios. Tal integración constituye una mera eventualidad, porque puede suceder que el reglamento dispuesto por las partes esté completo, y, por lo tanto, no tolere ninguna integración legal. En la mayoría de los casos, tendremos un concurso de normas

(13) IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la cuarta reimpresión de la cuarta edición (1990) italiana. Grijley, Lima, 2003, pp. 201-202. En el mismo sentido: BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil, normas, sujetos y relación jurídica*. Reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Volumen 1, Bogotá, 1995, p. 27.

(14) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños". En *Ratio Iuris, El Informativo, Revista de los Estudiantes y Bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*, Lima, Año I, N° 1, noviembre, 1992, pp. 26-27. También lo resalta en: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor", en: *El Derecho Civil peruano, perspectivas y problemas actuales*, 1ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 22.

contractuales y normas legales supletorias, estas últimas, con función subsidiaria e integradora (artículo 1374[15]). Así se realiza una colaboración entre fuente legal o consuetudinaria y fuente contractual[16]".

"Característica del Derecho Privado es por eso la *disponibilidad* al máximo de los intereses; las normas que los protegen por tanto desarrollan una función esencialmente integrativa o supletoria de las determinaciones de los sujetos interesados, por el creciente dirigismo económico y las exigencias de protección de los llamados sujetos débiles de la relación (por ejemplo, los trabajadores subordinados, los arrendatarios, los consumidores) han extendido el área quitada a la disponibilidad de los privados". Pero en la totalidad de los casos, "la protección de los derechos *igualmente indisponibles* es remitida a la iniciativa del particular. Por eso, él podría no pedir la protección de sus intereses y renunciar de hecho a tal protección"[17]. Esta función supletoria de las normas jurídicas de Derecho Privado está muy relacionada a lo que proponía Thon muchos años atrás sobre el concepto de Derecho Privado.

"Es claro que las normas derogables son normas jurídicas dotadas de fuerza vinculante así como aquellas inderogables. Ellas se imponen a los coasociados toda vez que deban hallar aplicación. La diferencia respecto a aquellas inderogables se encuentra solamente en el particular mecanismo aplicativo: en cuanto se refiere a las normas inderogables la aplicación viene inmediatamente prescindiendo de una investigación sobre la voluntad del privado, para aquellas derogables es necesaria una previa investigación acerca de la subsistencia de una distinta voluntad de los privados mismos. La voluntad de los privados[18] tiene por ello, en este caso, *precedencia* pero no *preeminencia* sobre la voluntad de la ley"[19].

El legislador del Código Civil de 1984 omitió regular normas de integración supletoria. ¿Qué normas jurídicas aplicamos si no existe una norma jurídica para el caso concreto? Nuestro Código no nos da una respuesta en materia de contratos y por consiguiente no nos queda otro camino que usar los principios generales del Derecho y la analogía permitidos por la Constitución Política y el mismo Código Civil.

DOCTRINA

BRECCIA, Humberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco D. Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica. Tomo I, Vol. I. Reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editada por Utet-Unione Tipografico Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños. En Ratio Iuris, El Informativo. Revista de los Estudiantes y Bachilleres de la Facultad

(15) Artículo 1374 del Código Civil de Italia de 1942.- "Integración del contrato.- El contrato obliga a las partes no solo a cuanto se ha expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de esta, según los usos y la equidad".

(16) FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto, corso di Diritto Civile*. Seconda edizione, Bolonia, Nicola Zanichelli Editore, 1982, pp. 159-160. Este libro ya está traducido en nuestro medio: FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato, curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. Presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982), Grijley, Lima, 2004.

(17) PARADISO, Massimo. *Corso di istituzioni di Diritto Privato*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 39.

(18) Es evidente que la expresión "voluntad de los privados" debe referirse a la "voluntad objetiva": FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto, corso di Diritto Civile*, p. 136: "Pero a través del negocio jurídico, como ya se ha anotado, incluso cuando falta la voluntad real, hay una voluntad creada o impuesta, a saber, la voluntad objetiva, los mandatos jurídicos contenidos en el negocio, los compromisos asumidos por las partes. Estos últimos son esenciales para la existencia del negocio. En cambio, no es esencial, sino solo normal, que esta voluntad objetiva, estos mandatos, expresen una correspondiente voluntad interna o psicológica".

(19) Ibídem, p. 17.

de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, Año I, N° 1, noviembre 1992, pp. 19-34; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. ¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor. En El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales. Primera edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pp. 15-51; DOMAT, Jean. Le Leggi Civili nel ordine naturale. Eseguita sulla traduzione di Napoli, rettificata in vari luoghi dal Dottor Giuseppe Andrea Zuliani, Aggiuntavi una di lui analisi sulle Leggi Civili dello Statuto Veneto, prima edizione, Veneta, Venezia, MDCCXCIII, Tomo Primo, Prima Parte, Libro Primo, Titolo I, Sezione IV; FERRI, Luigi. L'autonomia privata. Seminario giuridico dell'Università di Bologna XX, Varese, Dott. A. Giuffrè Editore, 1959; FERRI, Luigi. Lezioni sul contratto. Corso di Diritto Civile. Seconda edizione, Nicola Zanichelli Editore S.p.A., Bolonia, 1982; FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Traducción de Nélvar Carreteros Torres, presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004; GALLO, Paolo. Istituzioni di Diritto Privato. Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Napoli, 2003; IRTI, Natalito. Introducción al estudio del Derecho Privado. Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, primera edición en castellano de la 4a reimpresión de la 4a edición (1990) italiana. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003; PARADISO, Máximo. Corso di Istituzioni di Diritto Privato. G. Giappichelli Editore, Torino, 2001; ROMANO, Salvatore. Ordinamento sistematico del Diritto Privato. Diritto obiettivo-Diritto subiettivo. A cura di Francesco Romano, Morano Editore, Napoli, 1970; THON, Augusto. Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di Teoria Generale del Diritto. Prima traduzione con uno studio introduttivo ed annotazione, Cedam-Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1939; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato. Diciassettima edizione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Supletoriedad de la ley a la voluntad de las partes

{Las} disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, es decir que prima la autonomía privada de las partes contratantes, quienes estipulan las cláusulas de acuerdo a sus intereses y que las normas del Código Civil, excepto las imperativas, solo tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes, de acuerdo al artículo 1356 del mismo Cuerpo Legal ***(Cas. N° 280-2000-Ucayali).***

El Contrato ley

Artículo 1357.- ***Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.***

Concordancias:
C. art. 63; C.C. art. 925; D.LEG. 662 art. 12; D.LEG. 757 art. 38 y ss.

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO

1. Derecho, economía e inversión

1. En Economía, futuro e inversión son dos conceptos estrechamente vinculados. Invertir significa dejar de consumir hoy para destinar esos recursos a la producción de bienes de capital duradero. En efecto, la economía no está hecha solo de consumo, gran parte de ella se dedica a la producción de bienes de inversión. La inversión[1] (o compra de bienes de capital), consiste en "el incremento de stock de equipos, existencias, edificios (...). Implica el sacrificio del consumo actual para aumentar el consumo futuro". Desde esta perspectiva no puede entenderse como una inversión que yo retire de mi caja $.1000.00 y los coloque en un banco o compre acciones de alguna empresa. Si bien esta es una conducta económica, en realidad lo único que he hecho es cambiar un activo financiero por otro, pero no propiamente una inversión. Solo cuando se produce o se adquiere un bien de capital realizamos una verdadera inversión.

Así, la inversión representa aumento del conjunto de bienes de capital duradero que incrementa las posibilidades de producción y consumo en el futuro. Como quiera que la inversión es la inhibición del consumo para destinar esos recursos al aumento de bienes de capital, a los inversores les interesa poder conocer cómo se comportará en el futuro la economía en la que harán la inversión. De esta manera, los inversores no serán propensos a invertir en mercados impredecibles, inestables o poco confiables; en una palabra inseguros, pues saben que un cambio de reglas puede llegar a ser funesto para su inversión. Los países en los que la participación del Estado en la economía, directa o indirectamente, es importante y su institucionalización es frágil, no son ambientes propicios para atraer las inversiones. Precisamente, hasta principios de los noventa nuestra economía se caracterizó por un excesivo intervencionismo estatal, en el que el Estado pretendía sustituir al mercado. La existencia de controles de precios y tasas de interés, políticas de promoción sectorial, subsidios, tipos de cambio diferenciados, no dejaban espacio para la duda del tipo de economía en que vivíamos. Esto se combinaba con un marco institucional extremadamente débil y un sistema legal volátil, que hacía fácil que los gobiernos pudieran, sin mayor limitación, cambiar las reglas de juego y tornar impredecibles los mercados. Sin duda un escenario hostil para la actividad empresarial y particularmente para la inversión.

2. Los contratos de estabilidad jurídica surgen en nuestro país en un contexto de transformación de la economía nacional y mundial. Las reformas iniciadas en los años noventa apuntaban a fortalecer la participación privada, lo que implicaba una apertura del mercado acompañada de un replanteamiento del rol del Estado en la economía y la eliminación de barreras de acceso. A todos estos cambios se les llamó reformas de primera generación.

(1) SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. *Economía.* 14ª ed. McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 513.

Estas reformas debían continuar con el diseño de mecanismos e incentivos orientados a fomentar la inversión privada (reformas de segunda generación). En el marco de las reformas de segunda generación, y como parte de un conjunto de mecanismos diseñados para generar condiciones favorables a la inversión privada, se crearon los convenios de estabilidad jurídica y otros mecanismos que buscaban garantizar la seguridad legal en el tratamiento de la inversión privada, principalmente a través de la suscripción de acuerdos internacionales de protección a las inversiones[2].

La necesidad de estos convenios en países subdesarrollados está más que probada, pues el vínculo entre Economía y Derecho ha sido demostrado por numerosos trabajos, así como la ligazón entre inversión e institucionalidad. El subdesarrollo institucional, que es el peor de los subdesarrollos, consiste en la ausencia de un Estado de Derecho, esto es, un país carente de instituciones capaces de hacer cumplir la ley o, peor aún, un país con instituciones que ellas mismas incumplen la ley. En estos países se ha olvidado que la legislación es un instrumento poderoso, que bien utilizado contribuye a alcanzar ciertos objetivos de desarrollo económico y social. Sin embargo, las sociedades subdesarrolladas no han aprendido a controlarla debidamente y evitar con ello grandes males[3].

De esta manera, países con subdesarrollo institucional se caracterizan por una inestabilidad jurídica que se manifiesta en:

a) Nadie sabe a ciencia cierta qué normas están vigentes.

b) No hay predictibilidad en las resoluciones judiciales.

c) No hay claridad en las normas.

d) El número de normas que se aprueban anualmente es tan grande que se hace imposible conocer todo lo que se publica.

e) No hay instituciones que cumplan y hagan cumplir las leyes.

Así, el riesgo potencial de la inversión se acrecienta, pues, la ausencia de un marco institucional independiente y creíble que la garantice en caso de conflicto, sumado a que la inversión se concentra en activos físicos de difícil realización, no permite ofrecer seguridad a los inversionistas. "En este contexto, los convenios de estabilidad jurídica (CEJ) brindan 'salvaguardas' a la inversión y sirven como una restricción institucional que minimiza la discrecionalidad y el oportunismo de los gobiernos y hace más verosímiles sus compromisos. Así mismo, los CEJ pueden ser vistos como una forma de comprar credibilidad acerca de la independencia y fortaleza del mercado institucional"[4].

2. Orden público económico e inversión

3. El orden público económico es la base del Derecho Constitucional Económico; en nuestro país el concepto de orden público económico se patenta legislativamente con la Constitución de 1979, que incluye un título dedicado al régimen económico, y se consolida con la

(2) Cfr. BUSTAMANTE, Pablo; COM COM, Mónica y DE LA CRUZ, Ricardo. "Impacto económico de la inversión asociada a los convenios de estabilidad jurídica en el país". En: *Revista de Economía y Derecho*. UPC, Lima, 2004, p. 61.

(3) Cfr. HAYEK, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad*. 2ª ed. Unim Editorial, España, 1985, p. 141.

(4) Cfr. BUSTAMANTE, Pablo y otros. Ob. cit., p. 62.

Constitución de 1993 que, siguiendo esta misma línea, dedica el Título III al régimen económico, aunque imprimiéndole un tono claramente más liberal.

El orden público económico tiene que ver en esencia con dos aspectos: la participación del Estado en la economía, nivel y forma de participación, y los derechos económicos de los particulares (propiedad, contratación, libertad de empresa, etc.), todo lo cual se diseña en armonía con los intereses de la sociedad. De esta manera, el orden público económico está constituido por un conjunto de principios plasmados en normas constitucionales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a garantizar los derechos económicos de los particulares en sintonía con el interés colectivo. La norma clave para comprender el orden público económico nacional es el artículo 58 de la Constitución vigente, que se inicia diciendo "la iniciativa privada es libre (...)". A partir de este principio se desarrollan todas las libertades económicas contenidas en la Constitución y los límites y fronteras al accionar del Estado en la economía. En ese sentido, debe entenderse que cuando el párrafo final del artículo 62 señala: "Mediante contrato-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades", lo que en realidad está haciendo es materializar la protección de la iniciativa privada, pues estos contratos están pensados para ofrecer salvaguardas a la inversión privada.

Nosotros consideramos que si el orden público económico peruano tiene como piedra angular la iniciativa privada, ha de entenderse que la mayoría de garantías económicas contenidas en la Constitución están orientadas a hacer posible esta iniciativa privada. En este sentido, cuando la Carta Magna y el Código Civil dicen que el Estado puede otorgar garantías y seguridades, debe interpretarse en el sentido que más favorezca su realización, lo que permitiría no solo estabilizar cierta normatividad sino otras variables jurídicas como la jurisprudencia vigente al tiempo de celebrar el contrato ley.

3. Concepto y naturaleza del contrato ley

4. Con los contratos ley el Estado busca garantizar a los inversionistas la estabilidad jurídica, manteniendo la vigencia de las normas que fueron determinantes para la inversión; de este modo, si durante la vigencia del contrato dichas normas fueran modificadas por el Estado, estos nuevos dispositivos no se aplicarían a los inversionistas que celebraron dichos contratos. Así, mediante el contrato ley el Estado congela un conjunto de normas que se mantendrán vigentes e inalteradas, y que le serán aplicables al inversionista en tanto dure el contrato. De esta manera, aun cuando estas normas se modifiquen para el resto de ciudadanos, tales dispositivos no le serán aplicables al inversionista, dotando al conjunto normativo estabilizado, mediante el contrato ley, de una eventual vigencia ultractiva.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que el contrato-ley constituye "un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice". En relación con sus características, el Colegiado sostiene que en estos contratos "el Estado (...) en ejercicio de su *ius imperium,* crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió este"[5].

Acerca de su finalidad, el TC indica que a través del contrato-ley, "el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos

(5) STC Exp. N° 00005-2003-AI/TC, f. j. 33.

que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica" [6]. Seguidamente, precisa que el contenido de estos contratos busca "propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no solo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público" [7].

Ahora bien, la gran mayoría de autores sostiene que los convenios de estabilidad jurídica son contratos, llegándose incluso a afirmar que son contratos privados, tal como sostiene la propia norma. En efecto, el artículo 39 del Decreto Legislativo Nº 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, señala que: "Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes".

Sobre el particular, el TC considera que "la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley –contrato civil o contrato administrativo– depende del contenido que este pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se la fije".

5. Sin perjuicio de ello, para conocer la verdadera naturaleza de esta figura legal es preciso conocer mejor dos de sus elementos: la causa y el objeto de este contrato. En cuanto a lo primero, lo evidente es que tratándose de un contrato de inversión, su fin sea promover o hacer posible una inversión, de manera que no hay lugar para el debate sobre la causa fin de este contrato. El problema central estaría en su objeto, porque de él dependerá su naturaleza. Como sabemos, el objeto de un contrato está compuesto por el conjunto de obligaciones que se generan como consecuencia de su celebración. Las obligaciones en este contrato son básicamente dos: para el inversionista, la obligación de realizar cierto monto de inversión en un plazo determinado, y para el Estado, la obligación de no aplicar a este contrato las eventuales modificaciones que se pudieran hacer a las normas que fueron determinantes para la inversión. Sin duda se trata de una limitación al poder normativo del Estado; tal limitación no consiste en dejar de legislar sino en limitar los alcances subjetivos de su futura legislación. No obstante, los alcances de las obligaciones del Estado se podrían dilatar a otros ámbitos de sus funciones.

La obligación de no aplicar las reglas posteriores a la suscripción del contrato ley, permite afirmar que inevitablemente uno de los elementos subjetivos (las partes) deberá ser el Estado, pues solo él puede cumplir con dicho compromiso. Lo dicho hasta aquí nos conduce a una primera conclusión: que el contrato ley es un contrato de Derecho Público y no privado como equivocadamente lo señala la ley. Los contratos privados son actos voluntarios de mercado, mediante los cuales las partes crean obligaciones, esto es, conductas económicas mutuamente deseadas referidas a sus respectivos patrimonios. Desde luego, el Estado puede, y de hecho lo hace, celebrar contratos privados; en ellos el Estado se ubica en situación de igualdad frente a su contraparte y se obliga a realizar conductas vinculadas con su patrimonio, rigiéndose estos contratos por el Derecho Privado, en especial por el Código Civil.

Pero cuando el Estado se compromete a dar seguridades y garantías a los inversionistas, mediante la obligación de no afectar mediante leyes futuras los alcances de los contratos ley, no puede decirse que esté realizando un acto de mercado, que es la característica propia

(6) Ibídem, f. j. 34.
(7) Ídem.

de todo contrato privado. La celebración de este tipo de contratos es un acto de poder y no un acto privado, tanto así que para la celebración de estos contratos el Estado requiere una ley autoritativa "sustentada en interés social, nacional o público" (artículo 1357 del C.C.). De este modo, el Estado consiente limitar su poder, y en efecto lo hace mediante estos contratos. De ahí que estas figuras no sean simples contratos privados que nazcan de la voluntad de las partes, y requieran para su formación leyes habilitantes que autorizan su celebraciónEn resumen, puede decirse que estos contratos son contratos de Derecho Público, pero que por mandato legal en su ejecución deberán regularse por el Código Civil, lo que en la práctica significa que en caso de conflicto entre las partes respecto de su aplicación, validez o interpretación se utilizará el Código Civil, pudiendo incluso someterse a arbitraje las diferencias si así se ha previsto en el contrato o si así lo acuerdan las partes. Sin embargo, en lo relativo a la modificación de estos contratos las partes no pueden conducirse como simples particulares utilizando para ello el Código Civil; deberán seguir el mismo procedimiento que siguieron para su formación.

6. Antes de cerrar este punto, quisiéramos referirnos a la manera cómo han sido concebidos los contratos ley por nuestra doctrina y la propia legislación. Estas figuras han sido vistas en realidad no como contratos de estabilidad jurídica, sino como contratos de estabilidad legal. En efecto, tanto la ley como la doctrina han interpretado que la Constitución y el Código Civil se refieren a estabilizar las normas que sirvieron de base para la inversión, sin embargo, tal como comprobaremos en este trabajo, nada impide estabilizar otros elementos del ordenamiento jurídico, como la jurisprudencia.

4. Seguridades y garantías que otorgan los contratos ley

7. Los contratos ley traen consigo dos garantías, la primera de ellas consiste en que estos contratos no pueden ser modificados por ley posterior, refiriéndose con ello a la intangibilidad del contrato, del texto contractual. De esta manera, el contrato se vuelve intocable por acto legislativo del Estado. La segunda garantía consiste en que el contexto legal que sirvió de base para la inversión tampoco podrá ser modificado para el inversionista o que, en todo caso, si las normas se modifican, los cambios no alcanzarán a aquel. Son dos garantías distintas pero estrechamente vinculadas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional confirma esta postura: "[N]o solo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que componen el contrato ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato ley, como las cláusulas de este último"[8].

8. En relación al contenido del contrato ley, cabe distinguir entre el contenido de la ley autoritativa y el del contrato propiamente dicho. En cuanto al primero, en la doctrina nacional hay unanimidad de que se trata de una ley material y no necesariamente de una ley formal emanada del Poder Legislativo[9]. Sin embargo, nosotros no compartimos plenamente esta posición. En efecto, si mediante contrato ley se limitan, en cierto modo, los alcances normativos del ordenamiento legal y con ello la capacidad legislativa del Congreso, pues algunas normas que se den en el futuro no le serán aplicables a los inversionistas protegidos por estos contratos, entonces es natural que sea precisamente el Parlamento quien primero conozca

(8) STC Exp. N° 0005-2003-AI/TC, f. j. 35.

(9) Cfr. PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, p. 53.

y autorice estos contratos. Somos conscientes de que Congreso, este planteamiento podría significar tornar morosa e incluso politizar esta figura. Sin embargo, pueden implementarse mecanismos que faciliten alcanzar el doble objetivo de no burocratizar esta figura y hacer que el Parlamento conozca oportunamente de tan importante acto de limitación de su poder.

Esto se podría lograr mediante una norma que habilite al Ejecutivo a autorizar mediante decretos legislativos estos contratos dando cuenta al Congreso, el cual deberá pronunciarse dentro de treinta (30) días de publicada la norma. Ello podría complementarse con la creación de una Comisión de Promoción de la Inversión, la cual, aparte de revisar estos dispositivos, evaluaría permanentemente el marco normativo de las inversiones, tanto general como por sectores, así como promovería otras medidas que contribuyan a estimular las inversiones.

Respecto del contenido de la ley autoritativa es claro que dicha norma deberá fundamentar, en su parte considerativa, las razones por las cuales considera que el contrato ley que se autoriza tiene "interés social, nacional o público"; y, asimismo, determinar puntualmente el marco normativo que se garantiza.

5. Tipos de contratos de inversión

9. Los contratos ley son una modalidad de los contratos de inversión, figuras legales diseñadas para promover las inversiones mediante mecanismos jurídicos que ofrecen seguridad. Constituyen, por un lado, el reconocimiento de la importancia de las inversiones en el desarrollo de la economía moderna; y, por otro, la confirmación de que los inversionistas son en extremo sensibles a las variables institucionales de un país. Al propio tiempo representan la actual competencia en la que se encuentran empeñados los países subdesarrollados por atraer capitales.

Una atenta doctrina nacional[10] sostiene que estos contratos son también conocidos, en el Derecho Internacional, como contratos de Estado, y que tienen tres características esenciales: concertación en plano de igualdad, sometimiento a una jurisdicción arbitral y evasión del derecho interno del Estado contratante. Todo ello, desde luego, dentro del marco de un acuerdo de inalterabilidad jurídica de las normas que determinaron la inversión.

La razón por la que se conoce a estas figuras como contratos de Estado estaría vinculada al hecho de que algunos especialistas afirmen que se trata de verdaderos convenios internacionales, incluso otros les asignan la naturaleza de tratados. Este es el caso de White[11], quien señala que los contratos de concesión o contratos ley no tienen mayor diferencia con los acuerdos celebrados entre Estados soberanos.

Como sostiene Santistevan, "aunque no hay rastro de ello en el marco constitucional peruano, cabe mencionar que un sector de la doctrina extranjera entiende que estos convenios casi internacionales no son simples contratos privados ni contratos de Derecho Público, sino convenios de una categoría jurídica superior, equivalente a la de un tratado internacional.

(10) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos ley en el Perú". En: *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 585.

(11) WHITE, Eduardo y CORREA, Carlos. "El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados". En: *Derecho Económico Internacional*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1976, pp. 187 y ss.; citado por SANTISTEVAN DE NORIEGA Jorge. Ob. cit., p. 586.

Según parece, esta es la naturaleza jurídica del contrato-ley celebrado por la empresa Telefónica del Perú con el Estado peruano"[12].

6. Los contratos ley en la legislación comparada

10. Los convenios de estabilidad jurídica fueron incorporados a las legislaciones de países que son conscientes de su debilidad institucional (Colombia, Perú) o como parte de una política de incentivo a las inversiones (Chile). Sin embargo, como consecuencia de un escenario de mayor estabilidad económica, algunos países han optado por eliminar la posibilidad de suscribir estos convenios.

11. En Colombia se aprobó en 2005 la Ley 963, que permite al Estado celebrar contratos de estabilidad jurídica con los inversionistas en dicho país. De este modo, estos contratos garantizan a los inversionistas que, si durante su vigencia se modifica en forma adversa alguna de las normas que haya sido identificada como determinante de la inversión, tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo (artículo 1).

Como correlato, el inversionista que suscriba un contrato de estabilidad jurídica pagará a favor de la Nación una prima igual al 1% del valor de la inversión que se realice en cada año o 0.5% si se concluye que, por la naturaleza de la inversión, ha sido un año improductivo (artículo 5). Además, se excluye de la posibilidad de suscribir dichos contratos a toda persona condenada o con sanción administrativa por actos de corrupción, haya sido en Colombia o en cualquier otro país (artículo 9).

12. En Chile existe el Decreto con fuerza de Ley 523 (16/12/1994): Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley 600, de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera. En esta norma se regulaban los contratos de inversión extranjera; en donde se establecen los derechos y obligaciones de los inversionistas, en especial la invariabilidad por un plazo de diez años de una tasa del 42% como carga impositiva efectiva total. Se trataba, sin duda, de un convenio de estabilidad tributaria que se celebra en el marco de un contrato de inversión entre el Estado chileno, por medio del Comité de Inversiones Extranjeras, y los inversionistas.

Ahora bien, en una reforma tributaria de dicho país en 2014, la Ley 20.780 derogó el Decreto Ley 600 y, con ello, eliminó este beneficio a las inversiones extranjeras. En su exposición de motivos, indica que "el Decreto Ley 600 fue concebido en otro momento de nuestra historia, cuando efectivamente las inversiones extranjeras necesitaban de un marco especial tanto institucional como de estabilidad para entrar al país. Hoy dicho régimen de excepcionalidad no es necesario".

7. Los contratos ley en la legislación peruana

13. En nuestro ordenamiento, los contratos de estabilidad jurídica están regulados, en primer lugar, en la Constitución, artículo 62, segundo párrafo: "Mediante contrato ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a la que se refiere el párrafo precedente". Este texto tiene su antecedente en el artículo 1357 del Código Civil: "La ley, sustentada en razones de

(12) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Ob. cit., p. 586.

interés social, nacional o público, puede establecer garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".

Adviértase que existe diferencia en los dos textos legales. El artículo del Código Civil exige, además de una ley autoritativa para la celebración del contrato, que tal norma se halle sustentada en razones de interés social, nacional y público, mientras que el texto constitucional no reproduce tal exigencia. Considerando que el texto constitucional es posterior al Código Civil podría interpretarse que este ha quedado modificado por aquel, y en esa medida no sería indispensable una ley autoritativa y menos aún que haya razones de interés nacional, social y público para la celebración de estos contratos, pues la protección de la inversión, como hemos dicho, es un elemento del orden público económico. Nosotros consideramos que esto último es correcto, es decir, la Constitución considera la protección de la inversión como uno de los principios del orden público económico y, en ese sentido, autoriza que se dé a los inversionistas particulares garantías mediante contratos ley; sin embargo, por la naturaleza de estas garantías no es posible interpretar que las mismas puedan otorgarse sin cumplir con dar una norma autoritativa que permita conocer que se está otorgando dichos beneficios.

En cuanto a las razones para otorgar estos beneficios compartimos la opinión de la doctrina nacional[13], en el sentido de que todo acto estatal y con mayor razón un contrato ley, deberá llevar implícita una motivación basada en el interés social, nacional o público.

Las normas citadas han sido complementadas por el Decreto Legislativo N° 662, Régimen de la Estabilidad Jurídica para la Inversión Extranjera y por el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. En materia tributaria, el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 662 y el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 757, precisan que, en virtud de la garantía de estabilidad del régimen tributario, el inversionista no se verá afectado con una tasa mayor impuesto a la renta que aquella considerada en el convenio inicial.

Además, el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1362, norma que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, establece que el Estado se encuentra autorizado a otorgar, mediante contrato, "las seguridades y garantías que mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo con la legislación vigente", a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones al amparo de dicha norma.

El artículo 117 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 señala que los concesionarios y las Asociaciones Público Privadas (APP) que efectúen inversiones en obras de infraestructura o en servicios públicos, pueden acceder al régimen de estabilidad jurídica a las inversiones establecido en los Decretos Legislativos N°s 662 y 757.

8. Problemática de los contratos ley

14. Como se ha podido advertir, los contratos ley son de una innegable utilidad, y pese a no ser el único factor que determina la inversión, sin duda han contribuido a generar un clima de confianza y seguridad en el país. Sin embargo, esta figura plantea un conjunto de interrogantes que a la fecha no han tenido respuesta, ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. La primera de ellas tiene que ver con lo expuesto en el punto 6 de este trabajo, en el sentido de que si estos contratos son realmente convenios de estabilidad jurídica o solo convenios de estabilidad legal. En efecto, la interpretación que en nuestro país se ha dado al artículo 62 de

(13) PINILLA CISNEROS, Antonio. Ob. cit., p. 52.

la Constitución y al artículo 1357 del Código Civil, es que la protección que brindan los contratos ley solo se refiere a la intangibilidad, para el inversionista, del texto legal de las normas, y no así de la jurisprudencia. De esta manera, la interpretación, vinculante o no, que hagan los órganos jurisdiccionales de las normas que fueron determinantes para la inversión, y que constituyen el contexto legal vigente al tiempo de celebrar el contrato, no estaría estabilizada.

Si las normas son, en última instancia, lo que los jueces dicen que son, parte de la seguridad jurídica la constituye la predictibilidad de la administración de justicia. En otras palabras, poder conocer a partir de los antecedentes judiciales cómo resolverán los tribunales. Es claro que el ordenamiento jurídico de un país no solo se compone de los textos legales[14], sino también de otros elementos. Un ordenamiento jurídico es algo mucho más dinámico y vital. Es una compleja y variada organización del Estado y de la sociedad. Es una serie de numerosos mecanismos y engranajes en las relaciones de autoridad que se mueve según las normas, pero que también mueve a las normas. Uno de esos elementos, qué duda cabe, es la jurisprudencia, que da vida a todo el conjunto normativo. Por lo tanto, si el ordenamiento no se agota en la norma y lo único que se estabiliza para el inversionista es la ley, estamos ante un contrato de estabilidad legal y no ante un contrato de estabilidad jurídica.

15. Otro punto de especial importancia es el referido al probable carácter discriminatorio de las normas relacionadas con los contratos ley. En efecto, las normas que han desarrollado el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1357 del Código Civil, han puesto como uno de los requisitos para celebrar estos contratos el compromiso de invertir un monto mínimo de dinero. Nos preguntamos cuál es la razón para poner límites a la celebración de estos contratos. Su existencia lleva implícito el reconocimiento del Estado de que en el país no existe estabilidad jurídica y que son necesarias figuras de este tipo para dar estabilidad al inversionista. Si se establecen montos para acceder a estas garantías, quiere decir entonces que una PYME no tendrá derecho a estabilidad jurídica. ¿Acaso las pequeñas y medianas empresas no generan trabajo?, ¿no invierten en activos?, ¿no pagan impuestos?; en una palabra, ¿no dinamizan la economía? No es necesario recurrir a las estadísticas para comprobar que gran parte de la economía nacional se mueve gracias a las medianas y pequeñas empresas; luego, si esto es verdad, por qué no otorgarles a estos inversionistas seguridad jurídica o alguna herramienta equivalente a la que tienen los grandes inversionistas; por lo demás, la propia Constitución no hace distinción alguna para otorgar estos beneficios.

16. Un último tema es el referido a las normas declaradas inconstitucionales durante la vigencia del contrato de estabilidad jurídica. En efecto, puede suceder que durante el periodo de ejecución del convenio una de las normas que determinaron la inversión sea declarada inconstitucional, la pregunta es si este dispositivo seguirá vigente para el inversionista en virtud del contrato ley o si este quedará derogado por imperio de la sentencia que declara la inconstitucionalidad. La respuesta no es fácil, sin embargo. Nosotros consideramos que si los contratos ley forman parte del orden público económico sancionado por la Constitución, creando un régimen especial para la inversión, por su importancia y rol que cumplen en el desarrollo de nuestra economía, debe interpretarse que el legislador ha querido crear una zona de intangibilidad que el Estado no podrá variar ni con la ley ni con resolución de ninguna clase. En suma, no existe instrumento jurídico que pueda alterar el contenido o contexto legal en que fueron aprobados estos contratos.

(14) Sobre el particular véase ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

9. Conclusiones

17. La protección de las inversiones forma parte del orden público económico constitucional. Los contratos ley son una herramienta legal que hace realidad esta protección.

18. Los contratos ley son contratos de Derecho Público; no es posible afirmar cosa distinta cuando se comprueba que parte de su objeto contiene una obligación omisiva que solo puede ser cumplida por el Estado. Esta obligación en el fondo es un acto de desapoderamiento al consentir el propio Estado en limitar su facultad legislativa e incluso su facultad jurisdiccional. El que la ley diga que son contratos privados es un puro y simple dislate.

19. Las seguridades y garantías que estos contratos ofrecen son en esencia tres: intangibilidad para el inversionista de las normas que fueron determinantes para la inversión; ejecución, interpretación y solución de conflictos del contrato a partir de las normas de Derecho Privado; y, sometimiento de estos contratos a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, a estas tres garantías puede sumarse, como hemos visto en este trabajo, la garantía de invariabilidad de los criterios jurisprudenciales vigentes al tiempo de celebración del contrato.

20. En efecto, los contratos ley, no son solo contratos de estabilidad legal, como podría colegirse de una desatenta lectura del texto constitucional y del Código Civil; son en realidad contratos de estabilidad jurídica, pues las seguridades y garantías a que se refieren se extienden a las resoluciones judiciales y administrativas que interpretan las normas que fueron determinantes para la inversión. De esta manera lo que se estabilizan son todas las variables jurídicas que permiten a los inversionistas ponderar los beneficios y riesgos de su inversión.

21. En línea con lo expresado en el punto anterior, las garantías y seguridades que otorgan los contratos ley se extienden incluso a las resoluciones del Tribunal Constitucional que podrían declarar inconstitucional una norma que estuvo vigente al tiempo de celebrar el contrato y que fue determinante para la inversión.

22. No hay razón, ni legal ni económica, para que a los pequeños y medianos inversionistas no se les otorgue las mismas seguridades y garantías que a los grandes.23. La estabilidad jurídica que otorgan los contratos ley está garantizada, a su turno, por la paridad jurídica en la que voluntariamente se ubica el Estado al celebrar un contrato que se ejecutará, se interpretará y solucionará sus eventuales conflictos en el ámbito del Derecho Privado. De esta manera el Estado no solo celebra un contrato, sino que se obliga a mantenerse en él.

24. En nuestro sistema los contratos ley tienen estatus constitucional, por lo que se considera que esta figura otorga a lo pactado un blindaje constitucional que hace impenetrable a la vida del contrato las leyes que se dicten posteriormente[15]; a lo que habría que añadir que tal blindaje se extiende a las resoluciones administrativas, judiciales o constitucionales vigentes al tiempo de celebración del contrato.

DOCTRINA

SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. 14ª ed. McGraw Hill, Madrid, 1995; BUSTAMANTE, Pablo; COM COM, Mónica y DE LA CRUZ, Ricardo. "Impacto económico de la inversión asociada a los convenios de estabilidad jurídica en el país". En: Revista de Economía y Derecho. UPC, Lima, 2004; HAYEK, Friedrich. Derecho, legislación y libertad. 2ª ed. Unim Editorial, España, 1985; PINILLA CISNEROS, Antonio. Los contratos-ley en la legislación peruana. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Constitución, privatización y servicios públicos.

(15) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Ob. cit., p. 578.

El blindaje jurídico que protege a los contratos ley en el Perú". En: Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; WHITE, Eduardo y CORREA, Carlos. "El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados". En: Derecho Económico Internacional. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1976; ROMANO, Santi. El ordenamiento jurídico. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Noción y alcances jurídicos del contrato-ley

{E}l contrato-leyes "un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, solo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado (...) El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial" (Exp. N° 0005-2003-AI/TC, f. j. 16).

Celebración del contrato-ley debe fundarse en un interés público específico

{F}rente a la interrogante de si una concesión de prestación de un servicio público, como el de telefonía, puede revestir la modalidad de un contrato-ley, este Tribunal precisó que, a tenor del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, así como del artículo 1357 del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales en aquel, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional para el legislador o para los órganos de la Administración Pública (Exp. N° 0003-2004-AI/TC, f. j. 17).

Garantías contenidas en el contrato ley puede extenderse más allá del ámbito tributario

{N}o existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, solo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exhorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados (Exp. N° 0005-2003-AI/TC, f. j. 34).

CORTE SUPREMA

Proscripción de la modificación del contrato-ley

{De} manera concordante, el artículo 1357 del Código Civil prevé que por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato, lo que significa que los contratos suscritos por el Estado Peruano con arreglo al citado dispositivo, tienen fuerza de ley y por tanto no pueden ser modificados y dejados sin efecto unilateralmente. SEXTO: Que en tal sentido, el contrato de concesión celebrado por el Estado Peruano, {...} y la empresa Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta en definitiva, no es pasible de ser modificado por Ley, menos aún por resolución judicial {...} (Cas. N° 521-2005-Lima).

Contratos que puede celebrar la persona con capacidad de ejercicio restringida

Artículo 1358.- ***Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. (*)***

Concordancias:
C.C. arts. 42, 43, 44, 45, 219 inc. 2), 227, 228, 229, 423, 455, 456, 457, 458, 1227, 1396, 1954, 1975; C.P.C. art. 66; C.N.A. art. IV, 65

JHOEL CHIPANA CATALÁN

1. Introducción

La entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1384 ha traído una serie de cambios importantes en nuestro Código Civil, pues ha modificado varias instituciones (personas, acto jurídico, familia, contratos, responsabilidad civil, entre otros). Sin embargo, aún no se logra entender muchos de esos cambios.

Es entendible que la finalidad que se buscó fue la de plasmar en un plano normativo muchas de las disposiciones contenidas en la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" (en adelante, CDPD), instrumento internacional del que nuestro país es parte signataria, pero con cambios como el que este artículo ha sufrido se pone en duda que ese objetivo se haya logrado.

En este comentario voy a analizar el contenido del vigente artículo 1358 del Código Civil, no sin antes comentar el contenido del texto original de dicho precepto legal, pues este cambio nos ha llevado a un nuevo supuesto de nulidad del acto jurídico.

2. El artículo 1358, en su texto original

El artículo 1358 del Código Civil tenía el siguiente texto:

> **Artículo 1358.-** "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria".

Ya el propio Arias-Schreiber[1] señaló en sus comentarios a este precepto la plena necesidad de esta regla, "cuya importancia práctica resulta indudable, habida cuenta de la pluralidad de situaciones en las cuales no se puede exigir que los incapaces no privados de discernimiento contraten por intermedio de sus representantes legales. Sería absurdo, por decir lo menos, que un menor de edad tenga que estar acompañado por su padre o su madre para ir de compras a cualquier establecimiento comercial. Si nos ciñéramos estrictamente a las reglas de la incapacidad sin un precepto como el comentado, esa adquisición sería nula, lo que ciertamente no se compadece con las prácticas de la vida cotidiana".

(*) Texto según modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.

(1) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós y Ángela Arias-Schreiber Montero. "Contratos. Parte general". En: REVOREDO MARSANO, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios.* Tomo VI. Parte Tercera. 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015, p. 43.

En efecto, la norma original del artículo 1358 reconocía una realidad, es decir, amparaba jurídicamente situaciones perfectamente razonables y necesarias para el desenvolvimiento en sociedad de un incapaz con discernimiento.

Aquí se debe hacer una salvedad, en el sentido de que el término "incapaz" no es adecuado, puesto que la categoría que debió utilizarse fue la de "persona menor de dieciséis años", o "persona con capacidad de ejercicio restringida de manera relativa", puesto que existen algunos casos en donde esa restricción desaparece. Utilizar el término "incapaz" tiene otras connotaciones, pues su significado importa la falta de aptitud para algo y en este caso la referencia de la norma se dirige a un supuesto de restricción legal de la capacidad de ejercicio de derecho. Sin embargo, para efectos de este comentario me voy a referir a persona incapaz, pues tal es la denominación que el Código establecía.

Ahora bien, el artículo 1358 en su versión original estaba compuesto por elementos que, unidos en un todo, no hacían sino permitir la celebración de actos jurídicos válidos por personas a las que no se les debía negar el reconocimiento legal y la celebración de los mismos.

Así, se tiene que debíamos estar ante la presencia copulativa de los siguientes elementos:

- **Un agente "incapaz":** aquí había que distinguir a las personas que caían en el supuesto de capacidad de ejercicio restringida de manera absoluta (incapaces absolutos) o capacidad de ejercicio restringida de manera relativa (incapaces relativos). La norma se enfocaba, principal pero no excluyentemente, en las personas menores de dieciséis años, en vista de que las personas que tenían entre dieciséis y dieciocho eran incapaces relativos, es decir, los actos que celebraban eran anulables. Entonces, el primer requisito para aplicar el artículo 1358 era el de un acto jurídico celebrado por un agente incapaz. Debo precisar que más adelante diferenciaré los términos "incapacidad" y "discapacidad", pues la confusión sobre ambos ha servido como uno de los argumentos que se usaron para defender la modificación realizada en nuestro Código.
- **Existencia de "discernimiento":** la norma utilizaba una fórmula negativa ("no privados de discernimiento"), pero se entendía que debíamos estar ante una persona con discernimiento. Ello resultaba necesario, en vista de que el discernimiento es la posibilidad que tiene un agente de entender la realidad en la que se desenvuelve y poder diferenciar lo bueno de lo malo. La RAE señala que el término "discernir" significa "distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas". En el ámbito jurídico, se ha entendido siempre que esa posibilidad de distinguir obedece a lo que es favorable para los intereses de un sujeto, puesto que iría contra la razón celebrar un acto que tenga consecuencias negativas en la esfera de intereses de quien da su asentimiento para celebrar dicho acto. Así las cosas, para aplicar el artículo 1358, debíamos estar ante una persona con capacidad de ejercicio restringida (total o parcialmente) pero que tenga discernimiento. Cabe anotar que no existe consenso total en torno a la edad biológica que una persona debe tener para que se le reconozca su discernimiento, pues todos aprehendemos a discernir en distintos momentos (se cree que entre los seis y ocho años es la edad en la que una persona tiene las aptitudes para discernir).
- **Los contratos deben estar relacionados a las "necesidades ordinarias de su vida":** la construcción del contenido del artículo 1358 en su versión original debía tener una finalidad, pues no tenía sentido romper con la teoría de la nulidad por agente incapaz si es que no se ponderaba la consecución de un fin superior. Ese balance, que el legislador

tuvo en mente al formular el artículo 1358, era muy razonable, pues la pregunta que surgía era si correspondía declarar nulos a todos los contratos que un agente incapaz con discernimiento celebraba, o es que debido a que esos actos servían para satisfacer necesidades ordinarias de su vida debían ser salvados de esa nulidad. La segunda alternativa se impuso, de tal suerte que el legislador, en un claro ánimo de conciliar la realidad con el Derecho, estableció esa excepción. Sin perjuicio de lo señalado, queda claro que conforme el tiempo ha transcurrido, la complejidad de muchos actos se ha ido incrementando, fundamentalmente debido a la contratación por medios electrónicos que hoy es moneda corriente. Piénsese en el supuesto de un menor con discernimiento que compra una laptop de US$ 3000, ¿acaso podríamos negar la validez de dicho contrato? Creo que no.

Teniendo en cuenta lo señalado, y hasta setiembre de 2018, los menores con discernimiento podían celebrar, entre otros, los siguientes contratos: compraventa, prestación de servicios, comodato, permuta, donación.

Como se aprecia, esta norma era sabia y necesaria, pues habilitaba y reconocía la plena validez de millones de contratos que celebraban personas menores con discernimiento. Lamentablemente, el texto vigente ha desconocido esta realidad y, en su lugar, ha regulado un supuesto que flaco favor la hace a la idea de que el derecho debe ir de la mano con lo que ocurre en una sociedad, ya que hoy se puede afirmar que todos los contratos celebrados por menores con discernimiento son nulos.

3. El artículo 1358, en su texto vigente

El texto vigente del artículo 1358 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1358.- "Contratos que pueden (sic) celebrar la persona con capacidad de ejercicio restringida

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria".

La norma hace referencia a los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Aquí la pregunta que surge es: ¿acaso ello no era posible antes de que este artículo tenga el texto actual? Si analizamos la naturaleza de la incapacidad relativa en el régimen anterior (esto es, antes de la entrada en vigencia del decreto legislativo que lo ha modificado), podríamos llegar a la misma conclusión, en vista que, al ser una incapacidad relativa, dichas personas solo estaban impedidas de celebrar los actos que el juez haya indicado en la sentencia por la que limitaba, en parte, la capacidad de ejercicio de dichos sujetos. Como es natural, ningún juez ordenaba que estas personas no puedan celebrar contratos que les permitan su propia subsistencia y desarrollo personal, sin embargo, al parecer el legislador que elaboró el Decreto Legislativo N° 1384 no lo entendió así.

Ello era así, puesto que el sentido común y el proceder de los jueces en el anterior régimen se direccionaba, por ejemplo, a prohibir que un pródigo pueda vender bienes de su propiedad, o a impedir que un toxicómano pueda celebrar mutuos, entre otros, es decir, la restricción se daba para determinados actos jurídicos siempre teniendo en cuenta la causal en la

que caía cada sujeto de derecho. Así, solo ese conjunto de actos se encontraba proscrito, *contrario sensu*, todas estas personas podían celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

En conclusión, es curioso darnos cuenta que hoy las consecuencias que se otorgan a los contratos celebrados por los cinco supuestos a los que la norma vigente hace referencia, eran posibles con la norma original, pues dichas personas –antes de la entrada en vigencia del decreto legislativo– sí podían celebrar contratos relacionados a las necesidades ordinarias de su vida. Si ello es así, ¿cuál fue la necesidad de que se haya modificado el artículo 1358 y se haya castigado con la nulidad a millones de contratos que los menores con discernimiento celebran para vivir? Creo que ninguna.

Sin duda, se aprecia una pésima técnica legislativa, un desconocimiento total de cómo es que la incapacidad relativa (o la hoy denominada capacidad de ejercicio restringida de manera relativa) funcionaba y cuáles eran los fines que ella perseguía. Me queda claro que la norma vigente contenida en el artículo 1358 no sirve de nada y la norma original era imprescindible para otorgar plena validez a actos que por su propia naturaleza exigen ser reconocidos y amparados por el sistema jurídico.

Entiendo que uno de los objetivos que se tuvo al modificar el Código Civil era implementar en un plano legislativo el contenido de la CDPD, pero en ese afán creo que se ha desnaturalizado una serie de figuras jurídicas que son absolutamente necesarias para resguardar, precisamente, los derechos de las personas con discapacidad.

En este punto quiero dejar expresa constancia de que el contenido de la CDPD es valioso y necesario, a efectos de no discriminar a muchas personas que se han visto relegadas en una sociedad que no tiene las políticas públicas adecuadas para otorgarles la calidad de vida que merecen y el pleno reconocimiento de sus derechos. Lamentablemente, la forma en que esos fines se implementaron en el Código Civil ha sido simplemente desastrosa.

Solo por poner un ejemplo, hoy en día las personas con discapacidad que tengan un retardo mental grave son plenamente capaces ante la ley, lo cual importa que puedan celebrar contratos de distinta naturaleza. Antes, esos contratos eran nulos, porque la ley cautelaba los intereses de estas personas que no tenían discernimiento debido a esa discapacidad (retardo mental grave). Se aprecia que se ha metido en un solo supuesto todos los casos de problemas que atacan de manera directa al discernimiento y se ha logrado otorgar (de manera temeraria y muy peligrosa) el pleno ejercicio de derechos a estas personas, puesto que ahora la ley señala que son capaces.

Me temo que lo que va a ocurrir con esta modificación al Código Civil tiene doble filo, pues por un lado se está otorgando derechos plenos para que sean ejercidos por las personas que sí deben tenerlos (por ejemplo, personas con retardo mental leve), pero, por otro lado, se está permitiendo que un grupo de personas con discapacidad ejerzan sus derechos sin que puedan discernir sobre las consecuencias de sus actos y, peor aún, puedan ser inducidos a celebrar actos que vayan en contra de sus propios intereses.

Este es un tema que merece un análisis mayor, pero gracias a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1384 es claro que los incapaces con discernimiento celebran hoy en el Perú contratos que son nulos, lo cual resulta un sinsentido.

Por otro lado, debo recalcar que en ningún momento sostengo que la diversidad psíquica condicione la capacidad jurídica. Lo que señalo es que debemos separar conceptos y no caer en los errores del legislador que modificó el Código Civil usando como excusa la aplicación de la Convención a nuestra legislación.

De otro lado, en torno a la utilidad práctica del nuevo texto del artículo 1358 del Código Civil, se ha dicho que "frente a la práctica jurisprudencial peruana de no delimitar cabalmente el alcance de representación del curador al momento de su nombramiento en sede judicial, resulta conveniente una disposición normativa que precise, para los casos en los cuales aún se seguirá aplicando la curatela, que por más amplias que sean las facultades que se le confieran al curador, ello no significará (en ningún caso) una limitación en el ejercicio de sus derechos que conlleve la imposibilidad de que celebren contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. Lógicamente podría oponerse a lo apenas indicado que ello ya se encontraba regulado antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1384. Si bien ello puede haber sido así, el hecho de la imprecisión en la delimitación jurisprudencial de las facultades del curador, así como el hecho que se haya limitado el alcance de la curatela, al eliminarse la curatela de personas, justifica que se mantengan las precisiones necesarias para tratar de mantener la coherencia dentro del nuevo diseño legislativo"(2).

Ante esta afirmación, solo debo mencionar tres cosas. La primera es que sería importante que se detalle cuál es esa "práctica jurisprudencial" que se invoca como argumento para otorgar sentido al actual artículo 1358 del Código Civil.

En segundo lugar, se acepta la tesis que sustento, pues lo que se dice es que el artículo 1358 ya se entendía así y se extraía de la lectura de las normas sobre capacidad e interdicción que teníamos, pero se sigue insistiendo en que el artículo actual es necesario para tener precisión y tratar de mantener coherencia. Yo me pregunto, ¿qué coherencia si la regulación actual es un sinsentido?

Por último, y esto a modo de interrogante, ¿cuáles son las necesidades ordinarias de la vida de un toxicómano o un ebrio habitual a las que el artículo 1358 otorga hoy plena validez? ¿No son, entre otras, comprar drogas y alcohol? ¿A eso se refiere hoy el innecesario artículo 1358? Es decir, ¿acaso esa norma le está otorgando validez a esos actos (junto a los que sirven, naturalmente, para la supervivencia de estas personas)? Como se aprecia, todo se ha entendido de manera equivocada.

Lo reitero, el actual texto del artículo 1358 no aporta nada nuevo, pues lo que hoy quiere lograr ya se conseguía con la legislación anterior, en donde estas personas (me refiero a las que hace referencia el artículo 44, incisos 4 a 8), al encontrarse en la categoría de sujetos de derecho con capacidad relativa, sí podían contratar y celebrar los actos jurídicos que el juez no les había prohibido suscribir y que, evidentemente, servían para satisfacer necesidades ordinarias de sus vidas.

Se ha cambiado una norma de gran valía, por una que nada nuevo dice y ningún aporte otorga.

(2) Ver CAMPOS GARCÍA, Héctor. "Alegato a favor de la validez de 'millones de contratos'. Breves anotaciones a la modificación del art. 1358 CC por el Decreto Legislativo N° 1384". En: <https://legis.pe/alegato-favor-validez-millones-contratos-breves-anotaciones-modificacion-articulo-1358-c-c-decreto-legislativo-1384/>.

4. Las razones para afirmar que hoy son nulos los millones de contratos celebrados por incapaces con discernimiento

Como sabemos, el artículo 219 del Código Civil ha sido modificado en los siguientes términos:

Artículo original	Artículo vigente
Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4.- Cuando su fin sea ilícito. 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta. 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7.- Cuando la ley lo declara nulo. 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.	**Artículo 219.-** El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Derogado. 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4.- Cuando su fin sea ilícito. 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta. 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7.- Cuando la ley lo declara nulo. 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Asimismo, ha sido modificado el artículo 221 del mismo cuerpo normativo, en los siguientes términos:

Artículo original	Artículo vigente
Artículo 221.- El acto jurídico es anulable: 1.- Por incapacidad relativa del agente. 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4.- Cuando la ley lo declara anulable.	**Artículo 221.-** El acto jurídico es anulable: 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44. 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4.- Cuando la ley lo declara anulable.

Teniendo en cuenta lo indicado, se podría afirmar que por la derogación de las causales de nulidad y de anulabilidad, todos los contratos celebrados por menores de dieciséis años son plenamente válidos, así como también serían válidos todos aquellos contratos celebrados por personas que tienen más de dieciséis y menos de dieciocho años, y los que sufren algún tipo de incapacidad psíquica.

Entiendo que este razonamiento podría esbozarse, sin embargo, la afirmación de que todos los contratos celebrados por menores de dieciséis años son válidos tiene dos grandes y preocupantes aspectos (uno teórico y otro práctico) que constituyen, sin duda alguna, elementos principales de la tesis que expongo.

En primer lugar (y dentro de un plano teórico), no es cierto que esos contratos sean plenamente válidos, pues el artículo 140 del Código Civil, en su texto vigente, establece que para la validez del acto jurídico se requiere plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones establecidas por ley.

A su turno, el artículo 42 indica que toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio (con excepción, según esa misma norma, de los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad). Es decir, *a contrario*, es válido decir que toda persona menor de dieciocho años de edad no tiene "plena capacidad de ejercicio".

Es más, el propio artículo 43, inciso uno, del mismo Código señala que son absolutamente incapaces los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Así las cosas, no es posible afirmar que los contratos celebrados por menores de dieciséis años son "plenamente válidos" si de una lectura de las normas citadas se aprecia, con claridad, que un agente es capaz desde los dieciocho años en adelante y que para celebrar actos jurídicos la regla general es que, precisamente, el agente tenga "plena capacidad de ejercicio", en los nuevos términos del inciso 1 del artículo 140 del Código Civil.

Además, se olvida la última parte del inciso 1 del artículo 43 del Código, pues el mismo hace la salvedad de que no serán absolutamente incapaces los menores de dieciséis para aquellos actos determinados por ley, y es allí donde cobraba vida el contenido del modificado artículo 1358.

Me queda claro que producto de la modificación que ha sufrido el Código Civil se han originado inconsistencias, pero lo que sí no entiendo es cómo ahora se puede afirmar que todos los contratos celebrados por menores de dieciséis años son plenamente válidos.

Pero hay más, porque se podría sostener que, debido a las modificaciones sufridas, no existiría causal para poder declarar la nulidad de millones de contratos, pero esto no es así.

En un artículo publicado en el año 2019, en el N° 59 de la revista *Actualidad Civil* (con ocasión de emitir su posición sobre la problemática de la disposición de bienes de la sociedad conyugal sin intervención de uno de los cónyuges, y en la que se discute si dicho acto es nulo, anulable o ineficaz), afirmaba un autor lo siguiente: "Dado el estado actual del ordenamiento peruano, la problemática se pone de manifiesto si se considera que la nulidad de dichos actos de disposición se pueden sustentar en la **contravención a una norma imperativa de orden público**; ya que ello supone que la legislación no ha establecido un remedio diferente al mencionado (que es lo que precisamente sucede en el art. 315 del CC), configurándose así la residualidad de la nulidad contractual en virtud de lo establecido en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil (el acto jurídico es nulo cuando contraviene una norma de orden público, salvo disposición diferente de la ley). Hablo de residualidad de la nulidad contractual ya que, en el ordenamiento peruano, **la contravención a una norma de orden público solo genera la nulidad del contrato si es que una disposición legal específica no ha dispuesto un remedio diferente**. Solo en caso dicho remedio específico no exista, el contrato incurrirá en una causal de nulidad propiamente dicha. (...) [P]or lo que en caso de que se considere que el artículo 315 del Código Civil es una norma imperativa de orden público, la nulidad se impondría necesariamente como remedio supletorio (...)"[3]. (El resaltado es mío).

(3) Cfr. CAMPOS GARCÍA, Héctor. "La compraventa de un bien social por uno de los cónyuges y el (pendiente) VIII Pleno Casatorio: ¿es preferible la tesis 'pro ineficacia' frente a la tesis de la 'pro nulidad'?". En: *Actualidad Civil*, Tomo N° 59, Lima, mayo de 2019, p. 59.

Así las cosas, siguiendo la tesis expuesta en ese trabajo, se podría afirmar que la vulneración o inobservancia de una norma imperativa de orden público, cuando no existe causal específica que la castigue con nulidad, igual será abrazada por dicha sanción en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que son nulos los actos jurídicos cuando contravienen una norma de orden público.

Entonces, la pregunta es si el artículo 140 del Código Civil, que establece como un requisito de validez la presencia de un agente plenamente capaz, es una norma de orden público, o no. A mí no me cabe la menor duda de que lo es y pensar lo contrario iría contra toda lógica y conocimiento elemental de la forma como funciona nuestro sistema jurídico. De hecho, se ha señalado, con razón, que "el orden público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico"[4]. Nadie podría afirmar que el contenido del artículo 140 del Código Civil no es una norma imperativa, ¿o sí?

En ese sentido, si bien no se tiene una causal expresa que castiga con nulidad a un contrato celebrado por un menor de dieciséis años (pues la causal de agente capaz ha sido derogada del artículo 219), no podemos negar que un contrato celebrado por dicho agente contraviene las normas contenidas en los artículos 140, 42 y 43 del Código, y al ser estas normas de orden público, la causal de nulidad que saltaría a la palestra sería la contenida en el artículo 219, inciso 8, que a su vez nos lleva al artículo V del Título Preliminar del Código Civil (es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público).

Entonces, considerando este razonamiento, ¿se podría señalar que esos contratos son "plenamente válidos"? Creo firmemente que no, pero todavía hay más.

Decía al inicio de este punto que son dos los aspectos que resaltar. El primero, de contenido teórico normativo (lo acabo de exponer) y ahora corresponde explicar el aspecto práctico.

Empiezo con una interrogante, ¿nos imaginamos un sistema jurídico y un país en el que se permita a una persona de diez años comprar un bien inmueble, contratar los servicios para realizarse una operación quirúrgica estética, viajar fuera del país sin tener la autorización de sus tutores, contratar para asumir deudas y, en general, celebrar contratos o actos jurídicos sin límite alguno? Yo no lo imagino, pero parece que hay personas que sí lo imaginan, y no solo eso, sino que hay quienes afirman que todo ello es jurídicamente viable hoy en día.

Los problemas prácticos serían inimaginables y los riesgos a los que se podría exponer a esos menores serían verdaderas bombas de tiempo. ¿Eso es lo que queremos? O dicho en otros términos, ¿eso es lo que leemos cuando revisamos las normas contenidas en el Código Civil?

Sinceramente yo no puedo entender que un contrato celebrado por personas menores de dieciséis años tenga plena validez. Tampoco logro comprender cómo es que la norma del artículo 1358 del Código Civil ha podido ser modificada en términos tan innecesarios.

Así las cosas, y con todo el respeto que me merece quienes piensen distinto, sigo pensando que desde la modificación que sufrió el Código Civil en septiembre de 2018, se han originado en el país millones de nulidades que recaen sobre todos los contratos que menores de dieciséis años con discernimiento han celebrado, siguen celebrando y van a celebrar, pues el artículo 1358 del Código que los salvaba de esa nulidad, hoy ya no existe más.

(4) Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. 11ª edición. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2015, p. 107.

5. La validez (reconocida así desde siempre) de los contratos celebrados por determinadas (y no todas las) personas con discapacidad

Una lectura muy básica de la anterior normativa contenida en el Código Civil, podría llevar a concluir que los contratos celebrados por personas con diversidad psíquica eran considerados, sin más, como nulos, únicamente, por la condición que esas personas poseían.

Lo indicado no se ajusta a la verdad y merece un comentario. Si la premisa de esa afirmación es cierta, no entiendo cómo es posible que se diga que está mal considerar nulo un contrato celebrado por una persona que tiene retardo mental grave. Es decir, ¿acaso no está bien que por ese retardo mental (que es una discapacidad) se señale que dicho sujeto de derecho carece de capacidad legal? Debe tenerse claro que existen casos en donde algunas personas con discapacidad no tienen noción de la realidad, es decir, simplemente no entienden lo que ocurre, de ahí que yo me pregunte si es que es válido pensar que sea a ellos a quienes hoy se les otorgue capacidad plena. Ello me parece un abuso y un mal entendimiento de ese problema.

Entonces, no es que "sin más" se consideraban nulos los contratos celebrados por estas personas, sino que la razón iba más allá, pues lo que se quería era proteger a esa persona con discapacidad (por tener un retardo mental grave) para que alguien no se pueda aprovechar de ella y se otorgaba un resguardo a través de la figura de los curadores para que sean ellos quienes puedan contratar en nombre de esas personas y, de esta manera, beneficiarlas y cuidarlas. Así, yo me pregunto: ¿qué tiene de malo que el Estado cuide y tutele los derechos e intereses de este grupo de personas, castigando con nulidad a los contratos que celebren? La respuesta es que nada tiene de malo. Es más, en un sistema donde lo que se busca es proteger al más débil, una política normativa como esa coadyuvaba a lograr tal fin.

Ahora bien, no puedo dejar de reconocer que es cierto que la antigua regulación incluía en un solo supuesto a una variedad de casos que no merecían, necesariamente, el mismo tratamiento. En efecto, si en el párrafo anterior he puesto como ejemplo el caso de una persona con retardo mental grave (a quien, por obvias razones, se le consideraba sin capacidad legal para celebrar actos), podría poner en este párrafo el caso de una persona con retardo mental leve a quien, qué duda cabe, no debería limitársele la capacidad de ejercicio de sus derechos. Esto es evidente, pues pensar lo contrario sería aceptar un caso de discriminación hacia esta persona por el solo hecho de tener esa discapacidad.

Entonces, para diferenciar estos casos (los graves, los moderados y los leves), la antigua regulación tenía en la figura del "discernimiento" a la piedra de toque que iba a determinar si estábamos ante un caso de incapacidad absoluta, incapacidad relativa o capacidad plena. De esta forma, con ese régimen, y teniendo las posibilidades que sus normas otorgaban, sí era posible entrar a esa distinción, pues el juez, en el caso concreto, podía señalar si es que una persona era interdicta y tenía la potestad de limitarle la capacidad de ejercicio. En ese escenario el acervo probatorio iba a ser fundamental para que el juez interprete la norma y emita su sentencia. Sin embargo, hoy los jueces se ven atados de manos, porque ocurre que en algunos casos no tienen claridad para saber cómo proceder, gracias a lo inorgánico y confuso que resultan los nuevos textos de diversas normas del Código Civil y del Código Procesal Civil.

Entonces, se confunde y no se interpreta las normas que han sido modificadas por el Decreto Legislativo N° 1384, con la gravedad de que hoy, las normas vigentes, no permiten una interpretación distinta a la de sus propios textos.

6. Algunas precisiones finales

Me queda claro que hoy todos los contratos celebrados por menores de dieciséis años son nulos en aplicación del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil que, a su vez, nos lleva a la aplicación del artículo V del Título Preliminar de dicho Código. Debe quedar claro que las personas menores de dieciséis años son incapaces absolutos y, para ello, basta revisar el inciso 1 del artículo 43 *in fine*.

El Derecho tiene que estar al alcance del ciudadano y, sin la necesidad de ser un reglamento, debe intentar regular de la manera más clara posible todas las instituciones jurídicas. De ahí que sea necesario dar un paso atrás para volver a estudiar, analizar y proponer un sistema serio que recoja los lineamientos de la CDPD y, sobre todo, que sea útil y no genere (como hoy) interpretaciones forzadas, lagunas, vacíos e indefensión en esas personas que son su razón de ser.

Asimismo, debemos volver a la versión original del artículo 1358 del Código Civil, pues esa regla reconocía una realidad y servía para no tener millones de contratos nulos.

Cabe anotar que, en todo este análisis, nada tiene que ver el aspecto ideológico, sino que simplemente existen casos en los que los actos que celebra una persona con discapacidad deben tener consecuencias o limitaciones establecidas así por la ley. Eso es así en un sistema paternalista o en un sistema que tenga cualquier otra influencia ideológica.

De otra parte, se podría pensar que se deben dirigir los esfuerzos de la doctrina para generar criterios interpretativos que ayuden a la solución de casos, ello mientras se espera y promueve la modificación de las normas del Código Civil. Yo entiendo estas buenas intenciones, pero sinceramente creo que es una pérdida de recursos entrar a un juego creativo de criterios de interpretación sobre la base de un conjunto de normas defectuosas y que no tienen ningún sentido ni organicidad. Así, en lugar de entrar en ese juego, o esperar y promover una modificación legislativa, yo prefiero trabajar en lo segundo y dar todos mis esfuerzos y mi tiempo en llamar la atención para entender que las normas han sido terriblemente modificadas, de tal manera que prefiero seguir en esta tarea de explicar las inconsistencias del Decreto Legislativo N° 1384 (solicitando su derogación), pues creo que nada bueno aporta al respeto de los derechos de las personas con discapacidad y hace un tremendo daño a la sociedad y al sistema jurídico en su conjunto.

Al final, la Academia debe originar espacios en donde se intercambien pensamientos, siempre de manera alturada, y con el respeto y aprecio que sus integrantes se deben tener. Es en ese espacio en el que planteo este comentario.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós y Ángela Arias-Schreiber Montero. "Contratos. Parte General". En: Delia Revoredo Marsano (Compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, Parte Tercera, 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015; CAMPOS GARCÍA, Héctor. "Alegato a favor de la validez de 'millones de contratos'. Breves anotaciones a la modificación del art. 1358 CC por el Decreto Legislativo N° 1384". En <https://legis.pe/alegato-favor-validez-millones-contratos-breves-anotaciones-modificacion-articulo-1358-c-c-decreto-legislativo-1384/>; CAMPOS GARCÍA, Héctor. "La compraventa de un bien social por uno de los cónyuges y el (pendiente) VIII Pleno Casatorio: ¿es preferible la tesis 'pro ineficacia' frente a la tesis de la 'pro nulidad'?". En: Actualidad Civil, Tomo N° 59, Lima, mayo de 2019; RUBIO CORREA, Marcial. El Título Preliminar del Código Civil. 11ª edición. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2015.

Principio de integralidad o totalidad contractual

Artículo 1359.- *No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.*

Concordancias:
C.C. art. 1352

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

La norma bajo comentario, a nuestro entender, denota la necesidad de que las partes intervinientes en la formación del contrato plasmen su acuerdo –entendido como concordancia sustancial de **declaraciones**– sobre el total de las estipulaciones que conforman el contenido material de la autorregulación de intereses que, ahora a través del instrumento contractual, opera en la realidad social. Evidentemente, un intento práctico que pretenda recoger una autorregulación de orden contractual, valorada en su conjunto, no podrá ser tomada como relevante ni tutelada por el ordenamiento si es que faltara un acuerdo total sobre cada uno de los puntos compositivos que lo conforman: ningún sujeto podría ver alterada su particular esfera de intereses en tanto haya una discrepancia, aunque ella fuere secundaria, sobre algún punto del contenido del acuerdo, más aún cuando ella fuese total; así también una concordancia declarativa parcial, es decir, aquella que incida solo sobre una parte de los puntos de autorregulación, genera la **inexistencia material** del contrato por falta de acuerdo siendo inequívoco que, ante esta hipótesis, no podría ni siquiera tomarse a ese intento práctico frustrado como un contrato nulo, tal y como inexactamente sostienen algunos (CASTILLO FREYRE y HORNA CHICCHÓN, pp. 437-438), dado que en este caso no se detectarían los índices mínimos del tipo contractual en lo que concierne al perfeccionamiento de la declaración-acuerdo: se tiene que la composición de su contenido, en términos sustanciales, está reflejada en el conjunto de sus cláusulas sobre las que se califica su proceso formativo. De allí que la norma imperativamente disponga que **no hay contrato** mientras que no haya conformidad de las partes sobre el total contenido del acuerdo. Ella, según manifestara mi desaparecido maestro, nos está señalando en forma muy clara que para la formación del contrato es necesaria una total y perfecta coincidencia de voluntades declaradas, sin exigir en modo alguno la coincidencia de voluntades internas, ya que el artículo utiliza el término "estipulaciones", que está referido exclusivamente a las cláusulas que conforman el contenido del contrato, que es producto o consecuencia de las voluntades declaradas. Esto nos lleva a pensar que el Código Civil en materia contractual habría optado por el declaracionismo (TABOADA CÓRDOVA, p. 83). En síntesis, señalaba otro de mis maestros, para la norma bajo comentario, que el contrato solo se entenderá formado en la fecha en que se convenga sobre el último punto del programa contractual (FORNO FLÓREZ, pp. 222-223).

Sin embargo, el tema no puede quedar en ello, aun recurriendo a esquemas didácticos explicativos del llamado "circuito cerrado", sino que debe ser enfocado con relación al contenido negocial-contractual, derivando de tal acercamiento una distinción bastante importante que detallaremos luego y que permite establecer que el artículo comentado se refiere solo al fenómeno de formación del contenido por actividad declarativa de las partes, por lo que es inadecuada la remisión al principio de integración contractual, siendo más adecuado referirse al principio de integralidad o totalidad contractual.

En tal orden de ideas, para un mejor entendimiento de nuestro posicionamiento –no coincidentes con las posturas fanáticamente voluntaristas ni con las tesis normativistas, que en el fondo ahogan el fenómeno negocial en el contrato– es preciso establecer los parámetros

conceptuales en que nos apoyamos cuyos basamentos, coherentemente con los postulados asumidos, parten de la categoría negocial (cuyo tipo principal es el contrato) pues el análisis de la temática del contenido y la integración así lo exige.

1. Alcances puntuales sobre el contenido negocial y la integración. Las fuentes de integración. Integración y actividad declarativa

Como se ha dicho la norma abordada no resuelve un problema de integración negocial-contractual pues su aplicación resulta siendo autónoma frente a este mecanismo: mientras la integración se erige como una actividad del ordenamiento en la que el asentimiento o conformidad de los contratantes resulta irrelevante (salvo cuando se decide su antelada exclusión mediante pacto contrario en el caso de las normas supletorias), la *fattispecie* analizada se refiere a la exigencia de que todas las cláusulas generadas por la propia actividad declarativa sean fruto del consentimiento.

Deslindemos la cuestión.

En un examen panorámico de la integración en los negocios jurídicos puede señalarse que esta actúa sobre el contenido y no sobre los efectos del negocio, puesto que pensamos que la actuación sobre los efectos exige de un correlato necesario e imprescindible en el contenido negocial, debido a que los efectos son atribuidos por el ordenamiento de acuerdo a lo que considera relevante en aquel.

La iniciativa negocial en virtud del reconocimiento jurídico de la autonomía privada, vía el intento práctico, sigue siendo la única que permite crear negocios jurídicos. El ordenamiento, en este caso, se limita a recibir esa manifestación de voluntad para someterla a calificación. Luego, es comprensible que si en cada caso el intento práctico se eleva a la categoría de precepto jurídico, el ordenamiento intervenga para disciplinar la actuación de la autonomía privada.

De ello, puede bien afirmarse que, en primer lugar, la formación del contenido negocial se basa primordialmente sobre la actividad declarativa de los sujetos-parte en el negocio-contrato. Debe tenerse presente que el intento práctico no solamente está formado por las declaraciones de voluntad, sino también por todos aquellos comportamientos positivos o negativos a partir de los cuales se hace evidente, fluye, una determinada finalidad práctica, y a los que el ordenamiento enlaza los efectos correspondientes a una verdadera declaración. Es lo que la doctrina alemana, a pesar de la terminología que no tomamos como exacta, denomina "actuaciones de voluntad", las que sin tener un fin de manifestación dan realidad a una voluntad de negocio. En las actuaciones de voluntad el acto exterior no es un medio de manifestación, sino un indicio de la voluntad del negocio. Pero esto no es razón para establecer una contraposición de principio entre la declaración y la actuación de la voluntad y para tratarlas diversamente dentro de la doctrina del negocio jurídico (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF p. 68).

Por nuestra parte, consideramos acertado el planteamiento expuesto, aun cuando el debate en Alemania fue encarnizado, dado que, a nuestro entender, lo que en fin de cuentas resulta importante es que el ordenamiento considere o trate como declaración una actividad del sujeto, más allá de si en términos materiales lo es. En otras palabras, si el ordenamiento considera como declaración un determinado comportamiento –acto u omisión– y le atribuye los efectos propios de aquella, entonces no resulta útil discutir si tal comportamiento es, en verdad, una declaración. Es pertinente entonces utilizar el término "actividad declarativa" para referirnos a ambos supuestos de conformación del contenido en el negocio jurídico.

Pero el contenido también puede ser conformado directamente por la intervención del ordenamiento, hipótesis no regulada en la norma comentada. Y esto evidentemente se da en la aplicación de las normas imperativas y dispositivo-supletorias.

En lo que se refiere a las primeras se tiene su incorporación inmediata al contenido negocial con la sustitución automática de las cláusulas que no se adapten a lo estrictamente preceptuado por la norma imperativa, o con su directa inserción, aun cuando no haya estatuición negocial que regule la materia a sustituir. Se está ante una norma imperativa cuando presenta el carácter de la inderogabilidad, es decir, cuando ella tutela un interés general prevalente sobre aquel de las partes. Las normas imperativas se aplican directamente a la relación negocial no obstante la diversa previsión de las partes, realizando una integración "*cogente*" del contrato o negocio. La operatividad de esta categoría de normas, en lo que ahora nos concierne, es la de posibilitar la sustitución automática del contenido establecido por ella para el negocio, antes que sancionar su invalidez como se hace patente en la actuación de otro sector de normas imperativas, mucho más frecuentes en el Derecho positivo y cuyo contenido es catalogado dentro de los llamados remedios-sanciones.

Se puede discutir, sin embargo, sobre si la sustitución de parte del contenido debe ser prevista expresamente por la norma, o si puede inferirse a través de la constatación de que esta encuentra su aplicación sobre el contenido negocial. Ante tal disyuntiva, me parece que, siendo la regla general que la contravención a normas imperativas hace inválido el negocio, la sustitución automática es, si se quiere, una forma de heterointegración "sustitutiva" del contenido negocial (puesto que no modifica el tipo como sí sucede en la conversión), y que esta es considerada como remedio excepcional frente a la invalidez, se debe concluir que la sustitución automática debe ser expresamente contemplada por la norma.

Mayor relevancia en este punto tienen las denominadas normas dispositivas o supletorias.

Ante todo, se debe recalcar la cuestión definitoria de las normas dispositivas o supletorias, en vista de que muchos autores no consideran que ambos términos se refieren a una misma figura. En tal sentido, se han diferenciado las normas dispositivas, entendidas como aquellas que, siendo de orden o interés privado, son dictadas en salvaguarda de los intereses particulares y que se remiten en su aplicación a la discreción de ellos (BARBERO p. 77); de otras denominadas supletorias o integrativas que serían las normas que sirven para reconstruir el contenido relevante de los negocios jurídicos donde falte o sea lagunosa (o esté mal encaminada) la manifestación de voluntad (BARBERO p. 77). La distinción entre ellas se debe, de acuerdo con la clasificación de las normas jurídicas, a que ambas pertenecen a criterios distintos de clasificación: **las normas dispositivas se contraponen a aquellas imperativas, mientras que las supletorias o integrativas lo hacen con respecto a las interpretativas.**

Ello nos lleva a reflexionar sobre la propiedad de seguir simplemente sosteniendo que sean las normas imperativas y dispositivas (DE LOS MOZOS p. 53) las que actúan sobre el contenido negocial y producen la heterointegración, cuando la realidad del ordenamiento positivo evidencia que no todas las normas imperativas o dispositivo-supletorias actúan sobre aquel. Es mejor entonces, en el marco de nuestro actual interés, hablar en general de normas integrativas, sean estas de aplicación imperativa o de aplicación dispositiva. Y no utilizamos el término "supletorias", ya que esto sería equívoco, puesto que con la integración no solo se suple o completa, sino también se corrige y modifica el contenido preceptivo establecido en el negocio, como ocurre por ejemplo en el fenómeno de la conversión.

La ventaja que se tiene con la sistematización planteada está en diferenciar nítidamente el aspecto o la función integrativa que pueden cumplir las normas jurídicas, no importando o siendo irrelevante si es que se trata de normas imperativas o dispositivas, ya que estas responden a una diferenciación con una finalidad distinta, que apunta más bien al interés que se tutela mediante ellas.

En suma, tenemos que admitir la clasificación planteada como la más adecuada en el plano de actuación de la norma sobre el contenido negocial, y decir que existen dos grandes grupos de normas: las interpretativas y las integrativas, que apuntan respectivamente a i) determinar el sentido de preceptos negociales, estableciendo verdaderas reglas de observancia obligatoria para la interpretación de los negocios, y a ii) completar, sustituir o corregir el contenido que presente alguna anormalidad o se presente lagunoso bajo algún aspecto.

Por otro lado, concurren a la formación del contenido, los usos y costumbres, y la equidad. Los usos y costumbres son aquellas pautas establecidas por el mismo contexto social que constituyen el contenido de verdaderas normas no consagradas en documentos (BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI p. 57). Valen para materias no reguladas por la ley, y en los casos en que se haga un llamado expreso a su utilización (GALGANO p. 56). En la experiencia negocial los usos pueden inclusive imponer ciertos deberes y derechos no previstos por la norma, pero justificados en la praxis del contexto económico-social. Piénsese en la posibilidad de exigir la "prendida" de cigarrillo cada vez que se adquiere uno de ellos: deber consolidado y asumido sobre todo por los vendedores ambulantes que desde hace bastante tiempo interactúan en el mercado.

Por último, también interviene en la formación del contenido, la equidad. Bástenos con señalar que la equidad es la norma del caso concreto creada por el juez en los casos excepcionales en los que la ley le consiente crearla (GALGANO p. 56). Se trata de concurrir a determinar el contenido de un negocio que en lo concreto del caso ha podido tornarse "injusto" en vista de la función típica del negocio de que se trate. Un caso de aplicación de la equidad como formativa del contenido negocial, lo tenemos en la hipótesis del artículo 1346 CC (donde el juez puede reducir "equitativamente" el monto de una cláusula penal que se haya tornado excesiva).

Nótese, además, que los usos y la equidad poseen solo una función integrativa de estricta naturaleza completiva y nunca modificativa, desprendiéndose de esto que es necesario al menos que el núcleo esencial de los efectos del negocio sea positivamente querido por las partes (TRIMARCHI p. 183).

Queda así configurada nuestra posición de rechazo hacia la sistematización que identifica al contenido solo con la actividad declarativa de las partes. Esta, por demás, ha sido rechazada con mucha vivacidad (DI MAJO), en tanto la idea de contenido vertida en dicha postura se relaciona directamente con el concepto de negocio como declaración de voluntad, ahora deslegitimado por completo por la ciencia jurídica. En cambio, si tomamos, como lo hemos hecho, al negocio como una composición de intereses propios manifestada en un precepto, no se tendrá ningún problema para aceptar la actuación del ordenamiento sobre el contenido y su formación.

En definitiva, debe aceptarse la heterodeterminación (integración) del contenido negocial por el ordenamiento en vista del concepto renovado de autonomía privada, y al de negocio jurídico como una derivación necesaria de aquel. En resumen, concurren entonces, para

determinar el contenido negocial (contractual): las declaraciones de orden preceptivo de los particulares, la ley (con las denominadas normas integrativas, sean de aplicación necesaria o discrecional), los usos, así como la equitativa apreciación del juez.

Estando en claro y debidamente diferenciado el concepto de integración planteado por nosotros, siguiendo a los más serios desarrollos doctrinales, queda por ver los medios por los cuales se realiza aquella. Es decir, cuáles son los modos o, si se quiere, las formas de actuación de la integración.

Como se advierte, la integración o heterointegración (como nosotros preferimos denominar), se caracteriza por actuar externamente a la actividad declarativa de las partes. Quien concluye un negocio jurídico no piensa en regular todas las consecuencias que de él se derivan. Es normal, pues, que las partes no dispongan siempre sobre las hipótesis patológicas (por ejemplo, defectos no cognoscibles en las cosas vendidas, imposibilidad sobreviniente imputable a alguna de las partes o las consecuencias particulares de la invalidez en el contrato). Así, la laguna del reglamento negocial viene a ser llenada por disposiciones normativas: el fundamento de estas reglas integrativas no está en una presunta correspondencia a aquello que las partes habrían dispuesto si hubiesen afrontado el problema, sino en la valoración del legislador dirigida a dictar una solución oportuna y equilibrada del problema. Para determinar el reglamento negocial concurren las declaraciones preceptivas de los particulares, la ley (con normas dispositivas o imperativas) y a veces también los usos y la equitativa apreciación del juez, estando estos últimos en vía subordinada y en función solamente integrativa, nunca modificativa.

El problema queda resuelto constatándose tan solo cómo es que el ordenamiento realiza la intervención en el contenido negocial. Y esto se obtiene en la propia ley, a través de las normas dispositivas o supletorias, en aquellas imperativas, en los usos, en la equidad y en los principios generales del derecho (buena fe). En suma, lo que se ha venido denominando como fuentes de integración del contrato (RODOTÀ p. 53).

El negocio jurídico, y en consecuencia el contrato, no solo produce los efectos jurídicos perseguidos por las partes en la consecución de un fin práctico, sino además otros efectos impuestos por las normas imperativas, o previstos por la norma dispositiva que integran el propósito negocial, completándolo; o bien, en la medida en que lo suple en lo que se haya o no previsto, sustituyéndolo; o por último, corrigiendo su contenido si se cumplen los fines que el ordenamiento consideró relevantes para recurrir a tal remedio en la configuración de un nuevo tipo negocial, con lo que nos encontramos ante el fenómeno de la conversión.

2. El marco aplicativo del artículo 1359 CC: el contenido derivado de la actividad declarativa de los sujetos

A partir de las observaciones efectuadas he querido evidenciar la profunda diferencia entre actividad declarativa e integración, basada respectivamente en su injerencia interna y externa sobre el contenido contractual. Ello, con el propósito de deslindar correctamente el marco aplicativo de la norma bajo comentario que se contrae a los puntos del contenido contractual derivados de la actividad declarativa de las partes sobre los que, notoriamente, debe haber conformidad, es decir, acuerdo.

Cuando esta norma exige, para la existencia del contrato, que las partes deben estar conformes sobre todas sus estipulaciones, se refiere no a todo el contenido contractual sino solo a aquella porción cuya fuente es la actividad declarativa de las partes.

No se puede exigir conformidad (*rectius*: acuerdo) con relación al contenido de fuente externa derivada de la integración, en cuanto sobre ella no encuentra injerencia alguna la actividad de los sujetos que, a lo sumo, podrán reemplazarla mediante **un nuevo acuerdo**, siempre y cuando la fuente específica de ese contenido no sea una norma integrativo-imperativa. Por ende, ni siquiera en este caso se podría justificar un requerimiento de conformidad pues no es que tenga que prestarse ella a dicho contenido, sino que este sería pasible de ser excluido a través de un pacto en contrario.

Similar razonamiento, en un momento *ex ante*, explica el por qué las partes pueden excluir la operatividad de la integración dispositiva siendo rigurosos en la determinación de los puntos de autorregulación, evitando la presencia de lagunas que tengan que ser colmadas por la intervención del ordenamiento.

Ciertamente, la **discrepancia** a que se refiere la norma –enfocada como el perfil negativo de la conformidad– puede recaer sobre el contenido integrado: piénsese en que una parte no esté conforme con este mientras que la otra si lo está. Frente a ello tendremos que discernir si nos encontramos frente a una norma imperativa o dispositiva.

En el primer caso la discrepancia no tiene mayor relevancia pues, al no poderse contravenir la norma imperativa –ni siquiera por el acuerdo de ambas partes– el único camino es que ellas dejen sin efecto la entera regulación o la consientan con el contenido imperativo.

En el segundo caso, la otra parte puede asentir en la discrepancia y luego ambas proceder a modificar sucedáneamente el contenido contractual, mediante un acuerdo posterior lo que, reiteramos, es una hipótesis distinta a la regulada por la norma bajo comentario.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I: Contratos, Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 1998; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969 (existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez, publicada por la Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho. Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 1992; CASTILLO FREYRE, Mario y HORNA, Pierre Martín. "Tratado de la teoría general de los contratos: la plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea". En: Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo I, volumen XX, primera reimpresión, Lima, 2006; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve comentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 1990; DE LA CALLE, Humberto. La inoperatividad del negocio jurídico. Temis. Bogotá, 1980; DE LOS MOZOS, José Luis. La conversión del negocio jurídico. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1959; DI MAJO GIAQUINTO. L'esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1967; ENNECCERUS, Ludwig. "Derecho de Obligaciones. Parte General". En: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin Tratado de derecho civil. Tomo I-2, volumen 1, Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982; FORNO FLÓREZ, Hugo. "La oferta al público: razones para una discrepancia". En: Derecho PUCP, número 45, Lima, 1991; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por Cicu-Messineo y continuado por Mengoni, volumen III, Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1988; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). Buenos Aires, 1982 (ambas obras traducidas del italiano por Santiago Sentís Melendo); MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1979; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Nápoli, 1986; RODOTÀ, Stéfano. Le fonti di integrazione

del contratto. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1969; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto en Trattato di diritto privato, dirigido por Pietro Rescigno. Tomo segundo, volumen 10, Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET). Torino, 1982; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas generales del Derecho Civil. Traducción del italiano por Agustín Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983; TABOADA, Lizardo. "¿Ha optado el Código Civil Peruano por el voluntarismo en materia contractual?". En: Themis. Revista de Derecho, número 17, Lima, 1990; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privatto. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1989.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción del principio de integridad contractual

{E}l artículo 1359 del Código Civil dispone que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria; Noveno. {E}n este caso, las partes no han llegado a la conformidad de la forma del pago del saldo del precio, por lo que no existe contrato (Cas. N° 1530-1999-Lima).

Reserva de estipulaciones

Artículo 1360.- ***Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.***

Concordancias:
C.C. arts. 1359, 1407, 1408, 1544

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos introductorios: relación con el artículo 1359 del Código Civil

El presente artículo del Código Civil de 1984 se debe analizar en forma conjunta con el artículo 1359 del mismo cuerpo de leyes, que establece lo siguiente: "No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria". Efectuamos esta interpretación sistemática por comparación en tanto el supuesto normativo y la consecuencia jurídica de la norma anterior están directamente relacionados con la estructura normativa de la norma objeto de estudio.

Así tenemos que el artículo 1359 tiene por construcción normativa la siguiente:

> Supuesto de hecho: "Si las partes no están conformes sobre todas las estipulaciones de un contrato, aunque la discrepancia sea secundaria".
>
> Factor de conexión: Entonces...
>
> Conclusión: "... no hay contrato".

Por su parte, el artículo 1360 tiene la siguiente estructura complementaria:

> Supuesto de hecho: "Si las partes han resuelto reservar alguna estipulación de un contrato y con posterioridad la reserva queda satisfecha".
>
> Factor de conexión: Entonces...
>
> Conclusión: "... es válido el contrato y la estipulación opera retroactivamente".

¿Por qué consideramos que ambas normas son complementarias? Porque lo establecido en el artículo 1359 del Código Civil se refiere a la estructura del contrato (a la validez o eficacia estructural del negocio jurídico), en tanto alude al objeto del contrato[1], es decir, al contenido del consentimiento determinado por el conjunto de estipulaciones. Así, si los suje-

(1) Respecto del objeto del contrato, cabe mencionar (según evolución histórica citada por el joven estudioso del Derecho, Miguel Espichán Mariñas, en su artículo "Reflexiones sobre el objeto del negocio jurídico", obra inédita) a los siguientes autores: COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, en *Curso elemental de Derecho Civil*, p. 645; JOSSERAND, Louis, en *Derecho Civil*; MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, en *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, Vol. 1. Sobre la necesidad del objeto: PUIG PEÑA, Federico, en *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo IV, Vol. II. p. 26; DÍEZ-PICAZO, Luis, en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, p. 201. En el mismo sentido, FORNO FLOREZ, Hugo, en "Acerca de la noción de contrato". Resulta importante, al referirnos al objeto-contenido del contrato "como el conjunto de estipulaciones del negocio jurídico consensual relativas al 'bien' que es aquel que permite la satisfacción de la necesidad del sujeto acreedor (en la relación obligatoria)", citar la posición de BATISTA FERRI, Giovanni, quien en el texto *El negocio jurídico*, al igual que en su *Excursus* referido al Codice Civile de 1865, señalaba que el objeto del contrato era la cosa (es decir, el bien).

tos contratantes no consienten sobre cada una de las reglas del contrato, entonces no habrá acuerdo (declaración de voluntad negocial) y, por ende, el negocio jurídico será inválido.

Recordemos cómo se construye el contrato. Existen dos momentos en la formación de la voluntad conjunta[2]: a) La oferta: que es la declaración de voluntad del oferente iniciando la formación del consentimiento, debiendo reunir los siguientes requisitos: ser completa (establecer las reglas principales y secundarias del contrato), existir seria intención de contratar y ser formal. b) La aceptación: que es la declaración de voluntad complementaria de la oferta, por la que se exterioriza el acuerdo o consentimiento a lo establecido en esta. La aceptación debe reunir las siguientes condiciones: ser idéntica (debe aceptarse lo mismo que se indicó en la oferta sin existir discrepancias, aunque esta sea sobre aspectos secundarios), oportuna (en el plazo de la oferta) y formal.

Del mismo modo, el artículo 1360 del Código Civil hace referencia a las estipulaciones del contrato, es decir, a la formación del consentimiento. Así, si las partes no están aún de acuerdo sobre todas las estipulaciones, pueden reservar alguna de estas para ser determinadas y consentidas en un momento posterior, a fin de que se concluya con la construcción del contrato y produzca efectos jurídicos.

Así, nos dice Manuel de la Puente y Lavalle[3]: "En efecto, la realidad de la vida puso de manifiesto que el *iter* formativo del contrato no es siempre el mismo. En algunos casos, las partes se ponen de acuerdo inmediatamente a través de la aceptación irrestricta de la oferta, lo que determina la conformidad sobre todos los extremos del contrato. Pero, en otros, el proceso de elaboración del contrato es más lento, se desarrolla en etapas durante las cuales las partes van conviniendo sobre puntos aislados y reservando otros para una futura oportunidad, no obstante lo cual desean dar carácter obligatorio a los acuerdos parciales".

2. Teorías respecto de la reserva de estipulaciones: *punktation* y teoría de los acuerdos parciales

2.1. Teoría de la *punktation*

Según la presente teoría, las partes –durante las negociaciones preliminares o precontractuales (tal como se reconoce en nuestro Código Civil en el artículo 1362: "Los contratos deben **negociarse** [el resaltado es nuestro], celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes")– dejan constancia escrita en documentos de los acuerdos parciales a los que van llegando en el curso de dichas negociaciones.

Para esta teoría bastará que las partes se pongan de acuerdo sobre los aspectos principales o esenciales del contrato, teniendo por tanto estos acuerdos plena validez y efectos obligatorios, mientras que los aspectos secundarios pueden ser reservados a un momento posterior, lo que implica una suerte de condición a criterio de autores como Francesco Carnelutti[4].

2.2. Teoría de los acuerdos parciales

Esta teoría establece que durante las negociaciones que preceden a la formación del contrato, las partes pueden llegar a acuerdos sobre puntos aislados del contrato proyectado, que

(2) Para mayor información revisar DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Primera parte, Tomo II.
(3) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 40.
(4) CARNELUTTI, Francesco, citado por CARRESI, Franco. *Il contratto*, Tomo I, p. 707.

tendrán fuerza vinculante en caso que el contrato se celebre (situación que no resulta obligatoria, es decir, las partes no tienen que comprometerse a celebrar el contrato definitivo). Esta ausencia de compromiso respecto del contrato final o definitivo hace que diferenciemos a los acuerdos parciales de los contratos preparatorios, en los que las partes se comprometen a suscribir el contrato definitivo (compromiso de contratar).

La utilidad de los acuerdos parciales es que permiten dar carácter vinculante a las estipulaciones negociadas y acordadas, a fin de que se incorporen al futuro contrato que se espera celebrar, disminuyendo los costos contractuales, puesto que las partes no tendrán que negociar nuevamente aquello que ha sido objeto de discusión previa. Por otro lado, determina la posibilidad de solicitar una indemnización en tanto lo acordado de forma preliminar no sea respetado por las partes contratantes. Así, podemos citar a Joanna Schmidt(5), quien es seguida en el Perú por el maestro Manuel de la Puente y Lavalle:

> "Las partes no consideran que el acuerdo parcial vale como contrato definitivo; la conclusión de este está subordinada al acuerdo sobre otros elementos: la convención parcial vendrá a ser, solamente, una parte del contrato definitivo. La negativa a hacerle producir efectos jurídicos solo concierne al acuerdo parcial en su relación con el contrato definitivo; ella no concierne a los efectos del acuerdo parcial como tal. De aquí se concluye que el acuerdo parcial produce, en efecto, consecuencias específicas, distintas de las del contrato definitivo; él obliga a las partes a respetar los puntos ya fijados, que no podrán ser desconocidos en el curso de la negociación (salvo por un nuevo acuerdo). Un comportamiento contrario a tal compromiso puede ser fuente de responsabilidad contractual".

3. Posición peruana

3.1. Teoría asumida por el Código Civil peruano

Respecto del tema objeto de estudio, en nuestro país se suele afirmar la existencia de una posición mixta. Así, Manuel de la Puente y Lavalle sostiene que el Código Civil peruano "no sigue fielmente ni el sistema de la *punktation* ni el de los acuerdos parciales". Del mismo modo, se afirma que en nuestro Código Civil la solución legislativa se acerca más a la teoría de los acuerdos parciales. Así el mismo autor nos dice:

> "Esta solución se acerca más, en el fondo, al sistema de los acuerdos parciales, pues cuando el artículo 1360 habla de que es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, en buena cuenta está diciendo que es **vinculante** (el resaltado es nuestro) el acuerdo parcial sobre los puntos no reservados. Lo que lo distingue es que en el sistema de los acuerdos parciales no se precisan los puntos que quedan reservados, mientras que en el caso del artículo 1360 esta precisión es necesaria".

Al respecto, debemos exponer nuestra discrepancia de lo afirmado por Manuel De la Puente, en la medida en que no consideramos vinculantes (u obligatorios) los acuerdos previos a los que arriban los sujetos contratantes hasta que no exista un acuerdo completo respecto de la integridad del contrato, puesto que afirmar lo contrario implicaría aceptar que en el Perú pueden existir compromisos por partes y diversas declaraciones de voluntad en la formación del consenso (no solo la oferta y la aceptación). Además, estaríamos contradiciendo al propio Código Civil, el que en su artículo 1359 establece que: "NO HAY CONTRATO

(5) SHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats*, citada por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit.

mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria". De este modo, coincidimos parcialmente con la posición de Francesco Carnelutti(6), citado por el propio Manuel De la Puente, quien establece que: "Subordina la conclusión del contrato a la condición que se alcance acuerdo también sobre los puntos reservados".

3.2. La reserva

La "reserva" implica una declaración de voluntad contractual en virtud de la cual las partes contratantes, al momento de la formación del contrato (sea en la oferta o en la aceptación), deciden derivar o diferir la determinación de algún aspecto del contrato para un momento posterior, siendo complementaria a la voluntad declarada por los sujetos.

Respecto de esta definición debemos precisar una serie de afirmaciones: en primer lugar, la reserva es una declaración de voluntad contractual, porque implica una manifestación de voluntad o exteriorización de la voluntad interna de carácter expreso (en tanto debe efectuarse mediante el uso de un lenguaje socialmente aceptado o de dominio de los sujetos contratantes), y recepticia (debe ser conocida por la contraparte de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1374 del Código Civil). En segundo lugar, la reserva debe ser comunicada junto con la oferta (complementando algún elemento del contrato) o con la aceptación (a manera de contraoferta, aunque si se refiere a un aspecto no señalado en la oferta no debería ser considerada como tal, sino como una declaración complementaria al consentimiento, el que se forma mediante la conjunción entre la oferta y la aceptación). Y, en tercer lugar, la reserva "complementa" la voluntad de los sujetos (lo que significaría afirmar que los acuerdos construidos sobre las estipulaciones declaradas son insustituibles por haber sido comunicados y consentidos a la luz de los principios de la buena fe y común intención de las partes, mas no son obligatorios hasta que no se cumpla con satisfacer lo reservado), lo que, a nuestro entender, no puede ser asimilado a la "condición", puesto que no consiste en un "hecho futuro e incierto", sino en una "declaración futura y dependiente de la voluntad de las partes".

Al no establecer el Código Civil peruano sobre qué puede recaer la reserva, se concluye que puede ser sobre aspectos esenciales como secundarios, aunque desde nuestro punto de vista y siendo pragmáticos, consideramos que la utilidad de la reserva debe recaer sobre aspectos secundarios, puesto que estaríamos colocando en un grave cuestionamiento a la oferta si esta no cumple cuando menos en señalar los aspectos esenciales del contrato a celebrarse (no olvidemos que uno de sus requisitos es que sea completa y autosuficiente).

3.3. Efectos de la satisfacción de la reserva

El Código Civil de 1984 establece que una vez satisfecha la reserva, el contrato es válido y opera retroactivamente. Desde nuestro punto de vista, consideramos que la retroactividad (efectos de un hecho jurídico sobre situaciones jurídicas anteriores) que el Código Civil dispone, es una opción legislativa para dar seguridad jurídica a la transacción realizada y efectos a los acuerdos que, de forma previa a la reserva, se habían adoptado.

A nuestro parecer, el Código Civil debió reconocer la existencia del contrato desde el momento en que se satisface la reserva en adelante (efecto inmediato), puesto que es el instante en que la voluntad de las partes determina la existencia de un consenso pleno.

(6) CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit.

DOCTRINA

ESPICHAN MARIÑAS, Miguel. Reflexiones sobre el objeto del negocio jurídico. (Obra inédita); COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. Traducción de la edición francesa a cargo de DE BUEN, Demófilo. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1943; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Traducción de CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago, a la tercera edición francesa, revisada y completada por BRUN, André. Editorial Ejea-Bosch. Buenos Aires, 1950; MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, Vol. 1. Editorial Ejea. Buenos Aires, 1960; PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español, Tomo IV, Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, quinta edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996; FORNO FLOREZ, Hugo. Acerca de la noción de contrato. En: Gaceta Jurídica, Tomo 68-B, Lima, mayo 2000; BATISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. En Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Primera Parte, Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; CARRESI, Franco. Il contratto, Tomo I. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1987; SHMIDT, Joanna. Négociation et conclusion de contrats. Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1982.

Obligatoriedad contractual. Presunción de voluntad común

Artículo 1361. - *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.*

Concordancias:
C. art. 2 inc. 14); C.C. arts. 141, 166, 168, 1362; C. de C. art. 57

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

1. De la obligatoriedad contractual en sentido general

El primer efecto que causa el contrato radica en su carácter obligatorio, es decir el acuerdo de voluntades de las partes contratantes tiene fuerza de ley entre ellas, expresión que no debe entenderse en su expresión literal, pues caben supuestos de desistimiento unilateral del contrato, aun con carácter excepcional. La citada expresión debe entenderse tan solo en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo y respetar la palabra empeñada *pacta sunt servanda*.

Como acertadamente sostiene Lacruz Berdejo, el contrato no tiene la generalidad de la ley, aun cuando *inter partes* tenga su misma autoridad, de esta manera las partes han de someterse a las reglas contractuales como lo hacen tocante de las de naturaleza legal, y de igual manera compete al juez imponer su respeto(1).

La *lex contractus* es una ley autónoma, son preceptos que se da cada contratante(2), a tenor del compromiso que suscribe, vinculándose a una conducta: actuar a través de un dar o un hacer o abstenerse de hacerlo. El contrato es, sin duda, la principal fuente de las obligaciones, conforme con el artículo 1351 del vigente Código Civil, el contrato es creador de relaciones jurídicas patrimoniales, principalmente obligatorias y como tal, título acreditativo de los derechos de créditos y reales que puede originar. Desde este punto de vista el contrato se presenta como norma jurídica reguladora de la conducta del hombre lex contractus que determina una reglamentación a la cual se somete voluntariamente. Como afirma Doral García, la lógica del contrato es impecable: el contrato es norma de conducta para quien decide quedar voluntariamente obligado(3).

Si bien aunque el precepto en cuestión no lo alude expresamente, el contrato no solo se integra por la voluntad de las partes, sino también por la buena fe u otras fuentes, como los usos y costumbres, aunque respecto de la primera el artículo 1362 alude como elemento

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis et al, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Volumen 2, 2ª edición, *Teoría general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 317-318.

(2) El propio LACRUZ BERDEJO. Ob. cit., pp. 318-319, sostiene la tesis de que el efecto vinculante del contrato opera por la voluntad de las partes, lo cual distingue al contrato de otros actos jurídicos. La voluntad persigue en el contrato un efecto práctico a través de la vinculación que el propio contrato produce, y que es precisamente el contenido de la voluntad de los contratantes. No es preciso que el contratante conozca las exactas consecuencias del negocio, ni aun su *nomen iuris*, con tal que tenga una idea de su resultado esencial, o que haya de responder por sus declaraciones. Dándose estas condiciones, todos los efectos que produzca el negocio se consideran aceptados por él.

(3) DORAL GARCÍA cit. pos. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*. Colex, Madrid, 2000, p. 137.

a tener en cuenta en los distintos estadios del contrato, hecho extensivo también, con más razón para cualquier esfuerzo hermenéutico que se pretenda del negocio contractual creado.

2. El fundamento de la obligatoriedad contractual. Argumentos doctrinales

El fundamento de la obligatoriedad contractual ha sido ubicado por la doctrina científica siguiendo distintas pautas.

La escuela voluntarista, exponente del individualismo jurídico, exacerba el valor del contrato, convirtiéndole en el fundamento mismo de todo el Derecho. Las obligaciones derivan del poder soberano del sujeto.

Los autores del Derecho Canónico sustentan el criterio de corte moralista: quien falta a la palabra dada viola una regla de moral trascendente, cual es la obligación de no mentir inscripta en el Decálogo.

Para Kant y su escuela filosófica del Derecho, que es en Alemania la escuela del Derecho natural, el hombre dicta su propia ley; "a la coacción exterior se sustituye la interior".

Para Kelsen el fundamento de la obligatoriedad contractual queda reducido al de la ley o norma que lo admite. A juicio del autor, el fundamento viene dado por el hecho de que una norma de grado superior (la ley o norma consuetudinaria) considera el contrato como una situación de hecho creadora de derecho.

Los utilitarios defienden la tesis del interés positivo. Para Bentham interesa más al hombre la observancia de los acuerdos que llega a celebrar que su inobservancia, ya que al producirse esta decae la confianza que merece a sus semejantes y en definitiva es él mismo quien se perjudica.

Otros autores buscan el fundamento en las ideas de utilidad y seguridad, no ya individual sino social.

Para Lacruz Berdejo la fuerza obligatoria de los contratos se impone por dos razones: una de índole moral y otra de naturaleza económica. A tenor de la primera se imponen el respeto a la palabra dada, la buena fe y, en su caso, la equidad que exige corresponder a la prestación de la otra parte; conforme con la segunda resulta indispensable un clima de seguridad del cumplimiento de las transacciones y promesas para la existencia del crédito[4].

Mosset Iturraspe cree "(...) que la regla jurídica que impone la obligatoriedad de los contratos (...) tiene su fundamento en la regla moral que hace al hombre sirviente de su propia palabra, pero concurren a dar fuerza a ese vínculo la libre aceptación de las cláusulas limitativas de la voluntad individual y la confianza que mutuamente se suscitan los contratantes, así como la satisfacción que por esta vía se logra de los intereses colectivos y del bien común"[5].

Díez-Picazo encuentra el fundamento de la obligatoriedad del contrato en la propia idea de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. No desdeña el valor ético y moral que entraña la palabra dada, pero el contrato no obliga tan solo por el respeto a la palabra, sino porque es cauce institucional de realización de fines e intereses. El

(4) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 319.
(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, edición actualizada. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, pp. 326-327.

contrato es un cauce de realización de la persona en la vida social. Por consiguiente, el fundamento más hondo del contrato está en la propia autonomía de la voluntad con sus límites endógenos y exógenos[6]. Entendida esta autonomía, más que de la voluntad en sí, de la persona titular de esa voluntad.

Se dice y con acierto que "(...) ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto, cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de actividad cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumentar su eficacia o apreciarla en crisis; pero siempre se busca asegurar y proteger ese valor mediante la remisión a un organismo adecuado de la función de guarda. Cuando esa actividad de cooperación se expresa por medio del Derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter vinculante de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos que, por tal admisión del Derecho, operan como supuestos *fácticos*, normativamente considerados y generadores, por ello y en cuanto ello, de relaciones jurídicas, las cuales provocan por sí mismas sus correspondientes efectos, siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas intervienen de lo por ellas acordado"[7].

El contrato obliga, en tanto es el vehículo propulsor del tráfico jurídico, la célula de entramadas relaciones económicas, que le permite al hombre encauzar sus más variados intereses patrimoniales, por ser expresión del poder de autodeterminación del individuo, del reconocimiento de su propio ego en pos de satisfacer sus apetencias como ser social. La fuerza del contrato es expresión también de la garantía de la seguridad jurídica y de la confianza en ese poder de decisión que supone, no una contraposición de intereses, sino una idea de cooperación y solidaridad entre los sujetos en función de necesidades que rebasan sus intereses individuales.

3. El principio de la fuerza vinculante de los contratos

La fuerza obligatoria de los contratos aparece reconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos[8] y hoy día sigue siendo principio informante del Derecho de Contratos,

(6) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo I, 4ª edición, *Introducción. Teoría del contrato*, Cívitas. Madrid, 1993, pp. 126-127.

(7) VÁZQUEZ BOTE, Eduardo. Voz "Contrato", en: *Diccionario Jurídico Espasa.*

(8) Así, artículo 1134 del Code de Napoleón: "Las convenciones legalmente formadas valen como la ley para quienes las han hecho. No pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza"; artículo 1091 del Código Civil español: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de las mismas"; el artículo 1372 del Codice Civile: "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ámese"; artículo 1197 del Código Civil argentino: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"; artículo 1545 del Código Civil de Chile: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"; artículo 406-I del Código Civil de Portugal: "O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mutuo consentimiento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei"; artículo 1602 del Código Civil de Colombia: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"; artículo 715 del Código Civil de Paraguay: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas"; artículo 519 del Código Civil de Bolivia: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por el consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley"; artículo 1159 del Código Civil de Venezuela: "Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley"; artículo 1022 del Código Civil de Costa Rica: "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes"; artículo 1129 del Código Civil de Panamá: "Los contratos serán obligatorios siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez"; artículo 1044 del Código Civil

recogiéndose así como uno de los principios generales de la contratación según Unidroit que en su artículo 1.3 lo reconoce: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes".

Una buena parte de los Códigos de tradición civilista (sistema romano-francés) sigue el modelo del *Code*, llevando a la norma la idea de la equiparación del contrato a la ley en cuanto a su fuerza obligatoria concierne. Obvio es que tal equiparación viene de la propia fuerza vinculante, pero no en los aspectos formales. Solo atañe a la firmeza del vínculo que se asume con el contrato o la fuerza vinculante similar entre el contrato y la ley.

Lo que hacen las partes al perfeccionar el contrato es crear una regulación normativa privada para la interrelación de sus intereses. Crean una reglamentación a la que deben ajustarse y respetar. Lo que sí debe quedar claro es que cuando la norma jurídica regula la fuerza de ley del contrato, la asimilación ley-contrato no se refiere sino a la imperatividad del vínculo. Una vez perfeccionado el contrato, se crea una norma que compele a las partes como la ley misma, y esa norma no puede dejarse sin efecto, en principio por una manifestación unilateral de voluntad[9]. En este sentido de habla de eficacia normativa u objetiva del contrato que se proyecta ontológicamente sobre los titulares de la posición contractual.

Hasta el momento de la creación del vínculo las partes son libres de contratar o no. Luego de haber formalizado el contrato, las normas que de él surgen las obligan y las sujetan a su contenido. Al decir de Lacruz Berdejo "no dice el precepto (se refiere al artículo 1091 del Código Civil español) que el contrato sea ley, sino que las obligaciones nacidas de él vinculan a su cumplimiento como la ley misma"[10].

Esta "ley privada" ha de quedar circunscripta en su eficacia vinculante a las partes contratantes, pues la autoridad privada no puede legitimar ninguna invasión en la esfera de los derechos ajenos.

Lo que se quiere señalar con la asimilación del contrato a la ley es que las partes no pueden sustraerse del deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas. Quedan sometidas a una norma particular.

---

de Puerto Rico: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de las mismas"; artículo 1134 del Código Civil de República Dominicana: "Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho"; artículo 2479 del Código Civil de Nicaragua: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" y artículo 1291, primer párrafo, del Código Civil de Uruguay: "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma".

(9) Ilustrativa resulta la Sentencia de 5 de enero de 1994 de la Audiencia Provincial de Lleida (España) (Ref. 1994/7552) que, resolviendo el recurso de apelación radicado al número 712/1993 en su Fundamento de Derecho Primero, dispuso: "(...) resulta evidente que todo contrato contiene dentro de sí una imperatividad que no descansa en la voluntad de las partes contratantes, sino que resulta impuesta por el propio ordenamiento jurídico, de tal forma que el contrato no crea normas de derecho objetivo, sino únicamente normas particulares para regular las relaciones entre los contratantes, lo que no es óbice para que lo acordado contractualmente pueda imponerse coactivamente a los contratantes, si estos no se someten voluntariamente a ello (artículos 1098 y 1099 del Código Civil), no debiendo olvidarse que es la voluntad propia de las partes, la que produce la fuerza obligatoria de los contratos, inspirándose en el principio 'pacta sunt servanda', precisamente en aras del valor y eficacia de lo libremente pactado, en servicio de la seguridad jurídica, de público interés para el mantenimiento del orden social, y también del orden privado, que se basa en las relaciones que ligan a los ciudadanos".

(10) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 317.

Precisamente para algunos autores como Lalaguna Domínguez, la fuerza de ley que se atribuye al contrato como producto de una voluntad común destaca su función social como fuente de obligaciones, cuyo fundamento moral es la unidad real de las premisas de libertad e igualdad de las partes contratantes.

La fuerza vinculante del contrato no supone un encadenamiento de la libertad de la persona. La vinculación contractual implica simplemente un cambio de perspectiva en la dinámica real de la libertad[11].

Ahora bien, la obligatoriedad del contrato no sustrae a las partes de la posibilidad, aunque excepcional, de alterarlo o modificarlo, de mutuo acuerdo, o cuando la ley o las propias partes así lo acuerden de poderlo denunciar unilateralmente.

4. Repertorio de los efectos jurídicos directos que entre las partes puede crear el contrato

Siguiendo a Díez-Picazo[12], el repertorio de efectos que entre las partes el contrato lleva consigo puede sintetizarse en:

a) Eficacia *constitutiva* del contrato: Opera cuando entre las partes a consecuencia del contrato concertado entre ellas surge una situación jurídica que antes no existía, a saber: la relación jurídica contractual[13], situación que no solo crea, sino también que dota de sentido y le atribuye una peculiar naturaleza. La relación jurídica contractual como vínculo –como aduce Rodríguez González–, subjetiviza el haz de efectos normativos del contrato entre las partes[14]. V.gr. la relación jurídica de mandato o de arrendamiento o de sociedad que nacen de los respectivos contratos de mandato, arrendamiento y sociedad.

b) Eficacia *modificativa* del contrato: Existe esta cuando el contrato, incidiendo sobre una relación jurídica preexistente, altera el contenido o esquema de dicha relación.

   Así, esta modificación puede ser de naturaleza *subjetiva* en los supuestos de cesión de derechos de crédito (*vid.* artículos 1206 y siguientes de aplicación del Código Civil), o en la cesión de la posición contractual (*vid.* artículos 1435 y siguientes de aplicación del Código Civil); de índole *objetiva* en el caso del contrato modificativo del objeto de un contrato precedente, como puede ser en el cambio del objeto social en el contrato de sociedad, o puede referirse al contenido de los derechos y deberes de la relación precedente, v.gr. en el aplazamiento de una deuda, supresión del término o la condición o la supresión parcial de esta cuanto en lo que quede por cumplir como prevé el artículo 174, segundo párrafo del Código Civil, liberación al deudor de una carga modal, etcétera.

(11) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos.* Reus, Madrid, 1978, pp. 17-20.

(12) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 396-398.

(13) Que es distinta a las relaciones jurídicas obligatorias que pueden nacer del contrato obligacional. La relación jurídica contractual es la situación jurídica en que las partes se colocan después de haber concertado el contrato. Lo que subyace después del momento de perfección del contrato.

(14) RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Ob. cit., p. 147.

c) Eficacia *preceptiva* del contrato: El contrato puede proyectar efectos en las relaciones *inter* partes, en cuanto a establecer o determinar el conjunto de deberes, obligaciones, cargas, poderes, derechos subjetivos, facultades o titularidades que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica que entre ellas existe o puede existir en el futuro. Desde este punto de vista, el contrato presenta la regla ordenadora, el estatuto o la carta del régimen jurídico de esta relación. V.gr. las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa que, salvo lo que las partes dispongan, vendrán reconocidas en los artículos 1549 al 1557 del Código Civil, el derecho del arrendador a resolver el contrato de arrendamiento en los supuestos reconocidos por el artículo 1697 en los números del 1 al 5, ambos inclusive y para el arrendatario en el caso comprendido en el número 5 del propio artículo; asimismo, la carga que supone para el huésped el comunicar al hospedante sobre la sustracción, deterioro o pérdida de los bienes introducidos en el hotel, de modo que el incumplimiento de esta carga le impediría le exigencia de responsabilidad al hospedante, a menos que sea imputable a este dolo o culpa inexcusable (cfr. artículo 1723 del Código Civil).

d) Eficacia *declarativa* del contrato: Se habla en este sentido cuando la finalidad del contrato aparece dirigida a constatar la existencia o la inexistencia de una relación jurídica, su contenido o el significado y el valor que ha de atribuirse a anteriores declaraciones negociales hechas por las mismas partes.

Precisamente cuando la finalidad del contrato se encamina a determinar la certeza de una relación jurídica, se habla de negocio de fijación, a través del cual las partes buscan precisar, constatar o dar certidumbre a una situación jurídica, determinando su existencia o su inexistencia y, en su caso, sus límites. Se pretende convertir una situación dudosa en una situación cierta, indubitada.

Igualmente se suele hablar de eficacia declarativa del contrato en todos aquellos casos en que las partes, de común acuerdo, establecen el valor y la significación que deben darse a las declaraciones por ellas emitidas en un negocio anterior. Se habla en este caso de negocio interpretativo o contrato de interpretación.

e) Eficacia *extintiva* del contrato: Se presenta cuando a causa de la concertación de un contrato se pone fin por las partes a una situación o relación jurídica preexistente. V.gr. en la dación en pago (*vid.* artículo 1265 del Código Civil), en la compensación convencional (*vid.* artículos 1288 y 1289 del Código Civil), en el mutuo disenso (artículo 1313 del Código Civil), en la condonación (artículo 1295 del Código Civil), etcétera.

5. De la intangibilidad contractual

Como corolario de la fuerza vinculante de los contratos se deriva su intangibilidad. Habíamos apuntado que una de las consecuencias más importantes que emana de la aplicación del principio de la asimilación del contrato a la ley, o sea, de la denominada fuerza vinculante de los contratos, lo es el que el contrato necesariamente debe ser cumplido y respetado en los términos acordados. En principio no es posible el arrepentimiento o desistimiento unilateral.

Lo que las partes deciden en el ejercicio del poder normativo negocial es inalterable: cada parte aisladamente no puede alterar el contenido del contrato, aun las dos partes no pueden hacerlo cuando ello va en perjuicio de un tercero (*vid.* artículos 1295, 1313 del Código

Civil). El juez debe respetarlo como la ley misma, incluso el legislador solo podrá afectarlo en la medida en que actúe por el interés general, y si causa daños ilícitos deberán repararse.

La intangibilidad contractual ha sido reconocida por la doctrina[15] bajo la denominación de *inalterabilidad* e *irrevocabilidad*. Sin embargo preferimos la denominación que siguen Sánchez Medal[16] y Galgano[17].

Conforme con la *communis opinio* al ser obra de dos o más partes el contrato, su destrucción solo opera por el común acuerdo de quienes han sido sus artífices. Se señala, por tanto, al mutuo disenso como una de las vías por las cuales se puede hacer inoperante el contrato. Acto este de naturaleza contractual y que despliega una eficacia extintiva de una situación jurídica preexistente.

Empero, también cabe que los efectos del contrato cesen por las causas previstas y reconocidas en la ley, o al menos sean alterados o modificados, cuando circunstancias extraordinarias e imprevistas hagan inequitativas las prestaciones contractuales, autorizándose en tal supuesto una revisión judicial del contrato por circunstancias sobrevenidas que supongan una onerosidad excesiva (*vid.* artículo 1440 del Código Civil). En tal caso, el juez, en clara intromisión en la normativa privada, intentará poner fin a tal desequilibrio contractual en aras de ajustar el cronograma de las prestaciones por cumplir a los principios de justicia y equidad contractual, salvando, en última instancia, los fines perseguidos por las partes con la concertación del contrato patológicamente afectado, de resultar imposible, daría al traste con la existencia del propio contrato, al proceder a su resolución, dejando a salvo las prestaciones ya ejecutadas.

Es posible además que las propias partes hayan convenido la eventualidad de denunciar el contrato unilateralmente. En tal supuesto en atención a la misma autonomía de la voluntad, cualquiera de ellas, con los requerimientos fijados en el contrato podrá poner fin a este, utilizando, como es usual, el sistema de preaviso dentro del término fijado *ex contractu*.

En algunas oportunidades es la propia ley la que establece, si bien con carácter excepcional, la posibilidad de desatar unilateralmente el vínculo contractual, v.gr. en el mandato en el cual se autoriza la revocación por el mandante o la renuncia por el mandatario (cfr. artículo 1808 del Código Civil), ambas causas de extinción del contrato; en el depósito en el que se autoriza al depositante a dar por terminado el contrato antes del término previsto, interesando el bien depositado, a menos que el depósito se haya establecido a favor del depositario o de un tercero (cfr. artículos 1830 y 1831 del Código Civil), lo que también podría operar en pro del depositario, quien podría restituir el bien al depositante antes del plazo convenido, eso sí siempre que exista justo motivo que le impida la conservación del bien (cfr.

(15) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil II*, volumen 1° - *La obligación y el contrato en general*, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 444-448; MARTÍN PEREZ, Antonio, en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, volumen 1°, bajo la dirección de Manuel Albaladejo García, Edersa, 1989, pp. 201-206; LACRUZ BERDEJO, José Luis, ob. cit., pp. 318-319; REZZONICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea y Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 231-233.

(16) SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los contratos civiles*, 10ª edición, Porrúa, México, 1989, pp. 85-86.

(17) GALGANO, Franceso, "Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare" en: *Comentario del Codice Civile*, bajo la dirección de los profesores Scialoja-Branca, Zanichelli editore, Roma, 1993, p. 4. Para este autor la intangibilidad supone que: "(...) i contrenti non possono unilateralmente disvolere ció che hanno concordemente voluto, salvo que non possano invocare una norma, o una clausola contrattuale, che conferisca lora la facultà di recesso unilaterale; né possono chiedere al guidice di modificare le condizioni contrattualmente stabilite, salvo che non ricorra uno degli eccesionali casi della cosiddetta equità correttiva dell'autonomía contrattuale (...)".

artículo 1833); en la donación cuando sobreviene en el donatario cualquiera de las causas de indignidad para suceder o de desheredación, lo que franquea al donatario la posibilidad de revocar el contrato (cfr. artículo 1637 del Código Civil); en el comodato que puede extinguirse por la voluntad unilateral del comodante, cuando en circunstancias excepcionales este tenga necesidad urgente de utilizar el bien objeto del contrato, a pesar de que el término pactado no haya vencido o no hubiere concluido el uso normal que fue establecido (cfr. artículo 1736 del Código Civil).

6. Presunción *iuris tantum* de coincidencia de la declaración de voluntad expresada en el contrato con la voluntad común de las partes

Con cierta peculiaridad reconoce el Código Civil en el segundo párrafo de este artículo una presunción *iuris tantum* a favor de la plena armonía entre la declaración de voluntad exteriorizada por las partes en el contrato con la voluntad común (interna) de las partes contratantes. Y califico de peculiar esta expresión normativa porque no suele ser incluida en los Códigos Civiles en el precepto que reconoce la obligatoriedad contractual como principio inmanente al Derecho de Contratos, derivación de la autonomía de la voluntad desde su prístina formulación francesa.

Se decanta el Código Civil por afiliarse a la teoría de la declaración de voluntad, si bien con reservas, haciéndole descansar en una procurada presunción *iuris tantum* de coincidencia con la voluntad común de las partes. A tal fin se garantiza la fuerza expansiva del consentimiento, piedra angular del contrato, presupuesto no solo de su eficacia, sino a priori, de su misma existencia. Sin consentimiento no hay contrato, el consentimiento no es sino esa coincidencia de voluntades, ese *cum sentire*, o sentir juntos de los artífices del negocio contractual.

Tratándose de un acto de naturaleza volitiva, el contrato exige de voluntades que en el orden interno se fusionen, de manera que el consentimiento no es una simple sumatoria de voluntades, ni tampoco una comunidad de voluntades, sino una voluntad común que implica plena coincidencia entre oferta y aceptación. Esa querencia en común, que parte de intereses, en principio, divergentes, llega a un grado de fusión tal en que no es posible distinguir lo que cada una de las partes, por separado, quisieron. Precisamente esa coincidencia en el orden material implica una armonía plena, se trata de dos voluntades, ciertamente convergentes, como las líneas de un ángulo, en un vértice que constituye el punto imaginario en que emerge el consentimiento. Si no se consiente, no hay contrato, de la misma manera que si se desplaza el punto de convergencia de las líneas desaparece el ángulo formado. Opera una relación causa-efecto. Las voluntades de las partes deben ser libres, conscientes, presuponer un querer fisiológicamente bien formado, apartando de sí anomalías congénitas como la reserva mental, la simulación absoluta o relativa (*vid.* artículos 191 y siguientes), el error obstativo o en la declaración (*vid.* artículo 208) y el error esencial en cualquiera de sus manifestaciones (*vid.* artículo 202). La búsqueda de la verdadera voluntad común debe ser además el eje de interpretación de los contratos. Por eso, salvo prueba en contrario, el legislador regula con carácter de presunción *iuris tantum* la plena coincidencia de lo que en la doctrina nacional peruana De la Puente y Lavalle ha dado en llamar lados del consentimiento[18].

Ahora bien, no basta que las voluntades internas queden en la esfera íntima de sus titulares, incluso, no es suficiente que esa coincidencia plena, necesaria para formar una voluntad

(18) Vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudio del contrato privado*. Tomo I, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1983, pp. 150-155.

común, quede arropada en su fuero interno. Se impone, por tanto, la exteriorización de las voluntades por conducto de su declaración. Es esta la manera en que los terceros pueden denotar el proceso de formación del contrato. Los sujetos tienen que declarar, ya bien sea expresa o tácitamente su voluntad (*vid.* artículo 141 del Código Civil), de suerte que pueda devenir la declaración de voluntad común. Al afiliarse a la teoría de la declaración, de matiz objetiva, el legislador ha intentado proteger la seguridad del tráfico jurídico, y con ello refleja su preocupación por el contrato en su proyección social. La apariencia de veracidad del contrato frente a los terceros y el principio de buena fe en su dimensión objetiva, o sea, buena fe-confianza, son razones para que el legislador se haya inclinado por la doctrina de la declaración, aun con matices, pues cabe prueba en contrario que permita redargüir la falta de coincidencia entre la declaración y la voluntad común de las partes contratantes, pero mientras tanto, se presume la íntegra coincidencia.

En consecuencia, para que haya consentimiento resulta vital que las voluntades internas, ya coincidentes, tras formar la voluntad común, sea exteriorizada a través de una declaración de voluntad, también común, resultado de la plena simetría que opera entre las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, a cuyo tenor la aceptación de la oferta resulta la otra parte de la llave escindida, como las claves para descifrar un mensaje encriptado. En esta dirección el Código Civil prefiere asumir una posición rígida, tras exigir íntegra coincidencia en todas y cada una de las estipulaciones contractuales y reconocer así la integralidad contractual como soporte del proceso de perfección del contrato. Es límpido el artículo 1359 del Código Civil, de modo que hasta en las estipulaciones secundarias debe existir cabal coincidencia para que exista contrato, antes solo era posible hablar de proceso de formación del contrato, pero no de contrato en sí. Apunta con lucidez De la Puente y Lavalle que: "Es el encuentro de las dos declaraciones, cuyo verdadero contenido no es otro que el de expresarse recíprocamente ambos contratantes dos voluntades idénticas, pero individuales, lo que da lugar a que, para los efectos del Derecho, surja un nuevo ente cuya esencia es la de constituir una declaración de voluntad común y no individual de cada una de las partes, es que recibe la protección jurídica que le permite tener efectos obligatorios"[19].

Con tino el legislador construye la regulación del contrato a partir del consentimiento, formado por el concurso de la oferta y la aceptación, cuando el oferente tiene conocimiento de la oferta (teoría de la cognición) en circunstancias ordinarias (*vid.* artículo 1373 del Código Civil) o en el momento en que la aceptación llega a la dirección del oferente (teoría de la recepción) en circunstancias de no coincidencia espacio-temporal entre los contratantes (*vid.* artículo 1374 del Código Civil), pero en todo caso el autor del Código supedita la perfección del contrato a ese punto de encuentro de las declaraciones de voluntad; no obstante, adviértase, solo podrá existir consentimiento, y con ello, cabría hablarse de la pujanza obligatoria del contrato, cuando esta declaración común es vehículo trasmisor de la voluntad también común de las partes contractuales, de no ser aquella el espejo de esta, no tendrá trascendencia alguna en el campo del Derecho, mas, como los negocios jurídicos se desenvuelven en un estadio fisiológico, en un estado de normalidad, el Derecho acude a favorecer la validación del contrato y facilitar así la contratación, al presumir la coincidencia de declaración y voluntad común. De ahí la utilidad de la presunción establecida. De no ser así, el *onus probandi* de la existencia de un consentimiento efectivo correspondería a la partes, particular que ha sido desplazado por el legislador, al imponerlo a quien pretenda argüir lo contrario. Quien intente demostrar el disenso oculto, tras el velo de una declaración aparente, tendrá que emplear los

(19) Ibídem, p. 153.

medios de prueba dispensados por el ordenamiento jurídico a ese fin. En todo caso, la *bona fide* se presume y en el ordenamiento civil peruano es un principio informante, no solo en el terreno contractual (vid. artículos 168, 194, 197, 274.3 y 8, 277.8, 284, tercer párrafo, 285, 665, 666, 827, 865, segundo párrafo, 903, segundo párrafo, 906, 908, 914, 937, 941, 942, 944, 945, 946, 948, 1040, 1135, 1136, 1223, segundo párrafo,1272, 1276, segundo párrafo, 1362, 1372, *in fine*, 1495, apartado 6, 1670, 2014, 2038, entre otros), luego, solo cuando se acredite por la vía judicial competente el disenso, que supone, eso sí, una patología negocial, vetada por la nulidad, caerán los efectos del contrato y tras de sí, la fuerza compulsiva que el pacta *sunt servanda* provoca para las partes contractuales.

DOCTRINA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Vol. I, La obligación y el contrato en general, 9ª edición. Bosch, Barcelona, 1994; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo X, Vol. 1º, 1ª edición. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. (Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez), s. ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f.; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español. Común y Foral, tomo III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general, 15ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero. Reus, Madrid, 1988; CASTRO Y BRAVO, Federico DE. El negocio jurídico. Reedición. Cívitas, Madrid, 1985; CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte Generale, s. ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1994; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso elemental de Derecho Civil, tomo III, traducido por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, s. ed. Reus, Madrid, 1922-1923; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado, tomo I. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1983; DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del Derecho, traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales, 3ª edición. Bosch, Barcelona, 1979; DÍEZ-PICAZO, Luis. Estudios sobre la jurisprudencia civil, Vol. I, 2ª edición, 1ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 1979; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, tomo I, Introducción. Teoría del contrato, 4ª edición. Cívitas, Madrid, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. La representación en el Derecho Privado, 1ª edición, 1ª reimpresión. Cívitas, Madrid, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular, 4ª edición, revisada y puesta al día. Tecnos, Madrid, 1983; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. 1º, Doctrina General, por Ludwig Enneccerus, 11ª revisión por Heinrich Lehmann (traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de Pérez González y Alguer). Bosch, Barcelona, 1933; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, Vol. III, Obligaciones y contratos, 6ª edición, revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Código Civil, Revista de Derecho Privado. Madrid, 1983; GALGANO, Francesco. El negocio jurídico (traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa), Tirant lo Blanch. Valencia, 1992, Diritto Privato, 7ª edizione. Cedam. Padova, 1992; GAUDEMENT, Eugene. Teoría general de las Obligaciones, traducción y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo. 2ª edición. Porrúa. México, 1984; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. V edizione aggiornata. Edizione Scientifique Italiane. Napoli, 1994; GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno (traducción de la 7ª edición italiana, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas), volumen III (Fuentes de las Obligaciones-Contratos), volumen IV (Fuentes de las Obligaciones. Contratos y fin de los contratos), volumen VI (Fuentes de las Obligaciones. Obligaciones nacidas de la ley. Continuación y fin. Transmisión de las Obligaciones), s. ed., Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910, 1911 y 1912, respectivamente; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Derecho de Obligaciones. Obras completas, tomo 3, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1998; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil (revisado y compilado por André Brun), tomo II, volumen I-Teoría General de las Obligaciones, (traducción de Santiago Cunchillos y Manterola de la 3ª edición francesa publicada por Libraire du Recueil Sirey, S. A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch, Buenos Aires, 1950; LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, volumen 2º - Teoría general del contrato, 2ª edición. Bosch. Barcelona, 1987; LAFAILLE, Héctor. Curso de Contratos, tomo I - Parte general, s. ed., Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1927; LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Reus. Madrid, 1978; LAURENT, F. Principes de Droit Civil, tome 15, s. ed., Bruxelles, 1878; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones,

traducción española por Jaime Santos Briz, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil, tomo 3, Contratos, 4ª edición, (actualizada). Trivium. Madrid, 1996; MANS PUIGARNAU, Jaime M. Los principios generales del Derecho, Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, s. ed. Bosch. Barcelona,1979; MARTÍN PÉREZ, Antonio, En: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XV, volumen 1°, bajo la dirección de Manuel Albaladejo García. Edersa. 1989; MARTY, G. Derecho Civil, Teoría general de las Obligaciones, volumen I, traducción de José M. Cajica Jr., s. ed., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo IV-Derecho de Obligaciones-Parte general, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, edición actualizada, Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 1997; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Lecciones de Derecho de las Obligaciones, tomo III, volumen I, Doctrina general del contrato. Sus efectos. Ediciones "Del Foro". Montevideo, 1999; OSSORIO MORALES, Juan. Lecciones en Derecho Civil: Obligaciones y contratos (Parte general), 2ª edición, revisada y puesta al día por Juan Miguel Ossorio Serrano. Comares. Granada,1986; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés, traducción española por el Dr. Mario Díaz Cruz con la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverand Brusone, tomo VI - La Obligación. Primera Parte, s. ed., Cultural. La Habana, 1940; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, tomo I, traducido por una Sociedad de amigos colaboradores, s. ed., Imprenta y Litografía de J. Roger, Biblioteca Científica y Literaria. Barcelona, 1839; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, volumen I-Doctrina general del contrato, 3ª edición. Bosch. Barcelona, 1988; REZZONICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea y Depalma. Buenos Aires, 1999; ROCA SASTRE, Ramón María y PUIG BRUTAU, José. Estudios de Derecho Privado I - Obligaciones y Contratos, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948; ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Teoría general de las Obligaciones, tomo III, 19ª edición (concordada con la legislación especial vigente). Porrúa. México, D.F., 1994; RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil, (traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro), tomo II, volumen 1°-Derecho de Obligaciones-Derecho de Familia – Derecho Hereditario. Reus. Madrid, 1977; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles, 10ª edición. Porrúa. México, 1989; SCIALOJA, Vittorio. Dizionario Pratico del Diritto Privato, volumen II, s. ed., Casa Editrice Dot. Francesco Vallardi, Milano, s.f.; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico, traducción y notas de Derecho español por Jaime Santos Briz, s. ed., Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (coordinadora) et al., Derecho de Obligaciones y Contratos. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo. voz "Contrato". En: Diccionario Jurídico Espasa; VEGA BENAYAS, Carlos de la, Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil, 1ª edición, Cívitas, Madrid, 1976; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría del acto jurídico, 1ª edición, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1985; VODANOVIC H., Antonio, Curso de Derecho Civil, tomo IV-Fuentes de las Obligaciones, s. ed., Nascimento, Santiago de Chile, 1942; ZACHARIAE, C. S., Cours de Droit Civil Français, traduit de l'allemand sur la cinquiéme édition (1839) par Aubry et Rau, tome premier, 2e. édition, Meline, Cans et Comp., Libraires-Editeurs. Bruxelles, 1850.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Pacta sunt servanda

{De} conformidad con el artículo 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, este artículo recoge el principio pacta sunt servanda el cual significa que los acuerdos entre las partes o pactos deben cumplirse en sus propios términos, no pudiendo exigirse algo distinto de lo convenido salvo que ellas mismas, expresa o tácitamente acuerden modificar los alcances de lo convenido ***(Cas. N° 1064-2016-Lima).***

Fuerza vinculante de los contratos

{De} la resolución impugnada fluye que se fundamenta en el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza vinculatoria de los contratos, que se celebran para ser cumplidos y que están sujetos al deber de observancia, recogido por el Artículo 1361 del Código Civil, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la voluntad común, existiendo un interés fundamental para que se cumpla la palabra comprometida, lo que confiere seguridad a mérito del comportamiento leal y honesto de las partes ***(Cas. N° 1850-1997-Lima).***

Buena fe y común intención de las partes

Artículo 1362.- ***Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.***

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 168, 1352, 1359

EDUARDO BUENDÍA DE LOS SANTOS

1. Sección general: alcances y principios del artículo 1362

Antes de poder realizar algún tipo de comentario al artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984, debemos tomar en consideración ciertos conceptos y características previas de la noción de buena fe. Así, resulta necesario estudiar el alcance y los tipos de buena fe para determinar cuál es aplicable al campo de las relaciones contractuales. A continuación, procederemos a explicar las nociones preliminares.

1.1. Nociones preliminares

La buena fe en el lenguaje de los juristas tiene una duplicidad de acepciones: (i) la buena fe en sentido objetivo; y, (ii) la buena fe en sentido subjetivo[1]. La buena fe en sentido objetivo significa el comportamiento de las partes en la etapa de tratativas, en la celebración y en la ejecución de un contrato[2]. En cambio, la buena fe subjetiva significa el estado psicológico de un sujeto, en donde la buena fe está generalmente individualizada en la convicción; o, en el convencimiento, de actuar conforme a la ley y de no violar derechos ajenos[3].

Conviene preguntarnos, ¿cuál es la buena fe que debe aplicarse a los contratos y, por ende, a las relaciones obligatorias? Podemos afirmar que la buena fe que se aplica a los contratos y a las relaciones obligatorias es la **buena fe objetiva**[4].

(1) CARUSI, Francesco. Voz consultada "Correttezza (obblighi di)". En: *Enciclopedia del Diritto.* Volumen X, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 709 y ss.; BESSONE, Mario y Andrea D'ANGELO. Voz consultada: "Buona fede". En: *Enciclopedia Giuridica Treccani* . Volumen. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1 (de la separata); ROMANO, Salvatore. Voce Consultada: "Buona fede". En: *Enciclopedia del Diritto.* Volumen V, Milán, Giuffrè Editore, 1959, p. 678 y ss; RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del Contratto.* Ristampa integrata. Milán, Giuffrè Editore, 2004, p. 132. Respecto del concepto de buena fe objetiva véase: BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale.* Ristampa. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2012, p. 19 y ss; BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio.* Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 4; UDA, Maria Giovanni. *La buona fede nell'esecuzione del contratto.* Turín, Giappichelli G. Editore, 2004, p. 1 - p. 30; y p. 31- p. 107; PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo.* Turín, Giappichelli G. Editore, 2015, p. 2, con especial énfasis en la nota al pie de 2. GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico. Tratatto di Diritto Civile.* Cicu - Messineno - Mengoni. Seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 499.

(2) BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones.* Tomo I. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 82.

(3) LOI, Maria L. y TESSITORE Franca. *Buona fede e responsabilità precontrattuale.* Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 13 - p. 14. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles". En: *Revista Derecho PUCP,* número 41, 1987, p. 173 y respecto a la división conceptual de la buena fe señala lo siguiente: "(...) 2.3.1. La buena fe probidad: generalmente esta forma de manifestación de la buena fe se la ha reservado para su aplicación en el derecho de las obligaciones, contratos y en general en torno a la teoría del acto jurídico (...)"; mientras que "(...) La buena fe creencia: Si la buena fe probidad resulta imposible de objetivar, ello no sucede con el concepto de buena fe creencia en la medida que se materializa a través del conocimiento o desconocimiento de hechos (...)". En: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles". Ob. cit., p. 173 y p. 180.

(4) BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones.* Ob. cit., p. 82.

1.2. La definición del concepto de buena fe contractual

La doctrina maneja diferentes nociones respecto del concepto de la buena fe. Así a la buena fe se le denomina lealtad[5], "comportamiento correcto y leal"[6], "reciprocidad"[7], "solidaridad"[8], "honestidad"[9], "principio rector del concepto de la solidaridad"[10], entre otros.

La buena fe es un concepto que atendiendo a la clasificación indicada en el numeral anterior, responde a dos instituciones completamente diferentes. En ese sentido, el artículo 1362 del Código Civil, responde más a una disciplina de una lealtad, honestidad y comportamiento correcto. Dicho de otra forma, la buena fe objetiva constituye el precepto que se encuentra dentro de la propia norma del artículo 1362 del Código Civil peruano. Por esta razón, ya no debe entenderse a la buena fe como un concepto difuso, gaseoso, o con falta de efectividad.

Para comprender la buena fe, además, debemos leer el artículo 1362 del Código Civil peruano como una cláusula normativa general. Situación diferente del propio concepto comprendido dentro de la propia redacción del artículo 1362, esto es, la buena fe.

1.3. La cláusula general y el concepto de buena fe

La cláusula general constituye el instrumento de un programa normativo que se articula en una repartición de competencias ya prestablecidas entre la ley y el juez[11]. El poder de este último está delimitado por el ámbito de aplicación de la ley[12].

Se suele distinguir a la cláusula general por algunas características. De esta forma, D'angelo señala que estas características se pueden resumir en: (i) la ausencia en la fórmula normativa de una indicación de un "supuesto de hecho analítico"; (ii) la inserción en un ámbito delineado por otras disposiciones; (iii) la referencia al precepto de "valores"; y, (iv) la atribución al juez de una tarea determinativa de reglas concretas[13].

Por esta situación, la cláusula normativa general tiene como finalidad determinar el contenido exacto de cierto principio. En efecto, Uda afirma que la cláusula general cumple la función de "especificar" en los sectores más rígidos del ordenamiento jurídico[14] mediante la integración. Dicho de otra forma, cuando se emplea el concepto de la buena fe, este debe ser aplicado sobre un vehículo que permita la concretización como principio general del ordenamiento jurídico.

(5) Ibídem, p. 87. Quien sobre el particular se refiere a la lealtad en los tratos.
(6) BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Ob. cit., p. 6.
(7) BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 103.
(8) RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del Contratto*. Ristampa integrata. Milán, Giuffrè Editore, 2004, p. 158 - p. 115. Este autor se refiere a la buena fe y *correttezza* como un "límite de la solidaridad" frente a cualquier tipo de actuación dentro de la ejecución contractual, obligatoria u otra similar.
(9) STOLFI, Giuseppe. *Prolusioni*. Milán, Casa Editrice Antonio Milani - Cedam, 1979, p. 205.
(10) UDA, Maria Giovanni. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Ob. cit., p .67 - p 68.
(11) D'ANGELO, Andrea. *Il Contratto in generale*. Tomo IV. La buona fede. En: *Trattato di Diritto Privatto,* diretto da Mario Bessone. Volumen XIII. Turìn: Giappichelli Editore, 2004, p. 12.
(12) Ídem.
(13) Ibídem, p. 8.
(14) UDA, Maria Giovanni. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Ob. cit., p. 73. En el mismo sentido, pero en términos de *correttezza* RODOTÀ señala que: "(...) todavía no se ha resuelto el problema de la operatividad concreta del principio de contenido deontológico o (si se quiere decir axiológico) en contraste con las normas singulares, que permiten reconstruir todo el sistema (...)". En: RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Ob. cit., p. 116.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, cuando se está en presencia de una cláusula general, resulta incorrecto afirmar que esta se refiere a una declaración lírica. Sostener esto último, representaría validar la escuela del positivismo clásico, cuyo principal soporte se haya en aquello en lo que la ley manda: "si no existe alguna indicación concreta, no tiene aplicación práctica"[15]. Este pensamiento ha quedado desfasado por las propias transacciones comerciales y por la globalización, fenómenos que afectan a las leyes de todos los países[16].

Por lo antes visto, ¿se puede afirmar que el artículo 1362 del Código Civil peruano contiene una cláusula normativa general? La respuesta es afirmativa. En efecto, el artículo 1362 contiene una cláusula normativa general puesto que hace la referencia a la expresión "buena fe". Como la buena fe no tiene un concepto determinado, el rol de la determinación le corresponderá al juez[17]. Por tal motivo, la cláusula normativa general es una técnica para el desarrollo del Derecho[18] , y más aún para el Derecho Civil.

A partir de lo anterior, surge la siguiente interrogante: **¿cuál es la correcta lectura del artículo 1362? La respuesta no es tan sencilla. La primera** lectura es entenderla como una cláusula normativa general de la siguiente manera:

> Artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984.- **Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe** y común intención de las partes.

Si bien la redacción de la norma establece un deber jurídico de comportarse según las reglas de la buena fe en tres escenarios: (i) negociación; (ii) celebración; y, (iii) ejecución. **El remedio frente a la violación** de la buena fe contractual variará de acuerdo al momento en que se ejecute la infracción a dicho deber. La determinación del contenido del deber y del remedio aplicable le corresponde estrictamente al juez. Es esta persona la que debe analizar la estructura normativa del artículo y, además, debe aplicar el precepto "contenido" en dicha cláusula para que su aplicación sea acorde con el ordenamiento jurídico.

Debemos hacer hincapié en que la buena fe no se refiere a un concepto "vago" o "indeterminado". Entonces, ¿cómo despejamos la duda sobre su "indeterminación"? Esta incertidumbre cesa a partir de la labor de creación de un juez o de un árbitro cuando dichos sujetos realicen la actividad integración del negocio jurídico sobre la base del artículo 1362 del Código Civil peruano. Cabe señalar que, con la integración del contrato, se estará generando una tipificación progresiva del contenido y alcance de la buena fe a nivel jurisprudencial.

En resumen, la buena fe se aplica en tres momentos diferentes: (i) en la etapa de tratativas; (ii) en la etapa de ejecución del contrato; y, (iii) la buena fe en la etapa posterior al "cumplimiento" de las obligaciones derivadas del contrato. Para los tres casos antes mencionados,

(15) PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Ob. cit., p. 89.

(16) Ídem.

(17) D'ANGELO, Andrea. *Il Contratto in generale*. Tomo IV. La buona fede. Ob. cit., p. 9. En sentido similar FRANZONI, Massimo. "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto". En: *Contratto e impresa*. Número 1, volumen 15, 1999, p. 96, quien sobre el particular señala: "(...) Sobre este perfil, no es decisivo observar todo el modo de producción del 'derecho viviente' o como mejor se debería decir, del derecho 'material' cambiando un término ya experimentado constitucionalmente (...)". Entonces: "(...) También es útil calificar a las cláusulas normativas generales como normas que se atribuyen a los intérpretes [los jueces], por lo tanto, a la sentencia del juez, el rango de fuente del derecho (...) ". Por otro lado, véase también a PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Ob. cit., p. 91.

(18) DI MAJO, Adolfo. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni". En: *Rivista Critica del Diritto Privato*. Año 2, número 3, septiembre, 1984, p. 539 - p. 540.

se debe realizar el proceso de integración que proviene de la ley[19], sea para la integración de deberes que surgen de las tratativas; sea de deberes que surgen en la ejecución del contrato; y, sea de deberes que surgen con posterioridad al cumplimiento del mismo. Todos estos momentos tienen como fundamento el quebrantamiento del deber de la buena fe.

De otro lado, una característica esencial de la buena fe es su irrenunciabilidad, es decir, las partes mediante la incorporación de un determinado pacto no pueden pretender derogar este precepto contenido dentro del artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984. En efecto, De la Puente y Lavalle comentando el artículo 1362 del Código Civil peruano señala expresamente lo siguiente:

> "(...) El artículo materia de este comentario establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe. Impone una obligación.
>
> **Se trata, pues, de una norma imperativa**, que no es simplemente supletoria de la voluntad de las partes, sino de aplicación obligatoria, según lo hemos visto en el comentario del artículo 1356 del Código civil.
>
> **Esto determina que el principio de la buena fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos sea irrenunciable, esto es, que no se trata de una norma susceptible de derogación por los particulares.**
>
> **No sería posible, pues, que las partes estipularan, al celebrar un contrato, que este no estaría regido por las reglas de la buena fe, ni que la relación jurídica creada por un contrato no sería ejecutada de acuerdo con dichas reglas. La estipulación, en caso de existir, sería ineficaz, esto es no produciría efecto alguno** (...)" (el resaltado es agregado)[20].

Como se observa, la buena fe es una norma imperativa e inclusive de orden público conforme a lo expuesto por De la Puente y Lavalle. Entonces, no cabe admitir los pactos de renunciabilidad a la buena fe en cualquier momento de las tres fases ya antes vistas. Por tal motivo, no se puede afirmar que, en los contratos bajo la ley peruana, se pueda renunciar a dicho precepto. Cualquier pacto en dicho sentido es un acuerdo ineficaz.

A continuación, comenzaremos a estudiar los alcances de la buena fe en las distintas etapas antes señaladas.

2. La responsabilidad precontractual en el Perú derivada de la ruptura injustificada de tratativas

En este apartado analizaremos la responsabilidad precontractual a partir de la hipótesis de la ruptura injustificada de tratativas, la cual tiene su origen en el artículo 1362 del Código Civil peruano.

(19) PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Ob. cit., p. 100. En el mismo sentido, D'ANGELO, Andrea. *Il Contratto in generale*. Tomo IV. La buona fede. Ob. cit., p. 53 - p. 59, con especial énfasis en la página 55. En materia de ejecución contractual, véase por todos: UDA, Maria Giovanni. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Ob. cit., p. 165 - p. 167.

(20) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Tercera edición. Lima: Palestra, 2017, p. 279 - p. 280.

2.1. El dato legislativo

Cuando se redactaron los antecedentes legislativos del actual artículo 1362 del Código Civil peruano, los legisladores estaban pensando tratar el problema de la responsabilidad precontractual. Así la ponencia original redactó los artículos 5 y 10 del actual 1362 del Código Civil peruano de 1984, artículos que indicaban expresamente lo siguiente:

> Artículo 5.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.
>
> Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.
>
> Artículo 10 del Primer Proyecto correspondiente al actual 1362 del Código Civil peruano de 1984.- En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe.
>
> La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada.

Durante la segunda ponencia por una modificación respecto a la vinculatoriedad del contrato, se cambiaron la redacción de dos artículos: el 6 y 14. Dichos artículos de la segunda ponencia señalaban lo siguiente:

> Artículo 6 del Segundo Proyecto correspondiente al actual 1362 del Código Civil peruano de 1984.- Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.
>
> Artículo 14 del Segundo Proyecto correspondiente al actual 1362 del Código Civil peruano de 1984.- La ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren[21].

En la tercera ponencia se introdujeron los siguientes cambios, a saber:

> Artículo 10.-En el desarrollo de las negociaciones previas a la celebración del contrato las partes deben comportarse de buena fe.
>
> Artículo 11.-La ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren.
>
> Artículo 15.-Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe[22].

En la cuarta y quinta ponencia sustitutorias se unieron los artículos 10 y 11 precedentes fundiéndolos en un solo artículo cuya redacción es la siguiente:

> Artículo 11.- En el desarrollo de las negociaciones previas a la celebración del contrato las partes deben comportarse de buena fe.
>
> La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren[23].

(21) Ibídem, p. 265.
(22) Ibídem, pp. 265-266.
(23) Ibídem, p. 266.

El proyecto del artículo 15 se quedó tal y como se propuso en la tercera ponencia. Cuando se elaboró el primer Proyecto del Libro de Contratos, el artículo 11 conservó su redacción. En cambio, el artículo 15 fue modificado de la siguiente manera:

> Artículo 15.- Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe con salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho.

De esta forma, los artículos 11 y 15 de la cuarta y quinta ponencia fueron renumerados como los artículos 1380 y 1384 respectivamente, los cuales pertenecían al anteproyecto de la comisión revisora con el agregado del artículo 15.

Luego de ello, el artículo 1380 del anteproyecto fue modificado por la comisión revisora, de acuerdo a la siguiente propuesta:

> Artículo 1380.- Quien de mala fe rompe las negociaciones previas a un contrato está obligado a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren[24].

Luego de varias sesiones en el segundo proyecto se suprimió el artículo 1380 del anteproyecto y se incorporó al anteproyecto la primera versión del artículo 5 respecto de la primera ponencia[25]. Se redactó la fórmula final del artículo 1362 a la que se le agregó la expresión negociación, cuyo texto final quedó de la siguiente manera:

> Artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

De tal manera, el artículo 1362 contiene el espíritu del legislador en cuanto establece que las negociaciones deben llevarse acabo de acuerdo a la buena fe. Es decir, sin contravención a la otra parte dado que las versiones iniciales de dicho artículo establecen que estaba destinado a regular la responsabilidad precontractual como lo hace el *Codice Civile* italiano de 1942. Para comprender el ámbito de aplicación de las tratativas y la formación del contrato, procederemos a analizar el concepto de tratativas para iniciar el presente estudio.

2.2. El ámbito de aplicación: las tratativas en la formación del contrato

La distinción de las fases en la formación del contrato se le debe a Faggella. En efecto, el mencionado autor afirma que son tres las etapas en la fase de las tratativas a saber: (i) el primer periodo idealización y de elaboración, en el que se comprende la fórmula de concepción del contrato; (ii) el segundo periodo de perfeccionamiento o de concretización de la propuesta; y, un tercer periodo en el cual, la propuesta comienza a ponerse en movimiento[26]. Estos periodos serán abordados más adelante.

Un sector clásico y ochocentista de la teoría general del contrato afirma que antes de la conclusión del contrato no existe ningún vínculo jurídico[27]. Así a la etapa de tratativas se las ha definido de la siguiente manera:

(24) Ídem.
(25) Ídem.
(26) FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*. Seconda Edizione completamente riveduta e ampliata. Roma, Stab. Tip. Società Cartiere Centrali, 1918, p. 4. ID: FAGGELLA, Gabrielle. "Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica". En: AA. VV. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Volumen III. Nápoles, Luigi Pierro Tip. Editore, 1906, p. 271 - p. 284.
(27) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in generale". Libro IV. Tomo Secondo. En: *Commentario del Codice Civile a cura di Magistrati e Docenti*. Terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Turín, UTET, 1987, p. 112.

"(...) Antes de que tenga lugar el consentimiento, no existe la relación contractual con los derechos y obligaciones que descasan en ella. Sin embargo, casi como precursora del contrato, y en virtud de las negociaciones, existe una relación jurídica con efectos singulares (...)"[28].

Por su parte, Mirabelli afirma que antes de la conclusión del contrato no existe vinculación jurídica previa, empero, podría afirmarse que:

"(...) Ningún vínculo nace a cargo de los contratantes antes de la conclusión del contrato; quien inicia las tratativas, es decir, hace un contacto con otro sujeto y discute con él la eventualidad de concluir un contrato y la modalidad del mismo, no por ello está obligado a concluir las negociaciones, ni a interrumpirlas, ni tampoco tiene que justificar su comportamiento (...)"[29].

Del mismo modo, Ferri afirma que el desenvolvimiento de las tratativas es una etapa anterior al perfeccionamiento del contrato. Al respecto afirma lo siguiente:

"(...) Se define como "desenvolvimiento de las tratativas" a la fase que, a veces, precede el momento de la perfección y que está destinada a desembocar en el acuerdo; en esta hipótesis la celebración es, por lo tanto, el momento, el eventual terminal de la fase o procedimiento de formación del contrato (...)"[30].

Esbozando una definición de tratativa, Roppo afirma que:

"(...) La tratativa es la interacción entre las futuras partes del eventual contrato respecto del cual cada parte busca orientar las negociaciones hacia los resultados más ventajosos *per se*, a una segunda interacción que se desarrolla, en donde se decide si el contrato se celebra o no, y si se celebra bajo qué condiciones se hace (...)"[31].

Definiendo la formación del contrato, Scognamiglio señala que:

"(...) Tal planteamiento encuentra en nuestro código una expresión significativa e inmediata en la disciplina legal de la materia de las negociaciones preliminares, tan debatida en la doctrina y la jurisprudencia menos recientes. La fase de dichas negociaciones, sobra indicarlo, precede a la fase formativa propiamente dicha, constituye un momento preliminar y no necesario, y se concreta en una serie de actos que (...) no son vinculantes en cuanto se refiere a la celebración del contrato, pero que sí son susceptibles de asumir en la práctica un cierto relieve dentro de esa finalidad, por lo menos en los negocios de mayor importancia (que requieren en verdad un intercambio preventivo de comunicaciones, proyectos, etc., luego de lo cual es posible lograr el acuerdo punto por punto) (...)"[32].

De otro lado, Sacco afirma que la etapa de tratativas es siempre un preanuncio, al menos eventual, de una disposición a negociar cualquier prestación o bien indicado sea de forma

(28) VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán.* Volumen II. Los hechos jurídicos. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 433.

(29) MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generale.* Ob. cit., p. 112.

(30) FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil.* Traducción del italiano a cargo de Nélvar Carreteros Torres. Lima, Grijley, 2004, p. 28.

(31) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto.* Seconda edizione. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore. 2011, p. 167.

(32) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato.* Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa. Segunda reimpresión. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 94.

individual o general[33].Aquí a juicio del autor, es donde se desenvuelve la etapa de tratativas. Por su parte, Barbero afirma que la etapa de las tratativas puede definirse bajo el siguiente esquema:

> "(...) Si a una 'propuesta'contractual no sigue la aceptación, pero no sigue un rechazamiento que signifique voluntad de no acceder al negocio, o si el acercamiento de las partes no ocurre mediante una iniciativa que ofrezca los caracteres ya considerados de la verdadera 'propuesta', tiene inicio entonces una fase preparatoria del contrato, en el que cada una de las partes elabora en su propio interés la materia negocial, haciendo y recibiendo propuestas parciales, discutiendo cláusulas, fijando puntos, etc.
>
> A esta fase preparatoria se le da, en su conjunto, el nombre de 'negociaciones' (...)"[34].

Por tal motivo, desde la perspectiva de Barbero, en el curso de las negociaciones, las partes no llegan a concluir el contrato por aceptación. Con lo cual las partes están en una etapa de preparatoria cuyo objetivo sea la conclusión del contrato.

De otro lado, Loi y Tessitore definen a las tratativas como: "(...) el momento esencial del *iter* formativo del contrato, con el cual se inicia, se mantiene, se prosigue los contactos entre las partes para fijar varios de los puntos que, de cuando en cuando, aparezcan en discusión, para dirimir los obstáculos, para determinar aquello que podrían ser los requisitos y las cláusulas del contrato mismo (...)"[35].

En el mismo sentido, Turco afirma que las tratativas y la formación del contrato, en un sentido bastante amplio, se refieren al procedimiento interno formativo (en sentido lato) del contrato, comprendiendo tanto la fase (eventual) propiamente dicha, respecto del procedimiento formativo en sentido estricto resultante de la formulación y del consecuente encuentro entre la propuesta y la aceptación[36].

Por otro lado, Messineo desde su perspectiva afirma que el contrato casi nunca se forma instantáneamente. Además, agrega que existe una etapa anterior que lo precede. Sobre el particular afirma expresamente:

> "(...) En especial cuando presenta un interés económico relevante, lo preceden *tratos (o negociaciones)*, es decir, lo que –en el lenguaje corriente– se llama 'contratar', que, sin embargo, no es una actividad contractual, sino una actividad dirigida a realizar *posiblemente* el contrato. Las negociaciones son más o menos prolongadas; por medio de ellas, las futuras partes debaten cuál será o podrá ser el contenido del contrato a concluir y aprecian la conveniencia –o no– de llegar a formalizarlo (...)"[37].

(33) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il contratto*. Tomo Secondo. Ristampa. Turín, Unione Tipográfico -Editrice Torinese (UTET), 1999, p. 220.

(34) BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo. I. Introducción. Parte Preliminar - Parte general. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967, p. 501.

(35) LOI, Maria L. y TESSITORE Franca. *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Ob. cit., p. 30.

(36) TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p.104.

(37) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo; M. Volterra. Lima: ARA Editores, 2007, p. 274.
Asimismo, agrega:
"(...) Otras veces, las negociaciones se desarrollan sobre un esquema o "proyecto" del futuro y eventual contrato previamente dispuesto por uno de los interesados, o sea por una propuesta concreta; pero no por eso las negociaciones quedan excluidas, ni se cae en el contrato de adhesión, si está permitido al otro interesado discutir el contenido del proyecto (...)".

Buscando una diferencia entre los conceptos de tratativas y formación del contrato, Roppo agrega que:

> "(...) La norma se refiere al deber en cuestión en la fase de 'tratativas' y en la 'formación del contrato'. Se ha buscado darle un sentido a la distinción, por ejemplo, con la idea que esa identifique dos fases temporalmente sucesivas (más remota la primera, más avanzada la segunda) del proceso que conduce al contrato concluido. Tales ejercicios no parecen tener gran utilidad: lo que importa está en definir el momento, el contexto idóneo para "contener" los comportamientos susceptibles de generar responsabilidad según el artículo 1337 del Código Civil (...)"(38).

Sin embargo, este esquema ha ido cambiando en el tiempo de acuerdo a lo indicado por Mantovani, quien señala lo siguiente:

> "(...) La experiencia concreta y la praxis de los negocios enseñan que la formación del acuerdo contractual no siempre se realiza según el modelo tradicional del intercambio de 'propuesta' y 'aceptación', o por ejemplo, según mecanismos alternativos de conclusión del contrato, pero a menudo –especialmente en operaciones de una cierta consistencia económica– constituyen el éxito de una tratativa, que se desenlaza a través de un *iter*, más o menos complejo, en los cuales las partes expresan proposiciones, intercambian información, llegan a acuerdos programáticos, concluyen acuerdos parciales, a la finalidad de fijar algunos puntos en los cuales ya se ha formado un acuerdo sobre el futuro contrato (...)"(39).

Por el concepto de tratativas se entiende a la génesis del contrato, en donde una de las partes formula una oferta y la otra todavía no manifiesta su aceptación. Así en el Derecho peruano se afirma, usualmente que:

> "(...) la oferta solo existe si contiene todas las estipulaciones del contrato que se quiere celebrar de tal manera que el contrato se perfeccione con la sola aceptación que sea conforme a ella. Si la aceptación acoge a la oferta el contrato queda formado (...)"(40).

Por su parte, Messineo afirma que las negociaciones no son vinculantes respecto al resultado esperado porque todavía no existe un contrato sino un esquema previo catalogado como hipotético(41). Sin embargo, para dicho autor, las negociaciones tienen otro ámbito de obligatoriedad. De esta manera, expone lo siguiente:

> "(...) las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones *sin un justo o atendible motivo* (*culpa in contrahendo*), es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; [es decir, incurre en] responsabilidad precontractual (...) "(42)(el subrayado es agregado).

(38) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Ob. cit., p. 168.

(39) MANTOVANI, Manuela. "Commenti all'articolo 1337 del Codice Civile". En: *Commentario del Codice Civile*, Diretto da Enrico Gabrielli. *Dei Contratti in generale* a cura di Emanuela Navarretta e Andrea Orestano. Artt. 1321-1349, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 2011, p.443.

(40) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo 1. Introducción a la doctrina general del contrato. Clasificación de los contratos. El consentimiento. Contratación masiva. Objetivo del Contrato. Forma del Contrato. Contratos preparatorios. Cesión de posición contractual. Segunda edición. Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 205.

(41) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Ob. cit., p. 275.

(42) Ídem.

Esto último debe ser contrastado con los periodos que fueron estudiados por Faggella[43]. De acuerdo a lo expuesto por dicho autor, en el primer periodo no existe la finalidad de crear algún vínculo obligatorio[44]. Textualmente señala que, en esta etapa de las tratativas, no existe un *vinculum iuris*[45] ya que la autonomía de la voluntad no tiene importancia jurídica[46]. No obstante ello, el hecho que no se consideren vinculantes no significa que sean tratados como simples proyectos "al aire".

En lo que respecta al segundo periodo, el mencionado autor afirma que la volición (acto de la voluntad) se transforma en una voluntad destinada a concretar la propuesta o la aceptación: la concreción del vínculo todavía sigue siendo una finalidad[47], puesto que aún no hay contrato celebrado.

En esta etapa, de acuerdo a lo propuesto por Faggella, la voluntad es plenamente libre para cambiar o modificar el diseño de la propuesta o revocarla, deteniendo cualquier movimiento posterior que esté dirigido para alcanzar la conclusión del contrato[48]. De esta manera, dentro del ámbito de la libertad, Faggella afirma que:

> "(...) Su acción permanece dentro de un ámbito subjetivo circunscrito a la personalidad del proponente o del aceptante que no tiene ninguna relación vinculante con la otra voluntad: es una acción que opera y se desarrolla en los confines de la voluntad exclusiva de uno u otro sujeto, sin ninguna obligatoriedad (...)"[49].

Como se puede apreciar, la segunda etapa también está lejos de la consecución del contrato. En cambio, la tercera etapa, es la más importante de las tres porque contiene el complemento de la elaboración del diseño contractual[50]. En este momento, se deja de lado las intenciones y se materializa la intención en una declaración (usualmente la oferta), la cual es puesta a disposición de la otra parte.

El ámbito en el cual se desarrolla la etapa de la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas se circunscribe a la etapa de la negociación del contrato, es decir, a la etapa de las tratativas. Conviene preguntarnos qué tipo de responsabilidad se devenga en esta etapa, que se diferencia de la propia responsabilidad contractual y que, aparentemente, también se diferencia de la responsabilidad extracontractual.

Con las definiciones expuestas, podremos indicar que las tratativas son los actos previos para la celebración de un contrato. Esta etapa tiene por finalidad elaborar el proyecto de contrato, fijando los puntos en donde exista discusión para las partes, dirimiendo los obstáculos

(43) FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale.* Ob. cit., p. 6 - p. 7.
A los tres periodos les denomina también de la siguiente manera: (i) momento preformativo de la oferta; (ii) momento de perfeccionamiento; y, (iii) momento operativo en el cual se pone en movimiento. En este tercer momento va desde la manifestación o de la expedición de la propuesta del proponente al destinatario antes del momento de perfeccionamiento del contrato, es decir, antes del momento jurídico en el que "*in idem placitum consensus*" (existe consenso).

(44) Ibídem, p. 5.

(45) Ídem.

(46) Ibídem, p. 7.

(47) Ibídem, p. 8.

(48) Ídem.
Cabe advertir que la expresión exacta empleada por FAGGELLA es: "(...) pero la voluntad es plenamente libre de mutar o de modificar el diseño de la propuesta o modificarla, cesando cualquier ulterior movimiento hacia el final (...)".

(49) FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale.* Ob. cit., p. 8.

(50) Ibídem, p. 10.

que pudieran aparecer en las negociaciones, determinando los requisitos y las cláusulas del contrato mismo, hasta alcanzar la aceptación de la contraparte. Dicho de otro modo, la etapa de las tratativas se inicia con el contacto de las partes; luego de ello, le sigue una etapa de negociaciones; y, esta última culmina con la celebración del contrato.

2.3. La responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de las tratativas

Luego de definir el ámbito en el cual se desenvuelve la responsabilidad precontractual, conviene preguntarnos cuándo es que estamos ante la ruptura injustificada de tratativas[51]. La

(51) El problema de la ruptura injustificada de las tratativas se explica también con la figura del *venire contra factum proprium*. El típico ejemplo es la oferta poco seria o el pretender retractarse de la oferta cuando esta llegó a destino. La persona que malintencionadamente hace una oferta con la única finalidad de que su eventual contraparte realice una inversión con la finalidad de apartarse de las tratativas luego que se verifican los gastos realizados. El retractarse sin justificación no es otra cosa que atentar contra la buena fe en la etapa de negociación del contrato (artículo 1362 del Código Civil). De esta manera, queda acreditado el brocado *venire contra factum proprium*. No obstante, debemos afirmar que el *venire contra factum propium* no contiene una vocación de generalidad puesto que comúnmente los abogados litigantes desconocen el alcance de esta figura. En efecto, resulta muy frecuente que los abogados puedan estar confundiendo con otras figuras jurídicas. Por ejemplo, podemos la invocación de esta figura cuando se está frente a una figura, como, por ejemplo: (i) el abuso del derecho; (ii) la renuncia tácita de derechos o de acciones procesales; (iii) cuando se invoca equivocadamente para los casos de supuestos de "tolerancia al incumplimiento" cuando el fenómeno de la tolerancia al incumplimiento resulta de estricta aplicación para el caso de la gravedad en el incumplimiento frente a la resolución por intimación, entre otras. Nosotros nos encontramos en una postura residual de la figura, es decir, que se aplica solo para el caso de la retractación de un ofrecimiento generando confianza en la otra parte con la finalidad de incumplir la promesa precontractual.
ENNECCERUS desarrolla el concepto de "*Verwirkung*" indicando lo siguiente: "(...)1. Los límites temporales que la ley ha impuesto al ejercicio del derecho (plazos de caducidad, prescripción) se han revelado insuficientes en numerosos casos. Muchos plazos de prescripción son demasiados largos para el tráfico moderno. También han resultado muchos inconvenientes de la limitación de la prescripción a las pretensiones. Estas circunstancias han inducido a la jurisprudencia, en ciertos casos excepcionales, a tomar en consideración el transcurso del tiempo desde el punto de vista de la *Verwirkung*, aunque no haya transcurrido un plazo de caducidad ni se haya producido la prescripción. Se ha reconocido que también en estos casos debía ser excluido el ejercicio de un derecho, si el titular había diferido el hacerlo valer en contra de los dictados de la buena fe. (...).
2. Sobre la fundamentación dogmática de la *Verwirkung* existen aún hoy discrepancias. Pero hoy se ha impuesto la tesis de que la *Verwirkung* es *un caso especial del ejercicio inadmisible de un derecho,* que dimana inmediatamente del principio de inadmisibilidad de una *conducta contradictoria consigo misma (venire contra factum proprium)*. Así, pues, la idea de la *Verwirkung* encuentra su base legal ante todo en el §242. De ahí cabe fácilmente derivar el principio siguiente: si uno espera para ejercitar sus derechos tanto tiempo que su silencio despierta en la otra parte la confianza legítima de que el derecho no será ya ejercitado, la otra parte podrá oponerse al mismo mediante la objeción de *Verwirkung*, siempre que el ejercicio tardío del derecho sea generalmente considerado como desleal según los principios de la buena fe que dominan la vida del tráfico (dilación desleal). Por consiguiente, el transcurso del tiempo no basta en sí mismo para que deba admitirse *Verwirkung*. Deben concurrir además circunstancias especiales, en base a las cuales el ejercicio diferido del derecho debe considerarse contrario a la buena fe.
(...)
En la aplicación de la idea de *Verwirkung* se impone, por tanto, obrar con cautela. Hay que tener en cuenta, sobre todo, que la *Verwirkung* es un recurso extraordinario y que en un principio todo deudor tiene que cumplir sus obligaciones (...)" (el subrayado es agregado).
Para un panorama general véase por todos: ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Traducción de la 39ª edición alemana con estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición. Volumen segundo. Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos - pretensiones y excepciones - ejercicio y aseguramiento de los derechos. Segunda parte. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981, p. 1002 - p. 1006. Véase también: LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. Navas. Volumen I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 162 - p. 163. Desde un punto de vista negocial o precontractual, en cuanto a la estructura, véase por todos: FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Parte general del Derecho Civil. Tomo Segundo. Cuarta edición no modificada. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 157 - p. 163.

primera aproximación que podemos dar es cuando las partes están cerca de cerrar el contrato y a pesar de ello, y sin ninguna motivación una de ellas decide apartarse de la negociación sin encontrar una justificación a su apartamiento. Para tal fin, analizaremos el antecedente del artículo 1362 del Código Civil peruano, que tiene su correlato en el artículo 1337 del *Codice Civile* italiano de 1942 que sobre ese particular establece que:

> Artículo 1337 del *Codice de Civile* Italiano de 1942.- Tratativas y responsabilidad pre contractual. - Las partes, en **el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato**, deben comportarse según la buena fe (el resaltado es agregado).

De acuerdo con lo antes expresado trataremos de explicar dicho fenómeno bajo dos principales tesis. La primera afirma que su disciplina pertenece a la responsabilidad extracontractual; y, la segunda afirma que su disciplina pertenece a la responsabilidad "contractual". Veamos su desarrollo.

2.3.1. La tesis extracontractualista

Así en el medio peruano se han encontrado diferentes autores nacionales que defienden la tesis extracontractual de la responsabilidad precontractual. Antes de proceder a explicar cada una de estas teorías conviene brevemente explicar las tesis de quienes afirman que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual[52].

Para Sacco existe una moralización de las tratativas al dejar que ellas se realicen de acuerdo a la buena fe[53]. Sobre este punto y el artículo 1337 del *Codice Civile* italiano de 1942, Sacco agrega que:

> "(...) para nosotros, la cuestión no debe continuar preguntándose por el artículo 1337, sino la interpretación del artículo 2043. ¿Si el artículo 1337 no existiese, la deslealtad tal vez no sería entendida en el artículo 2043?, ¿cuál sería entonces la tarea del artículo 1337? La culpa prevista en el artículo 1337 entonces es extracontractual. Así la orientó la jurisprudencia (...)"[54].

Por su parte, Mirabelli afirma respecto de la naturaleza de la responsabilidad precontractual es una de naturaleza extracontractual proveniente del hecho ilícito. Esto está anclado

---

Por otro lado, puede apreciarse estudios absolutamente difusos, compilatorios y sin recurrir a la fuente primara en: CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 69 con especial énfasis en la nota al pie de página número 2. Los autores referencian a ENNECCERUS empero cuando uno revisa la nota al pie de página número 2 se aprecia que han leído el libro de BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 51 - p. 53. Esta situación desmerece la investigación toda vez que la obra de ENNECCERUS es de acceso en casi todas las bibliotecas del país.

De otro lado, ilustrativa es la explicación PIRAINO quien explica la relación del *venire contra factum proprium* respecto a los remedios particulares que tiene a la parte afectada, por ejemplo, frente a la ruptura injustificada de las tratativas donde se sanciona la contradicción. Véase por todos: PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Ob. cit., p. 446 - p. 447. Absolutamente en contra de la admisión de la figura en el Derecho peruano, véase por todos: MORALES HERVIAS, Rómulo. "La doctrina de los actos propios entre el negocio jurídico y el contrato. Historia de una importación impracticable e injusta". En: *Diálogo con la jurisprudencia*, número 89, 2006, p. 116 y ss.

(52) CALUSI, Vittorio. "In tema di trattative e responsabilità precontrattuale (critica della dottrina e della giurisprudenza)". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Año X, 1956, p. 485. Este autor señala que: "(...) la falta de buena fe (entendida como lealtad en los tratos, según las exigencias de la *correttezza* de la parte contratante) constituye un hecho ilícito de naturaleza extracontractual (...)". En el mismo sentido, véase también: MARUCCI, Bárbara. "La responsabilita precontrattuale". En: *Rassegna di Diritto Civile*. Número 2, 2018, p. 555 - p. 556

(53) SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. *Il contratto*. Ob. cit., p. 229.

(54) Ibídem, p. 255.

en la lectura de la violación del deber de *correttezza* que configura un hecho que se rige por la disciplina de los actos ilícitos[55].

Del mismo modo afirma que en el comportamiento del deber de *correttezza* vienen revestidos las características del hecho ilícito, es decir se trata de un comportamiento doloso o culposo que ocasiona un daño a otro y genera un deber de resarcimiento[56].

En el mismo sentido, resultan incomprensibles las afirmaciones de Guido y Salvatore Patti quienes sostienen que la naturaleza de la responsabilidad precontractual es extracontractual. Su argumento se enfoca en la falta de aplicación de la cláusula general de la buena fe, debido a que, al no ser explotada adecuadamente, de conformidad con la época o respecto al ámbito social, no ha recibido de la experiencia jurídica las variadas y numerosas aplicaciones, en las que se fundan otros ordenamientos jurídicos como el alemán[57].

Resultan obscuras las afirmaciones de GALGANO, quien afirmando que, frente a la responsabilidad precontractual, la violación de la buena fe en las tratativas ocasiona un supuesto de responsabilidad por hecho ilícito. Sobre el particular se señala lo siguiente:

> "(...) Quien, violando el deber de buena fe en las tratativas contractuales, ha ocasionado un daño a la otra parte, tiene el deber de resarcirla. Esta es considerada como la responsabilidad precontractual: su fuente proviene de la jurisprudencia, quien la identifica con un hecho ilícito que ha precedido o es acompañado por la formación del contrato (...)"[58].

En el Derecho peruano, esta tesis es defendida, sin mayores argumentaciones por Torres Vásquez, quien rescata la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual[59].

De otro lado, con una mejor argumentación, bajo una perspectiva dogmática, y negando la "contractualización" de la responsabilidad precontractual, en posición que respetamos, pero no compartimos, pueden apreciarse las expresiones de Espinoza Espinoza quien afirma que:

> "(...) La responsabilidad *in contrahendo* es de naturaleza extracontractual: mientras no haya una obligación (entendida como relación jurídica patrimonial) no podría configurarse una responsabilidad (denominada) contractual (...)"[60].

Por su parte, León Hilario, bajo una perspectiva de Derecho comparado, en posición que respetamos, pero tampoco compartimos. Señala que luego de negar el precepto de la buena fe por la forma accidentada de su inserción en el artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984, afirma que: "(...) el verdadero sustento legal de la responsabilidad precontractual en nuestro medio es, como en Francia, la cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida de acto ilícito, es decir del artículo 1969(...)"[61].

(55) MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generale*. Ob. cit., p. 114. Para ver la inexactitud de la responsabilidad véase también: ZACCARIA, Alessio. "La natura della responsabilità per culpa in contraendo secondo il punto di vista del gambero". En: *Rivista di Diritto Civile*, Número 2, 2015, p. 354. Para ver lo incorrecto de este pensamiento, véase por todos la nota al pie de página 62 del presente trabajo.

(56) MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generale*. Ob. cit., p. 114.

(57) PATTI, Guido y PATTI, Salvatore. "Responsabilitâ precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342". En: *Il Codice Civile - Commentario diretto da Piero Schlesinger*. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 10 - 11.

(58) GALGANO, Francesco. *Il contratto. Corso di Diritto Civile*. Seconda edizione. Milán, Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM, 2011, p. 586 - 587.

(59) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo 1. Ob. cit., p. 205.

(60) ESPINOZA, ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 437.

(61) LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 705 - 706.

Parece ser que, al no existir relación jurídica previa o negarle el valor a la buena fe, basta para acudir a las reglas del régimen de la responsabilidad extracontractual. Se puede afirmar que dichos planteamientos resultan válidos solo bajo las tesis de León Hilario y de Espinoza Espinoza. Proseguiremos el estudio de la tesis contractual con la finalidad de poder esclarecer algunas de las tesis expuestas. A continuación, el desarrollo de las tesis contractualistas.

2.3.2. Tesis contractualista

Pues bien, existen posiciones en la doctrina que consideran que la responsabilidad precontractual está dentro de una responsabilidad de tipo "contractual"[62]. Pues bien, bajo dicha

(62) Interesantes son las palabras de CASTRONOVO quien señala que no se puede hablar de una *culpa in contrahendo*. La expresión de *culpa in contrahendo* supone hablar de la imputación en cambio, se postula y con acierto un cambio de paradigma del propio esquema de responsabilidad precontractual. Para tal fin señala que la *culpa in contrahendo* nación en la edad moderna con el trabajo de JHERING. Dicho autor había concebido la figura sobre la base de las fuentes romanas, en particular, sobre la cosa sagradas, cuya calificación lo volvía nulo al contrato, pero sin que el comprador fuera consciente, por lo que a este último se le concedió una *actio in factum* por los daños padecidos como consecuencia de la invalidez. Siguiendo este discurso, JHERING pone en relieve que, no obstante, el contrato fuese inválido a causa de la cualidad de la cosa vendida, la acción tiene la misma naturaleza de aquella acción que surge del contrato válido, cuestión que a primera vista parecería una acción de extracontractual de resarcimiento que no era una *actio ex lege Aquilia*. Dado que los pasos a la luz no prevén una *actio de dolo* como hubiera sido plausible, sino una *actio ex contractu*, Jhering, como es conocido, concentró todo el fenómeno de la responsabilidad en la culpa, dio a estas hipótesis el "crisma" de la culpa. Por ello, a pesar que el contratante actuaba con dolo se le encasillaba hacia la culpa, hacia la culpa *in contrahendo* (Culpa en las contrataciones). De esta manera el plano sobre el cual estaba la responsabilidad cambia de supuesto de hecho. La responsabilidad no se enfoca en lo que constituye su base real, esto es, en el dolo, sino en la culpa que, sin embargo, no se puede referir al engaño, porque se sobrepone con el plano del conocimiento de la falta de comunicación sobre el cual la otra parte incurre en culpa y genera responsabilidad en lugar desarrollar la responsabilidad por dolo. En esa misma línea, el artículo 1338 del *Codice Civile* italiano de 1942, sobre los pases de JHERING, refiriéndose a las causales de invalidez sin especificar, permitió extender la *culpa in contrahendo* a otros vicios de la voluntad. Ulteriormente, el artículo 1337 del *Codice Civile* italiano de 1942, que obliga a las partes a comportarse según la buena fe, es suficiente para establecer la responsabilidad precontractual a todos los casos de los vicios de la voluntad, como ya había estudiado, que no implican el deber de comunicar. Además, el deber de buena fe se extiende en aquellos a casos en los cuales el contrato no pueda tener el efecto por causa de una divergencia entre la voluntad hipotética (que habría sido informada) y la voluntad declarada. Así, en el caso del error cognoscible por la otra parte – y por esto constituye una causal de invalidez, pero es inexcusable por parte del errante – y, por lo tanto, excluye el deber de comunicación de la otra parte; análogamente en la violencia, la cual *a fortiori* es imputable a quien la ejerce, pero no necesita comunicación con la otra parte, porque la víctima la experimenta por sí misma.
Por tal motivo, y tomando en consideración el desarrollo de la dogmática alemana se ha desarrollado una teoría de la responsabilidad precontractual fundada en la violación de la relación, una relación cuyo contenido es complejo, que no se compone exclusivamente del deber primario de prestación sino en la existencia de ciertos deberes que no corresponden con el deber de prestación. En este escenario es la buena fe el fundamento de estos deberes como consecuencia de la confianza. Para un análisis profundo de ello, véase por todos: CASTRONOVO, Carlo. "Vaga *culpa in contrahendo*: invalidità responsabilità e la ricerca della *chance* perduta. En: *Europa e Diritto Privato*. Número 1, 2010, pp. 7 - 9. ID en CASTRONOVO, Carlo. Responsabilità Civile. Ob. cit., pp. 534-539. Ver sobre el particular: BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Ristampa. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2012, p. 20. Quien con el fin de proporcionar una base para el deber de buena fe de conformidad con el art. 1337 del *Codice Civile* italiano de 1942. En sentido similar, ALBANESE, Antonio. "La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione". En: *Europa e Diritto Privato*. Número 3, 2017, p. 1136. Quien sobre el particular afirma: "(...) Tampoco puede encontrarse un criterio de imputación subjetivo en la hipótesis especial de responsabilidad precontractual prevista por el art. 1338 C.C. El conocimiento o cognocibilidad de la causal de invalidez, de hecho, sirve *per se* para integrar el dolo o la culpa del responsable, en ese sentido, sería necesaria una valoración posterior respecto de la falta de comunicación, que permita imputar a la persona el evento dañoso verificándose en términos no solo de previsibilidad, sino también de evitabilidad a través de un comportamiento diligente. (...) El conocimiento o la cognocibilidad de las causales de invalidez del contrato también adquieren relevancia en un momento que precede, desde un punto de vista lógico y cronológico, a la eventual omisión y, por ende, más que integrar un criterio subjetivo de imputación por dolo o culpa, constituyen el presupuesto mismo del deber de comunicación, que ni siquiera podría pensarse con respecto a las circunstancias que no son conocidas por aquellos que deberían, conociendo, informarlas a la otra parte.

tesis se parte de una situación diferente. Se afirma que, en virtud de un deber contenido en la buena fe, en la etapa de negociaciones, se generan deberes que deben ser cumplidos por las personas que forman parte de las tratativas.

De esta manera, Mengoni afirma que la responsabilidad precontractual, en la etapa de tratativas, tiene como fundamento en la formación del contrato, el deber de comportarse de acuerdo a la buena fe. En particular afirma lo siguiente:

> "(...) El argumento fundamental para sostener cuál es la naturaleza contractual por las violaciones cometidas durante las tratativas o en el acto de la formación del contrato, es de orden literal. El deber de comportarse según la buena fe y en particular de comunicar la causal de invalidez del contrato, es formulado por los artículos 1337 y 1338 del [*Codice Civile*] como un deber *inter partes*, esto es, un deber impuesto a una persona determinada respecto de otra persona determinada (la *contraparte*): entonces, no se trata de un deber absoluto, sino de un deber relativo, que de acuerdo a los requisitos del artículo 1174 c.c., constituye una relación obligatoria (...)"[63].

De otro lado, Benatti, comparte la misma perspectiva de Mengoni señalando lo siguiente:

> "(...) Partiendo de la concepción según la cual la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual coincidirían con las distinciones entre violación de deberes relativos y violación de deberes absolutos, se considera que la fórmula del artículo 1337 sería tal que se busca persuadir que el deber previsto por la norma sea calificado como un deber *inter partes*, es decir, como un deber relativo (...)"[64].

Para tal fin debemos comprender que existe una noción mucho más amplia que la relación obligatoria simple a la que se refieren los defensores de la tesis de la naturaleza de la responsabilidad extracontractual.

Sobre el particular en el estudio de Stoll parte de dos premisas: a) la primera consiste en afirmar que la relación obligatoria instaura entre las partes una relación jurídica especial, cuya finalidad es la satisfacción de un interés del acreedor mediante un sacrificio del deudor[65].

Correlativamente, imposibilidad de conocerlos no evita que sea considerada culposa la falta de comunicación, sino que excluye 'aguas arriba' el surgimiento mismo del deber (...)".

(63) MENGONI, Luigi. "Sulla natura della responsabilità precontrattuale". En: *Obbligazioni e negozio*. Scritti II. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011, pp. 268-269.
Por su parte, VISINTINI comentando jurisprudencia reciente señala que, últimos años, la responsabilidad precontractual, en los casos de la ruptura injustificada de tratativas en una responsabilidad contractual (aunque admite que no se trate de una obligación). Véase por todos: VISTINTINI, Giovanna. "Il dibattito sulla natura della responsabilita precontrattuale rivisitato alla luce della casistica". En: *Contratto e impresa*. Número 2, 2017, p. 354.

(64) BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Ob. cit., 2012, p. 128.
El citado autor señala que: "(...) Es justamente observado que el encuadramiento de la norma en la categoría de la responsabilidad "*ex - delicto*" conduciría a una deformación del significado que la ley atribuye a la buena fe en este campo. La buena fe no podría, es decir, ser entendida en sentido objetivo, en el sentido de una norma objetiva de conducta asumida como criterio de especificación de una serie de obligaciones recíprocas, impuestas a las partes que entran en tratativas independientemente de que exista la conclusión de un contrato válido. "La responsabilidad extracontractual" es esencialmente coligada a la violación de un deber absoluto, que surgen fuera de la relación específica entre sujetos determinados, y es cierto que la determinación del contenido de los deberes correspondientes es ajena a la valoración de la buena fe (...)". Ibídem, p. 128 - p.129.

(65) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". En: *Archiv für die civilistische Praxis*. Número 136, 1932, p. 286; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria". En: AA. VV. *L'Obbligazione come rapporto complesso*. Turín, Giappichelli Editore, 2016, p. 25.

Asimismo, resalta que el concepto de la obligación implica promover los intereses del acreedor a expensas de los intereses del deudor. Para esto, la actividad normativa tiene un lugar donde debe realizar una doble tarea: i) por un lado debe delimitar el interés perseguido por el acreedor, determinando el contenido de la prestación (lo que se encuentra en el débito); y ii) de otro, garantizar la realización de este interés estableciendo así la actividad coactiva de la prestación (estableciendo la responsabilidad)[66].

La segunda premisa: b) Del mismo modo, el contenido del débito viene determinado por el acuerdo de las partes y de la ley. Raramente las partes estipulan todas las reglas de todas las relaciones contractuales en modo completo y, además, la ley define sobre todo los deberes típicos[67]. Así, el contenido de la prestación no viene íntegramente contemplado por el acuerdo expreso fijado por las partes o por las solas disposiciones de la ley. El contenido del contrato puede ser plenamente determinado solo con la integración de la buena fe tomando en cuenta los usos del tráfico jurídico (§ 157)[68] y las disposiciones particulares de la ley que son integradas mediante el precepto de tener en cuenta a la buena fe (§ 242)[69][70].

Stoll afirma que existen deberes que derivan del contenido del contrato que tiene una finalidad positiva, están directamente vinculados a la realización del interés de prestación y con ello todo cumplimiento debe ser conseguido obteniendo el resultado de la prestación, este deber es conocido como deber de cumplimiento.

Sin tomar en cuenta la finalidad positiva, dichos deberes pueden consistir en un hacer o no hacer, y entre ellos son completamente diferentes: deberes principales y deberes accesorios, entre deberes típicos y deberes atípicos, deberes accesorios pactados y deberes integrativos; deberes de actuación y de preparación autónomos y dependientes; deberes de cooperación, de aviso y de lealtad[71].

Cada relación obligatoria debe ser entendida como *bonae fidei judicium*. La buena fe es el principio dominante, decisivo para la conducta de ambas partes, tanto del deudor como del acreedor. Esto significa que en el Derecho moderno en todas las relaciones obligatorias no se requiere solamente la exacta realización de la finalidad positiva de la prestación, pero también que la conducta compleja sea valorada según la buena fe[72].

Con la relación obligatoria entre las partes se crea una relación específica que viene a ser considerada por el Derecho alemán como una relación de confianza recíproca. La relación específica ofrece a las partes la posibilidad de incidir en los bienes y la persona de la otra parte; el efecto del deber de buena fe es, en este caso en particular, el de abstenerse de ejercitar

(66) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit, p. 287; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria". Ob. cit., p. 25.

(67) Ídem.

(68) Parágrafo § 157 del BGB de 1900: Los contratos han de interpretarse como lo exige la buena fe en atención a los usos del tráfico.

(69) Parágrafo § 242 del BGB de 1900: El deudor está obligado a cumplir con prestación de buena fe, con consideración de las costumbres del tráfico.

(70) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit., p. 287; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., p. 25.

(71) Ídem.

(72) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit., p. 288.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., p. 25.

cualquier tipo de acción que ocasione un daño[73]. Tal deber de buena fe tiene necesariamente una finalidad negativa que consiste en el deber de salvaguardar a la contraparte de los daños que pudieran derivarse de la relación específica y por medio de esta[74]. No está al servicio, entonces, del interés de prestación, pero sí está el interés de protección del crédito. Stoll está hablando de los deberes de protección[75].

En particular, los deberes de protección tienen un contenido más variado y, no obstante, la finalidad negativa, pueden consistir en un hacer positivo, por lo general son los deberes de aviso y de conservación[76]. En las relaciones obligatorias unilaterales se ponen de especial manifiesto en cabeza del deudor, y en particular, del comportamiento del deudor durante la ejecución de la prestación. Así también los puede tener el acreedor. Sin embargo, estos verdaderos deberes del acreedor no deben confundirse con sus cargas. Las cargas del acreedor representan preceptos puestos a los intereses propios, en cambio, los deberes del acreedor están al servicio de tutelar los intereses ajenos[77].

Desde esta perspectiva, existe responsabilidad contractual desde el momento en que se afecta el interés de prestación o el interés de protección. Esto se basa en la violación culpable del deber de prestación. La violación al contenido positivo de la prestación puede entenderse en tres sentidos distintos: i) aquella que puede impedir la realización del interés de prestación; ii) perjudicar el interés en la prestación; o iii) limitarse a ponerla en peligro[78].

En cambio, los intereses de protección tienen solo un significado negativo de asegurar la conservación de la persona y del patrimonio del acreedor. Sobre el plano privatístico son formas de tutela de la responsabilidad extracontractual que provienen de los deberes generales, impuestos a todos los conciudadanos respecto del interés de convivencia social. Al contrario, al contraerse la relación obligatoria para ambas partes nacen *deberes jurídicos específicos* con la finalidad de proteger la persona y el patrimonio de la contraparte. Los deberes derivan de la particular posibilidad de injerencia en la esfera jurídica ajena, que surgen con la instauración de la relación específica, y de la relación de confianza en la cual se funda esta[79].

El deber negativo de protección parece más bien, al contrario, la integración de la finalidad positiva de la obligación. En definitiva, puede ser determinado sobre la libre apreciación del caso concreto según la buena fe y no será fácil acertar si se trata solamente de la violación

(73) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit, p. 288.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., pp. 25-26.

(74) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit, pp. 288-289.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., p. 26.

(75) Ídem.

(76) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit., p. 289.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., p. 26.

(77) Ídem.

(78) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit., p. 289.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. Cit., p. 27.

(79) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit., p. 298.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., p. 33.

del interés de protección o también del interés de prestación, si se va reconociendo un específico interés de protección o si van reconociendo deberes jurídicos generales[80].

Una lesión del interés de protección es siempre la consecuencia del hecho que el deudor ha violado por culpa sus deberes de protección, sea por negligencia en la modalidad del comportamiento debido, sea mediante una prestación culpable de un objeto contractual que se encuentra viciado[81]. Para comprender la figura, Larenz propone el siguiente ejemplo: supongamos que el albañil ha realizado la reparación del tejado en la forma debida y la concluye, de modo que ha cumplido su prestación exacta y completamente; pero al marcharse enciende en el tragaluz del tejado un cigarrillo, y arroja descuidadamente las cenizas encendidas y produce un incendio sobre el material de madera que cubre el tejado[82]. Al respecto, Larenz señala lo siguiente:

> "(...) En mi opinión sería un artificio decir en este caso que ha 'cumplido defectuosamente' su obligación ya que la prestación solo se cumpliría completamente una vez que hubiese salido de la casa. Había cumplido ya la prestación; pero en tanto no abandone la casa que trabaja está obligado, según el sentido del contrato y la relación de confianza existente entre los contratantes, a conducirse de modo que no cause daños previsibles y evitables al dueño de la obra. A esta obligación se adapta la expresión 'deber de protección' propuesta por Stoll (...)"[83].

Por otra parte, Larenz sostiene que existe un deber primario que se enfoca en la prestación que determina el carácter típico de la relación obligatoria[84]. En un segundo plano se encuentran otros "deberes de conducta" que están igualmente delimitados y son en cierto modo secundarios al deber primario de prestación[85].

Agrega que el deudor debe omitir todo en cuanto pueda afectar el logro del fin que persigue la obligación. Al referirse a los "deberes de conducta" apunta que dichos deberes exceden al propio y estricto deber de prestación –cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda– y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo a las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominados "deberes de conducta" (*Verhaltenspflichten*) pueden afectar a la relación obligatoria en su conjunto, y en caso de violación culpable de tal deber se fundamenta la tutela resarcitoria[86].

Al respecto, Larenz señala que la buena fe puede entenderse como: "(...) el enjuiciar según la 'buena fe' precisa y es perfectamente susceptible de una más exacta concreción, que ciertamente se ha de manifestar según se configure la realización del contenido objetivo general de este principio, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso enjuiciado. En esta valoración no solamente se han de tener en cuenta consideraciones de equidad que también solo tienen importancia para el caso concreto, sino también la relación del caso

(80) STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". Ob. cit., p. 298 - p. 300.; ID: STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría". Ob. cit., p. 34.
(81) Ídem.
(82) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción al castellano de Jaime Santos Briz. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo 1, 1958, p. 363.
(83) Ibídem, p. 363 - p. 364.
(84) Ibídem, p. 19.
(85) Ídem.
(86) Ibídem, p. 21 - p. 22.

individual, plenamente apreciado en sus particularidades con los ideales jurídicos generales a que el principio se refiere (...)"[87].

Adicionalmente a lo anteriormente señalado por Larenz, el considera que Stoll ha expuesto con especial claridad la peculiaridad de dichos deberes, los que califica como "deberes de protección". A juicio de Larenz, la denominación termina siendo muy estricta ya que tales deberes pueden tener por objeto no solo el proteger a la otra parte contra los daños que pueda recibir, es decir, la misión negativa de proteger contra un peligro que amenaza, sino que además positivamente puede tener como finalidad que la relación obligatoria se ejecute sin fricciones[88].

Sobre el particular conviene aclarar un punto. La categoría de la responsabilidad por culpa antes de concluir un contrato, conocida también como la *culpa in contrahendo*[89] tiene presente la categoría de los deberes de protección[90]. En ese sentido, cualquier violación a los "deberes de conducta" o a los deberes de protección en la etapa precontractual genera una responsabilidad por infracción a dichos deberes precontractuales[91]. De la misma manera, debe realizarse una precisión terminológica, pues los "deberes precontractuales" no son, los

(87) Ibídem, p. 143.

(88) Ibídem, p. 22. Nota al pie de página Número 1.

(89) Ver nota al pie número 62 del presente comentario.
Tal vez esta es la única referencia a la expresión *"culpa in contrahendo"* en el desarrollo del texto por parte del autor del Comentario al artículo 1362 del Código Civil peruano. Debe tomarse en cuenta lo señalado por VON TUHR, quien en el caso de la ruptura injustificada de tratativas señala que: "(...) Quienes van más lejos, concluyendo que nos hallamos en presencia de un acto ilícito, que entra en el régimen de los arts. *[rectius*: parágrafos] 823 y sig., y aplican los principios del delito –por ejemplo, en caso de responsabilidad por los dependientes o de prescripción–, olvidan que, a diferencia del delito, en este caso no existe violación a la esfera jurídica ajena, sino incumplimiento de una obligación que no nace por contrato, ya que deriva de la relación jurídica que tiene su origen en la negociación. Ahora bien, al incumplimiento de la obligación legal frente a persona determinada, no se aplica el art. *{rectius: parágrafo}* 831, sino el art. *[rectius*: parágrafo] 278 (...)" (el entrecorchetado y el subrayado es agregado). En el mismo sentido, PIRAINO señala que es una expresión ajena a las fuentes romanas y está destinada para referirse a la responsabilidad precontractual. En: PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Ob. cit., p. 183. De acuerdo dicho autor se afirma que: "(...) JHERING constató el silencio de las fuentes sobre el problema del comportamiento dañoso, y además conectado por la culpa, de uno de los contratantes durante la fase de las tratativas y de la conclusión del contrato, no proporcionando ninguna respuesta adecuada a causa de la imposibilidad de recurrir a la responsabilidad contractuales, así como a la responsabilidad extracontractual (...)". VON JHERING pone en relieve dos tipos de supuestos de invalidez negocial para enmarcarlos dentro de este tipo de *culpa in contrahendo*. El primer caso es la venta de cigarrillos. Señala lo siguiente: "yo encargo expresamente a un amigo que se dirige a Bremen que ordene, en mi nombre, a un vendedor de cigarrillos la venta de ¼ de cajas de cigarrillos, pero él se equivoca y pide 4 (...)". El vendedor de cigarrillos debe soportar los dos gastos de transporte o basta remitirle el gasto a mi amigo o a mí. Este es el ejemplo del error del mensajero. En: JHERING, Rudolf Von. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Traducción del alemán y nota de lectura por Federico PROCCHI. Nápoles, Jovene Editore, 2005, p. 9. Existe otro caso que es el del error en el Telégrafo: "(...) Fue un caso real que se encontraba en los tribunales alemanes justo cuando Jhering estaba escribiendo su ensayo. En alemán a los verbos comprar y vender los diferencia el prefijo "ver": kaufen es comprar, verkaufen es vender. Pues bien, una empresa de Colonia había encargado a su banco en Frankfurt, por medio de telegrama, que vendiera (verkaufen), por cuenta del banco, un cierto número de títulos. Sin embargo, el telegrama se despachó no con el verbo vender, sino con el verbo comprar. El mandatario, un banco de Frankfurt, dio ejecución a la orden así recibida, con la circunstancia adicional de que con posterioridad el tipo de títulos comprados bajó considerablemente de valor (...)". En: SALGADO, Catalina. "Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering". En: *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Tomo I. Bogotá, Fondo Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 731. ID: : JHERING, Rudolf Von. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Ob. cit., p. 213 - p. 223. Para un estudio sobre la culpa *in contrahendo*, véase por todos. ASÚA, GONZALES, Clara. *La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*. Bilbao, Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989, p. 25 - p. 39.

(90) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Ob. cit., p. 107.

(91) Ibídem, p. 110.

que se refieren a los derivados de un precontrato, sino aquellos que resultan de una relación obligatoria análoga al contrato que surge por la existencia de negociaciones contractuales y existen con independencia de que el contrato llegue o no a concluirse[92].

Dicha relación precontractual, no es en puridad, una relación obligatoria porque no da lugar a la existencia de un deber primario de prestación, el cual es exigible al momento de instaurarse la relación obligatoria. En cambio, dicha relación jurídica precontractual da lugar solo a los "deberes de conducta" o deberes de protección. Dicha relación jurídica particular subsiste como una "vinculación jurídica especial" entre los intervinientes si conduce a la conclusión de un contrato de forma válida y dicha relación contractual creada a través de aquellas relaciones precontractuales perdurarán, aunque el deber de prestación establecido en el contrato desaparezca a consecuencia de una declaración de impugnación[93] o de resolución[94]. Esta vinculación especial recibe el nombre de obligación sin deber primario de prestación u obligación sin prestación[95].

Aquí resultan importantes las apreciaciones de Piraino quien pone no solo la atención en la tutela de la confianza sino en la particular posición de las partes. Sobre este punto en particular sostiene que:

> "(...) La razón fundamental para que la responsabilidad precontractual se individualice no solo en la tutela de la confianza del contratante lesionado en sede de tratativas o de conclusión del contrato (...) sino también en la intencional proximidad de las esferas jurídicas de los determinados contratantes por la instauración de una relación en vista a la conclusión de un contrato, por las sucesivas tratativas y del eventual procedimiento para obtener el consentimiento (...)"[96].

Sin embargo, es Castronovo quien bajo la teoría de la relación obligatoria sin deber primario de prestación, conocida por algunos como la obligación sin prestación, la adopta en Italia, para luego explicar el fenómeno de la responsabilidad precontractual. La cual se construye afirmando lo ya explicado por Larenz. Sobre este punto, Castronovo afirma que:

> "(...) se puede hablar de responsabilidad precontractual cuando el comportamiento de las partes se orienta objetivamente a la estipulación de un contrato (...), la categoría general está constituida por una relación obligatoria sin deber primario de prestación, del cual la *culpa in contrahendo* es solo una especie de aquella (...)"[97]

En el mismo sentido, Albanese afirma que la violación de cualquier deber existente independientemente si tiene origen por un acuerdo entre las partes, genera una responsabilidad

(92) Ídem.

(93) La acción de impugnación hace referencia a las acciones relativas a los remedios que se emplean frente a las patologías que sufren los negocios jurídicos, entre ellos encontramos a la nulidad y la anulabilidad.

(94) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Ob cit., p. 110 - p. 111.

(95) CASTRONOVO, Carlo. "Obblighi di Protezione e tutela del terzo". En: *JUS - Rivista di scienze giuridiche*. N° 23, 1976, p. 135. Recientemente en: CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Milán, Dott. A. Giuffrè, 2018, p. 544. Debo agregar que este libro debería ser la cuarta edición de la Nuova Responsabilità Civile, pero el autor considera que, a su edad, llamar a un libro con el adjetivo "nuevo" le parece una exageración. Para más comentarios de la nueva edición, véase por todos: CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Ob. cit., p. IX.

(96) PIRAINO, Fabrizio. "La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull´immunità)". En: *Contratti. 1. Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali*, Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 55.

(97) CASTRONOVO, Carlo. *La nuova resposanbilità civile*. Terza edizione. Milán, Dott. A. Giuffrè, 2006, p. 472 - p. 473. ID: CASTRONOVO, Carlo. *Eclissi del Diritto Civile*. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2015, p. 140 y ss. Y más recientemente en: CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Ob. cit., p. 553.

contractual[98]. Del mismo modo, el mencionado autor agrega que la Corte *di Cassazione* italiana ha reconocido la naturaleza contractual de la responsabilidad por violación del deber de buena fe de acuerdo con el artículo 1337 del *Codice Civile italiano*, incluso frente a la ausencia de un acto que genere negociaciones específicas para las partes[99].

De acuerdo con lo expuesto por Albanese se puede entender que la conducta desleal en la etapa de tratativas no puede asimilarse a la mera lesión a una esfera jurídica ajena al verificarse que se tratan de sujetos fuera de una relación preexistente[100]. Del mismo modo, el deber de buena fe cobra sentido de acuerdo al artículo 1337 dado que dicho deber subsiste independientemente al objeto de las eventuales prestaciones contractuales[101].

Dicho de otra forma, la relación obligatoria sin deber primario de prestación atiende a la especial posición que ocupan las partes, con ocasión de las negociaciones, y no guarda relación con las particularidades de la estructura de las reglas de la responsabilidad extracontractual, normas que están diseñadas para resolver los conflictos de personas que son completamente extrañas entre sí. En cambio, la responsabilidad precontractual, al ser un preámbulo del contrato, no tiene por finalidad resolver las disputas de dos personas completamente desconocidas, sino que se trata de dos sujetos que están en una posición particular de poder anticipar las consecuencias de sus actos, con una mayor precisión atendiendo al criterio de la previsibilidad negocial, esto es una situación semejante a la de un contrato.

Por otra parte, Benatti afirma que existen deberes precontractuales de protección que surgen de la buena fe, como los deberes de aviso y de custodia[102], deber de secreto[103], deber de declarar la invalidez del contrato[104]. Esto ya ha sido trabajado en la actualidad por Piraino, quien sostiene que:

> "(...) El precepto de buena fe también se materializa en directivas todavía más concretas y específicas que asumen la forma jurídica de deberes, que pueden tener como objeto: la custodia de los bienes de la contraparte que fueron puesta a disposición por parte del otro contratante durante la etapa de negociación y en miras a la conclusión del contrato; la preservación de la integridad física del otro contratante; la preservación de la confidencialidad de la información divulgada por la otra parte o adquirida en el curso de la negociación; el aviso sobre la existencia de causas de nulidad del contrato en proceso de finalización (artículo 1338 del *Codice Civile* italiano); La comunicación de la

(98) ALBANESE, Antonio. "Responsabilità precontrattuale". En: AA. VV. *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*. Volume 3. Napolés, Jovene Editore, 2018, p. 1703.

(99) Ibídem, p. 1705.

(100) Ídem.

(101) Ídem. Acertadamente, ALBANESE desarticula el discurso de CALUSI (ver nota al pie de página número 52 del presente comentario). En: Ibídem, p. 1701, con especial énfasis en la nota al pie de página número 30.

(102) BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Ob. cit., p. 35 - p. 36.

(103) Ibídem, p. 40 - p. 42.

(104) Ibídem, p. 57 - p. 61. Ver sobre el particular: Ibídem, p. 144. Quien también reconoce a la hipótesis de la responsabilidad precontractual como una relación de confianza como fuente de los deberes precontractuales. ID: BENATTI, Francesco, "Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Año XIV. 1960, p. 1355.
"(...) La categoría de los deberes de protección va, sin embargo, a encontrar algunas objeciones. La doctrina configura como deberes de protección a los deberes de comunicación, custodia, salvataje (salvataggio/rescate) y de conservación: pero, mientras es probable que los deberes de aviso, custodia, etc. se vinculen a la directriz señalada por el artículo 1175 del *Codice Civile*, surgen dudas en cuanto concierne a los deberes de conservación (...)".

información necesaria a la contraparte para tomar una decisión de negociación totalmente consciente y libre (...)"[105].

Por tal motivo, resulta perfectamente aplicable a la realidad peruana la relación obligatoria sin deber primario de prestación como fundamento para los deberes precontractuales de protección. De otro lado, Nicolussi afirma que el fundamento racional de la responsabilidad precontractual[106] es la confianza que se genera entre las partes de una relación calificada[107], la cual debe ser desenvuelta de acuerdo a la confianza y la *correttezza*[108].

2.4. En conclusión: ¿qué ocurre en el Perú con la ruptura injustificada de tratativas?

Al admitir que la relación obligatoria tiene una estructura compleja y si se admite el concepto de relación obligatoria sin deber primario de prestación, podemos afirmar que, por la especial posición que tienen los sujetos que se encuentran en las tratativas, el deber de negociar según la buena fe reconocido en el artículo 1362 del Código Civil peruano, implica que estemos dentro de un vehículo particular dado que no se tratan de dos sujetos absolutamente extraños, como si este fuese un caso de responsabilidad extracontractual, sino que se trata de dos sujetos que han internalizados los costos de pretender suscribir un contrato, esto es, ubicarse en la etapa de la negociación. Debe tenerse presente que, la conducta que debe desarrollarse es la de ser leal. En efecto, comentando una situación similar en el BGB alemán Larenz afirma que:

"(...) En sentido muy general puede decirse que, tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en él intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la "buena fe" (§ 242) de su futuro compañero en el contrato (...) "[109].

La situación de negociación no puede asimilarse a una hipótesis como si fuese, por ejemplo, un accidente de tránsito. En la responsabilidad precontractual, los individuos están envueltos por el deber específico y concreto, tienen el mandato de comportarse como ellos mismos se comportarían si ocuparan el lado contrario, esto no es otra cosa que actuar de acuerdo al deber de buena fe, prefijando una relación obligatoria sin deber primario de prestación, tal y como la postuló Castronovo[110].

Cuando un sujeto produce la ruptura injustificada de las tratativas, este se ubica dentro del supuesto de hecho del artículo 1362[111]; y, además ya había generado confianza legítima en su futura contraparte y la defrauda, esta responsabilidad no puede reconducirse al

(105) PIRAINO, Fabrizio. "La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull´immunità)". Ob. cit., p. 55.
(106) NICOLUSSI, Andrea. Voz "Obblighi di protezione". En: *Enciclopedia del Diritto*. Annali VIII, 2015, p. 664.
(107) Ibídem, p. 660 - p. 661.
(108) Ídem. Más enfáticamente resalta la aplicación de una responsabilidad sobre la base del contacto social.
(109) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Ob. cit., p. 108.
(110) CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsanbilità civile*. Terza edizione. Milán: Dott. A. Giuffrè, 2006, p. 472- p. 473. ID: CASTRONOVO, Carlo. *Eclissi del Diritto Civile*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2015, p. 140 y ss. Y más recientemente en: CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Ob. cit., p. 553.
(111) En el Perú ya existe una propuesta similar. Véase por todos: MORALES HERVIAS, Rómulo. "Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano". En: *Ius et Veritas*, número 57, 2018, pp. 185-187.

artículo 1969[112] del Código Civil peruano. Esto ya ha sido advertido por Albanese quien, sobre el particular, señala:

> "(...) En términos más generales, el deber precontractual de buena fe no puede reducirse a una mera norma de precaución destinada a prevenir perjuicios genéricos respecto un grupo indefinido de sujetos, sino que constituye la regla de orden de una relación específica entre sujetos que son (pre)determinados por ser 'partes' de una tratativa (...)"[113].

Además, la función de la buena fe en sentido objetivo se refiere a la buena fe como regla de comportamiento en cuanto modelo abstracto que no impide analizar la conducta concreta de los sujetos respecto a cómo deben comportarse cuando se produce la imposición de ciertos deberes particulares que surgen en la etapa de tratativas.

Debe tomarse en consideración que De La Puente y Lavalle ya había previsto que la responsabilidad precontractual tiene como fundamento el quebrantamiento de la buena fe. Sobre este punto en particular señala:

> "(...) la responsabilidad contractual (entendida como la proveniente de esa fuente de las obligaciones) no debe tener su esencia en la inejecución de una obligación de origen contractual (desde que la obligación nacida de un contrato) (...), sino en (...) la violación de un deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración del contrato (...)"[114].

El deber aludido por De La Puente y Lavalle, no es otro que el deber de buena fe. Es más, dicho autor propone que frente al incumplimiento de un deber, se le dé el tratamiento del incumplimiento de una obligación, y así reconducir dicha responsabilidad al del incumplimiento de las obligaciones.

En conclusión, tanto para el Derecho peruano como para el Derecho italiano, en el caso de la ruptura injustificada de las tratativas estamos frente al fenómeno de la relación obligatoria sin deber primario de prestación, la cual está conformada por múltiples deberes precontractuales de protección.

3. El daño resarcible en la etapa de tratativas

El daño resarcible es el elemento fundamental para iniciar la acción resarcitoria. Por tal motivo, debemos estudiar brevemente los tipos de daño que se generan en el ámbito de las negociaciones antes de la celebración de un contrato. Von Jhering señala que existe una bipartición entre los intereses, el positivo y el negativo, siendo el primero equivalente a la ejecución del contrato válido[115]. En cambio, el interés negativo consiste en colocar a la víctima en una situación equivalente en dinero, a aquella en la cual no hubiera celebrado el contrato inválido[116].

(112) Artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

(113) ALBANESE, Antonio. "La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione". Ob. cit., p. 1137.

(114) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Ob. cit., p. 370.

(115) JHERING, Rudolf Von. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Ob. cit., p. 33.

(116) Ídem.

Dicho de otra forma, se trata del estudio del daño que ocurre en el ámbito precontractual. En tal óptica, resulta correcta una primera aproximación metodológica del análisis de los intereses. En ese aspecto, Turco señala que la expresión de intereses corresponde a una definición de Derecho romano (según el autor, "al menos") cuando se emplea la expresión "*id quod interest, quanti mihi inter-est*"(117). Resultan importantes las apreciaciones de De Cupis quien a este tipo de lesión la denomina daño *in contrahendo*(118).

Esta máxima del Derecho Romano fue recogida por Von Jhering quien la emplea para explicar el alcance del resarcimiento de un contrato que padece de una causal de invalidez(119). Esta clasificación no es ajena al Derecho peruano. En efecto, De La Puente y Lavalle identifica bien estos dos tipos de daños. En primer lugar, el interés negativo es definido por el autor nacional de la siguiente manera:

> "(...) El interés contractual negativo es, en cambio, el que tienen los tratantes de no ser lesionados por la realización de las tratativas, en razón de haber confiado en la lealtad con que estas han sido conducidas. La indemnización por la frustración de este interés cubre los daños sufridos por el tratante, tales como los gastos que no hubiera hecho si hubiera podido prever que el contrato no se celebraría, o el perjuicio que le depara haber perdido oportunidades o rehusado ofertas de otras personas (...)"(120).

(117) TURCO, Claudio. "L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoría di Jhering nel sistema tedesco e italiano)". En: *Rivista di Diritto Civile*. Año LIII, número 2, 2007 p. 167.
Cabe agregar que TURCO es un autor sumamente crítico con las expresiones clásicas ya afianzadas en el Derecho italiano como el daño al interés negativo y positivo. Para ello resultan importante su análisis en el punto 2 de dicho artículo. Véase por todos: TURCO, Claudio. "L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoría di Jhering nel sistema tedesco e italiano)". Ob. cit., p. 170 y ss.

(118) DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria Generale della responsabilità civile*. Seconda Edizione. Volume Primo. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, p. 302

(119) JHERING, Rudolf Von. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Ob. cit., p. 33.

(120) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Ob. cit., p. 300. También sobre esta materia véase por todos a LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima, Instituto Pacífico, 2017, pp. 715-716. Quien refiriéndose a los ejemplos de *res extra commercium* de Jhering señala que: "(...) De tal forma, se deduce una regla, curiosamente coincidente con la solución brindada en las fuentes justinianeas: 'cuando la ley [...] impone al vendedor la prestación del resarcimiento de los daños, en buena cuenta le hace este reproche: tú no debías celebrar el contrato, porque habrías tenido que conocer el impedimento, y a causa de tu ignorancia, la contraparte ha sufrido un daño. [...]. [Q]uien hace una promesa tiene el deber preciso de no equivocarse: si comete un error, debe asumir los gastos, en lugar de hacerlos de cargo de la contraparte'". En el mismo sentido, ESPINOZA ESPINOZA, quien señala que: "(...) Partiendo de la clasificación propuesta por Friedrich Mommsen, que diferencia el interés a la conservación, es decir, 'a la ejecución del contrato y en esta hipótesis el adquiriente obtendría el equivalente en dinero de todo lo que este habría tenido en caso de validez del contrato', del interés a la falta de conclusión del contrato, en este caso, el frustrado adquiriente 'obtendría lo que habría tenido si no hubiese la apariencia exterior de la conclusión del contrato'; Jhering propone la bipartición entre interés contractual positivo y negativo. En este orden de ideas, 'si el vendedor reclamase a título de error esencial la restitución de la cosa expedida al adquiriente, el interés a la conservación del contrato amontaría, cuanto menos, al mayor valor de la cosa respecto del precio de la venta, y el interés a la no conclusión consistiría en el reembolso de los gastos de transporte; cuando el mensajero ha ordenado, por error, 10 cajas de puros en vez de 1/10, el primer interés consiste en la ganancia que el vendedor habría realizado en 10 cajas y el segundo en el reembolso de los gastos de embalaje y expedición. Puede también suceder que el segundo interés falte totalmente, por ejemplo, cuando el mensajero haya rectificado inmediatamente su propio error'. Puntualiza que 'el interés de la primera especie tiene el propio fundamento en la validez del contrato, el de la segunda especie se funda en la nulidad del contrato'. No solo eso: esta diferencia ya se conocía en el Derecho Romano: "la *act. redhibitoria* satisface el interés contractual negativo, la *act. quanti minoris* el interés contractual positivo' (...)". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Octava edición. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 1003 - p.1004.

Como se puede apreciar, el interés negativo se puede resumir en la lesión que se le ocasiona a un sujeto respecto de su interés de no llevar adelante una inútil tratativa[121]. Por su parte, Trimarchi considera que el interés negativo significa compensar a la víctima por los gastos que inútilmente se afrontaron para la estipulación del contrato y, además, confiando en su ejecución[122]. En otras palabras, *un daño a la confianza*[123].

Comparte una apreciación similar, De Cupis quien afirma que, si una de las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato no se comporta de acuerdo a la buena fe, o incluso, cuando conociendo o debiendo conocer la existencia de una causal de invalidez del contrato no da aviso a la otra parte, antes de la conclusión del contrato, revoca la oferta, y la información de ello llega a conocimiento a la otra parte cuando comenzó a ejecutarlo de acuerdo a la buena fe[124]. Esta conducta, de conformidad a lo expresado por De Cupis, acarrea un daño al interés contractual negativo[125]. Por esta razón señala:

> "(...) Esto genera un perjuicio a los beneficios que hubiese alcanzado de no haberse impedido la conclusión o el inicio de la formación del contrato: acarrea un daño al interés contractual negativo(...)"[126].

Así se suele decir que el interés negativo es la calificación negativa respecto del interés del afectado cuando no se puede iniciar la etapa de las tratativas (*id quod interest contractum initum non fuisse*)[127]. Por su parte, Benatti lo define de acuerdo a los siguientes términos:

> "(...) Será, en cambio, obligado a colocar a la otra parte en una idéntica situación patrimonial en la cual se hubiese encontrado de no haber sido estipulado el negocio(...)"[128].

De esta forma, la plena identificación del daño al interés negativo tiene por finalidad reestablecer la situación *ex - ante* al intento fallido de la formación del contrato. En cambio, el interés positivo supone que la persona afectada tenga una expectativa de ejecución del contrato que no se va a llegar a ejecutar. Esto ya ha sido estudiado en la dogmática peruana. En efecto, De La Puente y Lavalle explica este concepto de la siguiente forma:

> "(...) Se entiende por interés contractual positivo el que tiene el contratante en el cumplimiento del contrato, de tal manera que el resarcimiento de este interés comprende todo el daño sufrido por él, en razón de la inejecución de las obligaciones sobre las qué versa el contrato (...)"[129].

Como se observa, el daño por afectación al interés positivo significa la lesión que sufre el contratante pues no disfrutará de las ganancias que hubiera obtenido si el contrato se hubiese ejecutado normalmente. Respecto a ese mismo concepto, Trimarchi define el mismo en los siguientes términos:

(121) PIGNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese.* Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1999, p. 228. En el mismo sentido, véase: CARUSO, Daniela. *La culpa in contrahendo. Lesperienza statunitense e quella italiana.* Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 165.

(122) TRIMARCHI, Pietro. "Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento". En: *Rivista di Diritto Civile.* Año XLVIII, Número 5, 2002, p. 637.

(123) Ídem.

(124) DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile.* Ob. cit., p.303.

(125) Ídem.

(126) Ídem.

(127) LOI, Maria L. y TESSITORE Franca. *Buona fede e responsabilità precontrattuale.* Ob. cit., p. 93.

(128) BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale.* Ob. cit., p. 146.

(129) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Ob. cit., p. 300.

"(...) el principio fundamental es que el resarcimiento debe colocar al contratante lesionado en una situación económica equivalente a aquella en la cual se hubiera encontrado si el contrato fuese exactamente cumplido: se trata, en otras palabras, de hacerlo conseguir el valor del acuerdo, sobre el cual había depositado su confianza. El resarcimiento así concebido tiene por objeto, se dice, el interés positivo (o *interés al cumplimiento*) (...)"[130].

Sobre este punto De Cupis señala que el interés contractual positivo es aquella lesión si el contrato se hubiese llegado a concluir o si este no hubiese sido declarado inválido. Indicando que preferentemente no se tutela el interés positivo[131].

De otro lado, Benatti señala que el daño sufrido corresponde al tipo de interés presentado en esta etapa. De esta forma, el antedicho autor afirma que:

"(...) Desde este punto de vista resulta fácil, para Jhering, individualizar la diferencia entre los dos tipos de intereses; el primero presupone la validez del acuerdo, el segundo la invalidez(...)"[132].

Como se observa, el interés positivo supone aquello que la víctima hubiera recibido si es que el contrato no incurría en causal de invalidez. Compartimos la opinión de De La Puente y Lavalle respecto al tipo de interés resarcible puesto que se suelen sobreponer la categoría de daño resarcible con el "daño al interés en la etapa precontractual". Sobre el particular afirma que:

"(...) Estando la responsabilidad precontractual sujeta, como se ha visto, a las reglas propias de la inejecución de las obligaciones, el resarcimiento del interés contractual negativo debe medirse de acuerdo con estas reglas. En tal sentido, la actuación del tratante a quien es imputable la frustración de las tratativas determina la extensión de la reparación, aplicándose los criterios del dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve(...)"[133].

Por otro lado, debemos indicar que dichas categorías no son excluyentes toda vez que, si se concluye que se debe el resarcimiento por el interés negativo, este resarcimiento comprende plenamente el daño emergente, así como el lucro cesante, tomando en consideración que el régimen aplicable es la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

Lo mismo se aplica si el daño fue cometido por dolo o con culpa inexcusable. En estos casos, será resarcido también el interés positivo, a título de daño imprevisible, considerando los réditos que hubiese obtenido la víctima si es que su interés en el programa contractual se hubiese satisfecho, siempre que la imputación estuviera debidamente probada (si actuó con

(130) TRIMARCHI, Pietro. "Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento". Ob. cit., p. 637.

(131) DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria generale della responsabilità Civile.* Ob. cit., pp. 303-304.

(132) BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale.* Ob. cit., p.146.

(133) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Ob. cit., p.301. Sobre este punto agrega lo siguiente: "(...)Así, si el tratante ha procedido con dolo o culpa inexcusable, la indemnización del interés negativo comprende tanto el daño emergente (el perjuicio efectivo sufrido por la no celebración del contrato al que se refieren las tratativas) como el lucro cesante (las ventajas que se habrían podido obtener si, en la confianza que las tratativas estaban encaminadas a la celebración del contrato, no se hubieran desechado otras oportunidades), en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de sus deberes de lealtad; pero si tal inejecución obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo de iniciarse las tratativas (referido, desde luego, a la frustración de estas y no al incumplimiento del contrato a que ellas podían dar lugar) (...)".

dolo o culpa inexcusable), con lo cual la víctima será resarcida en estricta aplicación de lo establecido por el artículo 1321[134] del Código Civil peruano de 1984.

4. Los documentos precontractuales no vinculantes: el estudio de la *letter of intent* y el artículo 1362 del Código Civil peruano

4.1. Nociones preliminares

En el caso *Empro vs. Ball-Co* dos empresas negocian un contrato y alcanzan un acuerdo con relación a los potenciales alcances de un futuro contrato. Por tal motivo, emiten un documento denominado "*Letter of intent*", "*Agreement in principles*" o "*Memorandum of understanding (MOU)*" y solo quedarían pendientes algunos detalles para finalizar el denominado "acuerdo" en un contrato de la manera más formal. Posteriormente, si se produce el colapso de las negociaciones; o, cuando una de las "partes" se aleja de las tratativas y el documento final no se ha concluido[135], ¿se puede afirmar que existe una frustración del contrato definitivo?

Dicho de otra forma, si se firmó este tipo de acuerdo preliminar, ¿estamos ante un contrato?, ¿es vinculante o cualquiera de las partes se puede apartar libremente de él? ¿este tipo de pacto es válido bajo el Derecho peruano y a la luz del artículo 1362? ¿cuál sería el remedio aplicable? A continuación, desarrollaremos una breve descripción de lo que se debe entender por *letter of intent* **y cuáles serían** las implicancias de su importación en el derecho peruano.

En los Estados Unidos, el grado en que los documentos precontractuales son jurídicamente vinculantes depende, en gran medida, de la intención de las partes en los acuerdos preliminares. Así un sector de la doctrina procede a clasificar dichos acuerdos en tres grandes grupos: 1) el acuerdo para participar en una transacción (*agreement to engage in a transaction*); 2) un acuerdo con los términos abiertos con la intención de ser vinculante (*an agreement with open terms intended to be binding*); y 3) una carta de intención (*letter of intent*)[136].

Por su parte, otro sector de la doctrina agrupa a dichos acuerdos no vinculantes de la siguiente manera: 1) Cartas diseñadas para proveer información; 2) Acuerdo marco que gobierna todo el proceso de negociación; 3) Memoriales de Acuerdo Parciales durante el proceso de negociaciones; 4) documentos erróneamente denominados "*letter of intent*" cuando estos son perfectamente vinculantes entre las partes[137].

El acuerdo para participar en una transacción (*agreement to engage in a transaction*) establecerá los términos sustantivos específicos del contrato; sin embargo, las partes no tienen la intención de estar obligadas por estos términos, y se comprometen a seguir solo el proceso de negociación. De esta manera, el acuerdo para participar en una transacción solo tiene por

(134) Artículo 1321 del Código Civil peruano de 1984.-
Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

(135) BEN-SHAHART, Omri. "Pre-closing liability". En: *University of Chicago Law Review*. Número 77, 2010, p. 978.

(136) NEDZEL, Nadia E. "A comparative study of good faith, fair dealing, and precontractual liability". En: *Tulane European and Civil Law Forum*. Volume 12, N° 97, 1997, pp. 118-119.

(137) LAKE Ralph. "Letters of intent: A comparative examination under English, US. French; and West German Law". En: *George Washington Journal of International Law and Economics*, N° 18, 1984-1985, pp. 331-332.

objeto crear "obligaciones morales"[138] o registrar propuestas preliminares que podrían, de otro modo, ser dejadas de lado en las transacciones complejas. Debemos agregar que, en el *Common Law*, dicha figura no es vinculante.

Asimismo, las partes negocian tomando en consideración el conocimiento de los efectos de este acuerdo y, en caso de no llegar a un acuerdo final, no estarán vinculadas. En este escenario, como no existe acuerdo, no cabría la posibilidad de entablar una demanda por daño a las expectativas perdidas. Por otra parte, el dolo (mala fe) solo sería accionable bajo la rúbrica tradicional de responsabilidad civil extracontractual (*tort law*) y, no por el deber contractual de buena fe[139].

Respecto a los acuerdos con términos abiertos con intención de ser vinculante (*an agreement with open terms intended to be binding*), las partes han establecido que la mayor parte de los términos de dicho acuerdo tendrán el carácter de obligatorio para las mismas. Sin embargo, manifiestan su intención de continuar con la negociación de los términos restantes. En estas situaciones, el "*agreement to agree*" (que en sí mismo es un contrato) también impone un deber general de actuar con lealtad en la negociación de los términos abiertos todavía inconclusos[140] por la falta de cierre de la operación. Este acuerdo es vinculante y se somete a los remedios contractuales aplicables.

Por último, la *letter of intent* es un tercer tipo de acuerdo preliminar que se sitúa en el medio de las dos figuras explicadas precedentemente. Esta puede ser vinculante en los Estados Unidos, a pesar que exista jurisprudencia que diga lo contrario[141]. En general, si la intención de las partes en el momento de la ejecución del acuerdo precontractual busca el control del acuerdo y, si la intención de las mismas partes es clara en el texto de la carta, un tribunal hará cumplir los acuerdos allí adoptados.

Cuando una *letter of intent* señala explícitamente que no es vinculante y está expresamente condicionada a la celebración de un contrato definitivo, entonces se encontrará que no es exigible para las partes. Cuando este es el caso, el remedio para el desleal comportamiento no reside directamente en la obligación contractual de buena fe[142], aunque otros remedios pueden estar disponibles.

Nedzel señala que la mera utilización del término "carta de intención" en un documento no significa *ipso facto* que el acuerdo es vinculante ni tampoco que la declaración expresa de las partes tiene la intención de actuar complementariamente al deber de negociar de buena fe que transforma el documento en vinculante.

A veces, los tribunales del *Common Law* de los Estados Unidos han sostenido que los "acuerdos para negociar" específicamente adoptan el deber de buena fe, y que no se puede hacer cumplir todos los términos del mismo porque no hay manera de conocer el acuerdo definitivo y, de ser el caso, estamos ante la falta de una manera de medir los daños[143].

(138) Se hace referencia a conceptos no jurídicos o carentes de patrimonialidad.
(139) NEDZEL, Nadia E. "A comparative study of good faith, fair dealing, and precontractual liability". En: *Tulane European and Civil Law Forum*. Volumen 12, N° 97, 1997, p. 118.
(140) Ibídem, p. 120.
(141) Ibídem, p. 121. En contra: BEN-SHAHART, Omri. "Pre-closing liability". Ob. cit., p. 978.
(142) Ibídem, p. 121.
(143) Ídem.

Debemos resaltar lo indicado por Farnsworth sobre la pérdida de la expectativa de la parte lesionada en el marco del último acuerdo proyectado. En efecto, el mencionado autor sostiene que: "(...) el remedio más apropiado no es el de una indemnización por la pérdida de la expectativa de la parte lesionada en el marco del proyecto del acuerdo definitivo(...)"[144].

Pero sí son indemnizables los daños ocasionados por el uso de la confianza de la parte lesionada en el "acuerdo para negociar"[145]. Si una parte rompe las negociaciones antes que la otra haya tenido la confianza en el "acuerdo para negociar", no hay necesidad de invocar un remedio resarcitorio porque no hay confianza sobre la cual reclamar. De otro lado, una vez que la otra parte haya confiado en dicho acuerdo, debe demostrar la pérdida causada por dicha confianza incluyendo cualquier pérdida del costo de oportunidad[146].

Sin embargo, en algunos casos, la cláusula de la buena fe contenida en un acuerdo preliminar o en la "carta de intención" podría ser ejecutada a pesar de que el contrato definitivo nunca se realizó o nunca se llegó a suscribir[147].

Este es el caso *Itek Corp.* vs. *Chicago Aerial Industries, Inc.*[148], en el que, en un acuerdo de carta que resume la estructura base de una adquisición corporativa, se establece que las partes "deberán hacer todos los esfuerzos razonables para acordar y celebrar lo más rápido posible un contrato". La Suprema Corte de Delaware encontró, en un proceso sumario, que la conducta del demandado era inapropiada porque la cuestión que generó la interrupción abrupta de las negociaciones se debió a que este recibió una mejor oferta por parte de un tercero que lo llevó a incumplir el acuerdo de ejercer "cualquier esfuerzo razonable". Por tanto, la Corte allí reconoció implícitamente que en un acuerdo para negociar sí existe un deber precontractual de la buena fe[149].

En virtud a ello es que podemos refutar aquellas ideas confusas que rechazan el concepto de la buena fe en la etapa de tratativas y en la formación de los contratos en el *Common Law*.

De ahí que, al no existir una concepción uniforme sobre el mismo con respecto al elenco de remedios que se puedan presentar por el quebrantamiento de la buena fe, es la razón por la que los abogados emplean la Ley de Nueva York[150]. Esta figura ocasiona que, el deber de

(144) FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: Fair dealing and failed negotiations". En: *Columbia Law Review*. Volumen 87, N° 2, marzo, 1987, p. 267.

(145) FARNSWORTH se está refiriendo a los daños a la expectativa (*lost expectation*) a lo que conocemos en el *Civil Law* como lucro cesante y en lo que respecta *a reliance damages* se está refiriendo al concepto de daño emergente.

(146) *Ídem*.

(147) NEDZEL, Nadia E. "A comparative study of good faith, fair dealing, and precontractual liability". Ob. cit., p. 122.

(148) FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". Ob. cit., p. 265.; En: 248 A.2d 625 (1968). Extraído de: ‹http://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1968/248-a-2d-625-2.html›. Visitado el 08 de agosto de 2016 a las 08:45 p.m.

(149) NEDZEL, Nadia E. "A comparative study of good faith, fair dealing, and precontractual liability". Ob. cit., p. 122. Sobre el deber de Buena fe y *la culpa in contrahendo* desde la perspectiva del *Common Law* y el Derecho comparado véase por todos: KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. "Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study". En: *Harvard Law Review*. Volumen 77, Número 3, enero, 1964, p. 408. Sobre el empleo del concepto de la buena fe en el Estado de Delaware, véase por todos: SALE, Hillary A. "Delaware's Good Faith". En: *Cornell Law Review*. Volumen 89, Número 101, 2004, p. 460 y ss.

(150) FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". Ob. cit., p. 265. En ese sentido, resalta en el caso de Teachers Ins. Annuity Ass'n v. Tribune que: "(...) La situación aquí es diferente de la de un acuerdo con términos abiertos, en los que las negociaciones con otros pueden mostrar una falta de voluntad para cumplir el acuerdo (...)". En: FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". Ob. cit., p.279 ver nota al pie número 265.

buena fe precontractual sea por el incumplimiento de una *letter of intent* o cualquier otra figura similar, no establezca una obligación *ex - lege* para el cumplimiento de un específico acuerdo entre privados[151].

Sobre el particular, Farnsworth agrega que, aunque a menudo se refiera a un acuerdo preliminar bajo el rótulo de "acuerdo formal hasta conseguir el final de las negociaciones", solo bastará con demostrar el intento de las partes que no tenían el propósito de quedar vinculadas por el acuerdo preliminar, salvo que se demuestre lo contrario[152].

4.2. ¿Qué ocurre con la *letter of intent* en el Derecho del Civil *Law*?

De otro lado, desde la perspectiva del *Civil Law*, la *letter of intent* puede ser definida como el documento que las partes intercambian en la fase de tratativas, relativas a los contratos internacionales y por el cual el sujeto que la ha suscrito no se siente vinculado como en un acuerdo definitivo, en la convicción que hasta antes de la firma del contrato puede cambiar libremente de opinión[153].

Sin embargo, ¿en qué momento aparece? La *letter of intent* aparece en la etapa de negociaciones o la etapa de tratativas para la celebración de contratos definitivos. Antes de ello, no existe contrato sino simplemente negociaciones. En consecuencia, conviene preguntarnos ¿le son aplicables los remedios contractuales en caso de apartamiento injustificado o quebrantamiento abrupto de las tratativas como sí ocurre en algún sector del *Common Law*[154]?

4.3. La *letter of intent* bajo las reglas del Derecho peruano

La *letter of intent* tiene un valor en la etapa de tratativas. Como resultado, no debe estar alejada de lo que prescribe el artículo 1362 del Código Civil peruano que señala:

> Artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984.- **Los contratos deben negociarse**, celebrarse y ejecutarse según las **reglas de la buena fe** y común intención de las partes (el resaltado es agregado).

Por otra parte, ¿Qué ocurre con la voluntad de excluir de responsabilidad a la parte del apartamiento injustificado de las tratativas? Para responder esto y como paso previo debemos analizar dónde y en qué momento se ubica el acuerdo previo. Por tal motivo, debemos recurrir a Faggella quien ya identificaba tres periodos previos de tratos o negociaciones[155]. El primer periodo de concepción del contrato, el segundo periodo, que abarca el perfeccionamiento o concretización de la propuesta y el tercer periodo en que la propuesta se pone en movimiento[156]. De la misma manera, analicemos lo que señala el artículo 1337 del *Codice Civile* italiano de 1942:

(151) CARUSO, Daniela. *La culpa in contrahendo: l'esperièNza statunitense e quella italiana*. Ob. cit., p. 36.

(152) FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". Ob. cit., p. 258 - p. 259.

(153) PIERAZZI, Eleonora. *L'accordo parziale*. Milano: Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM, 2012, p. 48.

(154) Sobre el abuso de la buena fe como contenedor vacío desde la perspectiva del *Common Law* véase por todos: HOUH, Emily. "The doctrine of good faith in contract law: A (Nearly) empty vessel?". En: *Utah Law Review*. Número 1, 2005, p. 18 y ss.

(155) Ver: FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*. Ob. cit., p. 4 ID: FAGGELLA, Gabrielle. *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*. Ob. cit., p. 271.

(156) FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*. Ob. cit., pp. 6-7.

> Artículo 1337 del *Codice de Civile* Italiano de 1942.- Tratativas y responsabilidad precontractual.- Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe.

En consecuencia, debemos tomar en cuenta a la buena fe en la etapa de formación y tratativas del contrato la cual debe ser entendida como un comportamiento en la confianza ajena. Por ende, la *letter of intent* se encuentra dentro de la propuesta en movimiento esbozada por Faggella, toda vez que las condiciones están presentes en el acuerdo preliminar. No obstante ello, debemos señalar que dicho documento no tiene el carácter de contrato preparatorio cuya disciplina pertenece exclusivamente al derecho contractual y tiene por finalidad culminar la celebración de un contrato.

Por este motivo, las personas que celebran los compromisos a contratar deberán terminar en la celebración de un contrato definitivo, situación que no ocurre con la *letter of intent*. Los remedios frente a la negativa a celebrar el contrato definitivo se encuentran regulados en el artículo 1418 del Código Civil Peruano que establece las siguientes alternativas:

> Artículo 1418 del Código Civil Peruano de 1984.- La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:
>
> 1.- Exigir judicialmente la celebración del contrato.
>
> 2.- Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.
>
> **En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios** (el resaltado es agregado).

Debemos resaltar que la fuente de la responsabilidad por ruptura de tratos preliminares o tratativas de manera injustificada es la vulneración de la confianza[157]. El presupuesto para que dicha responsabilidad se produzca es que se ocasione una ruptura brusca de los tratos sin justificación de la parte que se vale del derecho de la negociación. El actuar conforme a la buena fe es el comportamiento que se necesita, además, para no entrar en el presupuesto de la responsabilidad por ruptura injustificada de tratativas. El defraudar la confianza dada es, sin lugar a dudas, lo que genera la responsabilidad en esta etapa y, por lo tanto, genera el efecto resarcitorio.

En tal sentido, la disciplina correspondiente a la *letter of intent* es completamente diferente a la de los compromisos de contratar que establece el Código Civil. Su ubicación se encuentra en una etapa previa a la celebración del contrato definitivo, la cual corresponde a la etapa de tratativas. Asimismo, la carta de intención tiene una redacción de estilo que: (i) excluye la aplicación del principio de buena fe para efectos de los tratos preliminares; y, (ii) no genera responsabilidad para las partes por apartamiento sin causa de las celebraciones del mismo. Dicha carta de intención funciona como un pacto de exoneración de responsabilidad en caso de apartamiento injustificado de tratativas sin derecho a solicitar la indemnización.

(157) HILSENRAD, Arthur. *Las obligaciones precontractuales*. Traducción del francés y apéndice relativo al Derecho español por Faustino Menéndez Pidal. Góngora: Madrid, 1932, pp. 82-83.
En este extremo el citado autor señala que:
"(...) Si las relaciones sociales modernas, exigen una confianza entre los cocontratantes, que no debe ser engañada, estas relaciones exigen ante todo normas seguras y fácilmente aplicables, con el fin de que todo el mundo sepa a qué atenerse. No basta con alegar la noción de confianza, para determinar la medida segura en la reparación del daño, por ser aquella demasiado delicada, sutil y psicológica; hace falta algún acto positivo, sea una negligencia o una culpa; en fin algo 'palpable', al lado de la noción de confianza (...)".

4.4. La pretendida no responsabilidad y el derecho al apartamiento injustificado de las tratativas en la *letter of intent*

Cuando las partes pactan en una carta de intención que el apartamiento inclusive injustificado de los tratos no generará responsabilidad para la parte que se aleja del potencial negocio jurídico, supone un pacto exoneratorio de responsabilidad civil, lo cual de por sí implica la existencia de un acuerdo serio entre las partes de contenido patrimonial, dado que la responsabilidad civil es una tutela patrimonial frente al daño. En consecuencia, y conforme a los artículos 1328[158] y 1986[159] del Código Civil peruano de 1984 dichos pactos son nulos y, por lo tanto, dicha cláusula no producirá efecto alguno.

En virtud a ello, el sometimiento sin responsabilidad es un pacto encubierto de exoneración de responsabilidad para los casos de apartamiento injustificado del cierre del contrato toda vez que estos actos serán conductas cometidas de forma dolosa respecto al régimen de responsabilidad aplicable. En consecuencia, la pretendida irresponsabilidad en las tratativas carece de operatividad[160] en el Código Civil peruano.

Ante dicho escenario, la buena fe[161] se presenta como un límite frente a las pretensiones abusivas de una de las partes que se vale de la *letter of intent* para escapar a la vinculatoriedad de las negociaciones de forma injustificada[162] y generar expectativas que luego se materializarán en un daño.

4.5. La buena fe y la letter of intent en el Derecho comparado

En el *The Restatement Second of Contracts* del *Common Law* de norteamericano, se dice lo siguiente respecto al deber de buena fe:

§ 205. Deber de buena fe contractual. - Cada contrato impone a cada parte un deber de buena fe y trato justo en su ejecución y en su desarrollo.

Asimismo, el Código de Comercio Uniforme establece que:

C.C.U. § 1-203: Todo contrato o deber dentro de esta Ley impone un deber de buena fe en su ejecución.

En la sección § 1-201 del C.C.U definen a la buena fe como: "la honestidad, de hecho, en la ejecución o transacción en cuestión".

(158) Artículo 1328 del Código Civil peruano de 1984.- 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.

(159) Artículo 1986 del Código Civil peruano de 1984.- Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

(160) MENICHINO, Cristina. *Clausole di irresponsabilità contrattuale.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 26. La citada autora habla de la inoperatividad de dichas cláusulas cuando estamos ante supuestos de dolo o culpa grave.

(161) ROMANO, Salvatore. (Voz consultada: "Buona fede"). En: *Enciclopedia del Diritto,* Volumen V, Milano: Giuffrè editore, 1959, p. 677; FRANZONI, Massimo. "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto". En: *Contratto e impresa.* Número 1, volumen 15, 1999, p. 96; MACARIO, Francesco. "Commentario all 1375 del Codice Civile - Esecuzione di buona fede". En : *Dei contratti in generale* Artt. 1350-1386. A cura di Emanuela Navarretta. Turín: UTET Giuridica, 2011, p. 730. D'ANGELO, Andrea. "Il contratto in generale. La buona fede". En: *Trattado di diritto Privato,* diretto da Mario Bessone. Tomo IV, Volumen XIII, 2004, p. 8.

(162) PIERAZZI, Eleonora. *L'accordo parziale.* Ob. cit., p. 70.

Sin embargo, el artículo 2 contiene una definición separada al concepto de buena fe para ser empleada. Sobre el particular señala:

Sección § 2-103 (l) (b)

La "buena fe" en el caso de un comerciante significa honestidad, de hecho, y la observancia de los estándares comerciales razonables de lealtad en el comercio.

Como se observa, el Código de Comercio Uniforme definido a la buena fe como "(...) la honestidad de hecho (...)" y como la actuación en el caso de un comerciante, el cumplimiento de los estándares comerciales razonables de lealtad en el comercio (...)". Por otra parte, el mismo Código ha impuesto el deber ejecutar de buena fe las prestaciones debidas por un contrato. Por oposición, se obtienen los remedios de la actuación de mala fe como lo son el fraude y constricción ilegal (como en el *Civil Law* puede ser los vicios de la voluntad enfocados en la violencia, o intimidación)[163].

Por ende, la correcta ubicación de la ruptura injustificada de tratativas se encuentra dentro del sistema de la responsabilidad precontractual[164]. Inclusive, las cortes del *Common Law* de los Estados Unidos en los casos *Inter Corp.* vs *Chicago Aerial Induistries*; *Anrnold Palmer Golf co.* vs *Fuqua Industries*; *Thompsom* vs *Liquichemica Inc*; y otros sucesivos, aplicaron la teoría Jhering sobre la *culpa in contrahendo* para resolver dichos casos por responsabilidad precontractual, no siendo ajena la aplicación de dicha teoría al *Common Law*[165].

Un caso particular fue el que sostuvieron *Channel Home Centers, Grace Retail Corporation* vs. *Grossman*. El demandado era un corredor y desarrollador de bienes raíces. La demandante opera tiendas de implementos para el hogar. El 11 de diciembre de 1984, el demandante ejecutó una carta de intención estableciendo los términos de un arrendamiento que incluía una especificación contractual en la que el demandado retiraría la tienda del mercado de alquiler y solo negociaría con el demandante hasta la finalización del arrendamiento.

El demandado firmó la carta de intención. Por su parte, el demandado sostiene que en ese momento el demandante prometió verbalmente que un "proyecto de contrato de arrendamiento" sería presentado en 30 días. El demandante niega tal promesa. El demandante llevó a cabo costosos esfuerzos legales en diciembre de ese mismo año para obtener el contrato de arrendamiento y varios proyectos aprobados administrativamente para la construcción en el terreno que iba a ser arrendado para su tienda. El demandado comenzó la negociación para preparar el contrato de arrendamiento para principios del mes de enero. A finales de enero, el demandado comenzó a enseñar la propiedad al competidor del demandante. El 6 de febrero de 1985 el demandado notificó al demandante que las negociaciones sobre el arrendamiento en virtud del acuerdo no vinculante habían terminado.

(163) FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". Ob. cit., p. 269.

(164) DRAETTA, Ugo y LAKE, Ralph. "Letter of intent and precontractual liability". En: *International Bussiness Law Jornal*. Número 7, 1993, p. 841.

(165) Ídem. Sobre la aplicación de la doctrina de la culpa in contrahendo en el Estado de Louisiana ver por todos: NEDZEL, Nadia E. "A comparative study of good faith, fair dealing, and precontractual liability". Ob. cit., p. 143. En: KESSLER, Friedrich; KRONMAN, Anthony T.; GILMORE, Grant. *Contracts: cases and materials*. Third Edition. Little, Brown and Company: Boston-Toronto, 1986, p. 202, quienes para la aplicación del deber de buena fe en derecho del trabajo puede consultarse la "Taft-Hartley" Substantive Provisions o también conocida como la "Labor Management Relations Act of 1947" donde se establece en la Sección 8 literal d) el deber de negociar los acuerdos colectivos del trabajador de buena fe con el empleador. En el mismo sentido, FARNSWORTH, Allan. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". Ob. cit., p. 271.

Este caso es importante por cuatro razones: 1) la carta de intención no establece directamente que el contrato se negociará de buena fe. Simplemente se omite referencia alguna en dicho documento; 2) en este caso no está en discusión si existe un deber implícito de negociar de buena fe, aunque no haya un contrato en ejecución; 3) el caso ilustra que existe mala fe por parte del demandado al defraudar la confianza; 4) si el acuerdo (o la carta de intención o el memorándum de entendimiento) tiene valor jurídico o si es jurídicamente tutelable [166]. Es decir, el desenvolvimiento de las comunicaciones se da en el marco de los tratos respecto de los cuales se espera celebrar un contrato definitivo. En dicho escenario debemos enmarcarnos en el régimen de la responsabilidad por tratativas.

En el Derecho suizo, Schloser sostiene que, por lo general, la carta de intención reside en un acto por el cual una o más personas indican su disposición para entablar negociaciones o continuar las conversaciones precontractuales. A menudo, en la carta de intención, se enumeran los puntos en los que ya se ha llegado a un acuerdo y aquellos puntos donde se ha decidido aún sobre algunas cuestiones[167].

En el Derecho francés, cualquier documento puede servir como prueba de la existencia de un contrato preliminar, ya que expresa con suficiente claridad la intención de estar obligado por una obligación específica[168].

El principal problema es interpretar la intención de las partes expresada en tales documentos[169]. La solución a menudo es delicada debido a la vaguedad de expresiones de voluntad expresadas durante las conversaciones. En particular, estos intercambios preliminares son a veces incorporados por las "Cartas de intención" que prevé el documento más o menos la celebración de un contrato futuro. La Corte de Casación ejerce su control sobre la calificación de tales cartas de intención.

El valor jurídico de tales cartas de este tipo varía en función del uso de términos y el contenido de todo el documento[170]. El factor más eficaz es, sin duda, la precisión en los elementos del proyecto de contrato y el grado de firmeza de la voluntad expresada. La expresión "tener la intención" de participar significa "tomar la promesa", por tanto, el contenido del compromiso es claro y preciso[171]. Es por ello, que Schmidt considera que la violación del deber de negociar de este tipo de documentos, genera la responsabilidad contractual, por un lado, y de otro lado, se obliga a reparar los daños previsibles[172].

Si la libertad contractual sigue siendo el principio dominante, la autonomía privada sufre por estar sometida a esta última porque en el Derecho francés, se va a preferir en algunos casos la voluntad real a la voluntad declarada[173].

Viney, respecto del Derecho francés señala que dentro del ámbito de los "acuerdos preliminares", dichos documentos tienen la capacidad de expresar el acuerdo definitivo, cuya

(166) DRAETTA, Ugo y LAKE, Ralph. "Letter of intent and precontractual liability". Ob. cit., p. 842.
(167) SCHLOSER, Ralph. "Les Letters d'intetion: portée et sanction des accords précontractueles". En: *Responsabilité et assurance.* Etude en l'honneur di Baptiste Rusconi. Editions Bis et Ter: Lausanne, 2000, p. 346.
(168) SCHMIDT, Joanna. "La période précontractuelle en droit français". En: *Revue internationale de droit comparé.* Volumen 42, Número 2, Avril-juin, 1990, p. 557.
(169) Ídem.
(170) Ibídem, p. 558.
(171) Ídem.
(172) Ibídem, p. 564.
(173) Ídem.

responsabilidad se encuadra dentro de la responsabilidad contractual[174]. Para los otros casos, en los cuales se establece los acuerdos marcos que rigen las futuras negociaciones que son denominados como "acuerdos de principios" se distinguen, evidentemente de un contrato definitivo, pero las obligaciones que crean obligaciones de naturaleza contractual y su desconocimiento da lugar a la aparición de una responsabilidad contractual[175]. Termina señalando que, dichos acuerdos preliminares son una extensión de la responsabilidad por ruptura de tratativas o negociaciones[176].

Debemos resaltar que el Código Civil peruano no circunscribe exclusivamente los remedios de la disciplina de la responsabilidad contractual a los actos exclusivamente contractuales. Por ende, no se puede indicar que la responsabilidad precontractual se rige por el principio del *alterum non laedere*. (Ver punto 2.3.1. de la Sección 2 de este comentario)

Entonces, conviene preguntarnos si la carta de intención se encuentra en la etapa de formación del contrato. Y la respuesta es afirmativa. En tal sentido, no se puede pretender acudir al expediente retórico de la *autonomía privada* y al argumento de la supuesta "libertad de negociación" que las partes puedan invocar para la no aplicación de la buena fe en la etapa de tratativas[177]. Es más, basta con escuchar a algún seudoliberalista que encaja dicha figura con la finalidad de proteger el tráfico jurídico. Dichos argumentos resultan un completo absurdo.

Debemos volver a resaltar que el apartamiento injustificado de tratativas se sanciona con la responsabilidad civil precontractual por infracción al deber de buena fe dentro del marco de una relación obligatoria sin deber primario de prestación.

4.6. Apreciaciones finales sobre la aplicación de la *letter of intent* y la buena fe en el Perú

Pues bien, la *letter of intent* es como la pieza de otro rompecabezas, es una pieza que no encaja en nuestro sistema por pertenecer a otro sistema jurídico. En virtud a ello, compartimos lo expresado por De Nova, e indicamos que nos encontramos ante figuras foráneas y ajenas (*alieni* en italiano)[178].

El pretender trasplantar la figura sin tomar el contexto normativo peruano es un completo despropósito. La única vía de solución para pretender atribuirle los efectos que se desea a la *letter of intent* es someterla al estatuto de Nueva York[179] para que, por ley aplicable, se deje de estar vinculado a la buena fe en la etapa de tratativas inclusive generando daño por ruptura injustificada de tratativas. Por tal motivo, tenemos un rompecabezas con una

(174) VINEY, Geneviève. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad civil*. Traducción de Fernando Montoya Mateus. Bogotá, Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 422.

(175) Ídem.

(176) Ibídem, p .423

(177) RAVAZZONI, Alberto. *La formazione del contratto: Le regole di comportamento*. Volume II. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 1. y ss. El citado autor comenta que no se pueden apartar de las tratativas sino es por un motivo justificado.

(178) DE NOVA, Giorgio. *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*. Padova, Casa Editrice Antonio Milani -CEDAM, 2011, p. 32. DE NOVA se refiere a la imposición de figuras contractuales de los Estados Unidos sin tomar en cuenta el Derecho italiano.

(179) Artículo 2095 Código Civil peruano de 1984.- Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, 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 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.

pieza que no encaja, piénsese en una pieza *ajena y diferente*, en referencia a estos documentos precontractuales.

5. La responsabilidad contractual de acuerdo al artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984

5.1. La relación obligatoria compleja en el Derecho italiano

Como se ha estudiado en los párrafos precedentes, la relación obligatoria es de naturaleza compleja. En virtud a ello, y tomando en consideración el dato normativo peruano, no se puede afirmar que la relación obligatoria tenga un carácter de relación obligatoria simple. Por otra parte, cualquier falta de observancia en la fase de ejecución de la prestación puede acarrear la responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la obligación, o en muchos casos alegar el incumplimiento de toda la obligación, situación que "obligará" al prestador del servicio a adoptar las medidas más apropiadas para no generarle daños al acreedor del mismo servicio antedicho.

En el *Codice Civile* italiano de 1942, los deberes de protección tienen por objeto un *facere positivo*, por ejemplo: los deberes de comunicación, deberes de custodia, de salvataje, deberes destinados a proveer tutela de la integridad física de la persona del acreedor o del deudor[180], entre los cuales tenemos los artículos 1586 del Codice Civile italiano, norma que señala lo siguiente:

> Artículo 1586 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- Si los terceros que originan las molestias pretenden tener derecho sobre la cosa arrendada, el arrendatario estará obligado a dar inmediato aviso al arrendador, bajo pena del resarcimiento de los daños.
>
> (...).

De otro lado, en el Contrato de Transporte en la modalidad de transporte de cosas el artículo 1686 del *Codice Civile* italiano señala lo siguiente:

> Artículo 1686 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- Si el inicio o la continuación del transporte son impedidos o excesivamente retardados por causa no imputable al porteador, **este debe pedir inmediatamente instrucciones al remitente, proveyendo la custodia de las cosas que se le han entregado.**
>
> (...).

En el mismo sentido, el deber de protección está presente en el Contrato de Transporte en la modalidad de transporte de cosas. En efecto el artículo 1690 del *Codice Civile* italiano señala lo siguiente:

> Artículo 1690 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- Si el destinatario no puede ser encontrado o bien se niega o retarda la petición de entrega de las cosas transportadas, **el porteador debe pedir inmediatamente instrucciones al remitente y se aplican las disposiciones del artículo 1686.**

Por otra parte, en el Contrato de Mandato en el artículo 1710 del *Codice Civile* italiano señala expresamente lo siguiente:

(180) MENGONI, Luigi. "Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (estudio crítico)". En: *Obbligazioni e negozio*. Scritti II. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011, p. 229 con especial énfasis en la nota al pie de página número 12.

Artículo 1710 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- El mandatario está obligado a ejecutar el mandato con la diligencia del buen padre de familia; pero si el mandato es gratuito, la responsabilidad por culpa se valora con menor rigor.

El mandatario está obligado a hacer saber al mandante las circunstancias sobrevenidas que pueden determinar la revocación o la modificación del mandato.

Asimismo, en el Contrato de Mandato en el artículo 1712 del *Codice Civile* italiano identifica el deber de protección en el siguiente enunciado:

Artículo 1712 del *Codice Civile* Italiano de 1942- El mandatario **debe comunicar** sin retardo al mandante el cumplimiento del mandato.

(...).

Podemos apreciar otro deber de protección en el Contrato de Mandato. De esta manera el artículo 1718 del *Codice Civile* italiano identifica el deber de protección en el siguiente enunciado:

Artículo 1718 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- **El mandatario debe proveer a la custodia de las cosas que le han sido expedidas por cuenta del mandante y tutelar los derechos de este último frente al porteador**, si las cosas presentan señales de deterioro o han llegado con retardo.

(...)

De estos hechos, como también de la falta de llegada de la mercancía, debe dar inmediato aviso al mandante.

(...).

La existencia del deber de protección está ínsita en el Contrato de Mandato. De esta manera el artículo 1747 del *Codice Civile* italiano identifica el deber de protección en el siguiente enunciado:

Artículo 1747 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- El agente que no está en situación de ejecutar un encargo que se le ha confiado **debe dar inmediatamente aviso al proponente**. En su defecto, queda obligado al resarcimiento del daño.

Por otra parte, en el Contrato de Depósito, el legislador italiano de 1942 estableció la existencia del deber de protección en la siguiente norma:

Artículo 1770 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- **El depositario no puede servirse de la cosa depositada ni darla en depósito a otro, sin el asentimiento del depositante.**

Si circunstancias urgentes lo exigen, el depositario puede ejercitar la custodia en modo diverso de lo acordado, dando de ello aviso al depositante tan pronto como sea posible.

Encontramos una norma similar en el artículo 1780 del *Codice Civile* italiano de 1942 norma que señala expresamente lo siguiente:

Artículo 1780 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- **Si la detentación de la cosa es quitada al depositario como consecuencia de un hecho no imputable a él, queda liberado de la obligación de restituir la cosa, pero debe, bajo sanción de resarcimiento del daño,** denunciar inmediatamente al depositante el hecho por el cual ha perdido la detentación.

El depositante tiene el derecho a recibir lo que, a consecuencia del mismo hecho, haya conseguido el depositario, y se sustituye en los derechos correspondientes a este último.

Por último, el artículo 1913 del *Codice Civile* italiano establece en el Contrato de Seguro lo siguiente:

Artículo 1913 del *Codice Civile* Italiano de 1942.- **El asegurado debe dar aviso del siniestro al asegurador o al agente autorizado para concluir el contrato, dentro de los tres días contados de aquel en que el siniestro se ha verificado o el asegurado ha tenido conocimiento de él**. No es necesario el aviso, si el asegurador o el agente autorizado para la conclusión del contrato interviene dentro de dicho término en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.

(...)

Como se puede apreciar también existe la violación de un deber de protección en el ámbito de la ejecución contractual. A continuación, un estudio positivo bajo las normas de derecho peruano.

5.2. La relación obligatoria compleja en el Derecho peruano

El cumplimiento de estos deberes de protección se da en el marco de la ejecución contractual. Dicho de otra forma, la actuación concreta de las obligaciones que emanan del contrato debe ejecutarse según las reglas de la buena fe contractual, reglas contenidas en el artículo 1362 del Código Civil peruano. Sin embargo, debemos realizar un estudio respecto a los deberes de protección legales consagrados en este cuerpo normativo.

En efecto, las normas en el Código Civil peruano de 1984 que consagran los deberes de protección se encuentran, por ejemplo, en el artículo 1682 del Código Civil, norma que señala lo siguiente:

Artículo 1682 del Código Civil peruano de 1984.- **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 (el resaltado es agregado).

Esta obligación a cargo del arrendatario constituye un deber de protección respecto del arrendador puesto que, si no cumple con el dar el aviso, entonces se produce un quebrantamiento al deber de información que tiene por finalidad conservar la esfera jurídico patrimonial de la contraparte.

Del mismo modo, podemos apreciar otro deber de protección en el numeral 1) del artículo 1681 del Código Civil peruano que establece que:

Artículo 1681 del Código Civil peruano de 1984.-

El arrendatario está obligado:

(...)

4.- **A dar aviso inmediato al arrendador** de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien (el resaltado es agregado).

Este deber también constituye un deber de protección que tiene por finalidad preservar la integridad de la contraparte mediante la comunicación de la información hacia el arrendador.

Otra norma que también merece ser objeto de comentario es la regulada en el numeral 2) del artículo 1774 del Código Civil peruano de 1984, norma que establece lo siguiente:

Artículo 1774 del Código Civil peruano de 1984.- El contratista está obligado:

(...)

2.- **A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por este, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular** (el resaltado es agregado).

Aquí se puede apreciar que existe un deber de protección de la integridad patrimonial por parte del contratista antes y durante la ejecución del contrato en lo que respecta a dar aviso o informar sobre la calidad de los materiales; o, de los defectos del suelo para evitar que se generen daños a futuro.

Bajo el Código Civil peruano, en lo que respecta al contrato de mandato, el mandatario también presenta deberes de protección en el marco de lo establecido en los numerales 2) y 3) del artículo 1793 del Código Civil peruano de 1984 que establece lo siguiente:

Artículo 1793 del Código Civil peruano de 1984.-El mandatario está obligado:

1.- A practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante.

2.- A comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato.

3.- A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante (el resaltado es agregado).

Así bien, este deber de protección que recae en el mandatario tiene por finalidad informar sobre la ejecución del mandato; y sobre el desenvolvimiento de este. Como se puede apreciar, este deber no tiene como finalidad la ejecución del contrato de mandato sino tiene una función independiente para el desarrollo de la ejecución contractual.

De la misma manera, encontramos otro reconocimiento a un deber de protección en el artículo 1792 del Código Civil peruano de 1984, el cual señala lo siguiente

Artículo 1792 del Código Civil peruano de 1984.- El mandato comprende no solo los actos para los cuales ha sido conferido, **sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.**

El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente (el resaltado es agregado).

El artículo bajo comentario también demuestra la existencia de aquellos actos que son necesarios para su cumplimiento. En este extremo, se está pensando en el deber de información, de proteger la esfera patrimonial de la contraparte en la ejecución del contrato.

Por otro lado, también podemos apreciar la regulación de otro deber de protección regulado en el contrato de depósito y, más exactamente, en el artículo 1822 del Código Civil peruano de 1984, mediante el cual se establece que:

> Artículo 1822 del Código Civil peruano de 1984.- 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** (el resaltado es agregado).

Como podemos apreciar, el artículo bajo comentario también regula el deber de dar aviso o de informar por parte del depositario al depositante con la finalidad de proteger la integridad patrimonial que se ve comprometida en la ejecución de la prestación a cargo del depositario.

Del mismo modo, y en la misma regulación del contrato de depósito, encontramos otro deber de protección que se materializa en el concreto deber de información, o de dar aviso al depositante de acuerdo a lo establecido en el artículo 1824 del Código Civil peruano.

> Artículo 1824 del Código Civil peruano de 1984.-. 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 (el resaltado es agregado).

Por último, debemos tomar en consideración los deberes de protección que se pueden emanar antes, o durante la ejecución del contrato en virtud del artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984, el cual consagra la buena fe en la etapa de tratativas, así como en la etapa de ejecución del contrato. No solo se debe cumplir con la obligación principal sino también con los deberes de protección, todo ello se rige por el régimen de inejecución de obligaciones.

Todo parte de la concepción moderna de relación obligatoria compleja. Inclusive, si no existe una previsión legal como las antes señaladas, debemos indicar que existe el deber concreto de destinatario en ejecución del contrato de no causar daño en la esfera jurídico particular del acreedor y del deudor en el marco de la ejecución contractual. Este deber de protección se integra al programa contractual formando parte del reglamento negocial, empleando para ello el artículo 1362 del Código Civil peruano[181].

6. La responsabilidad postcontractual de acuerdo al artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984

6.1. El postcontrato: una breve definición

La ejecución del contrato y, **más específicamente**, en la ejecución de las obligaciones que de él emanan, corresponden al cumplimiento de cada una de las obligaciones que surgen del contrato. Así Bertolini afirma que los intereses de las partes no se agotan con el cumplimiento de cada una de las obligaciones puesto que existen obligaciones remanentes que se derivan del Código Civil o de las leyes especiales que establecen la protección de intereses posteriores[182].

El fundamento de esta etapa se encuentra en la noción de la eficacia sucesiva del contrato[183]. Al respecto, Breccia señala que este es un aspecto sin resolver porque entra la dife-

(181) UDA, Giovanni. *La buona fede nell'esecuzione del contrato*. Ob. cit., p. 177.
(182) BERTOLINI, Andrea. *Il Postcontratto*. Bologna, Casa Editrice Il Mulino, 2018, p. 19.
(183) BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Ob. cit., p. 116.

rencia entre el contrato y el extracontrato[184]. De esta manera, la eficacia sucesiva del contrato tiene vinculación con el termino bajo comentario. A juicio de Bargelli el postcontrato puede ser definido como:

> "(...) el término se usa para designar, genéricamente, la fracción temporal después de la extinción de las obligaciones principales, hasta el punto de abarcar tanto los fenómenos de 'ultraactividad de la relación contractual previa como de las obligaciones funcionales para su 'liquidación...)"[185].

Si se toma en consideración la expresión eficacia sucesiva del contrato y que el postcontrato se relacione con las obligaciones remanentes producto de la ultraactividad de la relación contractual cuando ya se ha ejecutado las obligaciones principales, podemos afirmar que estamos frente, nuevamente, a una relación obligatoria sin deber primario de prestación, pero en un momento diferente, esta relación obligatoria sin deber primario de prestación es sucesiva, e incluso tiene deberes accesorios que se materializan en diferentes tipos de exigencias del tráfico, por ejemplo, la obligación de garantía de la cosa que es sometida a compraventa.

Por **último,** debe tomarse en consideración que la relación obligatoria sin deber primario de prestación con obligaciones remanentes accesorias tiene como fuente a la ley[186], relación que es fruto del rol integrativo de la buena fe que está inmersa y se funda en el mismo principio legal[187]

6.2. La responsabilidad postcontractual

Un supuesto de responsabilidad postcontractual es aquella derivada de los actos de saneamiento en casos de transferencia inmediata del bien cuando el vicio es generado por dolo o culpa del transferente. Así, los artículos del Código Civil que resultan relevantes para este breve estudio son los siguientes 1503, 1505, 1511 y 1512 del Código Civil peruano de 1984. Empezaremos nuestro análisis con el artículo 1503, norma que señala lo siguiente:

> Artículo 1503 del Código Civil peruano de 1984.- El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.

Brevemente se define al vicio oculto como la presencia de defectos, o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquirente[188]. Se debe acotar que el vicio debe existir antes o concomitante la celebración del contrato[189].

Por otro lado, se configura el saneamiento cuando el transferente ejecute el contrato, el mismo se extinguirá por cumplimiento. Dicho de otra forma, en este escenario ya no existe el contrato. Frente a una situación patológica se podría afirmar que no existe vínculo contractual. Empero, esta no es la opción del legislador del 1984. El contrato se extinguió con

(184) Ídem.

(185) BARGELLI, Elena. "Postcontratto". En: AA. VV. *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo.* Volume II. Nápoles: Jovene editore, 2018, p. 1163.

(186) BERTOLINI, Andrea. *Il postcontratto.* Ob. cit., pp. 444-445.

(187) BARGELLI, Elena. *Postcontratto.* Ob. cit., p. 1182.

(188) Sobre este punto en particular, puede verse AFFERNI, Giorgio. "Le obbligazioni del venditore: in particolare, L'obbligo di consegna". En: *Trattato dei contratti,* diretto da Roppo e Benedetti. Vendita e vendite. Volumen I. Milán, Giuffrè Editore, 2014, p. 190. En sentido similar, véase por todos: BERTOLINI, Andrea. *Il postcontratto.*Ob. cit., p.103 y ss.

(189) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo II. 3ª edición. Lima, Palestra, 2017, p. 765.

la transferencia, sin embargo, lo que subsiste en realidad son obligaciones remanentes que no corresponden al contrato, sino a la ley.

> Artículo 1505 del Código Civil peruano de 1984.- Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

El supuesto de hecho de la norma establece que, cuando se presente un vicio que afecte al bien ocasionando que carezca de las cualidades prometidas por el transferente generan una pérdida del valor; o, cuando lo tornan inútil para la finalidad de la adquisición se podrá emplear el remedio del saneamiento por vicios ocultos(190).

> Artículo 1511 del Código Civil peruano de 1984.-El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.

Sobre el pretendido efecto resolutorio, De La Puente y Lavalle señala que no existe un incumplimiento al cual se le puede imputar la obligación y por ende no se produce la "resolución" del contrato. En efecto, no existe un incumplimiento de la obligación de entrega. No obstante, lo que en realidad sucede es que a pesar que el artículo emplee la expresión "resolución", no genera la extinción del contrato, sino que se generan los efectos de la institución del saneamiento por vicios ocultos(191). En suma, se puede concluir que el remedio contenido allí es propio de la acción redhibitoria. En vista de ello, no resulta exacto indicar que el contrato se resuelve.

> Artículo 1512 del Código Civil peruano de 1984.- La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente:
>
> 1.- El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.
>
> 2.- Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda.
>
> 3.- Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.
>
> 4.- Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución.
>
> **5.- La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios** (el resaltado es agregado).

Como se observa, luego de producido el efecto del saneamiento por vicios ocultos, siempre y cuando, el conocimiento de los vicios debía ser advertido por el vendedor hacia el comprador y el primero no comunica la existencia de vicios sobre lo que es objeto del contrato, el vendedor incurre en un supuesto de responsabilidad postcontractual.

El fundamento de ello, es la relación sin deber primario de prestación posterior a la celebración de un contrato conforme a lo dictaminado en el artículo 1362 del Código Civil

(190) Ibídem, p. 758. El citado autor señala que a estos vicios se les conoce impropiamente como vicios "redhibitorios". En efecto, DE LA PUENTE señala: "(...) La palabra 'redhibitorio', que tiene su origen en la expresión latina *redhibire* que significa 'retomar', expresa la idea de que el enajenante debe retomar la cosa viciada y devolver el precio adquiriente, olvidándose que la existencia del vicio oculto puede también dar lugar, alternativamente a la acción estimatoria, o sea aquella destinada a obtener la reducción del precio en aquello que la cosa vale de menos por consecuencia del vicio (...)". En: Ídem.

(191) Ibídem, p. 802.

peruano. Es decir, el vendedor es responsable postcontractualmente por los vicios o por la falta de evicción del bien que se transfiere.

Nosotros somos de una opinión diferente. Si bien hemos convenido que estamos frente a una relación obligatoria postcontractual, que frente a su violación resultan aplicables las reglas de la inejecución de obligaciones, debemos indicar que se debe prestar atención a la forma en cómo se formó el contrato. No tanto en una formación en sentido técnico, sino por el conocimiento del vendedor, o del grado de pericia que tenía respecto del bien que se encontraba transfiriendo. Si el acto fue cometido con dolo o culpa inexcusable, el resarcimiento del daño no se extenderá a los daños previsibles, sino a los imprevisibles y a los indirectos y mediatos conforme el artículo 1321 del Código Civil peruano de 1984.

Estos daños serán resarcidos en la medida que se acredite la existencia del daño y el nivel de imputación. En este escenario no solo responderá por el daño emergente sino por todos aquellos conceptos en donde pudo haber sufrido un daño tomando como conexión, el contrato afectado por el remedio del saneamiento por vicios ocultos.

7. El artículo 1362 como fuente para la creación de otro tipo de remedios. Examen a propósito del remedio de la renegociación

7.1. La renegociación como remedio frente a los riesgos imprevisibles en el contrato

Al momento de la estipulación del contrato, las partes son libres de determinar las condiciones del intercambio negocial. El balance de los intereses contrapuestos y la definición del equilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones se encuentran al arbitrio de la autonomía contractual, de modo que, en cada contrato singular subyace en un plano específico de intereses en vista a la realización de una concreta operación económica(192).

Marasco sostiene que el concepto de adecuación/revisión alude a aquel procedimiento de valoración y de modificación de una realidad negocial preexistente, para adecuarla al cambio de escenario, en el cual se encuentra para operar con la finalidad de asegurar la pervivencia de la operación económica, sea sobre el plano de la realización de los intereses perseguidos por los contratantes, sea sobre el plano de la legitimidad(193).

Antes de poder conectar los conceptos de renegociación y operación económica conviene recordar las expresiones de Bianca respecto del concepto de causa que es la razón concreta del contrato(194). En tal sentido:

> "Es decisivo observar que la noción de causa cual función práctica del contrato puede tener relevancia solo en cuanto se acierte a la función de cada contrato que se va a ejecutar. Ahora, respecto a cada contrato en particular, lo que importa conocer es la función práctica del contrato que las partes han incorporado en el acuerdo"(195).

(192) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale.* Padua, Casa Editrice Antonio Milani - Cedam. 2006. p. 29.

(193) Ibídem. p. 33.

(194) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il contratto.* Seconda edizione. Tomo III. Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. p. 452.

(195) Ibídem. pp. 452-453.

Siguiendo a Bianca, buscar la efectiva función práctica del contrato quiere decir, precisamente, buscar los intereses concretamente perseguidos[196]. Entonces, no basta verificar si el esquema usado por las partes sea compatible con uno de los modelos contractuales. Sin embargo, es necesario buscar el significado práctico de la operación con relación a todas las finalidades que –inclusive tácitas– se establecieron realmente como base de la operación negocial[197].

En atención a ello, el equilibrio de los intereses negociales constituye la causa concreta del contrato. Tomando en consideración la causa del contrato como elemento intrínseco del negocio y, además, considerando que dicha causa tiene la capacidad de representar la operación negocial concreta, existen dos vías reconocidas en los apartados anteriores: (i) el *anti remedio*[198] del contrato que, por su naturaleza, será extintivo: la resolución del contrato; y, (ii) el remedio de la reducción/reconducción contractual que tiene un efecto conservativo del negocio jurídico[199].

En este último escenario, es donde se permite hablar de la manutención del negocio y, por consecuencia, de la conservación del contrato originario. Pero, la conservación del contrato no puede reducirse únicamente a la reconducción contractual de la prestación para mantener "vivo" el vínculo contractual, sobre todo cuando nos encontramos ante un contrato de ejecución duradera o de duración indeterminada, y, no frente a un mero contrato de ejecución instantánea. Otra forma de enfrentar la patología de la variación de las circunstancias iniciales frente a riesgos imprevisibles del contrato es un remedio no regulado en el contrato o en la legislación nacional: la renegociación.

Desde este punto de vista, el contrato no debe verse como un concepto estático, sino como un concepto dinámico. Dicho de otra forma, el contrato no solo es una foto momentánea de ese mismo contrato, sino que también representa iniciativas y un proceso entre las partes que se desarrolla en el futuro[200]. Dependiendo de la materia del contrato, este puede tratarse de un proceso de ejecución que se entiende por un periodo de tiempo de varios años y, en algunos casos, de un periodo de tiempo indeterminado[201].

7.2. Las cláusulas de *hardship* y la renegociación

La renegociación surge como un remedio en los contratos internacionales de duración. Desde un punto de vista de la naturaleza jurídica de la renegociación, podemos afirmar que tiene una naturaleza facultativa, es decir, constituye el ejercicio de la facultad de tratar de modificar el reglamento contractual respecto de una de las partes (convencional o legal) en relación a una circunstancia sobrevenida[202]. Esto sucede usualmente en los casos de los contratos de larga duración (o también llamados "a largo plazo"), en donde las circunstancias cambian, a veces sustancialmente, al momento de la ejecución del contrato[203].

(196) Ibídem. p. 453.
(197) Ídem.
(198) Se emplea la expresión anti remedio porque la última ratio es la disolución del vínculo contractual. Si lo que se busca es preservar su continuidad, aplicar el remedio resolutorio sería un contrasentido. Por tal motivo, es que preferimos hablar de anti remedio en este apartado.
(199) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale.* Ob. cit., p. 33.
(200) MASKOW, Dietrich. "Hardship and Force majeure". En: *The American Journal of Comparative Law.* Número 40. 1992. p. 657.
(201) Ídem.
(202) AMORE, Guiliana. *Appalto e Claim.* Padua, Casa Editrice Antonio Milani - Cedam. 2007. p. 117.
(203) FONTAINE, Marcel y Filip DE LY. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de Cláusulas.* Madrid, Aranzadi. 2013. p. 491.

Esa circunstancia sobrevenida es la que generalmente se define como *hardship*. En suma, la renegociación es vista en la *praxis*, como la concesión a una de las partes de una facultad de tratar de modificar el reglamento contractual[204].

La traducción literal del inglés de la expresión *hardship* es dificultad o adversidad. El problema de las *hardship* es que alteran el principio del *pacta sunt servanda* de los contratos por la variación de las circunstancias. En dicho contexto, el probable remedio que afecta la regla intangible del *pacta sunt servanda*, debe permitir que se pueda transitar del contrato rígido a un tipo de contrato evolutivo, dotado con márgenes de flexibilidad en relación con las modificaciones fácticas[205]. Por esta razón, cuando se presenta un supuesto de *hardship*, esta le concede a su titular la facultad de solicitar: (i) reducción del precio; (ii) revisión del precio; o, (iii) permite la renegociación del contrato[206].

Una diferencia importante entre una cláusula de dificultad y la modificación voluntaria de un contrato es que una cláusula de dificultad crea un deber de renegociar[207]. El poder de la cláusula de dificultad es proporcional a la finalidad y ejecución del deber de renegociar. Una cláusula que enumera deberes específicos, reclamando daños monetarios o una ejecución específica en caso de incumplimiento, puede inducir a una parte evasiva a acudir a la mesa de negociación[208].

La *praxis* de las contrataciones internacionales con el tiempo emplea las cláusulas de adaptación definidas como *hardship*. Debemos resaltar que la tipología contractual en materia de variación de las circunstancias es sumamente diversa, así tenemos cláusulas de "fuerza mayor", de "imprevisión", de "*hardship*"[209].

En Alemania se emplea la expresión "*Wegfall der Geschiftsgrundlag*"[210] para hacer referencia a dicho fenómeno, en cambio, en Francia el término de "*imprévision*" el cual se usa como uno de los prerrequisitos para el establecimiento de la cláusula de *hardship*, el cual también es prerrequisito para invocar el fenómeno de la fuerza mayor[211]. Además, la antedicha cláusula está conectada con la ocurrencia de eventos que alteran la economía de un contrato, con un resultado que su ejecución se torna inusualmente onerosa o está desprovisto de un propósito para una de las partes, pero sin tomar en consideración lo imposible de su ejecución[212].

(204) CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Nápoles, Edizioni scientifiche italiane. 2000. p. 43.

(205) Ibídem, p. 26.

(206) FONTAINE, Marcel y Filip DE LY. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Ob. cit., p. 494.

(207) ULLMAN, Harold. "Enforcement of hardship clauses in the french and american legal systems". En: *California Western International Law Journal*, número 9, 1988. p. 92

(208) Ídem.

(209) MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término*. Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1996. p. 209

(210) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Ob. cit., p. 94. El citado autor señala que sobre la base de la buena fe y el parágrafo 242 del BGB se ha elaborado dicho concepto que busca el equilibro del contrato ante la falta de equivalencia entre las prestaciones frente a lo cual cabe la revisión del precio o la posibilidad de la resolución/desistimiento del contrato.

(211) MASKOW, Dietrich. *Hardship and force majeure*. Ob. cit., p. 661.

(212) FONTAINE, Marcel y Filip LY De. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Ob. cit., p. 495. FLAMBOUR, Dionysios P. "The doctrines of impossibility of performance and clausula rebus SIC stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A comparative analysis". En: *Pace International Law Review* 13. 2001. p. 283.

Para Draetta, cuando se encuentra frente a un fenómeno de una *hardship* como consecuencia de una *force major* se les otorga a las partes la posibilidad de revisar la relación contractual[213].

Por otra parte, los Principios Unidroit de Contratos Comerciales Internacionales también proporcionan un marco en el cual la renegociación puede ocurrir y, si falla, una parte ajena al contrato (un tercero como un árbitro o juez) puede ordenar que proceda a la adaptación del contrato en caso de una *hardship*. Los Principios de Unidroit definen una "dificultad"[214] como:

> La ocurrencia de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato ya sea porque los costos de la ejecución de la prestación de una parte han aumentado o porque el valor de la ejecución de la prestación que ejecuta la parte ha disminuido:
>
> a) Los eventos ocurren o se tornan son conocidos por la parte desfavorecida después de la conclusión del contrato;
>
> b) Los eventos que no pudieran haber sido razonablemente tomados en cuenta por la parte desfavorecida en el momento de la celebración del contrato;
>
> c) Los eventos que están fuera del control de la parte desfavorecida; y
>
> d) El riesgo de los hechos no fue asumido por la parte desfavorecida.
>
> En caso de que se produzca una "dificultad", la parte desfavorecida tiene el derecho a solicitar una renegociación de los términos del contrato con el fin de modificarlos a la luz de las nuevas circunstancias.

Los principales efectos de la cláusula de dificultad (*hardship*) producen la suspensión de las prestaciones a cargo de la parte afectada con la carga de cumplir el contrato por el evento imprevisible[215] (solución no siempre perseguible), de un lado y de otro, la renegociación (que sería la solución óptima)[216] lo cual se da en los casos en los cuales existen circunstancias sobrevenidas que modifican de modo sensible el equilibrio inicial del contrato, con especial énfasis en las obligaciones de las partes, lo cual dispone una revisión del contrato[217].

Las cláusulas de *hardship* han aparecido con la finalidad de organizar la revisión del contrato cuando las circunstancias han alterado profundamente la operación económica del contrato[218].

Un remedio contra la variación de las circunstancias es el remedio de la revisión del precio. Este remedio lo podemos encontrar en el pago por variaciones en el contrato de obra siempre que medie consentimiento, o cuando exista alguna dificultad que ocasione un

(213) DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*. Padua,Casa Editrice Antonio Milani - Cedam. 1988. p. 85.

(214) GOTANDA, John Y. "Renegotiation and adaptation clauses in international investment contracts, revisited". En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 34. 2003. p. 1470.

(215) FONTAINE, Marcel y Filip, DE LY. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Óp. cit. p. 496.

(216) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Ob. cit., p. 61.

(217) Ibídem, pp. 61-62.

(218) FONTAINE, Marcel y Filip. DE LY. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Ob. cit., p. 494.

desequilibro en la relación contractual. En estos casos, se está frente a una hipótesis de revisión del correspectivo[219].

De otro lado, Mauceri sostiene que la revisión es un remedio frente a variaciones cuantitativas, en la sede general del contrato[220]. Dicho remedio constituye en la única vía mediante la cual se puede racionalmente dar relevancia al fenómeno sobrevenido[221].

La revisión, en general, se trata de un derecho en los contratos de prestaciones correspectivas a título oneroso, en contratos que no sean aleatorios y, que se caracterizan por la instauración de una relación de duración o por la previsión de un diferimiento de una de las prestaciones[222] del contrato, lo que ya se estudió en los párrafos precedentes.

La labor integradora del contrato se realiza completando el contrato con estas características resaltando: a) capacidad de poder crear un remedio renegociatorio; y, b) la ejecución de buena fe del contrato; extrayendo de ambas la capacidad que tiene un tercero de reducir o aumentar la prestación que fue afectada a cargo de una de las partes frente a una "dificultad".

7.3. El deber contractual y legal de renegociación ante los riesgos imprevisibles en el contrato

La autonomía privada, entendida como el ejercicio concreto de un poder, ha tenido siempre un desarrollo como una función integrativa e innovadora de los modelos predispuestos en el ordenamiento jurídico y en él se encuentran reglas directas que salvaguardan los intereses reales y concretos no reguladas adecuadamente por el legislador[223]. Dicho de otra forma, las reglas elaboradas por el ordenamiento para la tutela y protección de los intereses no siempre se revelan adecuadas al "mercado" real y a sus transformaciones, tanto que, muchas veces, la autonomía privada se encuentra constreñida, ajustada y a las previsiones normativas elaborando reglas concretas y particulares en sustitución de aquellas generales y abstractas elegidas por la ley[224].

7.3.1. La previsión contractual de renegociar

En primer lugar, y en virtud a la autonomía privada, las partes pueden prever la posibilidad de la aparición de un evento imprevisible o de una dificultad, que impida la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes en el desarrollo del contrato. Es en este caso, las partes incorporan un remedio contractual frente a este tipo de situaciones[225]. Es decir, una cláusula de renegociación cuya finalidad es salvaguardar el contrato, más exactamente, y en palabras de Amore:

(219) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale.* Ob. cit., p. 45.

(220) MAUCERI, Tommaso. "Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto". En: *Europa e Diritto Privato*, número 4, 2007. p. 1102.

(221) Ídem.

(222) TOMASSINI, Raffaele. "Revisione del rapporto". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL. Milán: Giuffrè Editore, 1989, p. 110.

(223) CESÀRO, *Vincenzo Maria. Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale.* Ob. cit., p.10.

(224) Ídem.

(225) SCOTT, Robert E. "Conflict and cooperation in long-term contracts". En: *California Law Review* 75. 1987. p. 2006. Scott señala que las cláusulas de ejecución de buena fe, contienen implícitamente una cláusula de renegociación. Véase también: LEWIS, Tracy R.; Martin K. PERRY, y David E.M. SAPPINGTON. "Renegotiation and specific performance". En: *Law and Contemporary Problems* 52. 1989. p. 35.

"(...) La autonomía privada siempre ha desarrollado una función integrativa e innovadora de los institutos disciplinados del ordenamiento jurídico, introduciendo mecanismos directos a salvaguardar intereses reales y concretos que no siempre están regulados adecuadamente por el legislador (...)"[226].

Desde una perspectiva económica, la renegociación significa una distribución de riesgos entre las partes, pero estratégicamente no van a trasladar todos sus riesgos, sino aquellos que se concentren en la dificultad o en el impedimento de llevar acabo la ejecución del contrato[227].

Cabe resaltar que las cláusulas de renegociación no siempre garantizan la obtención del resultado de cambiar o adaptarse a las nuevas condiciones contractuales. En este punto, se encuentran dos tipos de cláusulas de renegociación: (i) las cláusulas genéricas; y, (ii) las cláusulas específicas.

Respecto de las primeras, tienen un contenido genérico, esto es, una indicación genérica del presupuesto que activa la renegociación frente a un caso de dificultad o también es genérico el procedimiento o la modalidad del fenómeno renegociativo[228]. Sin embargo, si no se determina el contenido de este deber genérico de renegociar o de establecer las pautas bajo las cuales se tiene que realizar dicho proceso, podríamos estar ante un caso de indeterminación del objeto acarreando la nulidad de la cláusula[229]. Sin embargo, Macario sostiene que la sanción de nulidad por indeterminación de la prestación es incongruente respecto de los intereses de las partes al planificar la persecución de la relación mediante la predisposición de una regla convencional que, independientemente de toda la relación, tienden a la realización de este resultado[230]. En la misma línea, Macario agrega:

"(...) En sustancia, la presencia de la cláusula de renegociación puede dar a entender que los contratantes tengan la intención de dar vida a un contrato, siempre que por su naturaleza sea 'recuperable', ejercitando preventivamente, en sede de la estipulación del pacto de renegociar, la facultad de elegir por el mantenimiento de la relación contractual (...)"[231].

La aparente situación de dicha cláusula se enmarcaría en lo que se conoce en doctrina como la nulidad parcial[232]. La pretendida nulidad se puede desvirtuar mediante el principio de conservación del contrato[233]. Para comprender dicho concepto, Bianca lo define como:

"(...) El principio de conservación del contrato es un principio general que encuentra aplicación también en materia de nulidad y que se relaciona con todos los actos negociales. Conforme a tal principio, el contrato o las cláusulas singulares deben ser interpretadas en el sentido en el que puedan producir cualquier efecto, en lugar de no generar efecto alguno (...)"[234].

(226) AMORE, Guiliana. *Appalto e claim*. Padua: Casa Editrice Antonio Milani - Cedam. 2007, p. 123.
(227) SCOTT, Robert E. *Conflict and cooperation in long-term contracts*. Ob. cit., p. 2008.
(228) AMORE, Guiliana. *Appalto e claim*. Ob. cit., p. 124.
(229) Ibídem, p. 125.
(230) MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término*. Ob. cit., p. 338.
(231) Ibídem, p. 338-339. En el mismo sentido: CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Ob. cit. p.116.
(232) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Ob. cit., p. 105.
(233) MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término*. Ob. cit., p. 72. En la misma línea de pensamiento, AMORE, Guiliana. *Appalto e claim*. Ob. cit., p. 139.
(234) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il contratto*. Ob. cit., pp. 436-437.

Por tal motivo, el principio de conservación del contrato expresa una regla interpretativa que justifica la tesis que excluye la posibilidad de optar por la interpretación que otorgue un efecto a la cláusula cuando con ello se comprometa la validez de todo el contrato[235].

Por su parte, Cesàro sostiene que dicha ponderación o juicio de esencialidad para la conservación de la cláusula debe atender a criterios estrictamente objetivos, valorando los intereses contenidos en ella[236]. Lo que debe hacer el juez es completar dicho vacío, empleando para ello el principio de conservación del contrato y la integración para establecer reglas con la finalidad de llegar a un acuerdo de renegociación. Esto se hace a la luz de la buena fe en la ejecución del contrato.

Sin embargo, su actividad terminará allí, donde los intereses particulares de la relación establecieron el vínculo contractual. En caso que no se llegue al cambio de la relación contractual original, el *antiremedio* que asistiría a la parte que no llega a ningún acuerdo es la resolución de la relación contractual.

Por otro lado, cuando se trata de la cláusula de renegociación específica, la cual contiene reglas claras, las partes han estipulado todos los elementos esenciales, los cuales incluyen, por ejemplo, no solo la voluntad de las partes de adecuar el contenido contractual a las nuevas circunstancias, sino también, han establecido el mecanismo por el cual se debe realizar la renegociación. Reiteramos que en caso no exista renegociación, las partes podrían haber previsto otro remedio distinto a la resolución de la relación contractual, pero debemos enfatizar que dicho *antiremedio* está presente ante la eventual falta de acuerdo entre las partes contratantes, frente a un pacto que impida ejecutar el contrato de acuerdo a las reglas de la buena fe.

De presentarse un vacío o laguna, el juez debe proceder a realizar la labor integrativa complementando aquello que falte al negocio jurídico. En palabras de UDA, la integración del contrato operaría en el ámbito del contenido las disposiciones no previstas por las partes, y no obstante ello, no es menos vinculante de aquella voluntarista a los fines exactos desarrollados en el vínculo contractual[237]. Esto último debe ser ejecutado en conjunto con el principio de conservación del contrato como criterio para continuar con el vínculo negocial.

7.3.2. La obligación legal de renegociar

Frente a un contrato de duración en el tiempo, siempre existe la posibilidad de encontrarse frente a un caso de imposibilidad o de dificultad que impida a alguna de las partes realizar la prestación a su cargo. En virtud a dicho impedimento, el contrato debería quedar suspendido hasta que suceda cualquiera de los dos escenarios: (i) si las partes llegan a un acuerdo superando el *impasse*, lo que implica que en algún momento y por iniciativa de ambas partes se haya solucionado la dificultad; o, (ii) frente a dicho incumplimiento, cualquiera de ellas podría invocar la resolución por causa no imputable, o en el peor de los casos el incumplimiento respecto de la parte que se encuentra con la dificultad que le impide cumplir con lo pactado en el contrato.

En virtud de ello, debemos revisar si existe ese deber y derecho legal de solicitar la renegociación del contrato. Debemos indicar que tanto en el ordenamiento peruano como el italiano contemplan la posibilidad de la variación de las circunstancias a través del remedio

(235) Ídem.
(236) CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Ob. cit., p. 118.
(237) UDA, Giovanni. *La buona fede nell'esecuzione del contrato*. Ob. cit., p. 177.

de la excesiva onerosidad de la prestación. En caso de no reajustar el precio, el contrato se resuelve, evitando que las partes puedan alcanzar el fin común materializado en el contrato.

La fuente legal para invocar la renegociación en los contratos de duración es la buena fe. Este es una facultad que ostenta el juez si se le es requerido en tal sentido. Pero, ¿cómo la actividad jurisdiccional puede modificar el contenido de un contrato?

Se tiene que evaluar si existe una correcta asignación de riesgos en la distribución del alea contractual que permita individualizar el deber de renegociar dentro de dicha relación contractual. Este remedio es diferente al remedio analizado para la excesiva onerosidad de la prestación(238).

Debemos indicar que la dificultad se presenta durante la ejecución del contrato. Es por ello, que la norma a invocarse es la buena fe en la fase de ejecución de la relación contractual. Al respecto, Gallo sostiene:

> "(...) La buena fe constituiría, entonces, una fuente del deber de renegociación, y, la equidad tiene la capacidad de determinar el contenido (...)"(239).

Evidentemente, esta buena fe debe ser comprendida en un sentido objetivo, esto es como un parámetro de comportamiento de cómo se hubiera comportado si es que la parte favorecida hubiese estado en el lugar de la contraparte en el vínculo contractual. Del mismo modo, la buena fe tiene la función, en ejecución del contrato, que permite un reequilibro cuando las circunstancias sobrevenidas determinan un desfase entre las prestaciones. Y dicho desfase se encuentra fuera del alcance de la excesiva onerosidad(240).

La buena fe, entonces, es la regla de conducta a la cual deben atenerse los contratantes y constituye una fuente primaria de integración de la relación contractual, además, prevalente también respecto a la determinación del contenido contractual(241).

Debe tenerse presente entonces, que la buena fe contractual no es ya un canon ético o moral, es más bien, una regla jurídica y económica que debe ser concordada con el principio de conservación del contrato, además, debe conjugarse con la ejecución de la relación contractual con la finalidad de mantener "vivo" el contrato(242).

Esta es una exigencia que también permite la individualización de los intereses singulares de las partes contratantes(243). En síntesis, la buena fe es concebida en estos términos: como la valorización de la referencia normativa al parámetro de actuación y que tenga por finalidad mantener lo siguiente: (i) la utilidad económica y jurídica de la voluntad de las partes; y, (ii) brinde la protección del ordenamiento(244).

Por ende, la renegociación es un remedio atípico, no es un remedio en contra del contrato, sino a favor del contrato. Una perspectiva resaltar la fuerza de ley del contrato. En definitiva,

(238) MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término.* Ob. cit., p. 320.
(239) GALLO, Paolo. *Contrato e Buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto.* Ob. cit., p. 1019.
(240) AMORE, Guiliana. *Appalto e claim.* Óp. cit. p.153
(241) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale.* Ob. cit., p. 111.
(242) MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término.* Ob. cit., p. 320.
(243) MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale.* Ob. cit., p. 115.
(244) MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término.* Ob. cit., p. 323.

la renegociación es un remedio que favorece el contrato, para evitar que se destruya un valor económico contenido en el instrumento contractual.

Tanto es así, que dicho remedio se presenta en los contratos a largo plazo. Algún sector de la doctrina considera que la renegociación tiene una naturaleza facultativa, es decir, que constituye la facultad de tratar de modificar el reglamento contractual respecto de una de las partes en relación a una circunstancia sobrevenida(245). No obstante ello, dicho remedio atiende estrictamente al principio de conservación del contrato y a entender al contrato no como una relación estática sino dinámica.

7.4. El deber contractual y legal de renegociación ante los riesgos imprevisibles en el contrato bajo el Derecho peruano y la naturaleza expansiva de la revisión y la renegociación

En el Derecho peruano, la posibilidad contractual de incorporar la cláusula de renegociación es posible para los casos enunciados en el numeral precedente. Esto es, en el caso de la incorporación de una cláusula específica con un procedimiento de renegociación; y, aquella otra cláusula que entraría dentro de las cláusulas genéricas que puede ser integrada a través del artículo 1362 del Código Civil peruano, lo cual no generaría un supuesto de negocio jurídico nulo por falta de determinación del objeto. En este caso, los ordenamientos jurídicos como el francés(246) o el italiano(247) prevén la posibilidad de insertar el remedio de la renegociación en el reglamento de intereses producto de la autonomía privada.

En cambio, la posibilidad que el remedio de la renegociación sea invocado por las partes es perfectamente posible, inclusive cuando no haya sido pactado en el contrato, siempre que nos encontremos frente a los siguientes requisitos: (i) La existencia de un contrato de duración; (ii) exista un supuesto de dificultad, que podría traducirse como un caso imprevisible o extraordinario que impide la culminación de la prestación a cargo de una de las partes; y, (iii) que la intención de las partes haya sido el concluir el contrato a través de la regulación de sus intereses en el programa negocial; además, se debe priorizar el principio de conservación del contrato como pilar fundamental de una relación de duración junto con la actuación de ejecutar el contrato de acuerdo a las reglas de la buena fe(248).

En virtud de estos elementos, se procede a integrar el contrato con la finalidad de restablecer el equilibrio patrimonial que enfrenta la relación contractual de duración mediante la renegociación de las condiciones contractuales existentes y respecto de las cuales se presenta la dificultad. Se habla inclusive de la cláusula implícita de renegociar el contrato como mecanismo de control de los eventos sobrevenidos(249).

Debe tenerse presente que la renegociación no siempre conduce a cambiar el contrato para superar la dificultad, sino que existirán casos, en los cuales luego de ejercido el remedio renegociatorio no se podrá modificar el contrato, siendo la última *ratio* la resolución del

(245) AMORE, Guiliana. *Appalto e claim*. Ob. cit., p. 117.
(246) FONTAINE, Marcel y Filip, DE LY. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Ob. cit., p. 485.
(247) AMORE, Guiliana. *Appalto e claim*. Ob. cit., p. 145.
(248) TRAISCI, Francesco. *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di "civil" e di "common law"*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 334.
(249) Ibídem, p. 95.

contrato[250]. Siempre debe preferirse continuar el negocio jurídico atendiendo a la buena fe en ejecución de las prestaciones, como se comportaría un contratante leal y honesto.

7.5. La buena fe como fuente creadora de remedios

De todo lo visto hasta el momento, se puede afirmar que la buena fe permite crear otros tipos de remedios no previstos en el ordenamiento jurídico. Imaginemos el caso del impedimento del contrato por un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que no permita a las partes desarrollar sus obligaciones con normalidad, acaso, ¿no es voluntad de las partes terminar el contrato? Por qué una parte puede exigir libremente el cumplimiento de las obligaciones amparándose en la cláusula que excluye el "fortuito".

Afirmar que la buena fe no puede corregir la situación antes descrita sería sostener que no se puede variar nada, que el Derecho pueda amparar situaciones injustas y no permita equilibrar situaciones disímiles por un evento ajeno a la voluntad de las partes.

La buena fe actúa como un mecanismo de protección que permite la protección del contrato, la conservación, la corrección, la revisión, la renegociación, etc. El artículo 1362 del Código Civil peruano no solo evita pretensiones abusivas sino también evita pretensiones injustas frente a circunstancias no queridas por las partes frente hechos ajenos a la voluntad de las mismas.

7. Conclusiones

Respecto al presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

1) La buena fe es un precepto que se encuentra recogido dentro del artículo 1362 del Código Civil peruano.

2) El artículo 1362 del Código Civil peruano también es una cláusula normativa general que le otorga un margen a los jueces o **árbitros para que se pronuncien sobre ciertos aspectos, disipando cualquier in**determinación respecto de cualquier concepto.

3) La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de tratativas es de naturaleza contractual por violación de la confianza en la etapa precontractual, bajo la noción de relación obligatoria sin deber primario de prestación por el hecho que se refiere a dos sujetos plenamente determinados por la situación de la tratativa, a diferencia de dos sujetos extraños que se conectan por el daño producido en un accidente de tránsito, en donde estos sujetos ni siquiera se conocen de forma previa.

4) La responsabilidad contractual reconoce a la relación obligatoria compleja y dentro de ella a los deberes de protección. En caso o defecto de pacto, el deber de protección se integra en virtud del artículo 1362.

5) La responsabilidad postcontractual es una relación obligatoria sin deber primario de prestación dado que el contrato es un vehículo de cooperación que, a pesar de haber extinguido por cumplimiento, en ciertos casos puntuales, como en las obligaciones de

(250) FONTAINE, Marcel y Filip, DE LY. *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Ob. cit., p. 494. FONTAINE Y DE LY señalan que: "[S]i la ley dispone solo la terminación (resolución) del contrato, esto será a menudo considerado como una solución excesivamente radical [...]" [el énfasis es nuestro].

saneamiento. La relación obligatoria postcontractual tiene como fuente el artículo 1362 del Código Civil peruano.

6) La renegociación del contrato es un remedio que se puede invocar frente a riesgos imprevisibles cuando se está frente a una *hardship* (dificultad), dado que se busca la conservación del contrato antes que se produzca su terminación. Esto se logra con tres elementos: (i) la noción de contrato dinámico; (ii) la ejecución de dicho negocio jurídico conforme a la buena fe; y, (iii) el principio de conservación del contrato.

7) La buena fe, en materia de ejecución del contrato, puede ser fuente generadora de remedios para evitar no solo cualquier actuar desleal, sino cualquier actuación injusta.

DOCTRINA

AFFERNI, Giorgio. "Le obbligazioni del venditore: in particolare, L'obbligo di consegna". En: Trattato dei contratti, diretto da Roppo e Benedetti. Vendita e vendite. Volumen I. Milán, Giiffrè Editore, 2014; ALBANESE, Antonio. "La lunga marcia della Responsabilità Precontrattuale: dalla Culpa in Contrahendo alla violazione di Obblighi di Protezione". En: Europa e Diritto Privato. Número 3, 2017; ALBANESE, Antonio. "Responsabilità precontrattuale". En: AA. VV. Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo. Volume 3. Napolés, Jovene Editore, 2018; AMORE, Guiliana. Appalto e Claim. Padua, Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM. 2007; ASÚA, GONZALES, Clara. La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos). Bilbao, Editorial de la Universidad del País Vasco, 1989; BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Tomo. I. Introducción. Parte Preliminar - Parte General. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967; BARGELLI, Elena. "Postcontratto". En: AA. VV. Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo. Volume II. Nápoles: Jovene editore, 2018; BENATTI, Francesco. La responsabilità precontrattuale. Ristampa. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2012; BENATTI, Francesco, "Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Año XIV, 1960; BENATTI, Francesco. La responsabilità precontrattuale. Ristampa. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2012; BEN-SHAHART, Omri. "Pre-closing Liability". En: University of Chicago Law Review. Número 77, 2010; BERTOLINI, Andrea. Il Postcontratto. Bologna, Casa Editrice Il Mulino, 2018; BESSONE, Mario y Andrea D'ANGELO. Voz consultada: "Buona fede". En: Enciclopedia Giuridica Treccani . Volumen. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988; BRECCIA, Umberto. Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Il Contratto. Seconda Edizione. Tomo III. Milan, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 2000; BORDA, Alejandro. La teoría de los actos propios. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000; CALUSI, Vittorio. "In tema di trattative e responsabilità precontrattuale (critica della dottrina e della giurisprudenza)". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Año X, 1956; CARUSO, Daniela. La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993; CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia. Lima, Instituto Pacífico, 2017; CASTRONOVO, Carlo. Eclissi del diritto civile. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2015; CASTRONOVO, Carlo. La nuova Resposanbilità Civile. Terza edizione. Milán, Dott. A. Giuffrè, 2006; CASTRONOVO, Carlo. "Obblighi di Protezione e tutela del terzo". En: JUS - Rivista di scienze giuridiche. N° 23, 1976; CASTRONOVO, Carlo. Responsabilità Civile. Milán, Dott. A. Giuffrè, 2018; CASTRONOVO, Carlo. "Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta. En: Europa e Diritto Privato. Número 1, 2010; CESÀRO, Vincenzo Maria. Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale. Nápoles, Edizioni scientifiche italiane. 2000; D'ANGELO, Andrea. "Il Contratto in generale". Tomo IV. La buona fede. En: Trattato di diritto privatto diretto da Mario Bessone. Volumen XIII. Turìn: Giappichelli Editore, 2004; DRAETTA, Ugo. Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti. Padua, Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM. 1988; DRAETTA, Ugo y LAKE, Ralph. "Letter of intent and precontractual liability". En: International Bussiness Law Jornal. Número 7, 1993; DE CUPIS, Adriano. Il danno. Teoria Generale della Responsabilità Civile. Seconda Edizione. Volume Primo. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I. Tercera edición. Lima: Palestra S.A.C., 2017; DE NOVA, Giorgio. Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno. Padova, Casa Editrice Antonio Milani -CEDAM, 2011; DI

MAJO, Adolfo. "Clausole Generali e diritto delle obbligazioni". En: Rivista Critica del Diritto Privato. Año 2, número 3, septiembre, 1984; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Traducción de la 39ª edición alemana con estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición. Volumen segundo. Nacimiento, Extinción y Modificación de los Derechos Subjetivos - pretensiones y excepciones - ejercicio y aseguramiento de los derechos. Segunda parte. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A. 1981; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Octava edición. Lima: Instituto Pacífico, 2016; ESPINOZA, ESPINOZA, Juan. Introducción al derecho de las obligaciones. Lima, Instituto Pacífico, 2017; FAGGELLA, Gabrielle. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, En: AA. VV. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda. Volumen III. Nápoles, Luigi Pierro Tip. Editore, 1906; FAGGELLA, Gabriele. I periodi Precontrattuali e la responsabilità precontrattuale. Seconda Edizione completamente riveduta e ampliata. Roma, Stab. Tip. Società Cartiere Centrali, 1918; FARNSWORTH, Allan. "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations". En: Columbia Law Review. Volumen 87, N° 2, marzo, 1987; FLAMBOUR, Dionysios P. "The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus SIC Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis". En: Pace International Law Review 13. 2001; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil. Tomo Segundo. Cuarta edición no modificada. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998; FERRI, Luigi. Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil. Traducción del italiano a cargo de Nélvar Carreteros Torres. Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles". En: Revista Derecho PUCP, número 41, 1987; FONTAINE, Marcel y Filip DE LY. La redacción de contratos internacionales. Análisis de Cláusulas. Madrid, Aranzadi. 2013; FRANZONI, Massimo. "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto". En: Contratto e impresa. Número 1, volumen 15, 1999; GALGANO, Francesco. Il Contratto. Corso di Diritto Civile. Seconda edizione. Milán, Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM, 2011; GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Tratatto di Diritto Civile Cicu - Messineno - Mengoni. Seconda Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore; GOTANDA, John Y. "Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law 34. 2003; HILSENRAD, Arthur. Las obligaciones precontractuales. Traducción del francés y apéndice relativo al Derecho español por Faustino Menéndez Pidal. Góngora: Madrid, 1932; HOUH, Emily. "The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?". En: Utah Law Review. Número 1, 2005; JHERING, Rudolf Von. Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione. Traducción del alemán y nota de lectura por Federico PROCCHI. Nápoles, Jovene Editore, 2005; KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study". En: Harvard Law Review. Volumen 77, Número 3, enero, 1964; KESSLER, Friedrich; KRONMAN, Anthony T.; GILMORE, Grant. "Contracts: Cases and Materials". Third Edition. Little, Brown and Company: Boston-Toronto, 1986; LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Traducción al castellano de Jaime Santos Briz. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo 1, 1958; LAKE Ralph. "Letters of intent: A comparative Examination under English, US. French; and West German Law". En: George Washington Journal of International Law and Economics, N° 18, 1984-1985; LEHMANN, Heinrich. Parte general. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. Navas. Volumen I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956; LEÓN HILARIO, Leysser. La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Tercera edición corregida y aumentada. Lima, Instituto Pacífico, 2017; LEWIS, Tracy R.; Martin K. PERRY, y David E.M. SAPPINGTON. "Renegotiation and Specific Performance". En: Law and Contemporary Problems 52. 1989; LOI, Maria L. y TESSITORE Franca. Buona fede e responsabilità precontrattuale. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975; MACARIO, Francesco. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo término. Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1996; MACARIO, Francesco. "Commentario all 1375 del Codice Civile - Esecuzione di buona fede". En : Dei Contratti in Generale Artt.1350-1386. A cura di Emanuela Navarretta. Turín: UTET Giuridica, 2011; MANTOVANI, Manuela. Commenti all'articolo 1337 del Codice Civile. En: Commentario del Codice Civile Diretto da Enrico Gabrielli. Dei Contratti in generale a cura di Emanuela Navarretta e Andrea Orestano. Artt. 1321-1349, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 2011; MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale. Padua, Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM. 2006; MARUCCI, Bárbara. "La responsabilita precontrattuale". En: Rassegna di Diritto Civile. Número 2, 2018; MASKOW, Dietrich. "Hardship and Force Majeure". En: The American Journal of Comparative Law. Número 40, 1992; MAUCERI, Tommaso. "Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto". En: Europa e diritto privato, número 4, 2007; MENGONI, Luigi.

"Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (estudio crítico)". En: Obbligazioni e Negozio. Scritti II. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011; MENGONI, Luigi. "Sulla natura della responsabilità precontrattuale". En: Obbligazioni e Negozio. Scritti II. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011; MENICHINO, Cristina. Clausole di Irresponsabilità Contrattuale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 2008; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo; M. Volterra. Lima: ARA Editores, 2007; MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Libro IV. Tomo Secondo. En: Commentario del Codice Civile a cura di Magistrati e Docenti. Terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Turín, UTET, 1987; MORALES HERVIAS, Rómulo. "Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano". En: Ius et Veritas, número 57, 2018; MORALES HERVIAS, Rómulo. "La doctrina de los actos propios entre el negocio jurídico y el contrato. Historia de una importación impracticable e injusta". En: Diálogo con la jurisprudencia, número 89, 2006; NEDZEL, Nadia E. "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability". En: Tulane European and Civil Law Forum, Volume 12, N° 97, 1997; PATTI, Guido y PATTI, Salvatore. "Responsabilitá precontrattuale e contratti standard. Art. 1337-1342". En: Il Codice Civile - Commentario diretto da Piero Schlesinger. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993; PIERAZZI, Eleonora. L'accordo parziale. Milano: Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM, 2012; PIGNATARO, Gisella. Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1999; PIRAINO, Fabrizio. La buona fede in senso oggettivo. Turín, Giappichelli G. Editore, 2015; PIRAINO, Fabrizio. "La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull´immunità)". En: Contratti. 1. Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali, Wolters Kluwer Italia, 2017; NICOLUSSI, Andrea. Voz "Obblighi di protezione". En: Enciclopedia del diritto. Annali VIII, 2015; RAVAZZONI, Alberto. La formazione del contratto: Le regole di comportamento. Volume II. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1974; RODOTÀ, Stefano. Le fonti di integrazione del Contratto. Ristampa integrata. Milán, Giuffrè Editore, 2004; ROMANO, Salvatore. Voz consultada: "Buona fede". En: Enciclopedia del Diritto. Volumen V, Milán, Giuffrè Editore, 1959; ROPPO, Vincenzo. Il Contratto. Seconda edizione. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore. 2011; SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. Il Contratto. Tomo Secondo. Ristampa. Turín, Unione Tipográfico -Editrice Torinese (UTET), 1999; SALE, Hillary A. "Delaware's Good Faith". En: Cornell Law Review. Volumen 89, Número 101, 2004; SALGADO, Catalina. "Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering". En: Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo I. Bogotá, Fondo Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014; SCHLOSER, Ralph. "Les Letters d'intetion: portée et sanction des accords précontractueles". En: Responsabilité et assurance. Etude en l'honneur di Baptiste Rusconi. Editions Bis et Ter: Lausanne, 2000; SCHMIDT, Joanna. "La période précontractuelle en droit français". En: Revue internationale de droit comparé. Volumen 42, Número 2, Avril-juin, 1990; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa. Segunda reimpresión. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996; SCOTT, Robert E. "Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts". En: California Law Review 75. 1987; STOLFI, Giuseppe. Prolusioni. Milán, Casa Editrice Antonio Milani - CEDAM, 1979; STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". En: Archiv für die civilistische Praxis. Número 136, 1932; STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria". En: AA. VV. L'Obbligazione come rapporto complesso. Turín, Giappichelli Editore, 2016; TOMASSINI, Raffaele. "Revisione del rapporto". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XL. Milán: Giuffrè Editore, 1989; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Teoría general del contrato. Tomo 1. Introducción a la doctrina general del contrato. Clasificación de los contratos. El consentimiento. Contratación masiva. Objetivo del Contrato. Forma del Contrato. Contratos preparatorios. Cesión de posición contractual. Segunda edición. Lima, Instituto Pacífico S.A.C. 2016; TRAISCI, Francesco. Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di "civil" e di "common law". Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; TRIMARCHI, Pietro. "Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento". En: Rivista di Diritto Civile. Año XLVIII, Número 5, 2002; TURCO, Claudio. Interesse negativo e responsabilità precontrattuale. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990; TURCO, Claudio. "L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoría di Jhering nel sistema tedesco e italiano)". En: Rivista di Diritto Civile. Año LIII, número 2, 2007; VINEY, Geneviève. Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad civil. Traducción de Fernando Montoya Mateus. Bogotá, Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007; VISTINTINI, Giovanna. "Il dibattito sulla natura della responsabilita` precontrattuale rivisitato alla luce della casistica". En: Contratto e impresa. Número 2, 2017; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volumen II. Los Hechos Jurídicos. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., 2005; UDA, Maria Giovanni. La buona fede nell'esecuzione del

contratto. Turín, Giappichelli G. Editore, 2004; ULLMAN, Harold. "Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems". En: California Western International Law Journal, número 9, 1988; ZACCARIA, Alessio. "La natura della responsabilità per culpa in contraendo secondo il punto di vista del gambero". En: Rivista di Diritto Civile, Número 2, 2015.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La interpretación del contrato debe ceñirse a lo declarado por las partes

El contrato, como principal fuente de obligaciones para el derecho civil patrimonial, es conceptuado por nuestro ordenamiento jurídico como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; así lo determina el artículo 1351 del Código Civil. Éste se perfecciona por el consentimiento de las partes, en el momento en que la aceptación es conocida por el oferente, con las formalidades de ley –cuando corresponda–; y a partir de entonces su observancia es obligatoria para las partes, en cuanto se haya expresado en él. No obstante, esta regla no es suficiente per se para establecer con exactitud cuáles son los alcances de los derechos y obligaciones atribuibles a las partes con ocasión del contrato, pues para ello es necesario todavía determinar en forma específica qué es aquello que fue "expresado" en el contrato o cuál es su sentido. Décimo Cuarto. Para este fin, el juez debe recurrir a los principios y reglas que, dentro del derecho civil, rigen la disciplina de la interpretación de los contratos. Ésta, se ha dicho, tiene como función "(...) reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerando en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes (...)" y que, por tanto, constituye "(...) una tarea de indagación de la concreta 'intención' de los contratantes (...), pero es también una tarea de atribución de 'sentido' a la declaración (...)"3. Y en atención a ello puede afirmarse, entonces, que la interpretación del contrato exige siempre al juez una labor de atribución de sentido a lo declarado por las partes contratantes, a partir de la reconstrucción de aquello querido conjuntamente por estas, como lo exige la última parte del artículo 1362 del Código Civil ***(Cas. N° 3358-2015-Cusco).***

Relatividad contractual

Artículo 1363.- *Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.*

Concordancias:
C.C. *arts. 188, 660, 1149, 1177, 1218, 1733, 1763*

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

1. Autonomía de la voluntad y relatividad contractual

1.1. La dimensión negativa de la autonomía privada y la relatividad contractual

El eje cardinal, medular en sede contractual, lo es precisamente el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo tenor los individuos serán capaces de autodiseñarse la estructura y el funcionamiento del instituto contractual que por sus propias declaraciones negociales han creado. La autonomía de la voluntad es para el campo contractual, lo que el cerebro para el cuerpo humano, el sostén básico de la vitalidad, capaz de ofrecer las más increíbles combinaciones que la necesidad y el interés motiven en el ingenio humano.

Para el profesor Díez-Picazo: "La idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o de un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina 'autonomía privada' o 'autonomía de la voluntad'. El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad"(1).

El principio de autonomía privada se manifiesta en el contrato, en primer orden, en la posibilidad hecha realidad en los ordenamientos jurídicos que lo reconocen de decidir los sujetos, concertar o no un contrato, es su opción la de contratar o abstenerse de hacerlo y de seleccionar con quien hacerlo; en segundo orden, en la libertad de elegir el tipo contractual (el *typenfreiheit* no queda atado al tipo establecido en la norma legal sino que puede construir uno distinto), y un tercer orden en la posibilidad de modificar o fijar su contenido.

Sin embargo, tampoco ha sido saludable –y esto lo ha evidenciado el devenir histórico del Derecho de Contratos– hiperbolizar la función capital de la autonomía de la voluntad. Autonomía no es sinónimo de anarquía, lo contrario implicaría hacer dueño a cada sujeto de la porción que le compete y pertenece a terceros, incluido por supuesto el Estado.

La autonomía de la voluntad tiene sus propias dimensiones, o sea, aquellos espacios donde ella está inserta, allí donde está presente inmanentemente en la institución, en un sentido no ya de principio general informador de la contratación, sino manifestándose en el caso concreto.

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4ª edición, en *Introducción. Teoría del contrato*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 127.

Si partimos de que la libertad contractual deja expedita a los individuos la posibilidad de moldear el fruto de su creación: el contrato, es dable entonces sustentar que ese poder tiene límites que constituyen la dimensión negativa de este mismo fenómeno, o sea, ¿cuál es el espacio dentro del que tendrían potestades las partes para diseñar el contrato? Tales límites no son extrínsecos al contrato, en cuanto forman parte de él, son su recubrimiento, la frontera entre el yo contractual, y lo ajeno al contrato, el deslinde entre partes interesadas y tercero contractual. En este orden se ofrece el vínculo conceptual entre la autonomía privada en su dimensión negativa y la relatividad contractual. Como bien expone Díez-Picazo la ausencia de irradiación de efectos del contrato respecto de los terceros, se sustenta en el hecho de que el contrato es un acto de ejercicio de poder de autonomía privada, de suerte que desplegar eficacia respecto de terceros constituiría cabalmente lo contrario, es decir heteroeficacia(2).

El fundamento de la relatividad contractual está en la misma esencia del contrato, de la misma manera que es una manifestación de la autonomía de la voluntad, solo compete a quienes libremente lo concertaron, inteligir lo contrario supondría que una persona quedase obligada por decisión de otra, sin que previamente le haya autorizado, otorgándole representación o ratificado con posterioridad; de lo que hay que salvar, lógicamente, la representación legal que encuentra su ratio en la norma jurídica que la impone(3).

1.2. La relatividad de los efectos del contrato

Entendida la eficacia contractual como las consecuencias jurídicas, o mutaciones que en el espacio vital en que se desenvuelve el contrato este produce, porque así han sido queridas y pretendidas por las partes, no puede negarse que los efectos que irradia el negocio contractual solo son de la incumbencia de las partes contratantes.

Dicha relatividad supone que el conjunto de deberes y derechos que la relación jurídica contractual creada despliega, solo atañe a los autores del negocio contractual, y a sus herederos. La fuerza compulsiva del contrato no puede expandirse a los terceros, quienes, en principio, resultan extraños al negocio concertado(4).

Empero, más que de relatividad como un efecto propio del contrato, como así sostienen algunos autores mexicanos(5), es dable hablar de relatividad de los efectos del contrato, no es que la relatividad sea un efecto más, sino que la obligatoriedad que el negocio contractual implica para sus autores, tiene un carácter relativo, constriñendo tan solo a aquellos. La relatividad es, pues, un principio informador del Derecho Contractual, a cuyo amparo las partes asumen los beneficios y consecuencias del negocio creado, pero *per se* no constituye un efecto más del contrato, y sí tan solo, la manera de expresión o concreción de la obligatoriedad contractual, amén de que el legislador por respeto a la sistemática lo ubique bajo el rubro de "Efectos del contrato".

(2) Idem, p. 398.

(3) Apud VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (coordinadora) et al., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 431.

(4) La jurisprudencia francesa así se ha pronunciado: "Una transaction entre cohéritiers à laquelle l'un d'entre eux n'a pas été partie ne fait naître ni obligation ni droit à sa charge; les juges du fond ne portent done pas atteinte au principe de la relativité des effets du contrat en lui refusant toute qualité pour attaquer cet acte. En revanche, ils sont en droit de lui imposer le respect des relations que cet acte avait établies entre les autres cohéritiers". Civ. 1re., 7 de julio de 1981: Bull. civ. I, nº 250, Civ. 1re, 28 de abril de 1981: ibid I, nº 139, y 30 de junio de 1993: ibid I, nº 241.

(5) Vid. per omnia, SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los contratos civiles*, 10ª edición, Porrúa, México, 1989, pp. 86-89.

1.3. La relatividad como principio del Derecho Contractual. Presupuestos históricos y dogmáticos

Como sostiene Giorgi[6] pocos principios del Derecho son enseñados en forma tan acorde por los escritores y sancionados con tanta constancia por los legisladores[7]. Apunta Rodríguez González que limitadas han sido las instituciones jurídicas que han pervivido a través de los siglos de manera tan incólume como la presente[8].

Desde los tiempos justinianeos hasta la actualidad, ha tenido gran resonancia la máxima acogida en el Codex de Justiniano, que subrayaba el hecho de que el contrato era res inter alios acta aliis neque prodest neque nocere potest; o sea, el contrato es cosa ajena para los terceros y, por consiguiente, ni les beneficia (nec prodest), ni les perjudica (nec nocet). La órbita de actuación de las partes contratantes solo atañe a sus protagonistas en ejercicio del poder de autorreglamentación de sus intereses.

Expresa Lasarte que: "Con la expresión principio de la relatividad del contrato se trata de poner de manifiesto que la eficacia del contrato como categoría (...) no tiene alcance general respecto de la colectividad, como ha de predicarse de la norma jurídica, sino un alcance limitado a las partes contratantes"[9].

La relatividad contractual se ha elevado al rango de principio general del Derecho Contractual, y así es reconocido por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de algunos Estados como España[10], sosteniéndose por autores como Abeliuk que no es "(...) un principio

(6) GIORGI, Jorge. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno*, traducción de la 7ª edición italiana, anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, volumen IV - Fuentes de las Obligaciones. Contratos y fin de los contratos, s. ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1911, p. 277.

(7) Así, artículos 1021, 1022 y 1024 del Código Civil y Comercial argentino; artículo 1165 del Code Napoleón; artículo 1372.2 del Codice Civile; artículo 1166 del Código Civil venezolano; artículo 1257.1 del Código Civil español; artículo 406 del Código Civil portugués; artículo 1108 del Código Civil panameño; artículos 1292 y 1293 del Código Civil uruguayo; artículo 1025 del Código Civil costarricense; artículo 1165 del Código Civil dominicano; artículo 1549 del Código Civil hondureño; artículo 1209.1 del Código Civil puertorriqueño y artículo 523 del Código Civil boliviano.

(8) RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio de relatividad contractual en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, p. 15.

(9) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil*, Tomo 3, 4ª edición, Contratos, Trivium, Madrid, 1996, pp. 123-137.

(10) Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 398-400; GIORGI, Ob. cit., pp. 277-282; VODANOVIC H., Antonio. *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, s. ed., Nascimento, Santiago de Chile, 1942, pp. 268-293; ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, Tomo III, 19ª edición (concordada con la legislación vigente), Porrúa, México, D.F., 1994, pp. 157-159; MARTY, G. *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, Volumen I, traducción de José M. Cajica Jr., s. ed., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1952; ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*, Tomo I, s. ed., Temis, Santiago de Chile, s.f., pp. 105-106; más recientemente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Ob. cit., *passim*, entre otros.
En el plano jurisprudencial español vid. per omnia la Sentencia de 9 de febrero de 1981 del Tribunal Supremo citada por la Sentencia de 15 de marzo de 1994 del mismo foro, a tenor de la cual del principio de relatividad contractual proclamado en el párrafo 1 del artículo 1257 del Código Civil, los límites subjetivos en relación con la efectividad de los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato, se constriñen exclusivamente a las partes contratantes o, en su defecto, a sus herederos, de tal suerte que en general, no pueden afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento. En el caso de autos, la demanda se dirigía a obtener el otorgamiento de la correspondiente póliza de transmisión de las acciones de C, S. A., ante corredor de comercio colegiado, en cumplimiento de lo pactado en el contrato de 22-7-83, obligación que solo podría imponerse a los socios titulares de la totalidad de las acciones intervinientes en aquel contrato y no a la sociedad demandada que no fue parte en el contrato ni quedara acreditado que tuviera en cartera ninguna acción representativa de su propio capital. Asimismo, vid. Sentencias de 27 de enero de 1989, 3 de diciembre de 1990 y 12 de mayo de 1992, en las que se pronuncia expresamente el Tribunal Supremo en el sentido de catalogar como principio a la relatividad contractual.

limitado a los contratos, ni tan siquiera a las convenciones, sino a todos los actos jurídicos, y aun a ciertos actos de autoridad como son las sentencias, (...)"[11], así el propio efecto de la cosa juzgada en el orden civil afecta tan solo a las partes litigantes no a quien no ha comparecido en el pleito.

Aunque comúnmente la doctrina científica alude a principios generales del Derecho Civil, y en especial del Derecho de Contratos, no se suelen sistematizar, y es más, la fuerza de la costumbre, y la communis opinio, son los que los imponen. A mi juicio no se trata, en esta oportunidad, de una simple regla de Derecho o de un axioma jurídico indiscutible, sino en realidad de un principio general del Derecho[12] que está implícito o explícitamente contenido en el propio sistema legal[13].

Como principio general del Derecho Contractual la relatividad supone un dogma del Derecho Privado en dos sentidos fundamentales, en uno se expresa que el contrato será fuente de derechos y obligaciones para las partes que han concurrido a la formación del vínculo contractual y, en otro, como forma de contrastación de los derechos de créditos, de los derechos reales, a partir de la relatividad que se invoca de los primeros frente al carácter absoluto de los segundos. El principio en cuestión establece el límite subjetivo de eficacia del contrato: límite que queda reducido a las partes contratantes y a sus herederos, si bien admite excepciones que se han abierto sendero propio en el Derecho positivo, con apoyo de un importante sector doctrinal. Precisamente en la eficacia y en los sujetos es donde ha de buscarse la esencia de este principio.

Como principio general también presupone un grado de abstracción y de generalidad que le permita su aplicación a cualquier supuesto contractual.

1.4. La "crisis" del principio. Doctrina y jurisprudencia al respecto

La erosión del ya clásico principio ha venido por doquier. Se sostiene –y con razón– que señalar que el contrato "no puede perjudicar a terceros", "no daña ni aprovecha a los terceros",

(11) ABELIUK MANASEVICH, René. Op. y loc. cit.

(12) Así, algunos autores como MANS PUIGARNAU, Jaime. *Los principios generales del Derecho, repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, s. ed., Bosch, Barcelona, 1979, expresa que la distinción técnica entre principio general y regla de Derecho no resulta nada fácil, los principios suponen conceptos o normas fundamentales y abstractas, hayan sido o no objeto de una formulación concreta, en tanto la regla, una locución concisa y sentenciosa que sirve de expresión a un principio jurídico. Corresponde al jurista la misión de descubrir los principios fundamentales del sistema jurídico, en tanto estén contenidos e implícitos, como presupuestos remotos en las normas particulares, o de cualquier manera sean exigidos por ellos como su complemento lógico. Empero, acontece que el propio jurista puede encontrar tales principios ya en parte formulados si no en su íntegro significado, sí al menos en algunos de sus aspectos o fases, por obra del propio legislador. Vid. también DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*, traducción y apéndice por Juan OSSORIO MORALES, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 68 y ss.

(13) Recordemos que el principio de relatividad contractual si bien se reconoce explícitamente en la mayoría de los Códigos Civiles, en ocasión de regularse las disposiciones generales en sede de eficacia contractual, en otros Códigos resulta necesario destilarlo del espíritu de sus normas jurídicas.
Así, v. gr. en la legislación chilena no existe un precepto que consagre el citado principio, como tampoco en los Códigos de Colombia y Ecuador, inspirados en el Código de Andrés Bello. Cuba se une a esta posición, coligiéndose del contexto de su Código Civil la vigencia de la relatividad contractual como principio; de esta manera los artículos 309, 310, 311, 312 y 313, comprendidos en las disposiciones generales del Capítulo I, Título II, Libro III del Código, hacen referencia exclusivamente a las partes como artífices de la concertación, perfección, contenido y forma del contrato.

no significa afirmar que el contrato no existe frente a ellos, que los terceros lo pueden desconocer, que no les es oponible[14].

Muy por el contrario, el contrato no puede concebirse aisladamente. "La relatividad del efecto obligatorio está en armonía con la doctrina individualista de la autonomía de la voluntad"[15]. En tanto y en cuanto se exacerbe el valor de la autonomía privada se realzará el significado de la relatividad contractual.

Coincido con González Pacanowska[16] en que la relatividad contractual ha venido sufriendo una evidente relajación. Resulta imposible encapsular el vínculo obligatorio y la situación jurídica creada por el contrato, o sea, la relación jurídica contractual. Se hace insostenible sustentar que el contrato en nada afecta la órbita de los terceros (sea en sentido positivo o negativo). No resulta absoluta la distinción entre derechos reales y derechos de crédito. El contrato puede, y es oponible frente a todos, *erga omnes* y debe ser respetado por los terceros[17].

La labor de interpretación doctrinal y jurisprudencial operada ha dado al traste con la aparente rigidez de la relatividad contractual. Hoy en día se habla de una eficacia refleja o indirecta del contrato en relación con los terceros[18], a partir de la noción de repercusión del contrato en la órbita de los terceros; obsérvese que se trata de una eficacia por repercusión y no por mera incidencia. Esta idea de repercusión no es sino reflejo de la interdependencia de los individuos que viven en sociedad y la idea de solidaridad frente al individualismo.

1.5. La tutela aquiliana del derecho de crédito

La relatividad contractual viene sufriendo una evidente erosión. La rigidez con la que antaño fue concebida ha dado al traste frente a las realidades del tráfico moderno.

La relatividad del derecho de crédito no es obstáculo para que el acreedor pueda pretender la protección de su derecho frente a todos los que conscientemente ayudan a frustrarlo. Lo que, sin embargo, no atenta a la relatividad del derecho de crédito, sino pone al descubierto lo endeble de la pretendida consecuencia. El derecho de crédito –relativo en cuanto a que la prestación que constituye su objeto solo puede interesarse frente al deudor vinculado– no deja por ello de merecer la protección del ordenamiento en forma de responsabilidad aquiliana cuando la conducta del tercero, conforme con una valoración ponderada de los intereses concurrentes, se considera contraria a la buena fe.

A tales efectos se ha planteado si el acreedor está legitimado para exigir la responsabilidad aquiliana al tercero, teniendo así su derecho un *plus* de protección. Autores como Vatier Fuenzalida[19] se muestran partidarios de dar acogida a la teoría de la tutela aquiliana del acreedor para los casos de intervención de tercero que provoca el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer o de no hacer. Empero, con la salvedad de que ese

(14) Vid. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, pp. 335-364.
(15) MARTY, G. Ob. cit., pp. 164-192.
(16) GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, en sus comentarios al artículo 1257 del Código Civil contenidos en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Tomo XVII, Volumen 1° A, 1ª edición. En: *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 325.
(17) Vid. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cit., pp. 335-364.
(18) Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 401-402.
(19) VATIER FUENZALIDA, Carlos. "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos" en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, 1ª edición, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 845-857.

plus de protección se dará cuando el tercero impide el cumplimiento, no cuando lo provoca de manera exclusiva, dado que en tal supuesto, amén de la eventual responsabilidad en que el tercero pueda incurrir, lo que no habrá de ningún modo es la responsabilidad del deudor, al haberse roto el nexo de causalidad por la intervención de aquel.

Tradicionalmente ha sido negado que los terceros, aunque perjudiquen un crédito, sean responsables frente al acreedor. Enneccerus y Lehmann sostienen que el hecho de que un tercero, influyendo sobre la persona del deudor o el objeto de una obligación, imposibilite su cumplimiento, no constituye una violación del derecho obligatorio, ya que este no se dirige en modo alguno contra el violador, y su acto, cualquiera que sea su naturaleza, no contradice facultad alguna del acreedor que tenga fuerza de vincularse[20].

En la doctrina italiana Ruggiero ha defendido que la violación de la obligación no es posible sino por parte de la persona particularmente obligada y, por ello, la dirección de la acción resulta originalmente fijada desde el momento en que la relación se constituye; sin embargo, acepta que el deber de no lesionar las relaciones ajenas se impone igualmente a todos los derechos relativos. Supone que puede que un tercero impida que el deudor pague el crédito; a su juicio, lo que viene protegido no es la relación de crédito, sino un derecho que es absoluto, el derecho a la integridad del patrimonio, del cual forma parte el de crédito[21]. Esta controvertida posición del connotado autor italiano ha sido objetada por Vallet de Goytisolo, quien con convincente lógica ha razonado que si en efecto todo crédito se inscribe en el patrimonio, todo crédito será protegido por el mismo motivo o la misma razón por la que resulta tutelada nuestra propiedad de cualquier cosa material o inmaterial, defendiendo así la tutela aquiliana del derecho de crédito[22].

Tal y como hemos expuesto desde el inicio de este epígrafe, la tendencia actual ha sido correctora de este errado análisis, imponiéndose en la doctrina e incluso en la jurisprudencia europea[23] el principio general de respeto tanto de los derechos personales como de los reales. Si bien es cierto que el cumplimiento de la prestación tan solo es exigible al deudor, único compelido a ello, tampoco puede ser desconocido por los terceros. Como apunta Vatier Fuenzalida[24] la diferencia entre los derechos personales y reales radica en su arista interna, de modo que ambos tipos de derecho subjetivo están provistos de tutela externa frente a los terceros.

(20) ENNECCERUS-LEHMANN. "Derecho de Obligaciones" en *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF (traducción castellana, anotada por Pérez y Alguer), 1ª edición, Barcelona, 1944, pp. 633 y ss.

(21) RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil* (traducción al castellano de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro), Tomo II, volumen 1º, Derecho de Obligaciones-Derecho de Familia-Derecho Hereditario, Reus, Madrid, 1977, pp. 218 y ss.

(22) VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Estudios sobre Derecho de Cosas I. Temas generales*, 2ª edición ampliada, Montecorvo, Madrid, 1985, nota (74), p. 300.

(23) Se citan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español las sentencias de 23 de marzo de 1921 y 29 de octubre de 1955, referidas por VALLET, YZQUIERDO TOLSADA y DÍEZ-PICAZO en sus respectivas opp. citt. En la jurisprudencia francesa, resultan ejemplificantes: "Una banque qui, bien que s´étant engagée à contrôler l'utilisation des fonts empruntés, les affecte à un autre usage en les portant au compte courant de son client afin de diminuer le découvert de celui-ci commet une faute et engage sa responsabilité délictuelle à l'égard du tiers qui aurait dû bénéficier de l'affectation convenue". Aix-en-Provence, 21 de febrero de 1991.
"Un locataire, victime de la violation par au autre locataire du même bailleur d'une clause de non-concurrence insérée dans un bail commercial, n'étant pas partie à ce contrat, ne peut exercer une action contractuelle 'directe' contre l'auteur des actes de concurrence, mais la responsabilité quasi délictuelle de ce dernier peut être recherchée sur le fondement de la faute (poursuite de l'activité illicite après mise en demeure du bailleur)". París (16e ch A), 15 de octubre de 1991.

(24) VATIER FUENZALIDA, Carlos. Ob. cit., pp. 854-855.

Para Hernández Gil[25] tanto el crédito como la deuda son elementos patrimoniales susceptibles de lesión por terceros, por lo que a estos les es exigible la reparación. Larenz[26] dice que: "La situación jurídica del acreedor (...) es una posición jurídica que todos vienen obligados a considerar, a respetar. No es ciertamente un derecho absoluto, pero al igual que este, es digno de protección y por ello, en caso de vulneración, ha de equipararse a los demás derechos a que se refiere el § 823, apartado I del BGB".

2. Partes y terceros

2.1. Noción de parte contractual. Parte en sentido material y parte en sentido formal

González Pacanowska, que ha estudiado con detenimiento esta temática, nos refiere que en la doctrina y jurisprudencia españolas es frecuente considerar como parte a quien haya concurrido por sí o por medio de representante[27]. Las partes constituyen el elemento personal del contrato, o sea, los sujetos que lo conciertan son las personas de los contratantes. Puig Brutau ha asociado al término parte con intervención directa en la concertación del contrato, ya por sí o por medio de representante (legal o voluntaria)[28], en tanto Lasarte, siguiendo la misma línea de pensamiento, delimita a las partes contratantes como aquellas que asumen las obligaciones, u ostentan los derechos derivados de cualquier relación contractual, con independencia de su real intervención en la concertación u otorgamiento del contrato, o sea, aquellas que por voluntad propia se consideran titulares de una posición contractual, aunque no concierten el contrato por sí mismas, sino a través de representante[29].

Para caracterizar a un sujeto como parte en el contrato se han manejado varios criterios, así:

a) Se ha vinculado la noción de parte a la de interés[30]. Se conceptúa a la parte como un centro de intereses. Lo decisivo es el interés propio y la voluntad de obligarse por sí, no bastando a efectos de vincular a un tercero o de estipular derechos a su favor la mera alusión al interés del otro, además del propio;

b) Otros como Pothier ponen el acento en el papel del consentimiento, de la voluntad en la creación del vínculo. Si el contrato es una manifestación de la autonomía privada, sus efectos solo pueden alcanzar a quien, haciendo uso de su propia libertad contractual, ha consentido la formulación del contrato, por sí o por medio de representante[31]. Esta posición también es sostenida por Marty para quien las

(25) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de obligaciones. Obras completas*, Tomo 3, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pp. 30-36.

(26) LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, traducción al español por Jaime Santos Briz, s. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, nota (10), p. 27.

(27) "Parte en el sentido contractual del término es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta un contrato", según Sentencia de 15 de noviembre de 1982 del Tribunal Supremo español; "parte es quien intervino en el otorgamiento" (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 6 de febrero de 1981); "en la creación del nexo" (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 9 de octubre de 1981).
Vid. asimismo las Sentencias de 9 de febrero de 1960 y 16 de diciembre de 1985 del propio Tribunal Supremo y GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. Ob. cit., pp. 330-334.

(28) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I, *Doctrina general del contrato*, s. ed., Bosch, Barcelona, 1988, p. 246.

(29) LASARTE ALVAREZ, Carlos. Ob. cit., p. 127.

(30) Criterio defendido por la doctrina italiana que arguye que la parte es el titular de los intereses en juego.

(31) POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*, traducido al español por una sociedad de amigos colaboradores, parte primera, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839, pp. 44-49.

partes son las personas cuyas voluntades han concurrido a la formación del contrato[32]. La relevancia del consentimiento en la creación del contrato sirve así para delimitar el concepto de parte. Es la posición que parece colegirse de la formulación normativa contenida en este artículo que en razón de la eficacia del contrato alude a "las partes que lo otorgan", *ergo*, se vincula la posición de parte contractual al otorgamiento del contrato, expresión de por sí incompleta.

c) Para Roca-Sastre y Roca Sastre-Muncunill parte es "el sujeto de la relación jurídica que se complementa, por estar dentro de ella y haber participado como tal en su formación y desenvolvimiento"[33], o sea, este criterio señala la posición de parte como elemento constitutivo de la relación jurídica y como sujeto que ostenta tal condición: intervención que se ostenta con tal carácter en su formación y desenvolvimiento. Como indica Rodríguez González se trata de dos circunstancias que, si bien distintas, están en conexidad, esenciales para caracterizar este concepto, ya que se puede intervenir en el contrato sin ser propiamente parte si no se actúa como tal, como es el caso de la representación[34].

Empero, estas perspectivas sobre la noción de parte se complementan. Cada una de las partes del contrato aparece como un centro de imputación de derechos, obligaciones, facultades, deberes y cargas dirigidas a la satisfacción de los intereses de los que por la conjunción de sus respectivas voluntades han acordado establecer el vínculo. La voluntad manifiesta propio nomine es el nexo de unión entre la regulación privada y su imputación a un sujeto de derecho.

González Pacanowska también refiere un cuarto criterio para determinar la noción de parte, el cual está vinculado con la titularidad de los bienes a los que se refieren las obligaciones derivadas del contrato. No obstante, tal titularidad no parece un elemento que deba integrar la noción de parte, no necesariamente tiene que existir coincidencia entre quien contrata en su propio nombre e interés y la titularidad de los bienes, quien así lo hace, ha concertado válidamente un contrato, y la parte vinculada no deberá responder del incumplimiento que se derive de su falta de titularidad[35].

En lo que se refiere a la distinción entre parte en sentido material y parte en sentido formal, es oportuno apuntar que la segunda expresión tiene un sentido más metafórico que real, siguiendo el orden de ideas expuesto. La verdadera parte es la titular de los intereses en juego, cuya voluntad ha concurrido a la formación del contrato actuando *propio nomine*, en tanto su representante no es sino la parte instrumental en el documento, el compareciente en el documento público[36], para este, el asunto gestionado siempre le será ajeno, trátese de representación directa o indirecta. Solo en el plano instrumental cabe la alusión de parte, ya que si bien ha concurrido a la formación del contrato, e incluso ha gestionado su concertación, los intereses en juego son los del representado. Empero, cabe detenernos en reparar el papel de la voluntad del representante en el negocio representativo, pues no es pacífica la posición de la doctrina al respecto, y de ello depende en gran medida que se llegue a conceptuar al representante como parte en el negocio representativo, o sea, si se admite que el representante es el autor del negocio y su voluntad la constitutiva del negocio, entonces, tendríamos

(32) MARTY, G. Ob. cit., pp. 164-192.
(33) Cfr. ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*, 8ª edición, tomo II, Barcelona, 1995, p. 293.
(34) Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Ob. cit., p. 63.
(35) GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. Ob. cit., p. 333.
(36) Vid. artículo 54 inciso e) de la Ley del Notariado.

en el representante la figura de parte en sentido material[37]. Como expresa Mitteis –citado por Díez-Picazo– no será el representante solo ni el representado solo quien actúa, sino ambos al unísono, como coautores del negocio jurídico, actuando cada uno, en la medida en que su concreta voluntad es la que da lugar a la actuación (supuestos de representación voluntaria)[38].

Por último, cabe acotar que la situación de cada una de las partes contratantes puede ser simple o compleja, ya estén organizadas con régimen de unicidad o pluralidad de sujetos respectivamente.

En el supuesto de pluralidad subjetiva (ya mancomunada, ya solidaria) estaríamos ante una única parte, si bien conformada por varios sujetos, sin que ello implicare que el contrato fuera plurilateral.

2.1.1. Transmisibilidad *mortis causa* de la posición de parte

Según reconocen expresamente algunos Códigos Civiles, entre los cuales se cita el peruano en este artículo 1363, trasunto del artículo 1329 del Código que le precedió y que responden al modelo romano-francés[39], en tanto otros, implícitamente, a través de las reglas de la sucesión *mortis causa*, la eficacia del contrato no se limita a las partes contratantes, estas no solo estipulan para sí, sino también para sus sucesores universales. Los herederos no son terceros en la relación de su causante. Los derechos y obligaciones contraídos por el de *cuius* les afectan o les benefician y ello responde a una verdadera exigencia de la seguridad jurídica, porque si las obligaciones nacidas del contrato se extinguieren al morir los contratantes, las relaciones jurídicas derivadas del contrato serían extraordinariamente aleatorias, al estar pendientes a algo tan efímero como es la vida humana[40]. Posición esta que asume el artículo que se comenta[41].

Por ello el propio principio de seguridad jurídica exige que al fallecer una persona, sus obligaciones –tanto en el aspecto pasivo como en el activo–, sigan subsistiendo en cabeza de

(37) Los autores o sostenedores de esta teoría llamada de la representación, partieron de la idea de que la voluntad y la declaración de voluntad del representante son consideradas como voluntad y declaración de voluntad del representado. Otros autores han preferido distinguir entre actos constitutivos y elementos del negocio, para ello han separado la causa del efecto. La causa es la acción y concierne a la persona del representante; el efecto es el derecho y concierne a la persona del representado.
Matizada por la idea de colaboración se sostiene por De castro una teoría ecléctica que intenta determinar la verdadera función que en el negocio representativo desempeñan el representante, el representado y sus respectivas voluntades. Para el maestro –según refiere Díez-Picazo–, habría de tenerse en cuenta quién expresa realmente la decisión tomada, lo cual estará, en gran medida, determinado por el alcance de las instrucciones conferidas.
Al respecto vid. DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*, 1ª edición reimpresión, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 251-254.

(38) Op. ult. cit., p. 253.

(39) Vid. artículo 1122 del Code Napoleón; artículo 717 del Código Civil del Paraguay; artículo 1108 del Código Civil de Panamá; artículo 1292 del Código Civil de Uruguay; artículos 1021, 1022 y 1024 del Código Civil y Comercial de Argentina; artículo 1024 del Código Civil de Costa Rica; artículo 1549 del Código Civil de Honduras; artículo 1122 del Código Civil de República Dominicana; artículo 1209.1 del Código Civil de Puerto Rico y artículo 1257.1 del Código Civil de España.

(40) Apud OSSORIO MORALES, Juan. *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos (Parte general)*, 2ª edición, revisada y puesta al día por Juan Miguel Ossorio Serrano, Comares, Granada, 1986, pp. 239-240.

(41) Incluso autores nacionales como CASTAÑEDA cit. pos VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*, 1ª edición, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1985, p. 155 sostiene que la expresión heredero no solo atañe a sucesores a título universal, sino también a los sucesores a título singular, o sea, legatarios, cesionarios de crédito. Particular que, a mi juicio, resulta muy controvertido, dado lo diáfano del legislador cuando expresa que el contrato atañe directamente a los herederos, término que es empleado con extrema acritud por el propio legislador en sede sucesoria y que denota la univocidad de dicho término legal.

sus herederos. Así expresamente lo reconoce el artículo 1218 del Código Civil peruano que lo formula como regla[42], si bien enuncia las fuentes de las posibles excepciones.

La expresión herederos, empleada en los Códigos Civiles, incluye tan solo a los sucesores a título universal, no así a los legatarios, para quienes rigen disposiciones especiales[43]. La transmisibilidad es la regla general derivada de la propia naturaleza del fenómeno sucesorio por causa de muerte, en tanto los supuestos de intransmisibilidad vienen precisados *ex lege*.

2.1.1.1. Supuestos de intransmisibilidad

a) Por disposición de la ley

La ley contempla los supuestos en que la posición de parte contractual fenece a la par de su titular, ello en virtud de varias razones:

a) por estar basado el vínculo contractual en la confianza como en el mandato en que el contrato se extingue por la muerte de una u otra de las partes contractuales (artículo 1801.3 del Código Civil) o en el comodato en el que las obligaciones y derechos derivados de la posición de comodatario, en principio y, como regla, no se transmiten a sus herederos (artículo 1733);

b) por haberse realizado el contrato en contemplación a las cualidades de las partes: así en el contrato de prestación de servicios, salvo excepción (artículo 1763 del Código Civil), en el contrato de obra (artículo 1787 del Código Civil);

c) o, en sentido general, por ser indispensable la participación personal del obligado, según se infiere del artículo 1149 del Código Civil o tener carácter personal la necesidad o el interés a satisfacer del acreedor (según se colige de una interpretación *a contrario* del artículo 1218 del Código Civil).

En todos estos casos se evidencia un *intuito personae* en la posición asumida por una o por ambas partes; sin embargo, nada obsta a que pueda pactarse lo contrario, dado que la mayoría de las normas sustantivas citadas tienen carácter meramente dispositivo, permitiéndosele a las partes obrar en contrario, al sustraerse de su aplicación.

b) Por pacto

Si bien en el Derecho Romano la idea de pacto implicaba los acuerdos de voluntades desprovistos de acción por falta de tipicidad y solo eficaces por vía de excepción, en la actualidad, empero, se identifican pactos y contratos. El pacto no es un acuerdo de voluntades

(42) Cuyas expresiones concretas se manifiestan en los artículos 1487 respecto de la obligación de sanear, y 1803 relativo a la transmisibilidad mortis-causa de las obligaciones derivadas del mandato para el mandante, cuando el contrato se ha concertado en interés del mandatario o de un tercero, entre otros.

(43) Los legatarios, en principio, no responden de los adeudos del causante (vid. artículo 879 del Código Civil), ni aun los de parte alícuota, en este supuesto, cabría la posibilidad de que el testador le ordenase tal legado, imponiendo al legatario la obligación de pagar algunas deudas, pero en tal caso, el legatario no queda obligado como sucesor del testador, sino como sujeto pasivo o responsable de una carga impuesta a su legado. No obstante, si el testador al amparo del artículo 879, por disposición expresa a ese fin le impusiera a un legatario el pago de determinada deuda, sin que ello desnaturalice la esencia misma del legado, en tal caso, el legatario nunca ocuparía la posición de heredero, sino se limitaría a responder de los adeudos del causante hasta el valor del bien legado, mas no ocuparía su posición, de admitirse dejaría de ser, propiamente dicho, legatario. Ello no empece a que un legado pueda tener como contenido la posición jurídica del causante derivada de contrato, pero en todo caso se referiría a uno u otro contrato en concreto, no a la generalidad de los contratos en que el causante fue parte, como resulta de la sucesión a título universal.

aislado, sino sobre partes determinadas de la regulación contractual. El pacto, en el orden contractual, es una fórmula para precisar determinadas circunstancias del contrato, existen por y para este, con función accesoria.

Los Códigos que reconocen expresamente el principio de la relatividad contractual, excepcionan también la transmisibilidad *mortis-causa* de la posición de parte en el contrato, cuando así ha sido dispuesta por los artífices del negocio jurídico, como se dispone en el artículo 1218 *in fine* del Código Civil. Sostiene Ossorio que la transmisibilidad de las obligaciones a los sucesores *mortis-causa* representa una garantía para el acreedor, garantía que *per se* es renunciable, siempre que no redunde en perjuicio de tercero ni se lesione la legítima(44).

Del pacto por el que se acuerda que la posición de parte es intransmisible, debe distinguirse la renuncia a exigir responsabilidad a los herederos por las consecuencias de contratos ya producidos en vida del causante. No parece que los preceptos que se refieren a la relatividad en los Códigos Civiles estén pensando en este supuesto, dado que el pacto se coloca como alternativa a la intransmisibilidad por ley o por naturaleza, y en estos dos últimos casos no se refieren a excluir la responsabilidad de los sucesores por lo realizado en vida por el causante, sino a la extinción del vínculo por muerte de alguna de las partes. La renuncia a la responsabilidad de los herederos solo puede producirse cuando efectivamente se haya acordado la resolución por muerte de alguna de las partes, y entonces con la añadida consecuencia de no responder por efectos ya acontecidos en vida del causante.

En cuanto al contenido de tales pactos, este puede ser muy variado. Podrá convenirse la extinción del vínculo en el momento en que fallezca uno de los contratantes, o supeditar su continuidad a la presencia en los herederos de ciertas circunstancias o aptitudes. Cabría configurar la persistencia de la relación con los herederos como una opción, sea de la parte *supérstite*, sea de los propios herederos.

Nada obsta que pueda pactarse que solo se disuelva el vínculo si fallece uno de los contratantes, no así si falleciere el otro. En tales casos, la muerte del contratante al que se refiere la consideración de sus cualidades personales determinará la extinción del vínculo.

En principio, los efectos jurídicos que derivan de la consideración a la persona son derogables por las partes, los autores del negocio así como pueden excluir estos efectos cuando la ley los predispone como efectos naturales, pueden también introducirlos cuando no se hayan contemplado, confiriendo a la consideración de la persona en un caso concreto una relevancia que falta en el esquema negocial abstracto(45).

c) Por la naturaleza de los derechos y obligaciones que procedan del contrato

La intransmisibilidad derivada de la naturaleza de los derechos y obligaciones se refiere generalmente por la doctrina a casos en los que se observe el mismo carácter *intuito personae* que traslucen los supuestos legalmente previstos.

(44) Apud OSSORIO MORALES, Juan (Ob. cit., p. 241), a su juicio se trata de un pacto lícito, no prohibido por la ley, sino más bien autorizado por el propio artículo 1257 del Código Civil español y que, por consiguiente, por virtud del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del propio Código) puede insertarse en un contrato.

(45) Apud CATAUDELLA, Antonino. *I Contratti. Parte generale*, s. ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, pp. 115-116.

Pudiera entenderse la remisión a la naturaleza de los derechos y obligaciones contractuales como afirmación de que, cuando se pruebe que se han adquirido en consideración a una persona determinada, deban seguir la misma suerte que los supuestos legales en los que normalmente existe el *intuito personae*, o sea, la posición contractual se extingue al fallecer alguno de los contratantes, o cualquiera de ellos, porque responde a la presumible voluntad de las partes, al menos cuando la situación sea análoga a la que contempla la ley. La consecuencia natural en tales supuestos será la intransmisibilidad de las respectivas posiciones; pero para decidir si efectivamente se ha concedido tal relevancia subjetiva en el caso concreto será necesario tener en cuenta, entre otros factores, el contenido de la prestación, la posibilidad de realizarla o no los herederos, y la utilidad que pueda conservar el mantenimiento de la situación tras el fallecimiento de alguno de los contratantes.

2.1.2. Causahabientes a título particular

En la doctrina y en la jurisprudencia española resulta hartamente contradictoria la consideración de los causahabientes a título particular respecto del contrato en que fuera parte su causante[46].

Tradicionalmente la expresión causahabiente a título particular se ha visto vinculada con la de legatario, típico causahabiente particular en las sucesiones *mortis-causa*[47], no obstante, la noción de causahabiente a título particular es más amplia en cuanto a que también se designa como tal a quien adquiere derivativamente la posición de parte en el contrato, ya sea íntegramente, ya se limite al crédito o a la deuda.

Cuando se trata de adquirente a título singular de un bien, no por ello ocupa la posición de parte de su causante en contratos que este hubiere concertado con respecto al mismo, sin perjuicio de su legitimación para invocar ciertas facultades contractuales que correspondían a su autor, que se entienden transmitidas con el propio bien, en tanto que el cesionario del contrato está llamado a ocupar idéntica posición contractual que su causante, subrogándose en su lugar.

(46) Así, el Tribunal Supremo español en numerosas sentencias ha afirmado que, a pesar de la literalidad del artículo 1257.1 del Código Civil, los sucesores a título singular ostentan "el mismo carácter" que sus causantes y pueden ejercer "los derechos y acciones que a los mismos competan respecto a los actos y contratos" (Sentencia de 18 de abril de 1921), que el principio de relatividad no es tan absoluto que no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado los efectos del contrato (Sentencia de 9 de febrero de 1925), que los causahabientes a título singular (legado, compraventa, donación) no son terceros (Sentencias de 1 de abril de 1977 y 24 de octubre de 1990) y que los "derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante" (Sentencias de 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984).
En tanto que en otras el propio Tribunal se ha contradicho cuando se ha expresado en el sentido de que el causahabiente a título particular, como tercero, no queda vinculado por los compromisos de naturaleza personal contraídos por su autor (Sentencias de 4 de junio de 1964 y 25 de abril de 1975). Empero, la tendencia actual parece ser la de admitir, en sentido general, que los causahabientes a título particular asuman las obligaciones de su causante. Así, la propia sentencia de 24 de octubre de 1990 a que hice referencia y la de 31 de enero de 1991 en la que la Sala declaró la obligación de cierta entidad social de satisfacer una renta vitalicia concertada por los causantes y antecesores de los actuales socios a favor de la pensionista, no obstante, el cambio de personas integrantes del ente colectivo, citada esta también en la de 8 de mayo de 1992, en que se aplica el criterio sustentado por el propio Tribunal en la mencionada sentencia de 31 de enero de 1991, "al supuesto de constituir una entidad comercial por varias personas que asumen la posición en derechos y obligaciones que tenían sus antecesores en el negocio", razonando el Tribunal que de seguirse un criterio adverso se quebrantaría la buena fe contractual y las consecuencias que de ella se derivan, al amparo del artículo 1258 del Código Civil.

(47) Vid. artículo 765, *in fine*, del Código Civil.

2.1.2.1. Cesionarios de la posición de parte

La cesión de contrato es un mecanismo a través del cual el cesionario deviene parte en el contrato concertado por su autor, siempre que se hubiesen observado los requisitos necesarios para obtener tal resultado (cfr. artículos 1435 y ss.).

Según sostiene Lacruz Berdejo la cesión de contrato supone el traspaso a un tercero, por una de las partes contractuales, de la íntegra posición que ocupa en el contrato, de manera tal que el cedente se despoja de las obligaciones contraídas y de los derechos que le asisten, en tanto el cesionario adquiere tales derechos, asumiendo las obligaciones como si el mismo hubiera sido el contratante(48).

El propio autor defiende la tesis de que en la cesión de contrato el cesionario o adquirente sea parte en el contrato, y en su cabeza nazcan directamente las nuevas deudas: la de pagar la ulterior merced arrendaticia, por ejemplo.

Por algunos autores se ha considerado que la configuración del cesionario como parte sería una excepción al principio de la relatividad, dado que los efectos directos del contrato alcanzan a quien no fue parte originariamente; sin embargo, se ha destacado que cuando la cesión tiene su origen en un acuerdo entre cedente y cesionario en realidad este no resulta alcanzado por los efectos del contrato primitivo, que sigue siendo para él *res inter alios acta*, sino por los que derivan del propio acuerdo de cesión. En realidad –como sostiene Pérez Conesa–, con la concertación del acuerdo de cesión se actúa conforme con la regla general prevista en el artículo 1257.1 del Código Civil español y el respectivo precepto del Código Civil peruano que se comenta; el cesionario no es parte del contrato objeto de cesión, en él las partes lo son los contratantes originarios, o sea, cedente y cedido. Ahora bien, dada la eficacia del contrato de cesión, el cesionario pasa a ocupar la posición contractual del cedente, y deviene parte de las relaciones que se transmiten con la cesión(49). Realmente el cesionario es parte en el segundo contrato (acuerdo de cesión) del que nacen derechos y obligaciones para él como interviniente en el mismo, a cuyo tenor sustituye a uno de los contratantes en el contrato primigenio, de manera que dicha sustitución le permite subentrar en la totalidad de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato concertado por el cedente reemplazado.

El cesionario no es parte del negocio genético (respecto del contrato cedido), sino penetra en la situación jurídica en virtud de un segundo contrato (el acuerdo de cesión)(50), del cual sí es parte y el contenido de su propia posición viene determinado tanto por el principio *nemo plus iuris*, que preside toda adquisición derivativa, como por el ámbito contemplado en el acuerdo de sustitución subjetiva.

(48) Apud LACRUZ BERDEJO, José Luis. et al., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Volumen 2, 2ª edición, *Teoría general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 335-336.

(49) PÉREZ CONESA, Carmen. *El contrato a favor de tercero*, 1ª edición, Comares, Granada, 1999, pp. 32-35.
Vid. asimismo CICALLA, Raffaelle, *Il negozio cessione del contratto*, s. ed., Napoles, Jovene, 1962, p. 42, para quien el cesionario no pasa a formar parte del contrato, sino de las relaciones que este creó en su día, de manera que la cesión es una vicisitud de la relación, que es actual, la cesión no incide en el efecto del hecho, el contrato/acto, sino que provoca la sucesión en la relación.

(50) Resulta oportuno acotar la diferencia que al efecto apunta CRISTÓBAL MONTES, Angel. "La cesión de contrato", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXI, Madrid, 1968, p. 872, en el sentido de que no es dable identificar contrato cedido y contrato de cesión, cada uno, por el contrario, tiene vida propia e independiente, y por supuesto su propia causa, función económico-social, finalidad objetiva y permanente, tal cual es en el segundo de los casos la transmisión a un tercero de la relación contractual.

2.1.2.2. Adquirentes a título singular

Obviados en la formulación normativa de este precepto por su autor, aunque no así por la doctrina y la jurisprudencia europeas, las cuales han centrado su atención en los adquirentes a título singular y por actos *inter vivos* del dominio de un bien y los contratos que el causante hubiere concertado con referencia a dicho bien antes de la transmisión.

En lo que atañe a los derechos, la doctrina ha mantenido la opinión favorable a su transmisión junto con el bien cuando se puedan considerar como "accesorio de la cosa vendida[51] o cuando su ejercicio solo presenta interés para quien tiene el goce y disfrute"[52].

La doctrina francesa sobre la base del artículo 1122 del *Code*[53], y en lo que a los sucesores particulares atañe, es coincidente respecto a la transmisión al sucesor particular de los derechos del causante relativos o vinculados con la cosa transmitida, cuando de derechos reales se trata, así como de derechos personales accesorios y ventajas nacidas directa o indirectamente de la ley. Todos esos derechos, cuando nacen como consecuencia de una convención del causante, pasan al sucesor, el cual viene así a beneficiarse con los contratos pertinentes, a pesar de que ellos son *res inter alios acta*. La razón está en que tales derechos son inherentes o inseparables de la cosa o bien transmitidos.

Para los autores franceses la dificultad concierne a los derechos no incluidos en las categorías mencionadas, o sea, que no son reales ni personales accesorios, ni resulta su transmisión de una disposición expresa de la ley.

En este aspecto, una primera doctrina que compartía las ideas de Pothier, nacida con anterioridad al *Code* Napoleón y mantenida por algunos tratadistas posteriores, se inclinaba por considerar transmitidos a los sucesores singulares los derechos personales creados convencionalmente por el autor o causante con tal que se vincularan o refirieran al objeto transmitido.

Esta interpretación se fundaba en el texto mismo del artículo 1122 y razonaba en el sentido de que esa disposición crea una especie de presunción legal de cesión a favor del sucesor, de los derechos adquiridos por el autor en relación con la cosa. Se agregaba que la conclusión se justifica racionalmente porque, transmitido un objeto, la ventaja que para él significara el cumplimiento de la obligación correlativa al derecho creado, no podría ya, de ningún modo, beneficiar al enajenante. Justo entonces que ese derecho pasara al sucesor.

En cuanto a las obligaciones creadas por el autor, relativas a la cosa y no constitutivas de gravámenes reales, se entendía en esa doctrina que no pasaban al sucesor porque no es posible ceder las deudas.

(51) Tal sería el caso, tratándose de créditos, de las fianzas, hipotecas y demás garantías que lo refuercen, como también de las ventajas creadas en su favor por la ley (privilegios). Ilustrativo resulta el artículo 1211 del Código Civil que en sede de cesión de derechos regula que este acto supone para el cesionario la adquisición de privilegios, garantías personales y reales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo disposición en contrario, igualmente en la subrogación por pago como efecto favorable al *solvens* (vid. artículo 1262).

(52) V. gr. posesión, propiedad.

(53) "On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contrarire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention".
Este precepto tiene su sustento o *ratio legis* en las ideas de Pothier, según el cual no solamente es válido estipular en los contratos con respecto a las cosas que nos pertenecen, a favor de los herederos y de los sucesores singulares –sin que esto último signifique estipular por otro–, sino que se presume que así se ha hecho, aunque no se haya expresado.

En la evolución doctrinal posterior, considerándose incompatible la transmisión mencionada con el efecto relativo de los contratos, se comenzó por señalar límites a la aplicación del artículo 1122 y se terminó por restringir su esfera, con respecto a los sucesores singulares, a los casos en que el traspaso resulte de la naturaleza misma del derecho o de una disposición de la ley.

Demolombe –citado por Jorge Laje–, sostiene que en la misma medida en que las obligaciones contraídas por el causante no pasan al sucesor, así ocurre con los derechos que sean correlativos a ella[54]. De ahí que no deban ser considerados adquiridos por el sucesor particular los derechos nacidos de contratos sinalagmáticos, los cuales tienen su contrapartida en las obligaciones que el carácter bilateral pone a cargo del acreedor.

En la doctrina alemana Zachariae considera que, aunque el derecho creado por el enajenante se refiera al objeto transmitido, no pasa al sucesor singular si no se funda en una obligación transmisible a los causahabientes[55]. Este criterio fue objetado por Giorgi, al considerarlo un círculo vicioso dado que para saber cuáles son los derechos que se transmiten, habría que conocer cuáles son las obligaciones que se encuentran en igual situación[56]. La concepción de Zachariae da por admitido que hay obligaciones que pasan al sucesor, presupuesto que no encuentra apoyo en la norma.

Otro criterio sostenido en doctrina es el de la cesión, según él, los derechos nacidos de una convención concertada por el causante o autor con un tercero, solamente pueden ser invocados –no siendo reales, accesorios o previstos por una disposición legal– si fueron cedidos al sucesor singular, expresa o tácitamente, por el enajenante. Con respecto a la cesión expresa, no habría dificultad. En cuanto a la tácita podría resultar, de haberse obligado el sucesor en el acto de adquisición de su derecho, a cumplir las obligaciones relativas al contrato concertado anteriormente por el autor. No obstante, la existencia de una cesión, expresa o tácita, importaría una excepción contractualmente impuesta al principio general de que no pasan al sucesor particular los derechos nacidos de contratos concertados por el autor.

La doctrina francesa[57] ha rechazado una interpretación *lato sensu* del artículo 1122 y niega la posibilidad de considerar transmitidos al sucesor particular los derechos adquiridos por el causante que no tengan carácter real o accesorio o que no se consideren transmitidos, sea por disposición de la ley o por cesión.

Para llegar a dicha conclusión, se niega fundamento serio a la pretendida distinción –basada en la palabra "estipular"–, entre derechos, aparentemente comprendidos en el artículo

(54) Vide. JORGE LAJE, Eduardo. *Derechos y obligaciones del sucesor particular*, Ediciones Arayú, Depalma, Buenos Aires, 1954, pp. 6-12.

(55) ZACHARIAE, C. S. *Cours de Droit Civil Français*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition (1839) par Aubry et Rau, tome premier, 2e. édition, Meline, Cans et Comp., Libreires-Editeurs, Bruxelles. 1850, pp. 441-442.

(56) GIORGI, Jorge. Ob. cit., Volumen VI, s. ed., Hijos de Reus Editores, Madrid, 1912, p. 347; sin embargo, este autor atribuye la doctrina que combate a Masse y Vergé, cuando, en realidad es de Zachariae.

(57) Así, GAUDEMENT, Eugene. *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo, 2ª edición, Porrúa, México, 1984, pp. 234-244, sostiene que en lo atinente a los causahabientes, hay que distinguir entre la transmisibilidad de los derechos reales y la intransmisibilidad de los créditos y deudas. Al no tener el causahabiente a título particular derecho general alguno sobre el patrimonio de su causante, los actos que afecten este como un todo, sin modificar particularmente el derecho transmitido, no tendrán efecto alguno respecto de él. Ello conlleva que no podrá prevalerse de los créditos adquiridos por su autor, ni tendrá que responder de las deudas que sobre el mismo graviten.

1122, y obligaciones excluidas de él. Tampoco se admite la presunción de cesión que se ha invocado, que no encuentra apoyo en ningún texto legal.

La doctrina mayoritaria francesa considera el artículo 1122 como inútil, porque su contenido, en cuanto a los derechos transmisibles al sucesor singular, surge de los principios comunes sobre derechos reales y sobre relaciones entre lo principal y lo accesorio.

Otros autores, colocándose en una posición más conciliadora, reconocen cierta relevancia al artículo. Pero para precisar cuáles son los derechos que se transmiten, aparte de los ya mencionados como indiscutibles, emplean fórmulas demasiado generales y, por lo tanto, vagas. Así se habla de que pasan al sucesor los derechos del causante "en cuanto a los bienes adquiridos" y de que el sucesor ocupa el lugar del autor o causante "en lo que al bien por él adquirido se refiere"[58]. Como puede constatarse, con términos semejantes no se resuelve el problema, sino que se lo plantea simplemente, ya que siempre subsiste la cuestión de saber cuáles son los derechos a los que se alude.

En España, el Tribunal Supremo ha mantenido al respecto una posición ambivalente[59]. En primer orden, el artículo 1257.1 hace expresa referencia a que los efectos del contrato solo atañen a las partes y a sus herederos, no así a los causahabientes a título particular. Idéntica posición a la asumida por el legislador peruano.

Coincido con González Pacanowska en "(...) que no existe un claro fundamento legal en el artículo 1257, apartado 1º, para extender a los causahabientes a título singular los derechos contractuales que respecto del bien transmitido correspondieran a su autor, y más teniendo en cuenta que en los casos sometidos a la consideración del Tribunal Supremo existían otras vías para llegar a la misma solución, sin tener que acudir a la extensión de los efectos del contrato.(...)". Se ha entendido, por tanto, forzar la interpretación del artículo 1257, apartado 1º, del Código Civil español, para encauzar la posición de los subadquirentes interesados en ejecutar la acción de responsabilidad por ruina.

Por lo que se refiere a obligaciones de origen contractual y referidas al bien que se transmite, la doctrina, en principio, es contraria y el Tribunal Supremo español ha negado la vinculación del ulterior adquirente del deudor, invocando precisamente el principio de relatividad y la naturaleza personal de la obligación contraída.

(58) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, (revisado y completado por André Brun), Tomo II, Volumen I, *Teoría general de las obligaciones* (traducción de la 3ª edición francesa), Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, p. 187.

(59) Así, vide. Sentencias del Tribunal Supremo español, la de 1 de abril de 1977, a cuyo tenor los causahabientes a título singular no quedan marginados de la eficacia de los contratos, las de 3 de octubre de 1979, 20 de febrero de 1981 y 30 de abril de 1982 que formulan que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título singular. Siendo destacable que en todos los supuestos fallados por el Alto Foro se trataba de admitir la legitimación de los subadquirentes de pisos y locales frente a los que deban responder de los vicios de la construcción, aunque no hayan contratado con ellos.
En tanto, en las Sentencias de 5 de marzo de 1992 y de 28 de octubre de 1992, que reafirman lo sostenido en la de 12 de abril de 1989, se formula que: "si bien es cierto que los causahabientes, a título particular, por vía de cesión del contrato, pueden verse afectados, lo que no puede admitirse es que en ausencia de tal cesión, (...), incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de este o de los pisos y garajes que, según el contrato, debieran ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los 'límites personales del contrato' sancionados en el artículo 1257".

2.2. El tercero contractual

2.2.1. Definiciones positiva y negativa del tercero

Prima facie, solo cabe delimitar a los terceros de forma negativa: quien no es parte, quien no ha contratado por sí o por medio de representante ni es sucesor a título universal[60]. Respecto del contrato como negocio genético, es claro que todos los demás son terceros. Frente a ellos rige la regla *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest,* por ser precisamente *poenitus extranei,* o sea extraños a la conclusión del contrato, sus no autores, aquellos a quienes ni une ni unirá con las partes contratantes ninguna relación obligatoria, porque el programa contractual no repercute en sus intereses, ni incide en su patrimonio.

En sentido positivo los terceros se clasifican en absolutos y relativos. En primer orden, aquellos totalmente extraños al contrato, en segundo orden, los que con posterioridad a la concertación del contrato entran en relaciones jurídicas con las partes, a saber, los causahabientes a título singular[61], los acreedores de las partes, los terceros por cuya cuenta se promete una obligación, el tercero sobre cuyo patrimonio se ha concertado un contrato y aquel respecto del cual el contrato surte efectos particulares.

2.2.2. Proyección jurídica del contrato frente al tercero

Partiendo de la repercusión que la concertación de un contrato puede tener en la esfera jurídica de los terceros, la doctrina ha realizado varios ensayos de sistematización de los distintos efectos que, para distinguirlos de los que se producen inter partes, se llaman indirectos o reflejos.

En primer orden, cabe exponer que el contrato es una realidad jurídica que no puede ser desconocida por los terceros. La relatividad en los efectos del contrato no les permite a los terceros obviar la existencia de la relación jurídica contractual que en virtud del contrato puede crearse. "Es un error creer que solo los derechos reales se dan *erga omnes* y que por eso son absolutos. Toda relación jurídica sea real o personal, se da *erga omnes* y debe ser respetada por los terceros; su violación apareja siempre responsabilidad. Es de aplicación el principio *alterum non laedere*"[62].

El contrato como fenómeno que penetra y se instala en la realidad jurídica no es jamás algo absolutamente indiferente para los terceros. Existe un evidente círculo de eficacia del contrato frente a los terceros.

(60) Vide. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., pp. 322 y ss; GIORGI, Jorge. Ob. cit., pp. 278-279; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo IV, Derecho de obligaciones - Parte general, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, pp. 502-509, para este último autor resulta imposible darse una definición positiva del tercero; GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, V edizione aggiornatta, Edizioni Scientifique Italiane, Napoli, 1994, pp. 885-886, asume también este sentido negativo, al "considerare terzi tutti coloro che non sono parte del contratto".

(61) Al respecto, vid. *supra* 2.1.2.2.

(62) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cit., p. 344.
Vide también YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, volumen I, 1ª edición, Reus, Madrid, 1993, pp. 99-105 y CASTRO AMY, Francisco. "Neminem laedere y el tercero contractual" en *Forum*, Año I, Núm. 4, San Juan, Puerto Rico, octubre-diciembre, 1985.

2.2.2.1. Eficacia jurídica directa

Los efectos directos del contrato consisten, en primer orden, en crear el deber de observancia de la regla contractual y en la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato.

La eficacia directa, cualquiera sea su manifestación (constitutiva, modificativa, preceptiva, declarativa o extintiva) actúa en la órbita de las partes, solo a ella atañe, de manera que la relatividad en los efectos del contrato opera dentro de la denominada eficacia directa.

Excepcionalmente cabe la posibilidad de que a un tercero (*poenitus extranei*) deriven efectos del contrato; se señala por la doctrina como ejemplo el contrato a favor de tercero (vid. artículos 1457-1469 del Código Civil).

2.2.2.2. Eficacia jurídica indirecta: refleja simple y refleja propiamente dicha o mediata

Siguiendo a Díez-Picazo[63], la eficacia indirecta se desarrolla a través de aquellas situaciones creadas o modificadas por el contrato. Se atribuye a Giovene la distinción entre eficacia refleja simple y eficacia refleja propiamente dicha. La primera se produce cuando el efecto que el tercero consigue es de mero hecho, "parasitismo jurídico" lo llamó Ihering. Esta eficacia no pertenece al terreno de los efectos negociales, en cuanto tales efectos no son propiamente efectos jurídicos. La segunda, denominada también mediata, incluye aquellos supuestos en los cuales la finalidad misma del negocio, de acuerdo con la naturaleza de los derechos nacidos de este, impone que sus efectos subsistan, incluso frente a los extraños y que estos vengan obligados a reconocer y a respetar la nueva posición jurídica instrumentada por el contrato.

La idea de eficacia refleja parte de Ihering: los actos reflejos se caracterizan porque no proceden de la voluntad del que realiza el acto, causa del efecto reflejo, y se manifiestan en punto distinto a aquel en el que reside la causa originaria. Como acertadamente expresa Díez-Picazo, la eficacia refleja ofrece la noción de "repercusión" que indica precisamente la producción de un efecto ulterior o de segundo grado.

Manifestación de los efectos indirectos del contrato lo es la eficacia provocada u oponibilidad contractual que supone el hecho de que las partes hagan valer frente a terceros los efectos del contrato[64], bien a los fines probatorios (oponibilidad "probatoria"), o para fundar eficazmente en su propio negocio una pretensión dirigida contra tercero[65]: oponer a la pretensión del tercero la concertación del negocio (oponibilidad sustancial al decir de Díez-Picazo). Con la oponibilidad las partes no pretenden vincular a los terceros con lo establecido en el negocio por ellos protagonizado, sino hacerles respetar los efectos que inter partes el negocio ha provocado[66], siempre que hayan cumplido la carga de dar a su negocio la publicidad y el carácter fehaciente que el ordenamiento jurídico exige. La oponibilidad supone el influjo que la actuación jurídica ajena ejerce sobre los legítimos intereses de los terceros, que deberán

(63) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., pp. 400 y ss.

(64) Reconocido así por la jurisprudencia francesa: "les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat (caution admise à se prévaloir d' une convention passé entre deux banques, dont celle bénéficiant du cautionnement, et ayant pour objet de répartir entre les deux etablissements diverses créances)". Com, 22 de octubre de 1991.

(65) Así, "Cas de complicité de la violation d' une clause d' exclusivité (agent inmobilier acceptant en connaissance de cause un mandat de venta alors qu'une autre agence beneficiait d'un mandat exclusif)". Versailles, 5 de abril de 1991.

(66) Vide LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. y loc. cit.

contar en el futuro con ella, aunque no estén obligados al cumplimiento de lo pactado. La oponibilidad se proyecta hacia el exterior, como una consecuencia de la dinámica jurídica[67].

Al lado de la oponibilidad, sitúa Díez-Picazo[68] la utilizabilidad por el tercero del negocio jurídico ajeno para sus propios fines, con él, el tercero pretende probar frente a sus autores la existencia misma del negocio al objeto de poder hacer valer sus derechos. Con ella la actuación ajena es alegada precisamente por el tercero que se apoya voluntariamente en los actos ajenos[69].

DOCTRINA

ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones. Tomo I. s. ed. Temis. Santiago de Chile; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, volumen primero-La obligación y el contrato en general. 9ª edición. Bosch. Barcelona, 1994 y Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. tomo X. volumen 1º. 1ª edición. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico (traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez). s. ed., Revista de Derecho Privado. Madrid; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español. Común y Foral. Tomo III-Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. 15ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero. Reus. Madrid, 1988; CASTRO AMY, Francisco, Neminem laedere y el tercero contractual en Forum, Año I, Nº 4, San Juan, Puerto Rico, Octubre-Diciembre, 1985; CASTRO BRAVO, Federico de. El negocio jurídico, reedición. Cívitas. Madrid, 1985; CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte generale. s. ed. G. Giappichelli Editore. Torino, 1994; CICALA, Raffaelle. Il negozio di cessione del contratto. s. ed. Napoles. Jovene,1962; COLIN, A. y H. CAPITANT. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo III. Traducido por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. S. ed. Reus. Madrid, 1922-1923; CRISTÓBAL MONTES, Angel. La cesión de contrato. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XXI. Madrid, 1968; DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del Derecho, traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales. 3ª edición. Bosch. Barcelona, 1979; DÍEZ-PICAZO, Luis. Estudios sobre la jurisprudencia civil. volumen I. 2ª edición. 1ª reimpresión. Tecnos. Madrid, 1979; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I-Introducción. Teoría del contrato. 4ª edición. Cívitas. Madrid, 1993 y La representación en el Derecho Privado. 1ª edición. 1ª reimpresión. Cívitas. Madrid, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, volumen II-Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 4ª edición. Revisada y puesta al día. Tecnos, 1983; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-Derecho de Obligaciones. volumen 1º - Doctrina general, por Ludwig Ennecerus, 11ª Revisión por Heinrich Lehmann (traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de Pérez González y Alguer). Bosch. Barcelona, 1933; ESPÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Volumen III-Obligaciones y contratos. 6ª edición. Revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Código Civil. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1983; GALGANO, Francesco. El negocio jurídico (traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa), Tirant lo Blanch. Valencia, 1992, Diritto Privato. 7ª edizione. Cedam. Padova, 1992 y Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare en Comentario del Codice Civile. Bajo la dirección de los profesores Scialoja-Branca. Zanichelli editore. Roma, 1993; GAUDEMENT, Eugene. Teoría general de las Obligaciones, traducción y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo. 2ª edición. Porrúa. México, 1984; GAZZONI, Francesco, Manuale di Diritto Privato. V edizione aggiornata. Edizione Scientifique Italiane. Napoli, 1994; GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno (traducción de la 7ª edición italiana, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas). Volumen III (Fuentes de las Obligaciones-Contratos). Volumen IV (Fuentes de las Obligaciones. Contratos y fin de los contratos). Volumen VI (Fuentes de las Obligaciones. Obligaciones nacidas de la ley. Continuación y fin. Transmisión de las Obligaciones). s. ed. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910, 1911 y 1912, respectivamente; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII. Volumen 1º A

(67) Así, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 61-69.

(68) Ídem.

(69) Ibídem, pp. 72-75.

(artículos 1254 a 1260 del Código Civil), bajo la dirección de Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. 1ª edición. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993 y Notas sobre la oponibilidad de los contratos. En: Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Volumen 2°. Bosch. Barcelona, 1993; GUANCHE ZALDÍVAR, Julio César, Hacia un nuevo Derecho de Contratos, Trabajo de Diploma dirigido por el profesor Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1997; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de Obligaciones. Obras completas. Tomo 3, Editorial Espasa-Calpe. Madrid, 1998; Jorge Laje, Eduardo. Derechos y Obligaciones del sucesor particular, Ediciones Arayu. Depalma. Buenos Aires, 1954; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil (revisado y compilado por André Brun). Tomo II. Volumen I-Teoría General de las Obligaciones. (Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola de la 3ª edición francesa publicada por Libraire du Recueil Sirey, S. A.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch, Buenos Aires, 1950; LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, volumen 2°-Teoría general del contrato, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1987; LAFAILLE, Héctor, Curso de Contratos, tomo I-Parte General, s. ed., Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1927; LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos, Reus, Madrid, 1978; LAURENT, F., Principes de Droit Civil, tome 15, s. ed., Bruxelles, 1878; Larenz, Karl, Derecho de Obligaciones, traducción española por Jaime Santos Briz, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LASARTE ALVAREZ, Carlos, Principios de Derecho Civil, tomo 3, Contratos, 4ª edición, (actualizada), Trivium, Madrid, 1996; MANS PUIGARNAU, Jaime M., Los principios generales del Derecho, Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, s. ed., Bosch, Barcelona,1979; MARTÍN BERNAL, José Manuel, La estipulación a favor de tercero, 1ª edición, Montecorvo, Madrid, 1985; MARTÍN PÉREZ, Antonio, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XV, volumen 1°, bajo la dirección de Manuel Albaladejo García, Edersa, 1989; MARTY, G., Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, volumen I, traducción de José M. Cajica Jr., s. ed., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1952; MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo IV-Derecho de Obligaciones-Parte General, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, edición actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997; OLMO GARCÍA, Pedro del, Pago de tercero y subrogación, 1ª edición, Cívitas, Madrid, 1998; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Lecciones de Derecho de las Obligaciones, tomo III, volumen I, Doctrina General del Contrato. Sus efectos, Ediciones "Del Foro", Montevideo, 1999; OSSORIO MORALES, Juan, Lecciones en Derecho Civil: Obligaciones y Contratos (Parte General), 2ª edición, revisada y puesta al día por Juan Miguel Ossorio Serrano, Comares, Granada, 1986; PACHIONNI, Giovanni, Los contratos a favor de tercero, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, traducción española por el Dr. Mario Díaz Cruz con la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverand Brusone, tomo VI-La Obligación. Primera Parte, s. ed., Cultural, La Habana, 1940; PÉREZ CONESA, Carmen, El contrato a favor de tercero, 1ª edición, Comares, Granada, 1999; POTHIER, Robert Joseph, Tratado de las Obligaciones, tomo I, traducido por una Sociedad de amigos colaboradores, s. ed., Imprenta y Litografía de J. Roger, Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, 1839; PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, volumen I-Doctrina General del Contrato, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1988; RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; REZZONICO, Juan Carlos, Principios fundamentales de los contratos, Astrea y Depalma, Buenos Aires, 1999; ROCA SASTRE, Ramón María y José PUIG BRUTAU, Estudios de Derecho Privado I-Obligaciones y Contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948; ROCA SASTRE, Ramón María y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Derecho Hipotecario, 8ª edición, tomo II, Barcelona, 1995; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, El principio de relatividad contractual en el Derecho español. Colex. Madrid, 2000; ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría general de las Obligaciones, tomo III, 19ª edición (concordada con la legislación especial vigente), Porrúa, México, D.F., 1994; RUGGIERO, Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, (traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro), tomo II, volumen 1°-Derecho de Obligaciones-Derecho de Familia-Derecho Hereditario, Reus, Madrid, 1977; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, 10ª edición, Porrúa, México, 1989; SCIALOJA, Vittorio, Dizionario Pratico del Diritto Privato, volumen II, s. ed. Casa Editrice Dot. Francesco Vallardi, Milano, s.f.; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico, traducción y notas de Derecho Español por Jaime Santos Briz, s. ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Estudio sobre Donaciones, s. ed., Montecorvo. Madrid, 1978 y Estudios sobre Derecho de Cosas I. Temas Generales. 2ª edición ampliada. Montecorvo. Madrid, 1985; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (coordinadora) et al., Derecho de Obligaciones y Contratos. 3ª edición. Tirant lo

Blanch. Valencia, 1998; VATIER FUENZALIDA, Carlos. "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos". En: Homenaje al profesor Juan Roca Juan. 1ª edición, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989; VEGA BENAYAS, Carlos de la, Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil. 1ª edición, Cívitas. Madrid, 1976; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. 1ª edición. Cultural Cuzco Editores. Lima, Perú, 1985; VODANOVIC H., Antonio. Curso de Derecho Civil. Tomo IV-Fuentes de las Obligaciones. s. ed. Nascimento. Santiago de Chile, 1942; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual. Volumen I. 1ª edición. Reus. Madrid, 1993; ZACHARIAE, C. S. Cours de Droit Civil français, traduit de l'allemand sur la cinquiéme édition (1839) par Aubry et Rau, Tome premier. 2e. édition. Meline. Cans et Comp. Libraires-Editeurs. Bruxelles, 1850.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Intransmisibilidad de los derechos y obligaciones contractuales

{E}l artículo 1363 del Código Civil se sustenta en el principio según el cual los contratos tienen efectos entre las partes y sus herederos, con excepción de estos últimos, si se trata de derechos y obligaciones que de él emanan, no pasibles de transmisión. Quinto. Que, la intransmisibilidad de los derechos y obligaciones contractuales se presenta cuando las propias partes lo hayan pactado, cuando la ley así lo señale o cuando el contrato se celebre intuitu personae (Cas. N° 1412-1999-Lima).

Principio de relatividad del contrato a favor de los herederos

{La} ineficacia del acto jurídico podrá ser solicitada por los sujetos que en él son partes {al haber intervenido en su celebración}, sus herederos {ello en atención a lo dispuesto por el artículo 1363 del Código Civil}, o por quienes se vean perjudicados en sus intereses {artículo 220 del Código Civil}, mas no así por persona distinta al titular de la relación jurídico-material {terceros relativos y absolutos}. Lo que encuentra soporte en lo dispuesto en la parte final del artículo 162 del Código Civil, que establece "La facultad de ratificar se transmite a los herederos"; y bajo este supuesto, si la norma ampara la transmisión de la facultad para ratificar un determinado acto jurídico a los herederos, también es permisible a estos la facultad de pedir su ineficacia (Cas. N° 2886-2015-Cusco).

Gastos y tributos del contrato

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

Concordancia:
C.C. art. 1530

MANUEL MURO ROJO

1. Introducción

La norma del artículo 1364 del Código Civil vigente tiene como antecedente y fuente nacional al artículo 1391 del Código de 1936, el mismo que, no obstante, estaba ubicado y referido únicamente al contrato de compraventa, señalando que: "Los contratantes pagarán por mitad los impuestos y gastos del contrato, salvo pacto en contrario". Desde luego, a partir de esta norma y haciendo aplicación extensiva de la misma, era válido sostener que el régimen del pago por mitades de gastos y tributos podía aplicarse a los demás tipos contractuales cuando nada al respecto hubieran estipulado las partes y cuando no hubiera norma legal que dispusiera cosa diferente.

El legislador del Código de 1984, con buen criterio, trasladó este dispositivo a la Parte General de los Contratos (ver artículo 1386 del primer Proyecto de la Comisión Reformadora), con el fin de hacerlo extensivo, sin la menor duda y sin necesidad de interpretación alguna, a todos los tipos contractuales, incluyendo ciertamente a los contratos atípicos por aplicación del artículo 1353.

La regla contenida en el artículo bajo comentario no solo parece ser la más justa en cuanto a la asunción de gastos y tributos por las partes, sino que además obedece al sentido común, bajo la consideración de que la celebración del contrato es de interés y beneficio para ambas partes, aun cuando respecto de cada una ese beneficio se represente de determinada manera. No obstante lo expresado, tal regla no ha sido denominador común en la legislación comparada, existiendo, como apunta De la Puente y Lavalle (pp. 131-132), muchos Códigos Civiles en los que se da solución distinta a esta materia, ya sea disponiendo que los gastos los soporte el comprador (Francia, Italia, Alemania, Suiza), o que los gastos del contrato los asuma el vendedor (Chile, España) (todos referidos al contrato de compraventa).

2. Los gastos del contrato

Conforme al texto del artículo 1364, en cuanto a los gastos, estos son los que se generan con motivo de la *celebración* del contrato. Esta expresión puede dar lugar a dos interpretaciones:

- Una en el sentido de que se trata de los gastos "que *origine* la celebración de un contrato" (sic, artículo 1364), entendiéndose esta expresión como todos los gastos que surgen a partir de la celebración del acto y de ahí en adelante todos los que se generan hasta la total ejecución de las prestaciones y consecuente cumplimiento de todas las obligaciones nacidas del contrato.

- Otra en el sentido de que se trata *solo* de los gastos "que origine la *celebración* de un contrato" (sic, artículo 1364), entendiéndose esta expresión como los gastos que deben costearse únicamente en y durante la etapa de celebración del contrato, quedando excluidos los gastos originados para las partes antes de la celebración (o

sea durante la etapa de negociación y otros momentos anteriores), y excluyéndose también los gastos posteriores a la celebración del contrato (es decir los correspondientes a la etapa de cumplimiento de las obligaciones que genera el mismo).

Sin duda, la norma debe entenderse en este segundo sentido; es decir, referida a todos los gastos originados para efectos de concluirse o perfeccionarse el contrato y para tener por celebrado este; o, dicho de otro modo, los relativos a la formalización e instrumentalización de la voluntad contractual. Así, por ejemplo, los gastos notariales por la legalización de firmas o protocolización de documentos contractuales, así como los gastos de inscripción en el Registro, cuando sea el caso.

Estos son, pues, los gastos que las partes deben asumir por partes iguales, a no ser que una norma legal o las propias partes dispongan algo distinto.

¿Por qué se excluyen los gastos correspondientes a la etapa de negociación? Porque hasta ese entonces no existe la voluntad común, no hay contrato y nada es exigible entre las partes. Los gastos en que incurre cada una de ellas son de su entera cuenta y riesgo, constituyendo el costo económico (inversión) necesario para evaluar la posibilidad de celebrar o no un contrato. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de compraventa: el comprador requerirá invertir algún dinero en la búsqueda de información y antecedentes del bien que pretende adquirir; el vendedor querrá mejorar la apariencia y condiciones del bien que pretende vender para hacerlo atractivo a la venta o para obtener un mejor precio, desde luego que el costo de ello lo incluirá en el precio. Los gastos efectuados respectivamente por el comprador y por el vendedor en el ejemplo citado, no son gastos que se deban compartir por partes iguales, habida cuenta que no se generan con motivo de la celebración del contrato, conforme al tenor del artículo 1364, sino solo para hacer viable o decidir sobre dicha celebración.

¿Por qué se excluyen los gastos correspondientes a la etapa de ejecución? Pueden invocarse dos razones, una económica y una jurídica. La primera en el sentido de que una vez concluido y perfeccionado el contrato (léase celebrado), surgen de este diversas obligaciones cuyas prestaciones concretas son de diversa naturaleza y para su ejecución cada parte debe asumir el costo que la prestación a su cargo supone en armonía con el interés que va a satisfacer o el beneficio que espera obtener del contrato; por consiguiente, no puede sujetarse a ambas partes a solventar por partes iguales los gastos de la ejecución total de las prestaciones cuando para cada una el contrato representa un beneficio económicamente distinto, a tal extremo que, desde este punto de vista, una de las partes, al asumir la mitad de los gastos de ejecución, podría quedar en peor situación económica que en la que habría estado de no haber celebrado el contrato.

Desde el punto de vista jurídico, y considerando igualmente que una vez celebrado el contrato surgen de este obligaciones de diversa naturaleza, las prestaciones que estas contienen suponen un apartamiento de cada una de las partes respecto de la esfera de dominio o posesión de aquello que trasladan (cuando el contrato contiene prestaciones de dar), o una incompetencia en cuanto a la realización de conductas, actividades u omisiones que no le corresponden ejecutar (cuando se trata de prestaciones de hacer o de no hacer).

Hay, pues, una frontera clara entre lo que constituye los gastos de celebración y los gastos de ejecución. En armonía con esto, el Código Civil contiene varias normas que indican que los gastos (de ejecución) corresponden a una de las partes y, por consiguiente, no se dividen por mitades justamente porque corresponden a la etapa de cumplimiento del contrato y solo

una de las partes, por razones económicas y/o jurídicas, debe soportar el gasto; por ejemplo: el artículo 1141 (los gastos de conservación del bien en las obligaciones de dar son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega); el artículo 1241 (los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor); el artículo 1530 (los gastos de entrega del bien en la compraventa son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto); el artículo 1682 (en el caso de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente con derecho a reembolso, es decir que aquí los gastos los termina asumiendo el arrendador, y en los demás casos los gastos de conservación y mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto); el artículo 1735 (es obligación del comodante pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien); el artículo 1738 (es obligación del comodatario pagar los gastos ordinarios indispensables que exijan la conservación y uso del bien); el artículo 1740 (los gastos de recepción y restitución del bien entregado en comodato corren por cuenta del comodatario); el artículo 1796 (el mandante está obligado frente al mandatario a reembolsarle los gastos efectuados para el de-sempeño del mandato); el artículo 1849 (los gastos de entrega y de devolución del bien materia de depósito son de cuenta del depositante); y el artículo 1851 (el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos hechos en la custodia y conservación del bien, o sea que aquel asume finalmente los gastos del depósito).

3. Los tributos del contrato

El artículo 1364 bajo comentario también se refiere a los tributos que se generan con motivo de la celebración del contrato (el artículo 1391 del Código anterior aludía a impuestos, por lo que se ha mejorado la redacción). Respecto de los tributos ocurre exactamente lo mismo que con los gastos, en el sentido de que pueden darse dos interpretaciones: una referida a que se trata de los tributos que surgen a partir de la celebración del acto y de ahí en adelante todos los demás tributos hasta el total cumplimiento del contrato. Y otra referida a que se trata solo de los tributos que por ley gravan, por así decirlo, la celebración del contrato, quedando excluidos los tributos que afectan al bien con posterioridad a dicha celebración y que se circunscriben más bien a la etapa de ejecución contractual.

Por las mismas razones expuestas en el apartado anterior, es claro que la norma se refiere a todos los tributos originados a propósito de la celebración del contrato, es decir solo en esta etapa, excluyéndose aquellos que gravan al bien con posterioridad a la celebración, o sea en el tiempo de ejecución de las prestaciones.

Los tributos relativos a la celebración del contrato se dividen por partes iguales, salvo norma legal diferente, como es el caso del impuesto de alcabala en la transferencia de bienes inmuebles, que corre a cargo del comprador; o el Impuesto General a las Ventas, que por ley es de cargo del vendedor pero que puede ser, y generalmente es, trasladado al comprador.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo V. W.G. Editor, Lima 1993.

Conclusión del contrato de plazo indeterminado

Artículo 1365.- ***En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.***

Concordancias:
C.C. arts. 182, 183, 1613, 1703

MANUEL MURO ROJO

La norma del artículo 1365 del Código vigente no registra antecedentes en el Derecho nacional. Se trata de una propuesta de la Comisión Reformadora (vid. artículo 1387 del primer Proyecto), a efectos de llenar un vacío legal concerniente a los casos "en que existiendo un contrato de ejecución continuada, las partes no [han] convenido su plazo o este no [está] determinado por la ley (...)" (ARIAS SCHREIBER, p. 131).

Conforme a la norma bajo análisis, la hipótesis es de un contrato de duración en general (aunque la norma se refiere a uno de "ejecución continuada"), respecto del cual las partes no han fijado por pacto privado el plazo determinado de dicha duración; tampoco existe para el contrato en particular una regla legal que determine el plazo y, desde luego, tampoco es posible determinar el plazo de alguna manera. En suma, las partes no han previsto con exactitud los alcances temporales de sus respectivas obligaciones.

Como quiera que la extensión del plazo no puede dejarse librada a la incertidumbre, el Código permite en este tipo de contratos que cualquiera de las partes ponga fin a la relación contractual cursando un aviso a la parte contraria, por vía notarial, con una anticipación no menor de treinta días (se entiende que son días calendario, conforme al artículo 183 inciso 1), vencidos los cuales el contrato queda resuelto de pleno derecho, es decir, sin necesidad de pronunciamiento judicial. Con esta medida se impide la subsistencia de los contratos eternos que menciona Arias Schreiber (p. 131) o, como dice De la Puente y Lavalle (p. 141), de las relaciones jurídicas potencialmente perpetuas.

La razón de ser de esta norma es constituirse en una alternativa para dar finalización, por acto unilateral, a las relaciones contractuales continuadas y sin plazo, cuando ello no sea posible por acuerdo entre las partes (es decir, por mutuo disenso), ya que de no lograrse el mutuo acuerdo extintivo la relación continuaría *ad infinitum*, obligando perpetuamente a las partes aun cuando alguna de ellas no tuviera interés económico en continuar con el contrato (vid. MESSINEO, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 139).

La posibilidad recogida en la norma ha sido calificada por la doctrina en cuanto a su naturaleza como "desistimiento unilateral"; empero esta expresión ha sido criticada correctamente, ya que como explica De la Puente y Lavalle (p. 140) tal denominación puede ser entendida como un apartamiento singular que desliga a una de las partes de la relación jurídica, cuando en el fondo lo que se quiere es extinguir dicha relación; sostener lo primero supondría que una parte se retira pero el contrato sigue, y eso no es así, pues la idea de la figura es poner fin a la relación jurídica; por este motivo nos parece más apropiado hablar de "resolución del contrato por decisión unilateral".

Analizando el texto de la norma contenida en el artículo 1365, la doctrina nacional ha advertido que la mención a la posibilidad de dar fin al contrato por decisión unilateral en el

caso de contratos de "ejecución continuada" resulta diminuta, habida cuenta que este tipo de contratos son una especie del género denominado "contratos de duración" entre los que se hallan tanto los contratos de "ejecución continuada" (tracto continuo) como los contratos de "ejecución periódica" (tracto sucesivo). En ese sentido, la hipótesis del artículo 1365 debe ser entendida en forma más amplia para hacerla aplicable a toda clase de contratos de duración (en general) que no tuvieran plazo convencional o legal determinado. Más aún, puede ser que la prestación de una de las partes sea de ejecución continuada y la prestación de la otra parte sea de ejecución periódica, como ocurre en el contrato de arrendamiento (donde el arrendador debe ceder el uso del bien en forma continuada, mientras el arrendatario debe pagar la renta en determinados periodos); en este caso, si el contrato no tuviera plazo determinado no habría razón para otorgar el derecho de resolución unilateral a una sola de las partes, que en el ejemplo sería el arrendador ya que es él quien tiene a su cargo la prestación de ejecución continuada y privar de tal derecho al arrendatario que no es deudor de una prestación continuada, sino de una periódica.

Otro tema de importancia que debe analizarse en la norma comentada es la referencia a qué se entiende por "plazo legal determinado". Al respecto cabe señalar que en lo que concierne al "plazo convencional determinado" no hay problema alguno, pues se trata de la hipótesis de que las partes no han fijado el plazo de duración y no hay norma legal supletoria que lo determine, en consecuencia cualquiera de las partes puede invocar el artículo 1365 para dar fin al contrato.

En cambio, cuando se trata del "plazo legal determinado" es necesario hacer la siguiente precisión. Pongamos como ejemplo los contratos de arrendamiento y de locación de servicios; el plazo del primero no puede exceder de 10 años, y el del segundo no puede ser mayor de 6 años para servicios profesionales y de 3 años para otros servicios. Estos plazos para los contratos indicados son los "plazos máximos" permitidos, no son los "plazos supletorios" a que alude el artículo 1365.

En ese sentido si "A" contrata con "B" el arrendamiento de un inmueble y no señalan plazo del contrato, no quiere decir que se han obligado por el plazo legal máximo que es de 10 años (este es solo el límite que debieron tener en cuenta si hubieran pactado un plazo determinado). Lo que ocurre en este caso es que el contrato no tiene plazo legal "supletorio" determinado, por lo que cualquiera de las partes podría solicitar la resolución unilateral del contrato al amparo del artículo 1365, sin necesidad de esperar 10 años. Situación semejante ocurre en el caso del contrato de locación de servicios. En conclusión, el "plazo legal determinado" se refiere a uno que la ley hubiera establecido (no como plazo máximo) en forma supletoria en ausencia de voluntad privada; un ejemplo –aunque referido a un contrato que no es de duración continuada o periódica, pero resulta ilustrativo para explicar los plazos supletorios– es el caso del contrato de mutuo, donde el artículo 1656 señala que cuando no se ha fijado plazo de devolución del bien mutuado, se entiende que el plazo es de 30 días contados desde la entrega.

Finalmente, cabe agregar que la norma del artículo 1365 bajo comentario descarta toda posibilidad de que en los contratos de duración (continuada o periódica) se pacte un plazo determinado y a la vez las partes convengan que cualquiera de ellas tiene derecho a solicitar la resolución unilateral mediante aviso previo. Esto sería un contrasentido, toda vez que la fijación de un plazo obedece a una consideración de orden económico que subyace en el contrato, de tal suerte que en este caso la posibilidad de resolverlo unilateralmente, en cualquier momento con el solo envío de un aviso previo, atentaría contra la finalidad del contrato.

Hay algunas excepciones a esta regla, como es el caso del contrato de locación de servicios, pues a tenor del artículo 1769 el locador puede poner fin al contrato antes del vencimiento del plazo, siempre que medie justo motivo y no cause perjuicio al comitente. Esta excepción se justifica porque este contrato contiene una prestación de hacer del locador y si este no desea continuar ejecutándola nadie puede obligarlo a hacerlo. En cualquier caso, toda ruptura unilateral de la relación contractual antes del vencimiento del plazo pactado que genere perjuicio obliga a indemnizar.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; GOMES, Orlando. Contratos. Compañía Editora Forense. Río de Janeiro, 1986; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1986.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Efectos del desistimiento unilateral

{E}s necesario determinar si la recurrida ha interpretado erróneamente el artículo 1365 del Código Civil, que regula el fin del contrato de ejecución continuada a plazo indeterminado. Segundo.- Que, según Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra El contrato en general, Tomo I, editorial Palestra, Lima, dos mil uno, página cuatrocientos trece a cuatrocientos veinte, indica que el citado artículo debe ser entendido como una forma de extinguir la relación jurídica, derivada de un contrato de ejecución continuada, por decisión unilateral de cualquiera de las partes, teniendo las mismas consecuencias de la resolución de un contrato, siendo conocido en el Derecho comparado como receso o desistimiento unilateral. Ahora bien, la norma objeto de casación dispone que la parte que pone fin al contrato debe dar preaviso remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Resulta importante resaltar que la ineficacia del contrato de ejecución continuada solo tiene efecto después del preaviso (Cas. N° 869-2001-Lima).

El desistimiento unilateral pone término al contrato de ejecución continuada sin plazo convencional o determinado

Tal como se ha precisado en anteriores pronunciamientos emitidos por esta Sala Suprema, el indicado numeral regula el modo general, la forma de poner término a aquellos contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o determinado, empero no es de aplicación por asuntos relativos a arrendamientos de bienes inmuebles {...} (Cas. N° 443-2003-Apurímac).

Personas prohibidas de adquirir derechos reales

Artículo 1366.- *No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:*

1. *El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.*
2. *Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.*
3. *Los funcionarios y servidores del Sector Público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención.*
4. *Los Magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.*
5. *Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función.*
6. *Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.*
7. *Los albaceas, los bienes que administran.*
8. *Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.*
9. *Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación.*

Concordancias:
C.C. arts. 881, 882, 1367, 1368, 1369

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

1. Introducción

El presente artículo está referido a la incapacidad (incapacidad de derecho o de goce) específica para ser adquirente de cualquier derecho real sobre determinados bienes, impuesta legalmente a las personas enumeradas en sus nueve incisos, en razón de la existencia de conflictos de intereses entre su ordinario interés patrimonial particular y otro interés derivado de un deber legal que le ha sido confiado por el ordenamiento legal y/o por la voluntad de otra persona –digna de relevancia jurídica–.

El fundamento de este artículo –al igual que los análogos en el tratamiento de las fuentes de las obligaciones y contratos en el Derecho comparado– se ubica en la prevención de la existencia de conflictos de intereses en determinadas personas naturales por la función que cumplen, para adquirir derechos reales que incrementen su patrimonio. Es de connotar que

la intervención legislativa estableciendo esta prohibición, no se funda estrictamente en una exclusiva valoración de la actitud de quien resulta prohibido por la norma, sino fundamentalmente en el interés de proteger a los contribuyentes, a los herederos, a las partes de un proceso, a los clientes de los abogados, y en general a todos los representados, que teniendo bienes patrimoniales, se encuentran coyunturalmente en una posición más desequilibrada, respecto a los funcionarios públicos, a los albaceas, jueces o magistrados, abogados y representantes.

Como bien establece Savater, respecto de los servidores públicos –pero perfectamente extrapolable a todos los sujetos comprendidos en este artículo– todas las personas de actuación pública tienen tres intereses o fines diferentes; los personales, los del partido y los de la entidad a la cual sirven. En este contexto, siempre "(..) existe el peligro de que los políticos los mezclen y confundan, lo que beneficie a ellos privadamente, o a su partido, con lo que beneficia a la colectividad o al Estado en general. La deontología del político exige que tengan bien claros los tres fines. Los tres son legítimos, pero lo son mientras no se mezclen; es decir, una persona, un político no puede tomar determinadas decisiones que le benefician a él personalmente, o a su partido, con el pretexto de que beneficien a la colectividad. Lo importante es que se distingan esos fines, que el político sepa diferenciar la actividad con unos fines o con otros. Y, si uno no es capaz de distinguir entre los diversos fines, no debe ofrecerse para la actividad pública, pues es obvio que esa persona ni puede ocupar un lugar público, ni tampoco lo puede hacer una persona fanatizada y obsesionada con su propio partido, de tal manera que realmente sea incapaz de ver que la sociedad es un todo"[1].

Parafraseando al gran pensador contemporáneo, en los funcionarios del Estado, los magistrados judiciales, los abogados, los albaceas, o quienes, de cualquier modo, administran bienes ajenos, confluyen su interés privado de obtener mayores y mejores derechos patrimoniales para satisfacer sus necesidades personales y familiares, con el interés de satisfacer las funciones de la tarea encomendada. Pero todas estas personas deben saber reconocer y comportarse diferenciando estos intereses, sin mezclarlos. Si no fueran capaces de comportarse de este modo, no deberían aceptar la función encomendada. Pero si aun así la aceptasen, este artículo posee el tratamiento jurídico para esta trasgresión deontológica.

Para un análisis estructural de la norma, podemos diferenciar dentro de ella los siguientes elementos: i) Sujetos comprendidos en la prohibición; ii) Derechos reales impedidos de adquirir, iii) Bienes respecto de los cuales se prohíbe adquirir derechos reales; y, iv) Temporalidad de la prohibición[2]. Veamos suscintamente cada uno de ellos, con cargo a ampliar posteriormente algunos de ellos.

Los *sujetos comprendidos en la prohibición* están enumerados fundamentalmente en los nueve incisos de este artículo y los desarrollaremos a continuacion con más detalle. Cabe tener presente que la cláusula del artículo octavo abre los supuestos de impedimentos a toda aquella persona natural que, por norma expresa o por acto de autoridad pública, administre bienes ajenos, como por ejemplo, los administradores judiciales o, incluso, los padres respecto de los hijos. En este mismo sentido, el artículo 1357 incluye como sujetos de la prohibición a los parientes legales de los sujetos enumerados directamente en este artículo.

En cuanto a los *derechos reales impedidos de adquirir* por aplicación de esta incapacidad de goce, la cláusula bastante amplia, de modo que comprende una prohibición de adquirir la

(1) SAVATER, Fernando. *Ética, política, ciudadanía.*

(2) La temporalidad de la prohibición la abordaremos al comentar el artículo 1368.

propiedad, la copropiedad, la posesión, el usufructo, el derecho de superficie, servidumbres, prenda, anticresis, hipoteca y el derecho de retención sobre los bienes específicos que cada cláusula les refiere. A diferencia de los antecedentes nacionales (artículo 1397 del Código Civil de 1936 y artículo 1557 del Proyecto de Código Civil), la norma no solo limita la adquisición de bienes por compraventa, sino todas las formas de adquisición que puedan existir de derechos reales sobre los bienes impedidos. Por ello es que el precepto se preocupa de enunciar que la prohibición alcanza aun cuando la modalidad jurídica a emplear pueda ser un contrato (por ejemplo, compraventa, donación, permuta, etc.), a través del legado, o, mediando una subasta pública, entendida como la modalidad especial de prestar consentimiento en competencia previsto en el artículo 1389 del Código Civil[3]; y, aun cuando se pudiera realizar de manera directa (relación inmediata entre el impedido y el titular del derecho real a transferir), indirectamente (como por ejemplo, si la adquisición la realizara una persona jurídica de la cual el impedido es accionista) o por persona interpuesta (a través de un testaferro[4]).

En cuanto a los *bienes respecto de los cuales rige la adquisición*, se debe advertir que como nos encontramos frente a una incapacidad relativa, la falta de aptitud para adquirir derechos reales se aplica solo en relación a determinados bienes. Precisamente, los bienes respecto a los cuales el impedido es encargado de administrarlos, defenderlos, promover su conservación, a favor del representado, que excluye la posibilidad de actuar motivado por el interés en adquirirlos para sí. Así, por ejemplo, los altos funcionarios del Estado están impedidos de ser titulares de derechos reales sobre los bienes nacionales, y no sobre bienes privados; como también los abogados no pueden usar o usufructuar los bienes que son objeto litigioso en un proceso en el que participan, pero no están impedidos de adquirir derechos reales sobre bienes nacionales u otros bienes privados.

2. Análisis de los supuestos de incapacidad pasiva para adquirir derechos reales

Los incisos que a continuación analizamos agrupan a las personas naturales incapaces de adquirir derechos reales sobre algunos bienes, en función del cargo que ocupan o las actividades que desempeñan. Es importante advertir que "las cualidades que originan las prohibiciones deben tenerse en el momento de la perfección del contrato, no de su consumación"[5].

a) Inciso 1.- Incapacidad de los altos funcionarios con competencia nacional, respecto de los bienes nacionales

Este inciso considera la incapacidad para adquirir bienes nacionales de las autoridades del más alto nivel con competencia nacional. Conforme al esquema planteado para nuestro análisis, nos detendremos en analizar a los sujetos impedidos y, luego, respecto de qué clase de bienes opera la incapacidad declarada.

(3) Se ha dudado de la justificación de la inclusión dentro de las prohibiciones de las operaciones realizadas por subasta pública, ya que en estos casos el precio se forma teóricamente de forma objetiva, sin actuación definitoria del sujeto en conflicto (DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2, p. 258.). No obstante, nosotros advertimos que aun en estos casos, el sujeto del conflicto puede tener participación determinante en la formación del precio, o incluso, poseer información privilegiada para la operación, por lo cual la hace vulnerable igualmente.

(4) Como bien señala DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general* (p. 158), la figura del testaferrato alcanza a los casos en los cuales sobre la persona interpuesta realmente –aunque transitoriamente– recaerán los efectos del acto jurídico, en este caso, adquirirá el derecho real (testaferrato real), como también, si el tercero solo aparece ficticiamente en el acto jurídico, recayendo los efectos directamente en el impedido (testaferrato ficticio).

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 258.

En principio, la norma enumera como sujetos de este, impedimentos a las más altas autoridades del Poder Ejecutivo: Presidente de la República, los vicepresidentes de la República, los ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía[6]. Luego, también se incluyen a las más altas autoridades de los otros poderes del Estado: los congresistas (ex senadores y diputados), y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, se incluye a las más altas autoridades de diversos organismos constitucionalmente autónomos, como los del Tribunal Constitucional (ex Tribunal de Garantías Constitucionales), el Fiscal de la Nación, los fiscales supremos, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el presidente y directores del Banco Central de la República y el superintendente de Banca y Seguros[7].

En estos casos, la incapacidad surge por el solo desempeño de los cargos enumerados, sin que sea necesaria alguna injerencia directa o indirecta en la transmisión del derecho real sobre el bien, o que se trate de bienes titularizados por la dependencia administrativa en la que sirven, como sucede en otros incisos. De este modo, las autoridades mencionadas quedan impedidas de adquirir derechos reales sobre todos los bienes nacionales, aunque no hayan participado en el proceso de transferencia, y, aun cuando pertenezcan a cualquier dependencia del Estado. En este último aspecto, el impedimento afecta la posibilidad de adquirir derechos reales sobre bienes de alcance nacional (por ejemplo, algún terreno urbano de propiedad de alguna entidad de Gobierno Central), local (por ejemplo, algún edificio o maquinaria municipal) o regional (por ejemplo, algún predio del Gobierno Regional) y no solo a los primeros.

Entendemos que, por el nivel que ostentan estas autoridades, el legislador considera consustancial a sus actividades la cautela, administración y control de los bienes nacionales y el patrimonio público, por lo que es necesario mantenerlos al margen de cualquier conflicto con su interés patrimonial privado y familiar. Por otro lado, al tratarse de las máximas autoridades del Poder Público, poseen un nivel de influencia enorme, por lo que es rol del legislador circunscribir su posibilidad de adquirir derechos reales sobre bienes de los particulares durante el ejercicio del cargo.

Quienes han comentado los alcances de este artículo (De la Puente, Arias Schreiber) han advertido la impropiedad del término "bienes nacionales" para definir el alcance objetivo de los derechos impedidos de adquirir por parte de estos funcionarios[8]. En efecto, este término no es recibido ni en la doctrina, ni en la legislación nacionales, donde –por el contrario– se emplean las categorías de bienes de dominio público y bienes de dominio privado del Estado, para referirse a la titularidad estatal sobre su patrimonio.

Como se sabe, los bienes de dominio público son aquellos pertenecientes al Estado, con carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles[9]. En este sentido, consideramos como tales, fundamentalmente: i) Los bienes destinados al uso público, constituidos por las obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya conservación y mantenimiento

(6) Esta cláusula permite considerar incluidas en este impedimento a las autoridades que se les adjudica expresamente la categoría atípica de "funcionarios con rango de ministro".

(7) La enumeración exhaustiva empleada por el legislador para estas autoridades, impide aplicarla a los demás titulares de organismos constitucionalmente autónomos, tales como los máximos jerarcas del Consejo Nacional de la Magistratura, del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, Oficina de Procesos Electorales, etc., quienes sin embargo están incursos en el inciso 3 del artículo 1366.

(8) Incluso ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*, Tomo I (p. 117), sostiene que la frase "bienes nacionales" "fue valor entendido que no se refería a los que son de uso público, ya que estos son inalienables".

(9) Los bienes de dominio público pueden subdividirse a su vez en bienes de dominio terrestre, marítimo, hidráulico, aéreo y minero.

le corresponden a una entidad estatal, ii) Los bienes de servicio público, que son aquellos destinados directamente al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las entidades estatales; así como los bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos; y iii) Los bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional. Por ende, son bienes de dominio público los caminos, los ríos, las playas, puertos, fortalezas, aeropuertos, infraestructura pública, archivos públicos, etc.

Por otro lado, tenemos los bienes de dominio privado del Estado, que son aquellos que, siendo de propiedad de la entidad pública, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y, por tanto, las entidades públicas ejercen el derecho de propiedad con todos sus tributos, sujetándose a las normas del derecho común. Por ejemplo, vehículos, acciones, etc.

Ahora bien, ¿a cuáles se refiere la calificación de "bienes nacionales"? Parece indudable que el impedimento comprenda a los bienes de dominio privado del Estado, que son por antonomasia enajenables, y por ende, previo proceso de concurrencia abierta, susceptibles de ser adquiridos derechos sobre ellos por cualquier particular, salvo precisamente estos altos funcionarios del Estado. Pero ademas de ellos, ¿el impedimento comprenderá a los bienes de dominio público que son inalienables constitucionalmente? En principio, parecería que no, pues precisamente esta calidad los hace indisponibles para el goce individual exclusivo por cualquier persona. Sin embargo, es necesario recordar que el presente artículo no solo incapacita para titularizar el derecho de propiedad sobre estos bienes, sino también para cualquier otro derecho real, tales como posesión y uso, que sí son susceptibles de constituirse sobre bienes de dominio público. Por ejemplo, pensemos en la concesión de un aeropuerto o un camino, o el derecho de uso sobre una playa.

Por tanto, en nuestra opinión, el impedimento señalado en este artículo alcanza a los bienes muebles e inmuebles, pertenecientes a cualquiera de las dependencias estatales, correspondan al dominio privado del Estado, o al dominio público, y, en este último caso, en relación con los derechos reales aplicables que sean compatibles con su naturaleza.

b) Inciso 2.- Incapacidad de las autoridades políticas territoriales, respecto de los bienes nacionales ubicados en el ámbito geográfico de su competencia

El segundo inciso se refiere a otra categoría de funcionarios públicos, denominados genéricamente como "autoridades políticas", respecto de los bienes nacionales existentes dentro del ámbito territorial de competencia.

Los sujetos comprendidos en la prohibición son las denominadas "autoridades políticas" que representan al Presidente de la República en su ámbito territorial de competencia, teniendo por función básica el control político en el ámbito de su circunscripción, mantener el orden público, autorizar la apertura de locales políticos, participar en operativos destinados al control de actos públicos que atenten contra la moral y buenas costumbres, autorizar la realización de manifestaciones convocadas con fines políticos y/o sociales, y mantener permanentemente informada a la Dirección General de Gobierno Interior sobre la situación político-económico-social de su jurisdicción, así como de actividades cívico-patrióticas, etcétera. Conforme a su normativa, tales autoridades políticas se desdoblan en los: prefectos (para los departamentos), los subprefectos (para las provincias), los gobernadores (para los distritos), los tenientes gobernadores (para los pueblos, caseríos y centros poblados menores).

Cabe preguntarse si dentro de la categoría de "autoridades políticas" estarían comprendidos los alcaldes, regidores, presidente regional o los consejeros regionales. En principio,

entendemos que deberían ser materia del mismo tratamiento, en la medida de la influencia que dentro de sus circunscripciones poseen tales autoridades, particularmente, en relación a la progresiva declinación de la autoridad de los prefectos, subprefectos, gobernadores, etc. Sin embargo, respecto de los alcaldes y regidores –en igualdad de tratamiento con los empleados y funcionarios municipales– ha sido establecido legalmente el impedimento, pero referido solo a la incapacidad para adquirir derechos reales sobre bienes de respectiva municipalidad (artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972).

En cuanto a los bienes respecto de los cuales se les impide adquirir derechos reales, entendemos que tienen la misma naturaleza que los explicados en el inciso anterior, pero ubicados dentro del ámbito geográfico o territorial de su competencia funcional. Inversamente, este impedimento no les alcanza respecto de los bienes del Estado ubicados en otras circunscripciones territoriales.

c) Inciso 3.- Incapacidad de los funcionarios y servidores públicos respecto de los bienes que administran

De manera general, los funcionarios y servidores públicos no deben mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, de índole laboral, económica o financiera, pudieran estar en conflicto con el recto cumplimiento de sus funciones al servicio de la entidad a la que representan.

La estructura de esta prohibición presenta dos elementos: los sujetos de derecho que califican como servidores y funcionarios públicos, y los bienes respecto a los cuales esta prohibición relativa se aplica.

Una buena técnica legislativa aconseja tener conceptos uniformes para la mejor operatividad de la normativa relacionada. Sin embargo, como en muchos aspectos del Derecho, para los términos "funcionarios públicos" y "servidores públicos" coexisten varias definiciones normativas con contenidos no concordantes.

En principio existe un contenido para estas voces establecido por el régimen de la carrera administrativa (que es el único en el cual existe una distinción de alcance entre las voces "funcionario" y "servidor público"). Luego tenemos una definición distinta para los efectos de la aplicación de las normas de control gubernamental. Y, finalmente, otra para los efectos de la aplicación de normas vinculados a aspectos éticos de la función pública (por ejemplo, Código de Ética de la Función Pública, declaraciones juradas, etc.)

A nuestro criterio debe entenderse como funcionario y servidor público todo aquel que, independiente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con alguna de las entidades de la Administración Pública, y que en virtud de ello se encuentra a su servicio.

Conforme a esta definición, son tres los elementos constitutivos: i) Trátase de una persona natural; ii) Mantiene vínculo laboral o contractual, de cualquier naturaleza, con alguna de las entidades de la Administración Pública (ministerio, organismo público descentralizado, organismo autónomo, proyecto especial, gobierno local, regional, etc.); iii) Ejerce funciones al servicio de la entidad (con facultades de representación institucional, en el caso de los funcionarios, o sin ella, en el caso de los servidores). De este mismo modo, es perfectamente prescindible *el régimen laboral del servidor.*

En cuanto a los bienes impedidos de adquirir algún derecho real, la fórmula prevé tres supuestos distintos:

i) Los bienes del organismo al que pertenecen. En este caso se trata de los bienes conformantes del patrimonio del Estado y asignados –a cualquier título– a la entidad a la cual sirve este funcionario o servidor. En este sentido, los directores generales o viceministros de un ministerio están impedidos de adquirir algún derecho real sobre un bien mueble del mismo ministerio (por ejemplo, un vehículo). A este efecto, es irrelevante que la titularidad del bien conste en un registro oficial o público, bastando la simple titularidad documental que se puede dar por la factura de adquisición a nombre de la entidad o su incorporación al inventario de bienes institucionales. También resulta irrelevante para la aplicación de esta norma, que el bien pertenezca al activo institucional o se encuentre dado de baja por decisión institucional, pues la prohibición actúa en función del tipo de bien, y no según su situación contable.

ii) Los confiados a su administración o custodia. En este caso, no se trata obviamente de los bienes muebles o inmuebles de titularidad de la entidad a la cual se sirve, sino de aquellos bienes de particulares o de otras entidades estatales, pero confiados a la administración de la entidad a la cual sirven. Por ejemplo, bienes que se incautaron a una persona por presunta infracción, y confiados a la custodia temporal del ministerio al cual sirve el funcionario. Por tanto la aplicación de la causal implica la prohibición a los funcionarios o servidores de la entidad administradora o al cuidado del bien, para adquirir derechos reales sobre los bienes que se incautaron.

iii) Los que para ser transferidos requieren su intervención. En este caso, se trata de bienes públicos o de particulares, pero para cuya transferencia a otros titulares se requiere la intervención de la entidad a la cual el funcionario o servidor sirve. Por ejemplo, los bienes de una entidad puestos a disposición de una agencia promotora de su transferencia al sector privado, o los bienes embargados a particulares por deudas al Estado, que son rematados por ejecutores coactivos.

De este modo, los funcionarios o servidores públicos quedan impedidos de adquirir derechos reales sobre alguno de los bienes de titularidad del organismo al cual pertenecen, de los bienes que han sido sometidos a la custodia o administración del mismo organismo, y de los bienes que requieren la intervención de su entidad para transferirse. Una circunstancia que suscita dudas en la doctrina es si este supuesto únicamente opera respecto de aquellos funcionarios o servidores que por competencia administrativa intervienen o deban intervenir en el ciclo administrativo de la operación de venta (supuesto i), o participan o deban participar en la administración o custodia (supuesto ii), o que participan o deban participar en la transferencia (supuesto iii), o, por el contrario, comprende a todos los servidores o funcionarios públicos de la entidad. Nuestra posición se encuadra dentro de este último supuesto, por la redacción de la norma, que prescinde de cualquier connotación de participación efectiva del funcionario en la operación.

Es curioso anotar cómo esta norma es cotidianamente vulnerada por las instituciones públicas que adjudican bienes institucionales (por ejemplo, vehículos o equipos) a sus servidores o funcionarios, o, incluso a los ex funcionarios, al momento de su cese.

d) Inciso 4.- Incapacidad de los magistrados judiciales, árbitros y auxiliares judiciales, respecto de los bienes en litigio

El presente inciso prohíbe a los magistrados judiciales, árbitros y los auxiliares de justicia titularizar algun derecho real sobre bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o tribunal cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones. Con esta prohibición se intenta evitar el conflicto del interés público, de ser objetivo e independiente en sus actuaciones jurisdiccionales o de auxilio jurisdiccional, con el eventual interés personal de quienes, teniendo una participación o actividad en la dilucidación de la controversia, pudieran pretender obtener algún derecho real sobre estos bienes.

Los sujetos comprendidos en esta prohibición son los magistrados judiciales de todos los niveles y especialidades, esto es, los vocales de la Corte Suprema de Justicia, de las Cortes Superiores, los jueces especializados y mixtos, los jueces de paz letrados y los jueces de paz. Entre ellos, entendemos también incluidos a quienes desempeñan cargos jurisdiccionales asimilados a los magistrados judiciales, como por ejemplo, los árbitros, conciliadores. Tambien se encuentran sujetos a la prohibición los auxiliares judiciales, entendiéndose por tales a los secretarios y relatores de las Salas de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los secretarios de Juzgados Especializados o Mixtos y de Paz Letrados, y los oficiales auxiliares de Justicia[10].

La prohibición comprende a los bienes que estén en litigio en su despacho, por lo que no existirá impedimento para adquirir bienes litigiosos que se diluciden en otro juzgado, sea de la misma jurisdicción o de otra, salvo que se trata de jueces exhortados, a quienes sí comprende la prohibición. En el caso de los vocales, la prohibición también aplica respecto a los procesos en los que su Sala adquiere competencia y no respecto a los bienes litigiosos de la circunscripción distrital.

No obstante, la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza litigiosa de estos bienes. Por una parte se discute en qué tipo de procesos se puede hablar propiamente de "bienes en litigio". Por la otra se analiza desde cuándo adquieren el carácter de litigiosos estos bienes.

Sobre la definición del carácter litigioso de los bienes, cierta parte de la doctrina sostiene que solo debe darse esta calificación a aquellos bienes involucrados en procesos contenciosos, donde propiamente existe una litis contradictoria o pretensiones encontradas entre las partes (interpretación restrictiva). Para otros, la fórmula debe entenderse más amplia, de forma que comprenda a los bienes en juicio, de modo que también alcanza a los bienes objeto de procesos voluntarios, o no contenciosos, pues en ellos no hay litigio (por ejemplo, declaratoria de herederos, división y partición de bienes, etc.). Compartimos el criterio nacional que en este supuesto debe entenderse la expresión bienes en litigio, como bienes en juicio (DE LA PUENTE). De este modo, para los jueces y sus auxiliares que participan en un proceso, sea contencioso o voluntario, todos los bienes implicados en él, tienen el carácter de "en litigio" o, mejor dicho, en proceso judicial.

El segundo aspecto controversial es la fijación del momento del origen del impedimento. Esto es, desde cuándo un bien adquiere la condición de litigiosa para efectos de una autoridad jurisdiccional y, por ende, desde cuándo está limitado el juez o auxiliar judicial a adquirir algun derecho real sobre él. Consideramos que en el caso de los procesos contenciosos, ello surgirá a partir del admisorio de la demanda; mientras que tratándose de los procesos

(10) Si bien las autoridades del Poder Judicial que desempeñan labores no jurisdiccionales no están sujetas a esta limitación, sí les resultan aplicables las previstas en otros incisos para los funcionarios y servidores públicos.

no contenciosos, surtirá efectos el impedimento desde la presentación de la demanda ante la instancia jurisdiccional.

Finalmente, la redacción de la norma indica que la prohibición se mantiene tanto durante el litigio de los bienes, como también permanece aun concluidos los procesos. Evidentemente, el juez o auxiliar que haya conocido del litigio, no podrá adquirir derechos reales sobre ellos, aun cuando la causa se haya resuelto. En este mismo orden de ideas, entendemos que para participar del impedimento no es necesario que la participación del juez o auxiliar haya sido constante durante el proceso judicial, pues igualmente le comprenderá así hubiere sido apartado por recusación, licencia, rotación, o cualquier otro motivo análogo.

e) Inciso 5.- Incapacidad de los miembros del Ministerio Público, respecto de los bienes objeto de los procesos que conocen

En resguardo de los posibles conflictos de intereses que pudieran suscitarse, la misma prohibición prevista en el inciso anterior para los integrantes del Poder Judicial se ha extendido en este caso para las autoridades que ejercen las funciones del Ministerio Público. De este modo, están impedidos el Fiscal de la Nación, los fiscales supremos, fiscales provinciales y los fiscales adjuntos, de todos los niveles y especialidades. Así también, como sucede con las autoridades jurisdiccionales, el impedimento surge en relación con los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido.

Las mismas reflexiones que nos suscita el inciso anterior resultan aplicables –mutatis mutandi– a los representantes del Ministerio Público.

f) Inciso 6.- Incapacidad de los abogados respecto de los bienes objeto del juicio

Por efecto de esta norma, los profesionales liberales del Derecho se encuentran prohibidos de adquirir algun derecho real sobre los bienes que son objeto de juicio en que intervengan o hayan intervenido, hasta un año de concluido en todas sus instancias. Es importante tener en cuenta que conforme lo expone Calamandrei[11], el patrocinio forense responde a dos intereses, el de la parte a la cual asisten y un interés público, consistente en obtener un patrocinador sereno, objetivo y desapasionado que apoye a la justicia a realizar su tarea, sin los rencores personales y apasionamientos justificados de quien es parte de la litis. Por ello, se puede afirmar que la función del patrocinio legal responde simultáneamente a las exigencias de orden privado y a las exigencias de interés público, siendo en este último caso auxiliares del juez y hasta sus colaboradores, ya que sin su presencia los juzgadores no podrían desplegar su función con la serenidad y prontitud que permite el profesional del Derecho interpuesto entre la parte y la justicia, ejerciendo su labor de manera técnica, desapasionada y objetiva, basada en argumentos eficaces y razonados en Derecho. De este modo, el abogado se convierte en el interlocutor que aboga por una causa basada en razones y no en pasiones, en argumentos y no sentimientos, que es menester preservar, para que el juez pueda mantener su independencia de la causa[12].

Por tanto, esta prohibición se fundamenta en la necesidad de impedir que el profesional del Derecho confunda el interés público de su rol, con la subjetividad que implica

(11) CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1966, pp. 203 y ss.

(12) Manifestaciones de este interés público en el desempeño del patrocinio legal las encontramos en el artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que nos exige: actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados (inciso 1), e instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los magistrados (inciso 7).

involucrarse en la controversia que patrocina, para obtener beneficios personales consistentes en derechos reales sobre los bienes objeto de juicio en que ellos han asesorado a una parte. Indudablemente, de admitirse este caso, se echarían sombras sobre la fidelidad que el profesional del Derecho ha tenido con su cliente, o si ha cumplido su labor de modo objetivo y serio, ya que el bien ha terminado sujeto a algún derecho real favorable al abogado. El propio Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú estipula que: "Fuera del caso de cuota litis escriturado con anterioridad a su intervención profesional, el abogado no debe adquirir interés pecuniario de ninguna clase relativo al asunto que patrocina o haya patrocinado. Tampoco debe adquirir directa o indirectamente bienes de esa índole en los remates judiciales que sobrevengan" (artículo 49).

f.1) Configuración de lo prohibido.- Para la aplicación de este inciso, es necesaria la concurrencia de dos elementos:

i) **La existencia de un bien objeto de un proceso judicial.** Nótese que la cláusula, a diferencia de la legislación comparada, no hace referencia a que se trate de un bien litigioso, de donde pueda dudarse si se trata de un proceso contencioso o voluntario. La redacción empleada solo alude a que sea un "bien objeto de un proceso judicial", por lo que para cumplir este elemento será necesario que el proceso verse sobre un bien, de cualquier clase o naturaleza, susceptible de afectarse mediante un derecho real. Cuando el inciso hace referencia a un "juicio", obviamente se refiere a un proceso en sede jurisdiccional; sin embargo, consideramos que igualmente resultará aplicable a procesos arbitrales, por la propia naturaleza jurisdiccional de esta actividad. Sin embargo, no es claro si será posible aplicarlo a los bienes que son objeto de procedimientos administrativos, como por ejemplo, los de titulación de predios, habilitaciones urbanas, etc.

ii) **Que el abogado haya intervenido en el proceso en razón de su profesión**. El segundo elemento se refiere a que el profesional del Derecho haya intervenido ejerciendo el patrocinio profesional defendiendo intereses ajenos sobre el bien. En este sentido, resulta aplicable por igual al abogado libremente elegido por la parte, como al designado de oficio por la autoridad. Por otro lado, no será aplicable la cláusula cuando se trate de la participación del abogado defendiendo intereses propios, ni cuando el abogado sea representante de la parte, pues aquí se confunden la exigencia de independencia del profesional del Derecho con la subordinación a la voluntad del representado.

f.2) Plazo de sospecha.- La prohibición está sujeta a un plazo que se inicia desde el momento mismo del inicio del patronicio al sujeto procesal que interviene en el proceso, y se prolonga hasta un año después de que el proceso haya concluido en todas sus etapas. Nótese que no declina el impedimento por el mero apartamiento de la defensa por parte del abogado, ni la emisión de cualquier sentencia que sea susceptible de revisión, sino solo la fecha de conclusión del proceso con sentencia de cosa juzgada.

f.3) La excepción: el pacto de *cuota litis*.- La Comisión Revisora del Código incluyó, como cierre del inciso, el señalamiento que no estaría dentro de esta prohibición el cumplimiento del pacto de cuota litis. En verdad, de ordinario, en el tema controvertido del pacto de cuota litis, se confunden tres pactos distintos en materia de retribución de honorarios de abogados:

- Pacto por el cual el pago de los honorarios será exclusivamente con una parte o con todo el bien objeto del proceso (pacto de cuota litis puro).

- Pacto por el cual el pago de los honorarios será cubierto parcialmente con una parte o con todo el bien objeto del proceso, y la otra parte, en una suma dineraria (pacto de litis mixto).
- Pacto por el cual el pago de los honorarios se fija de antemano en una cantidad, según el éxito de la pretensión patrocinada (prima de éxito).

Nosotros consideramos que la cláusula de este inciso se refiere a los dos primeros pactos en los que en verdad surge a favor del abogado un derecho real sobre el bien objeto del proceso, ya que en el tercero, el éxito de la pretensión real del patrocinado opera como una circunstancia referencial para el acaecimiento de un pago a favor del abogado, esto es una convención sobre el pago de los honorarios.

g) Inciso 7.- Incapacidad de los albaceas, respecto de los bienes que administran

Como se sabe, los albaceas o ejecutores testamentarios son aquellas personas encargadas de la administración y liquidación del patrimonio del causante, según la voluntad expuesta en el testamento, los herederos o la ley. Sea un albacea testamentario (nombrado en el testamento), electo (elegido por los herederos) o dativo (nombrado subsidiariamente por el juez), asumen un complejo rol en relación con los bienes del causante, respecto de los cuales el albacea actúa como depositario, administrador, representante y auxiliar de la administración de justicia. Para cumplir con sus fines, administra los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador, hasta que sean entregados a los herederos, entrega los legados, hace inventario de los bienes, ejerce las acciones judiciales y extrajudiciales para asegurar los bienes hereditarios y, con autorización judicial y/o conocimiento de los herederos, efectúa actos de disposición de los bienes para pagar deudas y cargas, o venderlos a terceros.

En este orden de ideas, la presente norma se dirige a prohibir a los albaceas adquirir algún derecho real sobre los bienes de la herencia que le corresponde administrar, por el evidente conflicto de interés que entrañaría esta acción con el cumplimiento objetivo de los deberes funcionales que tiene legalmente a su cargo. Evidentemente, no solo existen razones morales en esta prohibición, sino también la necesidad de tutelar los derechos de los herederos, legatarios y acreedores del causante de posibles riesgos de una ejecución testamentaria impropia.

Se ha discrepado en la doctrina[13] si la incapacidad que importa esta cláusula se aplica solo respecto de los bienes que se hallan en su poder a fin de pagar las deudas y legados, y no con respecto a los bienes que quedan en posesión de los herederos forzosos o herederos instituidos o están destinados a cubrir la porción legítima de aquellos. En efecto, conforme a esta tesis, el albacea sí podría adquirir derechos reales sobre este segundo tipo de bienes, pues –según se afirma– respecto de ellos no tiene participación alguna, y viceversa, la incapacidad del albacea se aplica a todos los bienes de la sucesión, solo en la hipótesis de que el testador únicamente hubiere efectuado legados, no habiendo herederos legítimos ni instituidos. Frente a esta tesis, coincidimos con Spota[14] que la "valoración ética y social que informa la prohibición establecida en el artículos 1361 inc. 3) no puede quedar limitada a los bienes cuya posesión atañe al albacea, ya que a este también le corresponden todos los poderes otorgados en el testamento o que resulten necesarios legalmente para su ejecución".

(13) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Entre nosotros comparte este criterio DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 35.

(14) SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Volumen I, p. 134.

h) Inciso 8.- Incapacidad de quienes por mandato legal o de autoridad administran bienes ajenos, respecto de los mismos

La regla de este inciso está referida todos quienes –por disposición legal o de autoridad pública (judicial o administrativa)– administren bienes ajenos, como es el caso de los padres, tutores y curadores, administradores judiciales, entre otros (ARIAS SCHREIBER). Su fundamento se ubica dentro de la misma línea de los últimos incisos, en la búsqueda de evitar conflictos de intereses entre los encargados de las funciones públicas y los intereses patrimoniales personales.

Es importante apreciar que el inciso se refiere explícitamente a los casos de administración de bienes ajenos originados en normas legales y en actos de la autoridad pública, mas no de la administración convencional que pueda surgir de la representación. Para este último caso, la regla es la anulabilidad consagrada en el artículo 166 del Código Civil.

i) Inciso 9.- Incapacidad de los mediadores de comercio, martilleros y peritos, respecto de los bienes objeto de su actividad

Finalmente, el inciso 9 incluye en la relación de incapacitados para adquirir derechos reales a: i) Los mediadores de comercio; ii) Los martilleros; y iii) Los peritos, a quienes se les confiaban determinados deberes de objetividad, imparcialidad y neutralidad en sus operaciones.

El impedimento alcanza a la adquisición de derechos sobre los bienes cuya venta (mediadores de comercio y martilleros) o evaluación (peritos) les haya sido confiada, y se extiende hasta un año después de haber intervenido en su venta o su pericia.

3. Consecuencias jurídicas de la trasgresión a la prohibición

La doctrina nacional es uniforme en señalar que los actos jurídicos mediante los cuales se violara alguna de estas prohibiciones serían nulos, por tratarse de trasgresiones a normas de orden público, en armonía con lo previsto en el artículos V del Título Preliminar e inciso 7 del artículo 219 del Código Civil[15]. Estamos frente a un ejemplo de las denominadas "nulidades virtuales" o tácitas, inducidas de los principios del ordenamiento, en las que el negocio es inválido por excederse del límite de la autonomía privada que la ley permite, por anteponerse a normas expresas que prohíben tales negocios.

Debemos recordar que no estamos frente al caso de las personas incapaces a que alude el inciso 2) del artículo 219 del Código, pues este se refiere a los incapaces indicados en el artículo 43 del mismo ordenamiento. Por el contrario, estamos frente a una serie de supuestos de incapacidades especiales por la particular situación de quien la realiza.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Contratos. Perrot, Buenos Aires; CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1966; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998; Arias Schreiber, max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tecnos, Madrid; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Contratos nominados. WG Editor. Lima, 1991; SAVATER, Fernando. Ética, política, ciudadanía; SPOTA, Alberto G. Instituciones del Derecho Civil. Contratos. Vol. I. Depalma, Buenos Aires; WAYAR, Ernesto C. Compraventa y permuta. Astrea, Buenos Aires.

(15) Para De la Puente se trata de una hipótesis de la nulidad por importar un acto contrario a la moral y a las buenas costumbres (artículo 219 inciso 8).

Extensión de la prohibición de adquirir derechos reales

Artículo 1367.- ***Las prohibiciones establecidas en el artículo 1366 se aplican también a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas impedidas.***

Concordancias:
C.C. arts. 236, 237, 1366

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

La norma ha considerado conveniente extender el ámbito subjetivo de la prohibición de adquirir derechos reales, a los parientes legales del impedido directamente en la norma, con el objetivo de evitar su elusión empleando a estos familiares legales. Es decir, igual impedimento de adquirir derechos reales respecto de los mismos bienes regirá para los parientes legales de los altos dignatarios, funcionarios públicos, prefectos, abogados, martilleros, peritos, albaceas, etc.

Como se sabe, el parentesco sujeto de la norma impeditiva comprende: i) La línea consanguínea o recta que es el vínculo que existe entre descendientes de un progenitor común (padre, hijos, nietos, bisnietos, etc.). ii) La línea colateral o transversal, la cual se forma de una serie de grados que se establece entre personas que sin descender unas de otras, tienen un progenitor común (tíos, sobrinos, primos, etc.). iii) La línea por afinidad que es el nexo que nace con el matrimonio y las relaciones con los parientes del cónyuge (suegra, nuera, cuñada, etc.).

Ha anotado la doctrina nacional (ARIAS SCHREIBER y DE LA PUENTE Y LAVALLE) que la fórmula empleada en este artículo no comprende al cónyuge del impedido, pues como se sabe no existe entre ellos propiamente un grado de parentesco, no obstante que existe consenso en que debe incluírsele.

DOCTRINA

SAVATER, Fernando. Ética, política, ciudadanía; SPOTA, Alberto G. Instituciones del Derecho Civil. Contratos. Vol. I. Depalma, Buenos Aires; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Contratos. Perrot, Buenos Aires; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tecnos, Madrid; WAYAR, Ernesto C. Compraventa y permuta. Astrea, Buenos Aires; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998; Arias Schreiber, max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1966; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Contratos nominados. WG Editor. Lima, 1991.

Vigencia de la prohibición

Artículo 1368.- ***Las prohibiciones de que tratan los incisos 1, 2, 3, 7 y 8 del artículo 1366 rigen hasta seis meses después de que las personas impedidas cesen en sus respectivos cargos.***

Concordancias:
C.C. arts. 1366, 1367

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

La dimensión temporal de las prohibiciones está abordada en este artículo, de manera complementaria a los periodos ya fijados en algunos de los incisos del artículo de antemano. Todos confluyen en señalar el periodo legal de sospecha dentro del cual son atacables y reprochables las operaciones de adquisición de derechos reales sobre los bienes impedidos.

Es lógico que se exija que el cargo o actividad que originan el impedimento de adquirir derechos reales para los sujetos concernidos en el artículo 1366 existan al momento de la celebración del negocio jurídico y no al de su consumación o ejecución. Pero, desde una perspectiva temporal, ¿hasta cuándo opera este impedimento?

En este orden de ideas tenemos el esquema siguiente:

- Prohibiciones permanentes: las de los magistrados judiciales, árbitros y auxiliares de justicia (inciso 4) y las de los miembros del Ministerio Público (inciso 5).
- Prohibiciones por un año: las de los abogados (inciso 6) y agentes mediadores del comercio, martilleros y peritos (inciso 9). Nótese que el plazo se computa en el caso de los abogados a partir de la conclusión del proceso en todas sus instancias, mientras que en caso de los martilleros y peritos, el año se computa desde la finalización de su intervención en la operación.
- Prohibiciones por seis meses del cese en el cargo: las de los altos dignatarios del Estado (inciso 1), prefectos y autoridades políticas (inciso 2), funcionarios y servidores públicos (inciso 3), albaceas (inciso 7), y administradores de bienes ajenos (inciso 8).

Se entiende que vencido el plazo de sospecha establecido, el negocio jurídico que se celebre permitiendo al sujeto adquirir algún derecho real sobre los bienes objeto de impedimento, no será reprochable ni atacable jurídicamente.

DOCTRINA

SAVATER, Fernando. Ética, política, ciudadanía; SPOTA, Alberto G. Instituciones del Derecho Civil. Contratos. Vol. I. Depalma, Buenos Aires; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Contratos. Perrot, Buenos Aires; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tecnos, Madrid; WAYAR, Ernesto C. Compraventa y permuta. Astrea, Buenos Aires; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998; Arias Schreiber, max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1966; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Contratos nominados. WG Editor. Lima, 1991.

Inaplicabilidad de la prohibición de adquirir derechos reales

Artículo 1369.- *No rigen las prohibiciones de los incisos 6 y 7 del artículo 1366 cuando se trate del derecho de copropiedad o de la dación en pago.*

Concordancias:
C.C. arts. 969 y ss., 1265, 1266, 1366 incs. 6), 7)

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Respecto de la prohibición para los albaceas de adquirir derechos reales de los bienes de la herencia, esta norma contiene una excepción que flexibiliza la regla. La situación contemplada en esta norma es que no rija el impedimento cuando el albacea sea copropietario (por ejemplo, coheredero) del bien, pues en este caso, además de las razones jurídicas que aconsejan su adopción, el procedimiento de adjudicación o de adquisición estará sujeto a aprobación judicial o consentimiento de los herederos, con lo cual se asegura el derecho de estos terceros[1].

En cuanto a la prohibición para los abogados de adquirir derechos reales sobre los bienes de los procesos en los cuales patrocinan, esta norma exceptúa a la dación en pago. Es importante tener en cuenta que, conforme al pensamiento de León Barandiarán[2], debe entenderse que esta excepción opera cuando se trata de "la acción judicial que se siga por un crédito, que lleve al remate de un bien del deudor y que resulta adjudicado al acreedor accionante".

DOCTRINA

SAVATER, Fernando. Ética, política, ciudadanía; SPOTA, Alberto G. Instituciones del Derecho Civil. Contratos. Vol. I. Depalma, Buenos Aires; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Contratos. Perrot, Buenos Aires; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tecnos, Madrid; WAYAR, Ernesto C. Compraventa y permuta. Astrea, Buenos Aires; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998; Arias Schreiber, max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1966; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Contratos nominados. WG Editor. Lima, 1991.

(1) En nuestro país, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general* (p. 156), manifiesta las dudas en esta excepción pues, "(...) el aprovechamiento (...) es susceptible de producirse, con mayor razón, cuando el albacea tiene título e interés para recibir todos o parte de los bienes que forman la masa sucesoria".

(2) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, *Contratos nominados* (1ª Parte), p. 71.

Rescisión del contrato

Artículo 1370.- ***La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.***

Concordancias:
C.C. arts. 219, 221, 1371, 1372, 1447, 1539, 1575

HUGO FORNO FLOREZ

La diferencia entre resolución y rescisión es cuestión que ha sido materia de gran controversia en algunos sectores de la doctrina. Alberto Spota sostiene que las dos expresiones son intercambiables por tener la misma connotación[1]. Seguramente, el pensamiento de este autor ha sido influenciado profundamente por el derogado Código Civil argentino, que ha recurrido a ambas expresiones indistintamente. Lo mismo ocurrió en nuestro Código Civil de 1936[2].

Layerle entiende que el término resolución es el género y rescisión es la especie que se utiliza respecto de los contratos de tracto sucesivo en los que la resolución solo produce efecto ex nunc y entonces es más propio hablar de rescisión[3]. Manuel Albaladejo también parece opinar que la resolución es el género que comprende a la especie rescisión, cuando afirma: "[s]e trata, pues, de que, en tal hipótesis, el término específico con el que la ley designa la situación es –dentro del concepto genérico de resolución– el de rescisión"[4].

En verdad la figura de la rescisión es un rezago del Derecho Romano que debió haberse asimilado a la teoría de la anulabilidad. Según nos relatan Giorgio Giorgi[5] y Puig Brutau[6], en Roma los contratos válidamente celebrados de acuerdo con el *ius civile* no podían ser disueltos aunque concurrieran circunstancias que hicieran injusto su mantenimiento. En este estado de cosas, interviene el pretor romano para atenuar la iniquidad del *ius civile* y suplir sus deficiencias. El pretor no podía declarar la invalidez del acto, pero obtenía el mismo resultado a través de remedios procesales; al denegar una acción, conceder una excepción y, sobre todo, según indican los autores citados, podía dejar sin efecto un contrato al disponer que se volviera a la situación anterior (*restitutio in integrum*[7]).

Una situación muy similar se presentó en Francia, en los territorios no regidos por el Derecho Romano sino por las costumbres, territorios estos en los que la nulidad solo podía pedirse cuando la causa que la sustentaba resultaba de una ordenanza real o de una costumbre. Las causas de nulidad fundadas en el Derecho Romano requerían para su reconocimiento la previa autorización de la Cancillería de los Parlamentos. El documento a través del cual se concedía esta autorización era llamado lettre de rescission. Las causales de nulidad (que siempre son anteriores o simultáneas a la formación del contrato) sustentadas en el Derecho

(1) SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Volumen III, Depalma. Buenos Aires, 1977, p. 512.
(2) Véase a título de ejemplo los artículos 1341, 1401, 1405, 1412, 1413 y 1414.
(3) LAYERLE, Carlos. *La condición resolutoria legal*, Montevideo, 1966, p. 13.
(4) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 473.
(5) GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones*, Volumen III, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, p. 209 y ss.
(6) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1978, p. 339 y ss.
(7) Máximo Brutti señala que frecuentemente en las fuentes romanas, el término *rescindere* aparece referido indistintamente tanto al instituto de la *restitutio in integrum* como a las declaraciones de inexistencia en relación a las cuales expresa el momento en el que la inexistencia misma, aun cuando presupuesta *ab initio*, deviene operante (ver voz "Invalidità (storia)" en *Enciclopedia del Diritto*, Volumen XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 568).

Romano eran, en consecuencia, las causales de rescisión (*lettre de rescisión*[8]). Posteriormente, el Código Civil francés refundió ambas figuras.

Por ello estimo que tiene una base histórica inocultable la norma bajo comentario cuando señala que la rescisión se produce por circunstancias anteriores o, al menos, concurrentes a la formación del contrato, mientras que la resolución se origina por acontecimientos posteriores a la celebración del mismo que interfieren con su función[9]. Esta es también la opinión de Santoro Passarelli y en general la que prepondera en la doctrina italiana. Este último autor, por ejemplo, manifiesta que la diferencia depende de la existencia de un vicio originario de la causa o de un vicio funcional de la misma. La primera hipótesis puede dar lugar a la rescisión (o a la nulidad); la segunda produce la resolución[10]. Esta es también la tesis acogida por nuestro Código Civil en el artículo que comentamos, cuando señala que la causal rescisoria siempre existe al momento de celebrarse el contrato. Lo importante es que la rescisión es un supuesto de ineficacia que solamente opera en los casos previstos por la ley[11], y que nuestro Código la contempla como remedio únicamente para los casos de lesión (artículos 1447 y siguientes), de venta de bien ajeno (artículos 1539 y siguientes) y compraventa sobre medida (artículos 1575 y siguientes).

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1983; ALVAREZ VIGARAY, Rafael. La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Comares. Granada, 1986; ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Studium. Lima, 1986; AULETTA, Giuseppe Giacomo. La risoluzione per inadempimento. Edizione Scientifiche Italiane-Giuffrè. Milano, 1942; BARASSI, Ludovico. La Teoría Generale delle Obligación, Vol. III, L'Attuazione. Milano, 1964; BIGIAVI, Walter. Irretroattivitá della risoluzione per inadempimento, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1934, I; BRUTTI, Máximo. Voz Invalidità (storia), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXII. Giuffrè. Milano, 1972; COING, Helmut. Derecho Privado Europeo, Tomo I. Trad. Antonio Pérez Martín. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Palestra. Lima, 2001; DELL'AQUILA, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981; DI MAJO, Adolfo. Delle Obbligazioni in Generale (artt. 1173-1176), en Commentario del Codice Civile. Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Zanichelli. Soc. Ed. del Foro Italiano. Bologna-Roma, 1988; FORNO FLOREZ, Hugo. El plazo esencial y la tutela resolutoria, en Estudios sobre el contrato en general. Ara Editores. Lima, 2003; FORNO FLOREZ, Hugo. El principio de la retroactividad de la resolución contractual, en Themis Revista de Derecho, Segunda Epoca, N° 30. Lima, 1988; GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones, Vol. III. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910; HALPERIN, Isaac. Resolución de los contratos comerciales. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968; LAYERLE, Carlos. La condición resolutoria legal. Montevideo, 1966; MELICH ORSINI, Jorge. Resolución del contrato por incumplimiento. Temis. Bogotá-Caracas, 1979; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979; MICCIO, Renato. Il contratto, en I diritti di credito,

(8) Helmut Coing señala que a partir del siglo XV cada vez con mayor frecuencia las partes se dirigían al rey para obtener autorización con el fin de poder dilucidar ante los tribunales reales determinados defectos del contrato; y que la autorización era expedida por la Cancillería de los Parlamentos mediante las *lettres de rescission*, lo que facultaba a los tribunales para examinar los vicios presentados en el contrato, particularmente error, engaño y violencia (ver *Derecho Privado europeo*, T. I, Trad. Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 534).

(9) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, Trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 522.

(10) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*, Trad. A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 217 y 322.

(11) Manuel De la Puente plantea una interesante idea –que nosotros no compartimos, pero que merece ser destacada– según la cual, la rescisión podría producirse de común acuerdo entre los contratantes, siempre que el acuerdo se base en una causal existente al momento de contratar (ver *El contrato en general*, T. I, Palestra, Lima, 2001, p. 445).

Vol. Secondo, Parte II. UTET. Torino, 1977; MIRABELLI, Giuseppe. Dei contratti in generale, en Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo II. UTET. Torino; MORELLO, Augusto. Ineficacia y frustración del contrato. Editora Platense-Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. Efectos que produce la obligación bilateral. Aranzadi. Pamplona, 1983; OPPO, Giorgio. I contratti di durata, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1943, I; OSTI, Giuseppe. Voz Contratto, en Novíssimo Digesto Italiano. Vol. IV. UTET. Torino, 1957, ahora también en Scritti Giuridici, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1978; RAMELLA, Anteo. La resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979; SACCO, Rodolfo. I remedi sinallagmatici, en Trattato di Diritto Privato, directo da Pietro Resigno, V. 10: Obbligazioni e Contratti, Tomo II. UTET. Torino, 1982; SANCHEZ-MEDAL, José. La resolución de los contratos por incumplimiento. Editorial Porrúa S.A. México, 1980; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Trad. A. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964; SPOTA, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Vol. III. Depalma. Buenos Aires, 1977.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción y causas de la rescisión del contrato

{E}l artículo 1370 del Código Civil regula la figura de la rescisión del contrato por ende debe entenderse que la rescisión es el acto por el cual mediante sentencia judicial se deja sin efecto un contrato válido por causal existente al momento de su celebración definiéndose dicha figura como el remedio que la ley prevé para tutelar la libertad contractual cuando se está en presencia de una situación de aprovechamiento de una de las partes contratantes que determina que la otra asuma obligaciones en condiciones inicuas. Sexto.- Que, los casos de rescisión regulados en el Código Civil son: 1) Por lesión cuando en el momento de celebrarse el contrato existe una excesiva desproporción entre las prestaciones de más de las dos quintas partes siempre que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro presumiendo el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado cuando la desproporción es igual o superior a las dos terceras partes (artículos 1447 y 1448 del Código Civil); 2) Por venta de bien ajeno a solicitud del comprador cuando este no sabía que el bien no pertenecía al vendedor (artículo 1539 del Código antes anotado); y 3) En la compraventa por extensión o cabida (artículo 1575 y siguientes del Código en mención) ***(Cas. N° 1214-2011-Lima).***

Diferencia entre recisión y anulabilidad

No deben confundirse las figuras de la anulabilidad del acto jurídico con la rescisión, pues si bien ambas existen al momento de la celebración del contrato, sin embargo, la anulabilidad de un acto jurídico implica la invalidez del mismo, mientras que con la otra, se rescinde un acto jurídico válidamente celebrado, resultando la anulabilidad una forma de ineficacia estructural, mientras la rescisión es una ineficacia funcional; de tal manera que ambas figuras son incompatibles entre sí, requiriéndose para que opere la rescisión, que la causal sea de tal trascendencia, que impida producir eficacia al acto, esto es, que exista al momento de celebrarse el contrato. ***(Cas. N° 3473-2009-Lima)***

Resolución del contrato

Artículo 1371.- ***La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.***

Concordancias:
C.C. arts. 1154, 1370, 1372, 1431, 1432, 1440, 1564, 1620, 1674, 1698, 1777

HUGO FORNO FLOREZ

La resolución incide en la relación jurídica que el contrato origina y no sobre el contrato mismo. La resolución no puede incidir sobre el acuerdo válida y efectivamente concertado y, por lo tanto, no puede entenderse que en virtud de la resolución tal acuerdo no se produjo. El contrato una vez concertado es un hecho incontrovertible salvo que exista un vicio o defecto que haya dañado su estructura, en cuyo caso estamos en presencia de un supuesto de ineficacia estructural, es decir de invalidez mas no de ineficacia funcional como es la resolución. Por ello la norma precisa que todas las hipótesis que provocan la resolución se ubican en el devenir de la relación jurídica o de los efectos contractuales, como fenómenos patológicos o impeditivos de ellos.

Dentro de este orden de ideas, Morello pone de manifiesto que la facultad resolutoria tiene como finalidad tutelar la condición de respectiva paridad entre las partes, pero no al momento de la celebración del contrato sino en la fase de su ejecución. En este sentido –continúa– la resolución con la función que se acaba de exponer no se dirige contra el negocio en sí, sino contra la relación contractual a que aquel ha dado vida[1].

Contrariamente a lo que la norma parece señalar si nos quedáramos con una interpretación meramente literal, la resolución no está excluida necesariamente de los contratos inválidos en el sentido que un contrato inválido sí puede ser materia de resolución. Lo que la norma significa es que la resolución no está prevista como remedio para los defectos que golpean la estructura del contrato (presupuestos, elementos y requisitos), es decir para los casos de invalidez, sino para los casos de defectos funcionales. Por lo tanto, es perfectamente posible que un contrato anulable (pero no anulado todavía) sea resuelto por incumplimiento o por excesiva onerosidad de la prestación (por citar dos ejemplos). En estos casos nada impide, a su vez, que el contrato anulable ya resuelto, sea anulado a solicitud del interesado siempre que el derecho correspondiente no hubiera caducado o no se hubiera producido la confirmación en cualquiera de las formas que permite la ley. Declarada la anulación se produce la ineficacia del contrato incluyendo aquellas consecuencias originadas por la causal resolutoria, incluyendo, desde luego, la resolución misma.

Distinto es el caso de la nulidad absoluta en la que no se produce ningún efecto contractual y la resolución no tiene ninguna cabida.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1983; ALVAREZ VIGARAY, Rafael. La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Comares. Granada, 1986; ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Studium. Lima, 1986; AULETTA, Giuseppe Giacomo. La risoluzione per inadempimento. Edizione Scientifiche Italiane-Giuffrè. Milano, 1942; BARASSI, Ludovico. La

(1) MORELLO, Augusto. *Ineficacia y frustración del contrato*, Editora Platense-Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975, p. 145.

Teoría Generale delle Obligación, Vol. III, L'Attuazione. Milano, 1964; BIGIAVI, Walter. Irretroattivitá della risoluzione per inadempimento, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1934, I; BRUTTI, Máximo. Voz Invalidità (storia), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXII. Giuffrè. Milano, 1972; COING, Helmut. Derecho Privado Europeo, Tomo I. Trad. Antonio Pérez Martín. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Palestra. Lima, 2001; DELL'AQUILA, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981; DI MAJO, Adolfo. Delle Obbligazioni in Generale (artt. 1173-1176), en Commentario del Codice Civile. Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Zanichelli. Soc. Ed. del Foro Italiano. Bologna-Roma, 1988; FORNO FLOREZ, Hugo. El plazo esencial y la tutela resolutoria, en Estudios sobre el contrato en general. Ara Editores. Lima, 2003; FORNO FLOREZ, Hugo. El principio de la retroactividad de la resolución contractual, en Themis Revista de Derecho, Segunda Epoca, N° 30. Lima, 1988; GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones, Vol. III. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910; HALPERIN, Isaac. Resolución de los contratos comerciales. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968; LAYERLE, Carlos. La condición resolutoria legal. Montevideo, 1966; MELICH ORSINI, Jorge. Resolución del contrato por incumplimiento. Temis. Bogotá-Caracas, 1979; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979; MICCIO, Renato. Il contratto, en I diritti di credito, Vol. Secondo, Parte II. UTET. Torino, 1977; MIRABELLI, Giuseppe. Dei contratti in generale, en Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo II. UTET. Torino; MORELLO, Augusto. Ineficacia y frustración del contrato. Editora Platense-Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. Efectos que produce la obligación bilateral. Aranzadi. Pamplona, 1983; OPPO, Giorgio. I contratti di durata, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1943, I; OSTI, Giuseppe. Voz Contratto, en Novíssimo Digesto Italiano. Vol. IV. UTET. Torino, 1957, ahora también en Scritti Giuridici, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1978; RAMELLA, Anteo. La resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979; SACCO, Rodolfo. I remedi sinallagmatici, en Trattato di Diritto Privato, directo da Pietro Resigno, V. 10: Obbligazioni e Contratti, Tomo II. UTET. Torino, 1982; SANCHEZ-MEDAL, José. La resolución de los contratos por incumplimiento. Editorial Porrúa S.A. México, 1980; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Trad. A. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964; SPOTA, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Vol. III. Depalma. Buenos Aires, 1977.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Definición de la resolución contractual

Conforme a la definición legal prevista en el artículo 1371 del Código Civil la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, noción en la que converge en forma unánime la doctrina, y que según Miguel y Salvat, citado por el profesor Manuel de la Puente y Lavalle, implica la extinción de un contrato por acaecimiento del hecho que la ley o las partes previeron al celebrarlo (Cas. N° 821-1998-Cajamarca).

Facultad de solicitar la resolución del contrato

{La} facultad de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones mutuas, asiste por igual a cualquiera de las partes que suscribe el acuerdo, consecuentemente, corresponde a cada una de ellas acreditar dentro del proceso judicial el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones (Cas. N° 3669-2002-Lima).

Objeto y partes legitimadas para la resolución del contrato

{La} acción de resolución tiene por objeto de ruptura del vínculo contractual, la misma que solo puede ser invocada por las partes intervinientes en el citado acto jurídico, sus herederos o sus acreedores y que no puede ser declarada de oficio (Cas. N° 584-1998-Santa).

Efectos de la rescisión y de la resolución

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. (*)

Concordancias:
C.C. arts. 1370, 1371, 1539, 1540, 2014

HUGO FORNO FLOREZ

1. Apreciación general

Este artículo regula aspectos de gran importancia para la eficiencia del contrato; sin embargo, seguramente es uno de los menos logrados de todo el Código. Trata acerca de dos supuestos de ineficacia (uno estructural, la rescisión; y el otro funcional, la resolución) que se han querido regular en sus aspectos generales. Como veremos más adelante, el precepto ha experimentado frecuentes cambios que ponen de manifiesto una perniciosa indecisión del legislador.

2. Los efectos de la rescisión

La rescisión solamente procede en aquellos casos establecidos por la ley y opera mediante pronunciamiento jurisdiccional que así lo disponga, pronunciamiento que tiene efectos constitutivos en el sentido de que configura una realidad jurídica nueva; aquella constituida por la desaparición de la relación jurídica. Esta ineficacia tiene alcances retroactivos de manera que los efectos contractuales desaparecen también para el pasado como si nunca se hubieran producido; y a diferencia de lo que ocurre con la resolución, no tiene importancia si se trata de un contrato de ejecución instantánea o de un contrato de duración. La explicación es simple: la causa o el origen de la ineficacia es un defecto en la estructura del contrato, de manera que ese defecto se proyecta sobre toda la relación jurídica y por eso (como en el caso de la anulación) dicha relación se extingue íntegramente también en el ámbito de los contratos de duración.

3. Los efectos de la resolución

La resolución produce fundamentalmente dos efectos, a saber: el extintivo-liberatorio y el restitutorio (o reintegrativo).

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

a) Efecto extintivo-liberatorio

La resolución provoca la extinción de la relación jurídica o en general la cesación de los efectos contractuales cualquiera que estos sean, y por tanto la liberación de ambas partes. Si con anterioridad al momento en que la resolución se verifica no ha habido principio de ejecución, no existe mayor problema; las partes se ven liberadas de la obligación de ejecutar sus prestaciones. Este efecto está legislativamente consagrado por el artículo 1371 y no presenta mayor complicación, salvo en cuanto se señala más adelante.

b) Efecto restitutorio (o reintegrativo)

El efecto restitutorio es aquel por cuya virtud las prestaciones ya ejecutadas se reincorporan nuevamente al patrimonio de quien las efectuó en mérito al contrato resuelto. Los alcances e intensidad de este aspecto restitutorio dependerán, por un lado, de que se admita o no la retroactividad de la resolución y, por otro, de que se le asigne o no eficacia real.

c) Efecto resarcitorio

Este efecto no es inmanente a la resolución sino que depende de la causal que la provoque. Como las causales de la resolución son heterogéneas, solamente algunas de ellas, como la imposibilidad sobrevenida por causa imputable al deudor o la resolución por incumplimiento, permiten poner en movimiento la tutela resarcitoria. En casos como la resolución por imposibilidad sobrevenida por causa no imputable o por excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, no hay efecto resarcitorio.

4. El alcance retroactivo de la resolución

La mayor parte de la doctrina extranjera señala que la consecuencia natural de la resolución del vínculo contractual es que las cosas retornen al estado en que se hallaban al momento en que el contrato fue celebrado, y para obtener este resultado opina que la resolución opera retroactivamente[1]. De la Puente nos confirma esta tendencia[2] cuando señala que un sector abrumadoramente mayoritario se inclina por admitir la retroactividad en la resolución, y que solo uno muy reducido postula la irretroactividad de la figura[3]. Lo propio ocurre a nivel del derecho positivo comparado.

Este es también (el de la retroactividad) el problema más importante sobre el cual debate desde hace algún tiempo la doctrina nacional en materia de resolución, aunque seguramente

(1) HALPERIN, Isaac. *Resolución de los contratos comerciales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 19. RAMELLA, Anteo. *La resolución por incumplimiento*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 222 y ss. SÁNCHEZ-MEDAL, José. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 118.
MÉLICH ORSINI, Jorge. *Resolución del contrato por incumplimiento*, Temis, Bogotá, Caracas, 1979, p. 317. DELL' AQUILA, Enrico. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, p. 197. MIRABELLI, Giuseppe. "Dei contratti in generale", en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV. T. II, UTET, Torino, p. 632. SACCO, Rodolfo. "I remedi sinallagmatici", en *Trattato di Diritto Privato*, directo da Pietro Resigno, V. 10: *Obbligazioni e Contratti*, Tomo II, UTET, Torino, 1982, p. 511.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Palestra, Tomo II, Lima, 2001, p. 343.

(3) Por ejemplo, DELL'AQUILA, E. Ob. cit., p. 196, nota 11; OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *Efectos que produce la obligación bilateral*, Aranzadi, Pamplona, 1983. p. 119; y, ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 1986 p. 247, nos confirman que en el caso de la doctrina española, solo Roca Sastre patrocina la irretroactividad del instituto.

con un mayor grado de desconcierto e indecisión[4][5]. Y aunque no existe plena conciencia de ello entre nosotros, tengo la convicción de que gran parte de las discrepancias y de los desacuerdos –o por lo menos los alcances que ellos revisten– se debe a la falta de coincidencia sobre la propia esencia de lo que es la retroactividad o irretroactividad de la resolución, o al menos a la desinteligencia acerca del fenómeno al que se quiere aludir con esas expresiones, lo que conduce incluso a lecturas diferentes del mismo precepto.

El artículo 1372, luego de indicar que la resolución se invoca judicialmente o extrajudicialmente, agrega que en ambos casos los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. En primer lugar cabe poner de relieve que la resolución constituye uno de esos casos en los cuales la ineficacia puede ser provocada directamente por el titular del derecho, sin necesidad de recurrir a un pronunciamiento jurisdiccional (autotutela). A eso parece referirse la norma cuando señala que la resolución se invoca también extrajudicialmente. Sin embargo, hay casos en los que la resolución ni siquiera se invoca porque la ineficacia no se configura como un derecho concedido al interesado, sino que proviene directamente de la ley, como ocurre en la hipótesis de la imposibilidad sobrevenida.

(4) Para conocer la verdadera magnitud de las discrepancias, echemos una ojeada a los antecedentes. El artículo 1458 del proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (Comisión Reformadora) establecía expresa y claramente la retroactividad de la resolución salvo en el caso de los contratos de duración. Posteriormente, en un cambio de 180 grados, por obra de la Comisión Revisora el Código Civil de 1984 consagró en el artículo 1372 la irretroactividad de la institución resolutoria. Luego, deshojando margaritas, esta vez el Código Procesal Civil pretendió disponer –nuevamente– la retroactividad de la resolución –salvo excepciones– en la modificación al artículo 1372 que ordenaba su Segunda Disposición Modificatoria. Finalmente, durante la vacatio legis del Código Procesal Civil, la Ley N° 25940 modificó el texto del repetido artículo 1372 dándole el contenido que ahora tiene, concediendo una confusa retroactividad parcial a la resolución. De otro lado, en la doctrina nacional se presenta la misma diversidad de opiniones. De la Puente postula la irretroactividad de la resolución (ver por todos "El contrato en general", cit., Tomo II, p. 407. Ya lo había señalado antes en "El contrato en general", Primera Parte, en: "Para Leer el Código Civil", Vol. XI, T. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, pp. 198 y ss.). Bigio parece de la misma opinión porque explica que si bien la propuesta del texto del artículo 1372, tal como fue recogido inicialmente en el Código Civil de 1984, pertenece a De la Puente, él –Bigio– la sustentó en el seno de la Comisión Revisora (ver: "Exposición de Motivos Oficial del Código Civil", en: separata especial del diario oficial *El Peruano*, Lima 8 de abril de 1989, p. 5); además, ya lo había declarado en El Comercio el 12 de febrero de 1986. Por su parte, Arias Schreiber postuló inicialmente la tesis de la retroactividad, desde que él fue el autor de la ponencia en la Comisión Reformadora (incluso lo declaró expresa y claramente en la Exposición de Motivos –al artículo 82– de su anteproyecto sobre disposiciones generales de los contratos. En un pasaje de dicha exposición, el legislador puntualiza con énfasis que: "Al producirse la resolución del contrato en las hipótesis anteriormente señaladas, sus efectos deben tener alcances retroactivos, con la evidente excepción de aquellos contratos de ejecución continuada o periódica respecto de las prestaciones ya realizadas" (ver: "Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil", T. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, p. 496). Según parece, después cambió de opinión, ya que por carta dirigida a la Comisión Revisora el 19 de enero de 1983, expresó su conformidad con el texto final del artículo 1372, conformidad que se ve ratificada en su comentario a dicho precepto (ver ARIAS SCHREIBER, Max, *Exégesis del Código Civil de 1984*, Studium, T. I, Lima, 1986, p. 120). Finalmente, creo que este autor cambió nuevamente de opinión, pues al compartir una propuesta que Carlos Cárdenas planteó para modificar el artículo 1372, señala en su carta de 14 de febrero de 1994 que "[...] existen situaciones en las que es posible la restitución de las prestaciones no agotadas, dándole carácter retroactivo a la resolución".

(5) Resulta anecdótico –por lo menos– comprobar que hace algún tiempo ya se produjo este mismo debate en Italia y tuvo entre sus más connotados protagonistas a Walter Bigiavi y a Gino Gorla. Si bien la polémica se centró más claramente en la admisión o no del alcance real del efecto retroactivo, adquirió un nivel tan interesante que debió ser resuelta –y efectivamente así ocurrió, en opinión de Auletta– por la fuerza del legislador. De estas circunstancias nos da cuenta con detalle AULETTA, Giuseppe Giacomo en *La risoluzione per inadempimento*, Edizione Scientifiche Italiane - Giuffrè, Milan, 1942, especialmente pp. 249 y ss. También puede consultarse a BARASSI, Ludovico, *La teoría generale delle obligación*, Volmen III, *L'Attuazione*, Milano, 1964, p. 410. Y –aunque es mucho más breve– ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. Ob. cit., p. 242.

En segundo lugar es necesario advertir que si la resolución se invoca extrajudicialmente no hay sentencia resolutoria, de manera que la ley se equivoca cuando señala que en "ambos" casos (judicial y extrajudicial) los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la causal.

En tercer lugar, en fin, se hace necesario señalar que no aparece con claridad y precisión el significado que adquiere este precepto cuando establece una retroactividad que se remonta solamente hasta el momento en que se produce la causal resolutoria.

La norma parece ordenar una retroactividad parcial, toda vez que no se remonta hasta la época de la concertación del contrato sino únicamente hasta la fecha en que ocurrió la causal que sirve de fundamento a la resolución. No obstante, la propia norma dispone que las partes se restituyan las prestaciones ejecutadas, lo que supone una retroactividad que retrocede más allá de la causal resolutoria; pero luego señala que el estado de la prestación que se restituye debe ser el que tenía al momento que tuvo lugar la causal y, si no se puede devolver la prestación in natura, se debe devolver su valor en dinero, pero el valor que tenía en el referido momento.

5. La noción de retroactividad resolutoria y sus consecuencias

Por eso es imprescindible enunciar, aunque sea en forma sucinta, qué puede entenderse por retroactividad de los efectos resolutorios y cuáles son sus más importantes consecuencias. La retroactividad, afirma Miccio, tiene la característica de hacer aplicable una regulación a relaciones ya existentes al momento en que tal regulación entra en vigor, y de poder hacer caer así eventualmente derechos ya surgidos en virtud de una regulación precedente(6). Puede señalarse con más propiedad que la retroactividad consiste en aplicar una regulación a la estructura de situaciones ya configuradas o a hechos ya cumplidos con anterioridad a la vigencia de tal normativa.

Por eso es conveniente dar a cada cosa, a cada situación su cabal sentido. En abstracto, la resolución puede tener o no tener efectos retroactivos. Serán retroactivos en sentido propio cuando se proyecten hacia atrás, determinando necesariamente la eliminación de la relación jurídica desde su nacimiento y la restitución de las prestaciones, la de los frutos y provechos, y la destrucción de los actos de administración realizados por aquel que recibió la prestación. Los efectos no serán retroactivos cuando tengan lugar para el futuro. Como sostiene Auletta(7), las consecuencias más importantes del principio de la retroactividad pueden resumirse de esta manera:

(i) La resolución extingue no solo la adquisición del incumplidor, sino también las de aquellos que sucesivamente hayan adquirido de aquel derecho sobre el bien, a menos que a favor de ellos opere un título de adquisición autónomo como la prescripción, o una expresa disposición de la ley(8);

(ii) Pierden valor todos los actos de administración celebrados por el incumplidor respecto del bien; y,

(6) MICCIO, Renato. "Il contratto", en *I diritti di credito*, Volumen Secondo, Parte II, UTET, Torino, 1977, p. 517.
(7) AULETTA, Giuseppe Giacomo. Ob. cit., p. 250.
(8) Auletta ha podido referirse a la restitución de prestaciones en general, pero se encuentra preocupado por el caso de contratos que hayan originado transferencias de bienes, y posteriores subtransferencias a terceros adquirentes.

(iii) El incumplidor debe restituir al actor en resolución todos los frutos, provechos y ganancias obtenidos del bien. La misma restitución corre a cargo del actor en el caso en que haya recibido una prestación parcial o defectuosa[9].

Me interesa de manera especial destacar ahora que el efecto restitutorio –o reintegrativo– (esto es, aquel en virtud del cual las partes se deben restituir las prestaciones ejecutadas) a que se refiere el párrafo (i) anterior, no es otra cosa que la consecuencia más importante del principio de la retroactividad de la resolución, pues determina que, como consecuencia de la resolución operada en fecha posterior, un contratante deba devolver un bien que recibió cuando se encontraba vigente la relación jurídica y que tuvo como causa de justificación jurídica dicha relación. Las otras consecuencias, que no son de escasa importancia, son meramente instrumentales o derivadas necesariamente de la primera.

En consecuencia, no puede dudarse de que sostener la irretroactividad de la resolución implicaría, en puridad, negar los efectos extintivo-liberatorios y restitutorios de la resolución, permitiendo que el contratante incumplidor pueda, no obstante haberse producido la resolución, retener la prestación recibida. Esta aclaración me parece relevante porque, como se verá más adelante, muchas veces se propugna la irretroactividad de la resolución, pero no para negar el efecto restitutorio[10]. Que en rigor el efecto restitutorio sea consecuencia de la retroactividad y que por ello la negación de la retroactividad impida tal restitución, es algo de lo que no debería dudarse más. En apoyo de este aserto resulta ilustrativo recordar que el artículo 1458 del proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Reformadora, establecía que la resolución del contrato tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, en que la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas[11]. De esta cita lo que pretendo destacar es que la excepción a la retroactividad –es decir, la irretroactividad que se establecía para los contratos de ejecución continuada o periódica– significaba que las prestaciones ya ejecutadas no se restituían. En otras palabras, en los contratos de duración no tiene efectos retroactivos la resolución, de manera que esta no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

6. Los alcances de la retroactividad resolutoria

Lo que ha contribuido de manera importante a incrementar la confusión, y no parece haber existido entre nosotros suficiente conciencia de ello, es que cuando la doctrina comparada ha discutido acerca de la retroactividad, en realidad lo ha hecho sobre la intensidad y el alcance de este efecto. Así, Miccio después de enunciar la característica de la retroactividad de la resolución en los términos que se han dejado anotados, explica que para que pueda hablarse de retroactividad en sentido propio es necesario que tal influencia se proyecte sobre

(9) Como es evidente, Auletta analiza este problema a propósito de la resolución por incumplimiento.

(10) Manuel De la Puente, por ejemplo, explicando los efectos no retroactivos de la resolución, enseña sin embargo que en un juicio de resolución, si se declara fundada la demanda, "[...] la parte infiel deberá restituir la prestación que recibió en el estado en que se encuentre al momento de citársele con la demanda o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenía tal prestación a ese momento" (ver *El contrato en general*, cit., T. II, p. 346).

(11) Este precepto era copia casi textual del primer párrafo del artículo 1458 del Código Civil italiano de 1942, que tiene el siguiente tenor: "1458. Efectos de la resolución. La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas.
La resolución, aun cuando haya sido expresamente pactada, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución".

derechos distintos de aquellos que derivan del acto que se elimina a causa de una intervención judicial o negocial[12].

Por eso advertí oportunamente que no había uniformidad de criterios en torno a la connotación que tiene el concepto retroactividad y al fenómeno que se quiere significar con él. Igual que ahora lo hace Renato Miccio, un sector muy importante en la doctrina comparada defendió hace ya bastante tiempo la irretroactividad de la resolución, pero no negando la retroactividad en sentido estricto sino más bien para sostener que la retroactividad de la resolución solo tiene alcances *inter* partes –a lo que se denomina retroactividad obligatoria– y no afecta a los derechos que los terceros (o que ciertos terceros) puedan haber adquirido de una de las partes entre el momento en que surgió la relación jurídica y el momento en que tuvo lugar la resolución –retroactividad real, relativa o absoluta–.

En efecto, como puede fácilmente comprenderse, la retroactividad puede tener diversos niveles de intensidad según los intereses en juego y la tutela que el legislador les dispense en cada caso. Sobre la base de estos criterios, la retroactividad de la resolución se clasifica, según lo enseña Mosco[13], de la siguiente manera:

(i) Retroactividad con efecto obligatorio, cuando únicamente alcanza a las partes;

(ii) Retroactividad con efecto real relativo cuando alcanza, además de las partes, a ciertos terceros, como por ejemplo, a los terceros de mala fe o a los terceros adquirentes a título gratuito; pero quedan a salvo otros, como los terceros de buena fe o como los terceros adquirentes a título oneroso; y,

(iii) Retroactividad con efecto real absoluto cuando alcanza a las partes y a cualquier tercero.

En rigor, se considera conspicuos defensores de la irretroactividad de la resolución a quienes –como Walter Bigiavi[14], Gino Corla y Giuseppe Auletta (los dos primeros en la postrimería de la época del Código Civil italiano de 1865 y el último en el período de transición entre aquel Código y el vigente)– postulan una retroactividad pero únicamente obligatoria, es decir, son más bien detractores de un alcance real en la retroactividad que de la retroactividad misma. Más aún, las teorías de los referidos autores –que coinciden en la conclusión, pero con distinto fundamento– son las que guiaron al legislador italiano a consagrar una retroactividad real muy relativa[15] para la resolución.

Para demostrar que al hablar de irretroactividad los autores se han referido en verdad a la retroactividad obligatoria o con un efecto real muy relativo, resulta sugerente recordar que el propio Auletta sostiene que si se estudia la naturaleza de la resolución, la irretroactividad termina siendo un simple corolario; y agrega que, en conclusión, "(...) cuando en base al contrato resuelto o a su cumplimiento, el incumplidor ha adquirido un derecho real, los terceros, a los cuales este haya trasmitido un derecho real o de crédito, no pierden su derecho no

(12) MICCIO, Renato. Ob. cit., vol. I, parte II, p. 517.

(13) Citado por ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. Ob. cit., p. 240.

(14) Este jurista fue autor de uno de los trabajos más interesantes sobre la materia (justamente se titula "Irretroattivitá della risoluzione per inadempimento", en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1934, I, pp. 695-722) y fue seguido por el legislador italiano al momento de regular el efecto retroactivo de la resolución en el *Codice* de 1942.

(15) En efecto, del artículo 1458 que se ha transcrito en la nota 11, se desprende claramente que el sistema italiano solo permite –al menos para la hipótesis de incumplimiento– que la resolución afecte al tercero cuando la demanda de resolución se ha transcrito con anterioridad al derecho que el tercero invoca.

obstante la resolución, con tal que se hayan observado las formas establecidas por la ley (inscripción o transmisión de la posesión) para la oponibilidad de la adquisición a los sucesivos adquirentes del dante causa; cuando por el contrario el incumplidor haya adquirido solo un derecho de crédito, la cesión de él o la constitución de otro derecho de crédito a favor de un tercero no puede ser opuesta a quien ha obtenido la resolución"[16].

Es muy significativo que Auletta sostenga que el problema de la retroactividad de la resolución ha sido legislativamente resuelto por el nuevo Código italiano[17] si se considera que, como ya se ha recordado, el artículo 1458 de aquel Código sanciona expresamente el efecto retroactivo de la resolución, dejando a salvo el caso de los contratos de duración y el derecho de tercero. Como ya se ha recordado también, esta era la tónica del proyecto elaborado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 y que fue modificado por la Comisión Revisora.

7. La resolución tiene efectos retroactivos. Consecuencias

La resolución extingue una relación jurídica por causas –frecuentemente anomalías– que inciden en la propia relación jurídica pero que no afectan la estructura del contrato. Por esa razón se suele calificar a la resolución como un supuesto de ineficacia funcional, a diferencia de otros fenómenos, como la anulación o la rescisión que se originan por defectos ubicados en la propia estructura del contrato y que por ello se califican como supuestos de ineficacia estructural. Este solo hecho no puede conducir a que la retroactividad deba admitirse únicamente en las hipótesis del segundo tipo y negarse en cambio en las del primero. En efecto, salvo en los casos de contratos de duración, cuando se extingue la relación jurídica se extingue íntegramente y no puede quedar subsistente en el pasado de suerte tal que deriven de ella derechos o permanezcan las consecuencias que se produjeron bajo su amparo. La extinción de la relación por resolución supone que ella (la relación) no ha servido, o de cualquier modo no servirá para provocar la satisfacción recíproca de los intereses de las partes de manera que debe retornarse –en principio– a la situación existente al momento en que ha surgido, lo que necesariamente exige una aplicación retroactiva del efecto resolutorio; esta es la regla general.

El efecto restitutorio –o reintegrativo– (esto es, aquel en virtud del cual las partes se deben restituir las prestaciones ejecutadas) es inevitable (salvo las excepciones a que se aludirá más adelante) en la resolución, toda vez que haya existido principio de ejecución[18].

Veamos qué sucedería con una compraventa, si el bien fue entregado al comprador al momento en que se celebró el contrato, el comprador pagó oportunamente veinte de las sesenta cuotas mensuales en que se fraccionó el precio y dejó de pagar a partir de la vigésimo primera, de manera que en el mes número veinticuatro contado a partir de la celebración del contrato, este es resuelto por incumplimiento. Según la tesis que considero acertada, la resolución significa ineficacia del contrato de manera que los efectos derivados del negocio desaparecen totalmente, configurándose una situación análoga a la del contrato que nunca desplegó sus efectos (contrato ineficaz). De esta manera, el comprador debe devolver el bien que recibió, aunque cuando se produjo la entrega haya estado vigente la relación; lo mismo ocurre con los pagos a cuenta del precio que recibió el vendedor, porque desaparecido todo vestigio

(16) AULETTA, Giuseppe Giacomo. Ob. cit., p. 282.
(17) Ibídem, pp. 289 y ss. En verdad este autor cita las normas del Proyecto de Libro de las Obligaciones, porque cuando escribió su obra citada el *Codice* no se había promulgado todavía.
(18) ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. Ob. cit., p. 237.

de la relación jurídica se produce una situación de pago indebido que obliga a la restitución para evitar un enriquecimiento sin causa. Lo contrario, es decir, sostener simplemente que la resolución no es retroactiva, implicaría que la relación se entiende subsistente para el pasado y ella justificaría que las partes pudieran retener el bien recibido y las cuotas de precio entregadas durante ese periodo pasado.

En el ejemplo propuesto, el comprador mantendría la propiedad del bien (que recibió en una época anterior, que no es alcanzada por la resolución), pero el vendedor habría recibido y por ello únicamente mantendría 20 cuotas del precio (las cuales fueron pagadas también durante el lapso en que operó la relación jurídica y que se mantiene a pesar de la resolución, porque no se admite que ella opere retroactivamente), de 60 que fueron pactadas; como el contrato se resuelve únicamente para el futuro, el vendedor ya no puede exigir las cuotas restantes porque la relación obligatoria en la que él era acreedor de esas cuotas se ha extinguido; ello supondría un evidente perjuicio para el vendedor y un beneficio manifiesto e injustificado para el comprador incumpliente. En casos como este el instituto de la resolución habría quedado despojado de toda utilidad, pues lejos de servir de protección (rectius, tutela) provoca un evidente perjuicio a aquel en cuyo beneficio se ha previsto.

8. Excepción al principio de retroactividad. Alcances de la excepción

En los contratos llamados de duración, a diferencia de los de ejecución instantánea, la resolución y por tanto el efecto retroactivo –en sus aspectos extintivo-liberatorio y reintegrativo– opera generalmente con alcances diferentes, porque la estructura de la relación es sustancialmente distinta de aquella que generan los contratos de ejecución instantánea. Por lo tanto, el funcionamiento de la resolución en este tipo de contratos sí constituye en general una verdadera excepción pues no se afectan las prestaciones recíprocamente ejecutadas, las que permanecen firmes, es decir, no rige plenamente el principio de retroactividad y como lógica consecuencia tampoco el efecto restitutorio.

Los contratos de duración generan una relación jurídica muy particular, en la que el tiempo asume un rol esencial en atención a que los intereses de las partes (o de una de ellas) que sirven de presupuesto contractual, tienen precisamente esa particularidad temporal(19). Existen, en efecto, ciertos intereses que se prodigan continuadamente en el tiempo porque tienen como base una necesidad, una carencia que presenta esa característica, es decir una carencia constante que no desaparece (al menos durante un tiempo) aun cuando se provea a su satisfacción, porque entonces tal satisfacción corresponderá a aquella necesidad existente en un determinado momento, pero automáticamente continúa la misma necesidad correspondiente al tiempo sucesivo.

Tomemos como ejemplo las necesidades (carencias) de agua potable o de energía eléctrica para nuestras casas. Creo que se puede percibir sin dificultad que se trata de necesidades constantes en tanto que el requerimiento del bien agua o del bien electricidad es también constante. Así, el suministro o la provisión de una cantidad de agua o de energía eléctrica en un momento determinado solo satisface la necesidad que tenemos de esos bienes durante el tiempo en que fueron suministrados; pero eso no satisface la necesidad total porque esta se repite constantemente también para períodos sucesivos. En consecuencia, el suministro de agua o de electricidad durante todo un día o una semana o un mes satisface únicamente

(19) DI MAJO, Adolfo. "Delle Obbligazioni in Generale (artt. 1173-1176)", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 86.

la necesidad de agua o de electricidad experimentada durante ese período, pero la necesidad con respecto al bien se mantiene (no se agota) para los períodos sucesivos.

Sin embargo, el interés del acreedor correspondiente al periodo durante el cual el bien le fue suministrado sí ha quedado realizado plenamente, aunque el suministro se interrumpa en un periodo sucesivo, porque entonces será el interés correspondiente a dicho periodo sucesivo el que quedará insatisfecho. El tiempo entonces repercute inexorablemente en el fenómeno causal del contrato porque adecua su función a la satisfacción de una categoría especial de intereses: los intereses durables. Así, esta característica se torna en esencial y, a diferencia de las relaciones de ejecución instantánea, actúa en las relaciones de duración de un modo tal que permite fraccionarlas en el tiempo y tratar de manera separada esas fracciones como si fueran (aunque no lo son) relaciones jurídicas distintas entre sí. De esta forma puede haber una única relación jurídica de duración en la que haya habido cumplimiento (para un cierto periodo) y en la que también haya habido incumplimiento (para un periodo sucesivo).

Ahora bien, es esencialmente distinto el caso de los llamados contratos (o relaciones jurídicas) de ejecución instantánea, en donde el tiempo juega un rol meramente circunstancial (lo que no significa que no sea relevante) en el sentido de que tiene fundamentalmente la función de servir para establecer la conexión entre el tiempo y la satisfacción del interés del acreedor[20]. El tiempo no tiene aquí una incidencia directa en el interés del acreedor al punto que contribuya a configurarlo. En estos casos se trata de una necesidad y, por tanto, de un interés que por su propia naturaleza puede satisfacerse por entero mediante un solo acto de ejecución; no existe esa característica tan peculiar del sucederse el interés en el tiempo. En consecuencia, una única prestación con un solo acto de ejecución satisfacen íntegramente la necesidad y realizan del todo el interés del acreedor. Como lógico corolario, el pago queda efectuado cuando toda la prestación ha sido ejecutada porque solo entonces queda realizado íntegramente el interés del acreedor.

En todos los casos en que la prestación es divisible (y con mayor razón si no lo es), el pago de una fracción de prestación no puede considerarse pago en sentido estricto y no realiza el interés del acreedor porque, como dije, se trata de un único interés que solo se realiza con la prestación íntegra. En otras palabras, en las relaciones de ejecución instantánea también puede encontrarse una ejecución prolongada con más o menos actos separados de ejecución. Incluso no es infrecuente que encontremos contratos de ejecución instantánea cuya ejecución dura o se prolonga por más tiempo que en contratos considerados como de duración, pero ello no tiene ninguna importancia para establecer la distinción. Ocurre que en los primeros, una única ejecución de una única prestación se divide en partes de modo que se tiene igual número de ejecuciones parciales; pero el interés no podrá considerarse realizado mientras no se ejecute hasta la última fracción de prestación, porque se trata de un único interés que se va realizando parcialmente, de a pocos. En estos casos no puede considerarse que el interés del acreedor ha quedado plenamente realizado por el período al que corresponde la fracción de prestación ejecutada, porque ese interés no tiene ese tipo de relación con el tiempo. Entonces no es posible en absoluto dividir en el tiempo las relaciones de ejecución instantánea de modo que exista cumplimiento durante un cierto periodo e incumplimiento en otro sucesivo. En estas relaciones no puede haber cumplimiento e incumplimiento como en cambio vimos que sí era posible en las de duración; aquí solo hay cumplimiento o incumplimiento.

(20) Puede consultarse a este respecto el artículo titulado "El plazo esencial y la tutela resolutoria" que publiqué en *Estudios sobre el contrato en general*, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 919 a 966; en particular sobre la función del plazo, ver pp. 922 y ss.

Imaginemos una relación jurídica derivada de un contrato de compraventa de un bien mueble; el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador mediante la tradición del mismo, y el comprador a pagar el precio en dinero. El interés de ambos contratantes no queda satisfecho en modo alguno mientras las partes no hayan ejecutado íntegramente sus respectivas prestaciones. El hecho de que eventualmente se haya estipulado que el precio se pagará fraccionado en múltiples cuotas mensuales (digamos 60) no convierte esa relación en una de ejecución continuada, porque se trata de un único interés del vendedor a obtener íntegramente el precio, interés que no tiene relación de correspondencia con el transcurso de aquel tiempo durante el cual la obligación permanece vigente. De este modo, si se cancelaran las primeras veinte cuotas y luego se incumplieran las restantes, no podría sostenerse que el interés del acreedor ha quedado íntegramente satisfecho por el período durante el cual se pagó, de suerte que pueda predicarse un cumplimiento en sentido técnico por aquel período y un incumplimiento por el período siguiente. Aquí, en efecto, no es posible escindir la relación en dos entendiendo que una se ha extinguido fisiológicamente por cumplimiento, porque se ha realizado íntegramente el interés del acreedor; y que la otra se mantiene en una circunstancia de incumplimiento con una lesión del interés del acreedor. Al tratarse de un único interés inescindible, o el interés se realiza íntegramente o se lesiona íntegramente.

Obsérvese pues que la diferencia entre la categoría de los contratos de ejecución instantánea y la de los de ejecución continuada o periódica, no consiste simplemente en la modalidad de la ejecución. Como enseña Osti, no deja de ser de ejecución instantánea el contrato solo porque la prestación de una de las partes esté repartida en varias cuotas, en la medida en que el fraccionamiento se haya pactado con el propósito de facilitar el cumplimiento o por otra razón de oportunidad. En tales supuestos, agrega este autor, el plazo de la obligación tiene naturaleza de elemento accidental en sentido técnico[21].

En las relaciones de duración existen, es cierto, prestaciones que son por su propia naturaleza prestaciones continuadas (es el caso del uso de una cosa o la locación de un servicio). Pero este tipo de prestaciones no agota el espectro de esta categoría de relaciones, porque pueden darse casos de prestaciones que formen parte de relaciones de duración y que sin embargo puedan ejecutarse de manera instantánea, de modo que deben ser repetidas periódicamente. En definitiva, las relaciones de duración pueden contemplar prestaciones que por su propia naturaleza son también continuadas, y también prestaciones que por su naturaleza son de ejecución instantánea.

Esto no significa que la resolución no pueda tener, también en los contratos de duración, efectos retroactivos. Supóngase que en un contrato de suministro el suministrado hubiera recibido mensualmente la mercadería durante un año completo, pero no hubiera pagado nunca la retribución correspondiente, de modo que el suministrante obtiene la resolución del contrato. En este caso, aun cuando la resolución se produce en el segundo año de vida de la relación de suministro, tendrá efecto retroactivo en base a las mismas reglas que se han expuesto a propósito de los contratos de ejecución instantánea. Por ello, la fórmula que contiene el texto del artículo 1372, según la cual la resolución se retrotrae al momento en que se produce la causal que la motiva parece estar pensada justamente para los contratos de ejecución continuada o periódica.

(21) OSTI, Giuseppe. Voz "Contratto" en *Novíssimo Digesto Italiano*. Vol. IV, UTET, Torino, 1957, ahora también en *Scritti Giuridici*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973, p. 769.

La diferencia, pues, entre los contratos de ejecución instantánea y los contratos de duración es muy pronunciada. Usemos otro ejemplo para apreciar las diferencias prácticas con relación a la compraventa a plazo que enunciamos hace poco. Supongamos que el suministro periódico de algún bien se estipuló a cambio de una contraprestación en dinero. Supongamos también que el suministro del bien se produjo regularmente y la contraprestación se pagó oportunamente durante los primeros ocho meses de vida de la relación; pero el suministrado, no obstante continuar recibiendo el bien, dejó de pagar la contraprestación a partir del mes número nueve en adelante; supongamos finalmente que el suministrante interrumpe la provisión del bien el mes número doce y resuelve el contrato. La naturaleza de las relaciones de duración permite, según se ha explicado, dividir en dos la relación jurídica de suministro separando aquella parte de la relación que funcionó adecuadamente, en este caso durante los primeros ocho meses en que ha habido cumplimientos recíprocos y realización plena de los intereses de ambas partes, y aquella porción que no ha funcionado por el incumplimiento de uno de los contratantes. Entonces no tendría sentido destruir la relación jurídica desde su inicio (a menos que desde el inicio hubiera incumplido una de las partes), porque sí hay una satisfacción plena de ambos contratantes que dice relación con el tiempo. En estos casos se señala con razón que la resolución no es retroactiva en el sentido de que la ineficacia no alcanza la parte de la relación que funcionó satisfactoriamente, porción de relación que se mantiene a pesar de la resolución, la cual opera solamente desde el mes número nueve en adelante, con todos sus efectos. Entonces el suministrado sí retiene los bienes que recibió durante los primeros ocho meses de vigencia del contrato, al igual que lo hace el suministrante con los pagos que a cambio recibió en dinero durante el mismo periodo. Y estos bienes son retenidos por los contratantes porque la relación contractual se mantiene para el referido lapso, fungiendo de causa (justificación jurídica) de esos desplazamientos patrimoniales. No hay efecto extintivo-liberatorio ni tampoco restitutorio para esa porción de la relación contractual.

Obsérvese, no obstante, que en estos casos de contratos de duración también puede haber, y normalmente hay, retroactividad; pero una retroactividad solamente parcial que retrocede los efectos de la resolución al momento en que se produjo el incumplimiento. Así, en el ejemplo del suministro, la resolución provocada en el mes número doce no afecta la relación tal como operó durante los primeros ocho meses, de manera que esa parte de la relación se mantiene con todos sus efectos; las partes retienen las prestaciones que recibieron y para esa porción de relación es como si no hubiera resolución (*rectius*, no hay resolución). Pero la resolución ocurrida en el mes número doce sí afecta la relación desde el mes número nueve en que se inició el incumplimiento de una de las partes, de suerte que la resolución (provocada en el mes número doce) se retrotrae con todas sus implicancias destruyendo la relación desde el mes número nueve en adelante, lo que significa que el suministrado debe devolver los bienes que le suministraron durante ese período (es decir, desde el mes número nueve hasta el mes número doce en el que el suministrante interrumpió la entrega de bienes). Por eso decía en otro lugar que la fórmula del segundo párrafo del artículo 1372 en la parte que dispone que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, sirve para regular la retroactividad en el caso de los contratos de duración[22], pero no sirve como regla general.

También puede apreciarse la diferencia en los dos ejemplos propuestos, tomando en consideración el dato causal. En el caso del contrato de compraventa a plazos (que es un contrato

(22) FORNO, Hugo. "El principio de la retroactividad de la resolución contractual", en *Themis Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 30, Lima, 1988, p. 195.

de ejecución instantánea), el comprador no se puede quedar con el bien porque la parte de la contraprestación pagada por él (20 cuotas nada más) no sirve de equivalente de ese bien, de manera que una de las partes (el comprador) habría realizado su interés tal como fue previsto por los contratantes, y el otro (el vendedor) no habría realizado su interés, el cual quedará definitivamente lesionado con el incumplimiento de la contraparte. En consecuencia, es necesario destruir íntegramente la relación. En cambio, en el suministro (que es un contrato de duración) los intereses de cada uno de los contratantes sí habrían quedado realizados íntegramente por el período en que hubo cumplimiento recíproco, y únicamente se produciría la anomalía funcional desde el momento en que el suministrado dejó de pagar; a partir de entonces se destruye la relación jurídica dejando subsistente la parte que corresponde al lapso anterior.

Pero es verdad que cualquiera que sea la interpretación que se dé al artículo 1372 y especialmente a aquella disposición que indica que la resolución se retrotrae al momento en que se produce la causal que la motiva, el significado del precepto no puede ser que en los contratos de ejecución instantánea no se restituye la prestación; y la razón por la que tal significado no es admisible es que, precisamente, la obligación de restituir es un efecto que el propio artículo expresamente ordena. En cambio, y esto es lo relevante, esa disposición y su significado sí tienen que ver con la calidad de prestación que se devuelve y por tanto con los daños que sin ningún tipo de justificación de política legislativa la ley mal concebida asigna a una de las partes, que es normalmente aquella en cuyo interés se ha dispuesto la tutela resolutoria (es el caso del acreedor en la resolución por incumplimiento, por ejemplo).

Supóngase que como consecuencia de una compraventa a plazos, el comprador recibe el automóvil al momento en que se celebra el contrato y se obliga a pagar el precio en 36 cuotas mensuales; supóngase que lo utiliza intensamente como taxi durante 15 meses y en razón de la falta de pago de las cuotas devengadas a partir de la número 16, el vendedor resuelve el contrato en el mes número 20. Entonces, por aplicación del artículo 1372 las partes deben restituirse las prestaciones que hayan recibido, así que el vendedor devuelve las 15 cuotas que el comprador le pagó, y el automóvil que oportunamente entregó nuevo lo recibe de regreso en un estado deplorable, porque al haber sido usado como taxi por el comprador tiene varias decenas de miles de kilómetros de intenso recorrido y por el maltrato al que ha sido sometido por los pasajeros. De esta manera, el comprador recibe todo lo que pagó; el 100 % del precio está en su bolsillo; en cambio el vendedor se queda con una prestación que representa (supongamos) solo el 40 % de su valor, lo que significa que ha perdido un valor equivalente al 60 %. Si el vendedor le reclamara al comprador el reembolso del valor perdido, este contestaría que él solamente está obligado por la ley a restituir el bien en el estado en que se encontraba cuando se produjo el incumplimiento y que ese es justamente el estado en el que el automóvil estaba cuando dejó de pagar el precio.

Pongamos un ejemplo con dinero que es un poco más gráfico. Imaginemos que en el mismo caso hipotético mencionado en el párrafo anterior, el comprador adquiere el vehículo por un precio de US$ 36,000 que debe pagar en 36 cuotas mensuales de US$ 1,000. El comprador paga durante 15 meses las cuotas correspondientes e incumple a partir de la número 16, así que en el mes número 20 el vendedor resuelve el contrato. Como consecuencia de la resolución, el comprador devuelve el vehículo y el vendedor la parte del precio que recibió. Pero al destinar el vehículo a transporte público, al mes número 16 (que es cuando se produce el incumplimiento), su estado es lamentable de manera que el valor que tiene es de US$ 14,400. El comprador nada pierde porque parte del precio nunca fue pagada por él y la que sí pagó le fue devuelta, con lo cual es claro que tiene en su patrimonio el 100% del

precio. Además, ha ganado el uso y provecho del vehículo durante el tiempo en que lo tuvo en su poder. En cambio, el vendedor entregó un (vehículo por el) valor de US$ 36,000 (100 %) y recibe un (vehículo por el) valor de US$ 14,400 (40 %), lo que le significa una pérdida de US$ 21,600 (60 %). Si alguien cree que esa pérdida se puede recuperar demandando indemnización de daños y perjuicios, la posición es débil porque no hay que olvidar que es la ley la que ordena que el bien se entregue en ese estado de manera que el deudor dirá que está amparado en ese extremo por la ley[23]. Por lo demás, si la causal de resolución no fuera imputable a las partes, ni siquiera sería posible hablar sobre indemnización.

Analicemos otro escenario, supongamos ahora que el vehículo se destruyó después del incumplimiento (digamos, en el mes número 17) de tal suerte que ya no puede ser restituido en especie; la ley dice que se restituye su valor en dinero, pero no el valor actual o el precio originalmente estipulado en el contrato sino el valor que tenía al momento del incumplimiento, es decir US$ 14,400. Entonces, el comprador no tendría que devolver nada porque a él le deben restituir US$ 15,000 y él debe US$ 14,400 o sea que puede oponer la compensación al vendedor y así el comprador incumplidor recibe US$ 600 sin pagar nada.

Los problemas pueden multiplicarse, pero dada la índole de este análisis no tengo tiempo acá para afrontarlos todos. ¿Qué pasa, por ejemplo, si el bien se perdió o se destruyó mucho antes de la causal de resolución (del incumplimiento por ejemplo?). Para efectos de la restitución ¿cómo se determina el valor que tenía el bien a ese momento si para entonces ya no existía? ¿Qué pasa con aquellos casos en los que el deterioro del bien no es material, sino jurídico (para usar una expresión metafórica), como cuando el comprador grava el bien o se lo embargan antes de que se produzca la causal? Como se puede ver, la solución de nuestra ley es pésima y perjudica gravemente al acreedor, lo que lamentablemente produce un perjuicio en el instituto de la resolución como mecanismo de tutela contractual; el acreedor, dados los problemas que presenta, no podrá recurrir a esta alternativa o tendrá que escoger el mal menor.

¿Y todo esto por qué? Porque el legislador mediante un ejercicio conceptual tan simple como equivocado (pero con un claro sabor a la jurisprudencia de conceptos llevada a niveles superlativos), entiende que si cierta causal es el problema que provoca la resolución, los efectos de esta solamente pueden llegar hasta ese momento porque la relación jurídica antes ha funcionado apropiadamente (?).

9. Restitución de los frutos y provechos

Veamos ahora qué ocurre con los frutos y provechos derivados de la prestación ejecutada. Es probable que este aspecto haya concentrado la preocupación principal del legislador y que al establecer la irretroactividad de la resolución en el texto original del artículo 1372[24] del Código haya buscado exclusivamente evitar la restitución de tales frutos y provechos. En efecto, la prohibición de la retroactividad que esta norma contenía no parece haber tenido el sentido de impedir la restitución de las prestaciones ejecutadas; tampoco pretendió evitar que

(23) Es claro que la resolución por incumplimiento da derecho al acreedor a exigir la indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido; así lo manda la disposición que contiene la parte final del primer párrafo del artículo 1428 del Código Civil. Pero el problema es que el artículo 1372 del Código permitiría sostener que el deterioro del bien no es un daño resarcible.

(24) Recuérdese que este artículo tenía originalmente el siguiente tenor: "La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.
En ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe".

la resolución afectara a los terceros (de buena fe), porque el segundo párrafo expresamente los protegía. De cualquier modo creo que la restitución de los frutos y provechos que haya originado la prestación no debería quedar excluida de la resolución, al menos en una categoría importante de casos como es la de la resolución por incumplimiento. El fundamento de esta afirmación se encuentra en el principio de la buena fe.

10. La retroactividad de la resolución y los terceros

Veamos finalmente el caso de los terceros. Para mantener la coherencia con el sistema seguido por el Código Civil de protección de los terceros de buena fe, y en definitiva la seguridad del tráfico jurídico que justifica tal sistema, la resolución tiene efecto retroactivo con alcance real relativo. Esto significa que la retroactividad operará entre las partes plenamente y también frente a los terceros, salvo aquellos que puedan considerarse de buena fe.

Es importante aclarar que la intangibilidad del tercero de buena fe es solo un mecanismo de protección de tráfico y no una limitación intrínseca de la retroactividad, de modo que toda vez que la prestación no pueda ser restituida in natura por encontrarse en la esfera jurídica de un tercero de buena fe, deberá restituir su valor en dinero.

En este caso se trata de la buena fe subjetiva y significa que el tercer adquirente no sabía ni estaba en razonable situación de saber al momento de celebrar el contrato de adquisición, que el contrato de su enajenante era resoluble y que había elementos objetivos que permitían esperar que se produjera la resolución. Por ejemplo, ya se había producido el incumplimiento (si se trataba de esa causal de resolución) o ya habían ocurrido eventos que tornaban excesivamente onerosa la prestación (si se tratara de esta otra hipótesis).

11. La retroactividad en la jurisprudencia

En un caso emblemático, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la retroactividad de la resolución interpretando este artículo 1372 en el sentido de que resulta aplicable únicamente a los contratos de duración, al menos en la parte de la norma que señala que la retroactividad únicamente llega al momento de la causal. El caso se refería a un contrato de compraventa (que según parece las partes denominaron "contrato preparatorio de compraventa") cuya resolución demandan los compradores porque la vendedora no cumplió con una obligación de entregar saneados los títulos del inmueble. La sentencia de vista acoge la pretensión resolutoria pero no ordena la devolución del inmueble, acaso porque tal pretensión no fue incluida en la demanda seguramente porque no es a los demandantes compradores a quienes tal restitución interesa; ni tampoco fue planteada por la demandada (que es la vendedora) en su reconvención. Justamente el recurso de casación se fundamenta entre otras cosas en que la Corte Superior no aplicó el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil al no ordenar a los compradores que restituyeran el inmueble a la vendedora[25].

Se trata de una sentencia que acuña una valiosa doctrina jurisprudencial que intenta marcar un derrotero a seguir en la espinosa regulación de la retroactividad resolutoria en el Perú, y trasunta una clara visión y postulados correctos sobre la retroactividad de la resolución que ha sido víctima de tanto maltrato en el Perú.

(25) El principio de congruencia y la eventual aplicación a este caso concreto de las reglas que contiene la última parte del artículo 87 del Código Procesal Civil, que ni siquiera fue citado en el fallo casatorio, merecían un mayor detenimiento por parte de la Corte Suprema.

En primer lugar, la sentencia advierte con toda pertinencia que es particularmente relevante a los efectos de la resolución y de la problemática de la retroactividad, la naturaleza de la relación contractual de que se trate según que se clasifiquen como contratos de ejecución instantánea o como contratos de ejecución continuada o periódica (contratos de duración)[26].

La Corte Suprema ha tenido muy en claro que la diferente estructura que entre sí tienen estos dos tipos de relaciones jurídicas, las de duración por un lado y las de ejecución instantánea por el otro, puede repercutir y de hecho repercute normalmente en la vicisitud extintiva que afecte a las mismas cuando se presenta un problema de orden funcional; el caso de la resolución por incumplimiento, que es justamente de lo que trata esta sentencia de casación, es emblemático. En las relaciones jurídicas de ejecución instantánea, cuando se produce una situación de incumplimiento y el acreedor procede a resolver la relación jurídica, el fenómeno extintivo golpea íntegramente la relación de manera que toda ella desaparece. Siendo que el incumplimiento incluso parcial es incumplimiento a secas, siendo que el interés del acreedor se encuentra insatisfecho en su totalidad, ninguna parte de la relación jurídica debe permanecer en el tiempo, y por eso el Derecho recurre a una ficción jurídica que consiste en considerar que la relación jurídica no solo deja de tener existencia desde la fecha en que, según la modalidad resolutoria utilizada, se produce la resolución misma sino que se entiende que también desaparece hacia atrás como si nunca hubiese existido. De esta forma, desaparecen también todas aquellas consecuencias jurídicas que encontraban apoyo en la relación jurídica extinguida, entre ellas la justificación jurídica (o causa, dirán algunos) de los desplazamientos patrimoniales (pagos) realizados como actuación de esa relación, aunque hayan tenido lugar durante el tiempo en que la relación estuvo vigente.

Pues bien, como una regulación adecuada y una ponderación justa de los intereses en juego, según hemos tenido ocasión de analizar, sugiere que en los contratos de ejecución instantánea la resolución despliega sus efectos retroactivamente y en los contratos de duración la resolución despliega sus efectos nada más hasta el momento en que se produce la causal que la motiva[27]; y como el segundo párrafo del artículo 1372 del Código precisamente proclama que la resolución se retrotrae únicamente al momento en que se produce la causal que la motiva, entonces la Corte Suprema en una decisión valiente postula que esa norma se aplica solamente a los contratos de duración. Lo contrario, piensa la Corte con indudable perspicacia, "...acarrearía efectos contrarios al propósito buscado por el Derecho, no solucionando un conflicto sino por lo contrario creando uno nuevo".

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1983; ALVAREZ VIGARAY, Rafael. La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Comares. Granada, 1986; ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Studium. Lima, 1986; AULETTA, Giuseppe Giacomo. La risoluzione per inadempimento. Edizione Scientifiche Italiane-Giuffrè. Milano, 1942; BARASSI, Ludovico. La Teoría Generale delle Obligación, Vol. III, L'Attuazione. Milano, 1964; BIGIAVI, Walter. Irretroattivitá della risoluzione per inadempimento, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1934, I; BRUTTI, Máximo. Voz Invalidità (storia), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXII. Giuffrè. Milano, 1972; COING, Helmut. Derecho Privado Europeo, Tomo I. Trad. Antonio Pérez Martín. Fundación Cultural

(26) No parece haber suficiente conciencia entre nosotros acerca de la relevancia que tiene esta clasificación en la problemática contractual. Giorgio Oppo, uno de los autores que ha proporcionado las mayores contribuciones al desarrollo de esta categoría, ha puesto de manifiesto que se trata de un concepto que debe calificarse como fundamental; ver por todos, "I contratti di durata", en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1943, I, p. 144.

(27) FORNO, Hugo. Ob. cit., p. 195.

del Notariado. Madrid, 1996; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Palestra. Lima, 2001; DELL'AQUILA, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981; DI MAJO, Adolfo. Delle Obbligazioni in Generale (artt. 1173-1176), en Commentario del Codice Civile. Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Zanichelli. Soc. Ed. del Foro Italiano. Bologna-Roma, 1988; FORNO FLOREZ, Hugo. El plazo esencial y la tutela resolutoria, en Estudios sobre el contrato en general. Ara Editores. Lima, 2003; FORNO FLOREZ, Hugo. El principio de la retroactividad de la resolución contractual, en Themis Revista de Derecho, Segunda Epoca, N° 30. Lima, 1988; GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones, Vol. III. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910; HALPERIN, Isaac. Resolución de los contratos comerciales. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968; LAYERLE, Carlos. La condición resolutoria legal. Montevideo, 1966; MELICH ORSINI, Jorge. Resolución del contrato por incumplimiento. Temis. Bogotá-Caracas, 1979; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979; MICCIO, Renato. Il contratto, en I diritti di credito, Vol. Secondo, Parte II. UTET. Torino, 1977; MIRABELLI, Giuseppe. Dei contratti in generale, en Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo II. UTET. Torino; MORELLO, Augusto. Ineficacia y frustración del contrato. Editora Platense-Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; OGAYAR Y AYLLON, Tomás. Efectos que produce la obligación bilateral. Aranzadi. Pamplona, 1983; OPPO, Giorgio. I contratti di durata, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1943, I; OSTI, Giuseppe. Voz Contratto, en Novíssimo Digesto Italiano. Vol. IV. UTET. Torino, 1957, ahora también en Scritti Giuridici, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1978; RAMELLA, Anteo. La resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979; SACCO, Rodolfo. I remedi sinallagmatici, en Trattato di Diritto Privato, directo da Pietro Resigno, V. 10: Obbligazioni e Contratti, Tomo II. UTET. Torino, 1982; SANCHEZ-MEDAL, José. La resolución de los contratos por incumplimiento. Editorial Porrúa S.A. México, 1980; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Trad. A. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964; SPOTA, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Vol. III. Depalma. Buenos Aires, 1977.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Efectos de la resolución del contrato

{Por} la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, siendo efecto propio de ella el deber de las partes de restituirse las prestaciones en el estado que se encontraban al momento de producirse dicha resolución y, si ello no fuera posible, el reembolso en dinero al valor que tenían en ese momento ***(Cas. N° 642-1998-Lima).***

Son exigibles las obligaciones pactadas ante la resolución del contrato

{E}l Contrato de Ejecución de Obra {...} fue celebrado válidamente, surtiendo todos sus efectos entre las partes y solo ha perdido su validez por acto posterior sobreviniente a su celebración, al producirse la resolución administrativa del citado contrato; de donde se deriva que las obligaciones generadas antes del incumplimiento y de la resolución sean exigibles, que es como debe interpretarse correctamente la norma material contenida en el artículo 1372 del Código Civil ***(Cas. N° 1502-2004-Puno).***

La resolución del contrato puede ser invocada judicial o extrajudicialmente

{De} acuerdo al artículo 1372 del código acotado {...} la resolución puede ser invocada judicial o extrajudicialmente, en ambos casos los efectos de la sentencia se retrotraen en el momento que se produce la causal que lo motiva, salvo pacto en contrario; pues bien, de la citada norma, se extrae la idea inequívoca y expresa que la resolución no requiere indispensablemente de una resolución judicial, pues cabe el caso de que las partes puedan pactar cláusulas resolutorias que dejen sin efecto un contrato ante un eventual incumplimiento de la resolución o cuando se trata de prestaciones recíprocas y una parte sea perjudicada con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato, tal como lo prevé el artículo 1429 del Código Sustantivo ***(Cas. N° 1867-1998-Lambayeque).***

TÍTULO II
EL CONSENTIMIENTO

Perfeccionamiento del contrato

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

Concordancias:
C.C. arts. 1352, 1374, 1379, 1571, 1758, 2095; C. de C. art. 54

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Para entender todo lo que a continuación se va a decir, es necesario tomar en consideración que el hombre vive en sociedad y que necesita de la colaboración de otros hombres para satisfacer sus necesidades. Sin este presupuesto sería muy difícil, sino imposible, explicar el principio de la autonomía de la voluntad y, a su vez, explicar la obligatoriedad del contrato.

Por ello, para los efectos de este comentario se considerará contrato al acto jurídico celebrado por personas que actúan en ejercicio de sus derechos privados, lo que determina que, en principio, sean libres para asumir obligaciones.

Es así como el contrato ha sido tradicionalmente entendido como el acuerdo de voluntades para obtener una finalidad jurídica. Esta finalidad es posible entenderla como la finalidad común que puede ser alcanzada gracias a la convención de las partes.

El artículo 1352 del Código Civil dispone que: "Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

¿Qué es el perfeccionamiento? Para dar respuesta a esta interrogante conviene conocer la mención al perfeccionamiento que hace el mismo Código en su artículo 1373: "El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente".

Otra referencia al perfeccionamiento del contrato es la contenida en el artículo 1379 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente: "En las ofertas cruzadas, el contrato se perfecciona con la aceptación de una de ellas".

Como se acaba de ver, el Código Civil hace referencia al perfeccionamiento en tres oportunidades distintas ¿se trata de tres concepciones diferentes o de una sola?

El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia) define el perfeccionamiento como el acabar enteramente una obra; y el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas lo define como corrección, mejora, superación.

Parte de la doctrina moderna distingue entre la conclusión del contrato y el perfeccionamiento del mismo.

La Exposición de Motivos del artículo 1352 del Código Civil no da explicación alguna con respecto al "perfeccionamiento" mencionado en dicho artículo.

Se dice que la conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta.

La misma doctrina señala que el perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional.

Me inclino por esta última posición, por cuanto otorga a la expresión "perfeccionamiento" un alcance más completo.

La conclusión del contrato ha sido recogida por el artículo 1352 del Código Civil que, como se ha visto, dice que los contratos se perfeccionan por el consentimiento. Si se entiende, como debe entenderse, que el consentimiento es el acuerdo de voluntades con el propósito de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, puede coincidirse con Louis Josserand al decir que la noción de consentimiento se confunde, en realidad, con la definición de contrato.

En efecto, sin el consentimiento no puede haber contrato, por cuanto pese a que pudieran existir los requisitos para la validez del acto jurídico, o sea agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita por la ley, no existiría contrato, por ser la esencia de este el acuerdo de voluntades, o sea el consentimiento.

No existe contrato mientras no se compruebe que ambas partes han querido algo; de igual modo, tampoco se produce efecto alguno cuando cada contratante quiera algo en solitario. El consentimiento es a la vez la voluntad de cada contratante y el acuerdo de sus respectivas voluntades.

El consentimiento resulta de la armoniosa integración de la oferta con la aceptación, no bastando que ambas declaraciones de voluntad se intercambien. Es menester, además, que se combinen en el sentido de integrarse recíprocamente de modo tal que se produzca una coincidencia de las voluntades de ambas partes con relación al objeto del contrato.

Las declaraciones de voluntad constituidas por la oferta y la aceptación, tienen como única consecuencia contractual la de poner de manifiesto el acuerdo de voluntades, pero nada más allá, esto es, no se logra aún el segundo paso que es necesario para la existencia del contrato, o sea para poner de manifiesto que mediante ese acuerdo se pretende una finalidad jurídica, querida por ambas partes y amparada por el Derecho. Este segundo paso está constituido por asignar a esa fusión de dos declaraciones de voluntad unilaterales el carácter de una declaración de voluntad común expresada por las dos partes conjuntamente, esto es, la conjunción de dos voluntades individuales en forma tal que quieren lo mismo cuya expresión como declaración surge con el hecho de la aceptación, es decir cuando el aceptante hace suya, como si fuera propia, la voluntad del oferente y la declaración conjunta de voluntad común.

Es al respecto sumamente sugestivo el planteamiento de Corbin, según el cual la oferta es el acto de una persona por el que se confiere a otra el poder de crear el contrato.

Dentro de la técnica adoptada por el Código Civil puede decirse que el perfeccionamiento del contrato se produce cuando, por aplicación del artículo 1373, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Resulta así que el Código utiliza la misma denominación –perfeccionamiento– para referirse a dos fenómenos jurídicos distintos, ya que no es lo mismo el acto espiritual del acuerdo de voluntades y el acto material de la conjunción de la oferta con la aceptación.

Más propio hubiera resultado que el artículo 1352 hiciera mención a la "conclusión" del contrato y se reserve la expresión "perfeccionamiento" para cuando se produzca la plenitud de los efectos, o sea la "eficacia".

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Librería Bosch, Barcelona, 1975; ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Studium. Lima, 1986; BIANCA, C. Massimo. Diritto Civile. II contratto. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1984; BOLAFFIO, León. Derecho Comercial, Tomo III, Vol. III. Ediar Soc. Anóm., Editores, Buenos Aires, 1947; BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973; CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Temis Librería, Bogotá, 1979; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil, Tomo II, Vol. II. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971; CARRARA, Giovanni. La formazione dei contratti. Casa Editrice Dottór Francesco Vallardi, Milano; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral, Tomo III. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954; DE DIEGO, Felipe Clemente. Instituciones de Derecho Civil español, Tomo II. Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado, Tomo I. Cultural Cuzco. Lima, 1982; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Tomo I. Tecnos. Madrid, 1979; FERREYRA, Edgard A. Principales efectos de la contratación civil. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978; FERRI, Luigi. Lezioni sul contralto. Nicola Zanichelli S.p.A., Bologna, 1982; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II. Imprenta Aguirre, Madrid, 1969; GHESTIN, Jacques. Le contrat: formation. L.G.D.J. París, 1988; GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones, Tomo III. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1910; GOMES, Orlando. Contratos. Compahia Editora Forense, Río de Janeiro, 1986; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1977; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tomo I. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1953; LAURENT, F. Principes de Droit Civil, Tomo XV. Bruylant-Christophe & Comp., Bruxelles, 1875; LAVALLE COBO, Jorge E. De los contratos en general. En Código Civil y leyes complementarias, Tomo 5, dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984; LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando. Teoría de los contratos. Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; MESSINEO, Francesco. Il contratto en genere, Tomo I. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1973; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; MICCIO, Renato. I diritti di credito. II contratto. Utet, Torino, 1977; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. Utet. Torino, 1980; MUÑOZ, Luis. Contratos, Tomo I. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA AGOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Temis Librería, Bogotá, 1980; OSSORIO MORALES, Juan. Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Comares, Granada, 1985; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo VI. Cultural S.A., La Habana, 1946; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1947; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo IV. Okura, Lima, 1985; ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Editora Nacional, México, 1966; SALVAT, Raymundo. Fuentes de las obligaciones, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954; SACCO, Rodolfo. II contratto. Utet. Torino, 1975; SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. La oferta de contrato. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975; SCHMIDT, Joanna. Negociation et conclusion de contrats. Dalloz, París, 1982; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato. Giuffrè Editore, Milano, 1978; VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo III. Temis, Bogotá, 1974; VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones, Tomo I. Editorial Reus, Madrid; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947; ZAGO, Jorge Alberto. El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Momento en el que se produce el perfeccionamiento del contrato

{Debe} tenerse presente que es elemento esencial de todo contrato el consentimiento de voluntad contractual derivada de la coincidencia de dos declaraciones de voluntad –oferta y aceptación–, coligiéndose que no existe contrato en tanto no exista el acuerdo de voluntades. Décimo Tercero.- Que, de la lectura del artículo cuestionado (1373) fluye que el perfeccionamiento del contrato se produce en el momento y lugar que la aceptación es conocida por el oferente ***(Cas. N° 100-2007-Ica).***

Imposibilidad del perfeccionamiento de contrato por no constar escritura pública que otorgue el poder de disposición sobre los bienes

{E}n lo que respecta a la aplicación del artículo 1373 del mismo Código, no corresponde su aplicación, pues tal como se ha determinado en autos el representante de la demandada no está autorizado para manifestar la voluntad de disponer sobre los bienes de su representada, requiriéndose que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (Cas. N° 4281-2012-El Santa).

Conocimiento y contratación entre ausentes

Artículo 1374.- ***La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.***

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.(*)

Concordancias:
C.C. arts. 1373, 1382 y ss.

MARIO CASTILLO FREYRE(**)

1. La contratación entre ausentes

La tradicionalmente denominada *contratación entre ausentes* se encuentra regulada en el artículo 1374 del Código Civil, norma cuyo texto original era el siguiente:

> "Artículo 1374.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla".

El artículo 1374 fue modificado por el artículo 1 de la Ley Nº 27291 (promulgada el día 23 de junio de 2000 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 24 de junio de 2000), con el texto citado en la introducción.

En primer lugar, es necesario señalar que los ya obsoletos conceptos de *presencia* y *ausencia* han sido reemplazados por el Código Civil de 1984, por los conceptos de comunicación inmediata y falta de comunicación inmediata.

Ahora bien, en el caso de los contratos con comunicación inmediata no tendrá mayor relevancia el debate en torno a la teoría acogida por el Código Civil –de recepción o de cognición– en la medida en que toda declaración contractual será recibida y conocida simultáneamente. Por lo tanto, en tales casos solo resultaría de aplicación el artículo 1373.

Sin embargo, en el caso de los contratos celebrados entre quienes no están en comunicación inmediata, el tema resultará trascendental, en la medida en que los momentos de la recepción de la declaración y su conocimiento por parte del destinatario, a menudo no coincidirán. Este tema resultará vital, en lo concerniente a la declaración de aceptación, debido a que al determinar el momento en que esta declaración surte efectos, también se determinará el momento y lugar de la celebración del contrato.

En principio, podemos sostener que el Código Civil acoge la teoría de la cognición, puesto que el artículo 1373 establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación *es conocida* por el oferente.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley Nº 27291 del 24/06/2000.

(**) Agradezco a Cecilia Portilla Franco por su colaboración en adecuar mis doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Sin embargo, según el artículo 1374, resulta factible interpretar que el Código acoge también la teoría de la recepción con presunción de cognición, puesto que, a tenor del mencionado artículo, toda declaración contractual –y dentro de ellas, la aceptación– se considera *conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario*, es decir del oferente, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

En este sentido, resulta revelador el análisis que, al respecto, efectúa Manuel De la Puente (pp. 508-511):

"Este juego de la teoría de la cognición con la teoría de la recepción, que se inspira muy de cerca en el sistema italiano, parece responder a la orientación de la doctrina moderna, que encuentra que la teoría de la recepción, aplicada subsidiariamente, corrige los inconvenientes de la teoría de la cognición.

Ya he manifestado mi adhesión a la teoría de la cognición (...). Creo sinceramente que el contrato solo puede formarse cuando y donde el oferente conoce la aceptación. Empero no puedo desconocer las críticas adversas que se formulan a la teoría de la cognición, especialmente aquellas relacionadas con la dificultad de establecer el momento en que el oferente conoce la aceptación y con la posibilidad de que el oferente, de mala fe, retrase el conocimiento de ella.

Pienso que estos inconvenientes sin quedar superados totalmente se reducen en forma considerable con la regla establecida por el artículo 1374.

Es evidente que resulta más fácil acreditar la llegada de una declaración a la dirección del destinatario que el conocimiento de esa declaración por este (...) En cuanto a la posibilidad de que el oferente retrase la oportunidad de conocer la aceptación, ella queda descartada por el régimen establecido en el artículo 1374, pues la aceptación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del oferente (...).

Lo que sí constituye un cuestionamiento a fondo del enlace del artículo 1373 con el artículo 1374 es si con ello se ha adoptado realmente la teoría de la cognición con una consideración de conocimiento o si, inadvertidamente, se ha acogido la teoría de la recepción con una posibilidad de conocimiento o, por decirlo de otra manera, con una presunción de cognoscibilidad.

Se dice que si el artículo 1374 establece que la llegada de la declaración a la dirección del destinatario debe considerarse como un conocimiento de la declaración por este, se está estableciendo, en realidad, que lo determinante es la recepción y no el conocimiento.

Pienso al respecto que el artículo que marca el paso de aquel enlace es el 1373, que sienta como principio fundamental de la formación del contrato el conocimiento por el oferente de la aceptación. El sentido de este artículo es indudable: el conocimiento constituye la clave del sistema.

El artículo 1374 no debe ser entendido de manera distinta que la de explicar que las declaraciones dirigidas a determinadas personas, por ser, y para ser, declaraciones recepticias, deben ser completadas por el conocimiento y, en tal línea de pensamiento, se establece que la recepción causa el efecto del conocimiento, salvo prueba que dicho efecto no se ha producido.

El citado artículo 1374 aplicado al caso de la aceptación es un complemento del artículo 1373, pues está destinado a permitir que el requisito de conocimiento sea cumplido mediante la recepción, o sea que, para facilitar la observancia de este artículo y evitar los inconvenientes a que da lugar su aplicación se dispone, no que la recepción permita el conocimiento,

sino que el conocimiento se produce con la recepción. La finalidad del artículo 1373 es dar lugar al conocimiento, que es lo que tiene relevancia jurídica y no la eficacia de la recepción".

Sobre el particular, señalamos nuestra plena concordancia con las opiniones vertidas por Manuel De la Puente.

Ahora bien, la presunción de conocimiento, establecida en el mencionado artículo, opera automáticamente, salvo que el destinatario pruebe que razonablemente no tuvo posibilidad de conocer, sin su culpa.

Al respecto, Rodolfo Sacco (p. 181) plantea que "la posibilidad de conocimiento sea entendida tanto en sentido subjetivo (referida al destinatario) como en sentido objetivo (apreciable por cualquiera). Este planteamiento permitiría que la posibilidad de conocimiento sea invocada por quien, con legítimo interés, tuviera conocimiento de ella, no quedando reservada la invocación a la voluntad exclusiva del destinatario".

Concordamos, nuevamente, con Manuel De la Puente al sostener que aunque el artículo 1374 no lo permite, al indicar que la prueba corresponde al destinatario, tal recurso no debería ser exclusivo del destinatario.

2. Críticas a la reforma operada en el artículo 1374

Respecto del texto modificatorio del artículo 1374 del Código Civil –incorporación de un segundo párrafo al precepto–, podemos inferir determinadas situaciones de interés, que pasaremos a exponer.

a) El denominado *acuse de recibo*

Al modificar el artículo 1374 se quiso incorporar la presunción de recepción de declaraciones contractuales enviadas a través de medios electrónicos, cuando el remitente *reciba un acuse de recibo.*

Del nuevo texto de la norma, es factible entender que el contrato se puede celebrar válidamente por medios electrónicos cuando el aceptante de la oferta *reciba el acuse de recibo* de su aceptación por parte del oferente.

Así, en estas circunstancias, dentro de la norma modificatoria, el acuse de recibo constituye una pieza básica para la contratación celebrada a través de medios electrónicos, en la medida en que contribuye de manera decisiva a la certidumbre respecto de la llegada de los mensajes de datos a sus destinatarios.

En efecto, la intención del legislador peruano fue que el acuse de recibo resultase fundamental para la contratación celebrada a través de medios electrónicos.

De lo anterior podemos inferir que la celebración del contrato no depende de un hecho jurídico, en esencia, sino más bien de un hecho informático; esto es, de la técnica o de la tecnología. Es aquí donde podemos apreciar el principal problema que acarrea el considerar cierta confianza en este sistema; de ahí que sea necesario considerar otros mecanismos que otorguen alguna validez a las declaraciones efectuadas utilizando medios electrónicos (digitales o como se les quiera denominar) o –en todo caso– precisar con más claridad en qué consiste el denominado *acuse de recibo.*

No obstante lo antes mencionado, sostenemos que el legislador peruano ha incurrido en una gravísima imprecisión de carácter conceptual. Sucede que si consideramos lo expuesto

por Rafael Illescas, al sostener que los efectos del acuse de recibo resultan superiores en certidumbre a estos procedimientos automáticos que normalmente tienen los sistemas de correo electrónico o afines, entonces definitivamente habría una limitación conceptual con respecto a lo que se quiere expresar con los alcances del famoso *acuse de recibo*. Además existiría incertidumbre con respecto a la posibilidad de identificar el acuse de recibo únicamente con los procedimientos automáticos o con los registros electrónicos de los sistemas de correo electrónico.

Otro aspecto importante es saber si cuando dos o más partes desean contratar con la modalidad del *acuse de recibo*, es necesaria la existencia de un pacto previo o se sobreentiende que esta es la única modalidad de contratar a través de medios electrónicos. Al respecto, tal y como se encuentra regulado el tema en nuestra legislación vigente, el *acuse de recibo* pareciera ser obligatorio cuando se contrata por medios electrónicos, mecánicos u otros análogos, en cualquier supuesto.

En definitiva, el legislador, al prescribir que la contratación por medios electrónicos requiere del *acuse de recibo*, está sosteniendo implícitamente que este es el único *sistema* que puede presumir la recepción del mensaje para garantizar la formación del contrato.

Consideramos que la modificación del artículo 1374 del Código Civil implica un concepto restringido de lo que puede plantear la contratación celebrada a través de medios electrónicos. Ello, debido a que pueden existir una serie de sistemas de contratación en donde se garantice la contratación a través de tecnologías que no necesitan el llamado *acuse de recibo*. Y es que las partes tienen plena libertad para escoger, por ejemplo, entre el sistema de la firma digital o el sistema del acuse de recibo; e inclusive pueden integrarlos, precisamente porque en nuestra legislación rige como principio el de la libertad de forma y, además, porque desde nuestro punto de vista resulta evidente que el acuse de recibo deviene en el complemento que hace presumir el momento de celebración del contrato, esto es, la aceptación contractual.

De lo expuesto apreciamos que el *acuse de recibo* es un requisito adicional que la ley señala para que se celebren los contratos celebrados por medios electrónicos.

b) ¿Constituye una presunción el acuse de recibo del artículo 1374?

Teniendo en cuenta los tipos de presunciones que existen en la legislación peruana, sostenemos que la presunción a la cual se refiere el artículo 1374, modificado, es una *iuris tantum*, debido a que admite prueba en contrario. En este sentido, consideramos que no obstante haber operado el *acuse de recibo*, la aceptación bien podría no haber llegado a destino.

Esta presunción no solamente resulta aplicable a la aceptación, sino también a la oferta y a cualquier otra declaración contractual (argumento de los artículos 1373 y 1374).

Ahora bien, descartemos que el *acuse de recibo* sea una formalidad *ad probationem*, y menos aún *ad solemnitatem*. Sin embargo, podría existir cierta confusión al momento de establecer si se trata de una formalidad *ad probationem* adicional, porque se podría afirmar que el contrato celebrado por medios electrónicos –para efectos de su existencia y probanza– requiere que el remitente *reciba el acuse de recibo*.

Pese a esta afirmación, sostenemos que el *acuse de recibo* no constituye un problema de validez del contrato. Por tanto, si hay *acuse de recibo* que acredita la aceptación, habrá contrato; y si no lo hay, podría haber contrato. Ello, siempre y cuando no se haya establecido el requisito solemne del *acuse de recibo*. Caso contrario, sin acuse de recibo, tampoco habría contrato.

Una crítica adicional sería aquella por la cual ese segundo párrafo se está refiriendo a la contratación a través de medios electrónicos, ópticos u análogos, cuando en realidad solamente se quiere referir a la contratación por Internet y no a los demás medios de contratación moderna que son, hoy en día –en su totalidad– electrónicos, ópticos o análogos. Es obvio que por una torpeza del legislador no podríamos hacer extensivos los alcances de este segundo párrafo a todos esos otros medios, pues estaríamos desnaturalizando la contratación moderna.

Por último, consideramos que con la presunción del *acuse de recibo*, el legislador peruano ha creado –naturalmente sin darse cuenta– una *quinta teoría* en torno a la formación del consentimiento contractual, que ya no solo implicaría que el oferente conozca la respuesta del aceptante, sino que el aceptante conozca, a su vez, que el oferente recibió su respuesta.

De esta forma, con esta *quinta teoría* podría abrirse una infinita posibilidad para una sexta, una séptima, una octava y, por qué no decir, una teoría número mil, en la cual nos pasemos, cual juego de ping-pong, de computador a computador, formulando acuses de recibo de la información de la contraparte.

Una vez más la típica expresión de la *historia sin fin* que implica dar rienda suelta a las *tentaciones académicas* de quienes tienen la irrefrenable pasión de sentirse codificadores.

El sistema planteado por los artículos 1373 y 1374 era perfecto, antes de la modificación del referido cuerpo normativo, pudiéndose adaptar a todos los medios de comunicación y contratación que existían al momento de la entrada en vigencia del Código Civil y a los que aparecieron después.

La reforma del Código Civil peruano de 1984, en lo referente al artículo 1374, constituyó indudablemente el típico ejemplo de cómo se puede malograr, por desconocimiento, un sistema perfecto, tornándolo amorfo y peligroso.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte, Vol. XI, Tomos I, II y III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Utet, Turín, 1993.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Teoría de la recepción con presunción de cognición

{E}l artículo 1373 establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Sin embargo, según el artículo {1374}, es factible señalar que el Código también acoge la teoría de la recepción con presunción de cognición, puesto que, a tenor del mencionado artículo, toda declaración contractual –y dentro de ellas, la aceptación– se considera conocida al momento en que llega a la dirección del destinatario, es decir, del oferente, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla ***(Cas. N° 4281-2012-El Santa).***

Presunción *iuris tantum* del conocimiento de la oferta

{De} la exposición de motivos del artículo 1374 del Código Civil fluye inequívocamente que esta norma establece una presunción iuris tantum de que la oferta es conocida en el momento en que esta es recepcionada, y que la prueba de que su destinatario no se encontraba en condiciones de conocer dicha aceptación, sin culpa suya, como sería que en ese entonces se encontraba en otro lugar, corresponde a quien alega esta afirmación ***(Cas. N° 491-1999-Lambayeque).***

Oportunidad de la aceptación

Artículo 1375.- *La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.*

Concordancias:
C.C. arts. 183, 184, 1384, 1385

HUGO FORNO FLOREZ

La aceptación, como acto prenegocial, no solo necesita ser conforme con la oferta para formar el contrato; ello es necesario pero no suficiente porque requiere de la existencia actual de una propuesta para que, complementándose con ella, pueda formarse el consentimiento y por tanto el contrato. Para que esto ocurra la aceptación debe ser oportuna(1). Como la aceptación es, por lo general, una declaración recepticia, el requisito de la oportunidad no solo se cumple cuando es despachada tempestivamente por el aceptante, sino cuando es conocida a tiempo por el oferente que es el momento en que produce efecto. De esto se sigue que la aceptación es extemporánea aun si despachada en tiempo hábil es conocida tardíamente por el oferente. Para este caso rige la presunción de conocimiento a que se contrae el artículo 1374 del Código Civil.

La mayor parte de la doctrina(2) concuerda en que el plazo de vigencia de la oferta en función del cual se establece la oportunidad de la aceptación es un elemento que indiscutiblemente tutela el interés del oferente, quien solo durante aquel lapso permanece a la espera de la aceptación y en la incertidumbre acerca de la formación del contrato. Por ello, no reviste ningún interés jurídico a los efectos de establecer la extemporaneidad de la aceptación, indagar acerca de si su retardo se produjo por dolo o culpa del aceptante o por causas no imputables a él. La aceptación no es un acto debido, por lo que todo retardo, independientemente de su causa, impide la formación del contrato. Sin embargo, si el retardo fuera provocado por el destinatario de la aceptación (es decir, por el oferente), debe entenderse que la aceptación fue oportuna.

En nuestro medio con mayor razón que en otros ámbitos debe considerarse que el plazo de la oferta rige en beneficio del oferente, ya que en virtud del artículo 1382 del Código Civil la oferta es irrevocable y solo excepcionalmente puede revocarse, de manera que la vinculación del oferente que es la regla general solo perdura durante ese lapso(3).

Prueba de lo que venimos exponiendo es que el segundo párrafo del artículo 1376 permite al oferente considerar eficaz la aceptación tardía. Por lo demás, la concesión de esta facultad

(1) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Trad. Serrano Suñer, Ramón y Santa-Cruz Teijeiro, José. Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 283. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, p. 395. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo IV, Volmen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 61.

(2) SCOGNAMIGLIO, Renato. "Dei contratti in generale (artt. 1321-1352)", en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, pp. 97 y 98. FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 83. BIANCA, Massimo. "Il contratto", en *Diritto Civile*, Volumen III, Giuffrè, Milano, 1984, p. 220. MICCIO, Renato. "Il contratto", en *I diritti di credito*, Vol. Secondo, Parte II, UTET, Torino, 1977, p. 156. OSTI, Giuseppe, voz "Contratto", en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino, UTET, 1957, ahora también en *Scritti Giuridici*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973, p. 830.

(3) Nada impide, desde luego, que el proponente fije un plazo distinto (menor) para el efecto vinculante de la oferta de manera que esta sea irrevocable durante un tiempo y revocable durante el tiempo restante, o viceversa.

ya había sido reconocida legislativamente en el artículo 1326, tercer párrafo, del Código Civil italiano vigente, y sugerida al legislador peruano Manuel De la Puente[4].

Ahora bien, que la aceptación sea oportuna significa que debe surtir sus efectos mientras que está vigente el plazo de la oferta y, por lo tanto, como esos efectos (los de la aceptación) se desencadenan cuando ella llega a la dirección del oferente o en su caso a conocimiento de este (artículos 1373 y 1374), eso significa que la aceptación debe llegar a su destino o a conocimiento del oferente mientras todavía está vigente ese plazo.

Usualmente el plazo es fijado por el proponente en su propuesta y ese plazo puede ser determinado o determinable. No obstante, cuando el proponente no indicó plazo o el señalado es indeterminable, la ley proporciona los criterios para establecerlo (artículo 1385, incisos 1 y 2).

Que el plazo de la oferta puede ser establecido por el propio oferente se deduce sin dificultad del tenor del artículo 1375. Cuando el plazo ha sido establecido por el oferente se habla de plazo fijo, el cual puede ser determinado o determinable. Manuel De la Puente[5] explica que el plazo es determinado si se indica el instante en que se produce su término, ya sea porque se señale el año, mes, día y hora, ya sea porque se exprese el tiempo que debe transcurrir para que el vencimiento se produzca. Lo primero ocurre si se expresa, por ejemplo, que el plazo expira a las 8:00 a.m. del día 7 de marzo de 2005; lo segundo si se señala que el plazo es de tres meses. El plazo es determinable, en cambio, cuando aun sin haberse expresado la oportunidad de su vencimiento se proporciona un índice referencial cuya aplicación permite establecer con precisión el momento del vencimiento o cuando se deja librada la fijación del plazo a un tercero[6].

Debe agregarse que el plazo establecido por el proponente no tiene que ser congruente con la naturaleza del negocio que se ofrece; si no lo es, la oferta caduca igualmente a su vencimiento, sin que el destinatario pueda impugnarlo; la aceptación emitida dentro de un plazo razonable, acorde a las circunstancias, pero vencido el plazo, es ineficaz. Lo mismo ocurre cuando el plazo no es posible como ocurriría si se expresa que la oferta debe ser aceptada no más tarde que ayer. En tal caso debe considerarse que la propuesta carece de eficacia jurídica[7], pero en ningún caso creemos que pueda pretenderse que la oferta es eficaz y se transforma en una de plazo indeterminado.

Finalmente, el cómputo de los plazos debe realizarse con arreglo a las normas que proporciona el artículo 183 del Código Civil.

Cabe recalcar que aunque el artículo no lo señala, la aplicación analógica de lo que disponen los incisos 1 y 2 del artículo 1385 determina la aceptación que llega a conocimiento del proponente fuera del plazo fijado por este, a tal efecto es ineficaz y no puede provocar la formación del contrato (salvo el derecho que contempla el segundo párrafo del artículo 1376).

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*, Tomo I, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 226.
(5) Ibídem, p. 183.
(6) Ídem.
(7) Ibídem, p. 184.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch. Barcelona, 1983; BIANCA, Máximo. Il contratto, en Diritto Civile, Vol. III. Giuffrè, Milano, 1984; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Palestra. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado, Tomo I. Editorial Cultural Cuzco. Lima, 1983; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Editorial Reus. Madrid, 1979; FERRI, Luiggi. Lezioni sul contratto. Zanichelli. Bologna, 1987; MICCIO, Renato. Il contratto, en I diritti di credito, Vol. Secondo, Parte II. UTET. Torino, 1977; OSTI, Giuseppe. Voz Contratto, en Novíssimo Digesto Italiano. Vol. IV. UTET. Torino, 1957, ahora también en Scritti Giuridici, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973; PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español, Tomo IV, Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973; SCOGNAMIGLIO, Renato. Dei contratti in generale (artt. 1321-1352), en Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Zanichelli. Soc. Ed. del Foro Italiano. Bologna-Roma, 1988.

La contraoferta

Artículo 1376.- ***La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.***

Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

Concordancias:
C.C. arts. 1375, 1384

Hugo Forno Florez

1. Introducción

Para que el contrato pueda celebrarse es necesario que cada una de las partes declare a la otra su voluntad de contratar, expresando todos los términos en que está dispuesta a hacerlo y que esas declaraciones sean concordantes. El acuerdo, pues, al que alude el artículo 1351 del Código Civil es el que se produce respecto de las declaraciones de las partes, a las que se denomina: oferta (o propuesta) y aceptación. En tal sentido, el contrato queda celebrado en el momento y en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373 del Código Civil).

Se comprueba por ello que, entre otros, dos elementos esenciales de la aceptación son: la conformidad y la oportunidad. Veamos:

2. Conformidad de la aceptación

La aceptación debe coincidir plenamente con el contenido de la oferta. Este requisito de la conformidad encuentra sustento en la misma noción de consentimiento. Si, en efecto, el contrato es la expresión del consentimiento y este se obtiene en virtud de dos declaraciones de voluntad coincidentes, si además la oferta –que es una de esas declaraciones de voluntad– debe ser completa o autosuficiente en el sentido de que debe recoger todos los extremos del contrato que se propone celebrar, entonces la declaración de aceptación –que es la otra declaración de voluntad que forma el consentimiento– debe encontrarse en perfecta armonía con la primera.

Qué debe entenderse por aceptación conforme y cuándo encontramos una aceptación no conforme[1] son cuestiones de hecho que deben observarse en cada caso concreto y deducirse del estudio e interpretación tanto de la oferta como de la declaración del destinatario.

Cuando la declaración del destinatario de la oferta consiste en un simple "sí" o en un simple "acepto", o su aceptación se expresa firmando el documento redactado por el proponente, no puede surgir ninguna duda porque en estos casos la aceptación carece de un contenido propio y por ello la conformidad está *in re ipsa* y el contrato se celebra *per relationem* sobre la base del contenido de la oferta[2].

(1) Hablar de aceptación no conforme implica una *contradictio in terminis*, ya que por definición no puede observarse en esta declaración una aceptación, sino una nueva propuesta (contraoferta); pero habiendo hecho esta advertencia usaremos la expresión por cuanto se utiliza comúnmente y nos permite expresarnos con mayor facilidad.

(2) MICCIO, Renato, "Il contratto", en *I Diritti di Credito*, Vol. Secondo, Parte II, UTET, Torino, 1977, p. 154.

En cambio, puede ser que el destinatario de la oferta para efectos de claridad y seguridad pretenda aceptarla reproduciendo en su declaración los términos en los que él ha entendido la oferta y entonces, como la declaración del destinatario de la oferta tiene un contenido propio, la situación es diferente y la conformidad debe resultar de la comparación entre el significado que adquiere cada una de las declaraciones de voluntad. En esta segunda hipótesis debe exigirse ante todo una identidad sustancial[3] que no se viola aunque las declaraciones no sean formalmente idénticas; como cuando Ticio dice "vendo" (...tal bien a tal precio) y Cayo responde "compro" (...ese bien a ese precio), o cuando este corrige al aceptar, un error de cálculo en que aquel ha incurrido al transmitir su oferta. La cuestión puede no ser tan simple como en los ejemplos que acaba de enunciarse; el texto de las declaraciones puede ser más complicado o extenso; puede incluso ocurrir que los dos declarantes hayan usado idiomas distintos para declarar. Recuérdese, en fin, que una misma idea se puede expresar de maneras distintas y que una misma expresión puede significar ideas distintas. En todos estos supuestos deberá realizarse una acuciosa interpretación de las dos declaraciones para establecer si a pesar de la diferencia o identidad terminológica utilizada por el destinatario de la oferta, ambas declaraciones coinciden en el aspecto sustancial.

Esta identidad sustancial entre las dos declaraciones que forman el contrato debe extenderse a todos los aspectos de ellas, aun a los de escasa importancia porque, aunque la discrepancia tenga lugar sobre un punto insignificante, no puede observarse allí una aceptación sino una nueva propuesta (contraoferta)[4]. A esto se debe que el artículo 1359 del Código Civil establezca claramente que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Hay ciertos casos particulares que suscitan dudas en torno al requisito de la conformidad y de los cuales se ha ocupado la doctrina.

a) En primer término están aquellos supuestos en los que la declaración que contiene la aceptación incorpora además aspectos distintos de aquellos propuestos para el negocio. Aquí es menester interpretar si en esa declaración la aceptación es independiente del resto de la declaración, en cuyo caso habrá que admitir que la aceptación es conforme. Así, el contrato se forma si el destinatario de la oferta declara aceptarla y, además, en la misma declaración propone la celebración de otro contrato. También se forma el contrato si el destinatario de la oferta la acepta y, simultáneamente, propone modificar el contrato que está celebrando. En este caso la declaración del destinatario de la oferta contiene una aceptación que forma el contrato y una oferta de modificación de ese contrato que no produce ningún efecto sobre este a menos que sea, a su vez, aceptada, en cuyo caso se formará un segundo contrato que modificaría al anterior[5].

b) Hay otros casos en los que se ofrece contratar respecto de bienes fungibles o respecto de varios bienes no fungibles, como cuando Ticio ofrece a Cayo la venta de 10,000 galones de alcohol a S/. 20 por galón. Si Cayo acepta comprar 8,000

(3) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, directo da Cicu e Messineo, Vol. XXI, Tomo Primo, Giuffrè, Milano, 1973, p. 330. MICCIO, Renato. Ob. cit., p. 154.

(4) SCONAMIGLIO, Renato. "Dei contratti in generale (arts. 1321-1352)", en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Zanichelli - Soc., Ed., del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 93. OSTI, Giuseppe, Voz "Contratto", en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino, UTET, 1957, ahora también en *Scritti Giuridici*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1973, p. 831.

(5) MICCIO, Renato. Ob. cit., p. 154.

galones del producto al precio resultante, existen dos soluciones posibles. La primera es que se forme el contrato de compraventa con respecto a los 8,000 galones aceptados; la segunda es que no se forme ningún contrato.

La solución a adoptarse depende de la voluntad del propio oferente expresada en su propuesta. Si de esta resulta que el oferente desea cualquier número de galones con límite de 10,000, la aceptación que se haga por 8,000 galones es conforme con la oferta y forma el contrato. Sacco ha explicado que en estos casos existe una oferta aparentemente única que en realidad esconde múltiples ofertas, de manera que una aceptación supuestamente parcial, y por tanto disconforme, implica ciertamente una verdadera y propia aceptación conforme respecto de alguna o algunas de ellas(6).

Esta explicación no es satisfactoria a menos que ello resulte claramente de la interpretación de la declaración del oferente, porque en caso contrario significaría atribuirle arbitrariamente al proponente una voluntad de celebrar multiplicidad de contratos cuando en la hipótesis bajo estudio el oferente solo formula una oferta para celebrar un contrato y porque, además, ello significaría que el destinatario de la oferta puede aceptar parcialmente varias veces, dentro del plazo por el que aquella se haya emitido, quedando vigente la oferta por el saldo a pesar de la aceptación (parcial).

Es ampliamente admitido que al ofrecer, el declarante pueda dejar a la decisión del destinatario algún aspecto del contrato que se propone sin que esto atente contra el requisito de la autosuficiencia de la oferta, porque el proponente acepta de antemano la decisión que sobre aquel aspecto adopte el aceptante, de suerte que al hacerlo no se requiere una nueva declaración del oferente. También se admite que el proponente pueda fijar ciertos límites dentro de los cuales habrá de moverse el arbitrio del aceptante, lo cual es imprescindible cuando se trata de un elemento esencial.

Pues bien, esto es precisamente lo que ocurre en casos como el que se analiza. Se trata de una (y solo una) oferta para celebrar un único contrato en la que el oferente remite a la determinación del destinatario la cantidad por la que se contrata dentro del límite que se expresa en la oferta, con lo cual el contrato se forma cuando el destinatario acepta determinando la cantidad y el oferente queda en libertad para ofrecer a terceros el saldo, si lo hubiere. Por otra parte, si el aceptante se limita a aceptar sin expresar la cantidad, la solución depende nuevamente de la forma en que se haya hecho la oferta. Si la interpretación de la declaración nos indica que la oferta solo puede completarse con la determinación que haga el destinatario (y la determinación falta) no hay contrato. Si de la oferta se desprende que la determinación habrá de hacerse solo si se desea una cantidad distinta a la máxima (o mínima) dentro del rango que se ofrece y la determinación falta, el contrato se forma con arreglo a la cantidad fijada en la propuesta.

En cambio, si de la interpretación de la oferta se deduce que el oferente propone celebrar un contrato por la cantidad íntegra a la que su oferta se refiere, la aceptación

(6) SACCO, Rodolfo. "Obligazioni e Contratti", en *Trattato di Diritto Privato*, direto da Pietro Rescigno, Vol. 10, tomo secondo, UTET, Torino, 1983, p. 96. También, aparentemente, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*, Tomo 1, Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 221.

que se realice por una menor cantidad no puede considerarse conforme a la oferta y por ello el contrato no se celebra.

Como se ha dejado establecido, se trata de una *quaestio voluntatis,* o sea, la solución depende de lo que resulte de la interpretación cabal de la oferta. La simple oferta de contratar respecto de bienes divisibles o de varios bienes, o incluso la designación de un precio por unidad, no puede significar solo por ese dato y en todos los casos que el destinatario tiene la posibilidad de determinar la cantidad. En el ejemplo propuesto, la simple indicación en la oferta de un precio por galón es solo un indicio razonable de que el oferente desea que el destinatario establezca la cantidad(7).

c) Tenemos finalmente el caso en el que la aceptación se presta mediante un breve mensaje o anuncio, pero en esa declaración se advierte del envío de una carta ("va carta", "sigue carta", u otra frase análoga). Hay quien piensa que la frase en cuestión debe considerarse como una reserva(8) y por ello desnaturaliza la aceptación, convirtiéndola en rechazo. Nosotros pensamos más bien que aquí no puede establecerse una solución de carácter general y que, tratándose en todo caso de una cuestión de hecho(9), debe resolverse sobre la base del análisis de cada caso concreto. Para ello debe entenderse que el mensaje o el anuncio es solo parte de una declaración que debe completarse con la carta que se anuncia y que la naturaleza de aceptación propiamente dicha o el carácter de contraoferta se deduce de la interpretación de la declaración en su conjunto (mensaje o anuncio más carta). Dentro de este orden de ideas, mientras la carta no llegue a su destino y pueda establecerse el cabal sentido de la declaración, el mensaje o el anuncio no se considera ni como aceptación plena ni como aceptación con modificaciones ni como rechazo de la oferta, debiendo por ello considerarse como una respuesta interlocutoria privada por sí misma de efectos negociales(10).

En todos los casos en los que se produzca una aceptación carente del requisito de la conformidad en los términos expuestos, la declaración adquiere la naturaleza jurídica de una contraoferta, esto es, de una propuesta de contrato(11), según tendremos ocasión de exponer más adelante.

3. La contraoferta

Cuando el destinatario de una oferta expresa su decisión de celebrar el contrato propuesto, pero su declaración adolece de falta de alguno de los dos elementos propios de la aceptación que acaba de exponerse (conformidad y oportunidad), no existe propiamente una aceptación; más bien se entiende por lo general que se trata de una nueva propuesta. Así lo admite expresamente el artículo que comentamos, solución que encuentra plena justificación en el hecho de que se trata de una declaración que reúne todos los elementos de una oferta. Ahora bien,

(7) Esta parece ser también la opinión de DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., Tomo I, pp. 221 y 222.

(8) Es el caso de Fragali, citado por CARRESI, Franco. "Il contratto", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale,* gia diretto de Antoni Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Vol. XXI, T. 2, Giuffrè, Milano, 1987, p. 773, nota 186.

(9) MIRABELLI, Giuseppe. "Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)", en *Commentario del Codice Civile,* Libro IV, Tomo secondo, UTET, Torino, 1980, p. 55. MESSINEO, Francesco. *Il contratto,* Ob. cit., T. I, p. 334.

(10) CARRESI, Franco. Ob. cit., T. 2, p. 774. Scognamiglio, Renato. Ob. cit., p. 95.

(11) PACCHIONI, Giovanni. "Dei contratti in generale", en *Diritto Civile italiano,* parte seconda, volume II, CEDAM, Padova, 1939, p. 119.

la aceptación tardía no genera mayores inconvenientes de manera que no nos detendremos más sobre ella; por lo demás, la aceptación tardía no es propiamente una contraoferta. Nos concentraremos fundamentalmente en la declaración no conforme con la oferta. En rigor la contraoferta se configura cuando no existe conformidad en la aceptación. Por ello, el texto de este artículo es impreciso; mejor hubiera quedado redactado si dijera que la aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta (contraoferta) equivalen a una nueva oferta.

Se llama pues contraoferta a la declaración que realiza el destinatario de una oferta, modificando los términos de aquella que le ha sido dirigida. Esta declaración suele adoptar la apariencia de una aceptación, pues el destinatario se allana a celebrar el contrato propuesto, pero su aceptación no es del todo coincidente con la propuesta. Ya hemos explicado líneas atrás qué debe entenderse por conformidad, y en cualquier caso en que tal conformidad falte en la aceptación se tiene una contraoferta. Lo que interesa destacar ahora es que la contraoferta produce siempre disenso, el cual normalmente es evidente para su autor porque el contraoferente es consciente de que está modificando los términos de la oferta; pero también podría ser inadvertido como cuando, por ejemplo, lo que el destinatario de la oferta pretende es aceptar, expresando los términos en que ha entendido la propuesta y estos no coinciden con el significado de aquella.

En cualquier caso, la contraoferta es en rigor una nueva proposición contractual y en mérito a ella se truecan los roles de los declarantes, de suerte que el destinatario de la oferta original se convierte en proponente y el autor de la primera oferta en destinatario, y, si fuera el caso, en aceptante. Este cambio de calidades en los declarantes tiene una cierta trascendencia, sobre todo tratándose de la contratación entre ausentes en que la identificación del oferente y del aceptante es relevante a los efectos de establecer el momento y lugar en que se celebra el contrato.

Como excepción a la regla general según la cual la aceptación tardía o no conforme a la propuesta (contraoferta) tienen valor de una nueva oferta que requiere ser aceptada para que pueda celebrarse el contrato, el segundo párrafo de este artículo 1376, en un afán de facilitar y alentar la celebración de los contratos[12], o para evitar precisamente que el cambio de roles se produzca, otorga al oferente original la posibilidad de considerar como aceptación eficaz a la contraoferta así formulada o la aceptación extemporánea. Esta facultad es un verdadero derecho potestativo[13], porque su titular al ejercerlo altera la naturaleza de la declaración de la otra parte, produciendo en mérito a ello los efectos negociales propios de una aceptación, efectos que como es obvio repercuten en la esfera jurídica del contraoferente.

Para ejercer este derecho potestativo la ley exige una actitud mental, un estado psicológico en el oferente[14], que consiste en considerar eficaz la aceptación tardía o la que se ha hecho con modificaciones. No basta sin embargo esta actitud mental para que pueda producirse la transformación de la oferta en aceptación, porque el artículo impone además una carga para que la transformación tenga lugar, carga que consiste en informar su decisión sin demora al aceptante (controferente). Este aviso no es en mi opinión una declaración contractual[15], o, mejor dicho, una declaración de voluntad sino una participación (un aviso) que cumple la función solo de informar al aceptante de un hecho, la decisión adoptada por el

(12) ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo I, Studium, 1986, p. 128.
(13) Ibídem, p. 156.
(14) Ídem.
(15) Esta parece ser también la opinión de ARIAS SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 128.

oferente. Esto conduce a concluir sin temor a equivocarnos que el contrato se forma no en mérito al aludido aviso, el cual no integra la estructura de aquél, sino por efecto de la contraoferta emitida por el destinatario de la oferta, sumada a la circunstancia que el oferente la "considere" como aceptación eficaz[16].

Ahora bien, qué ocurre entre el momento en que el oferente considera como aceptación a la contraoferta o a la aceptación tardía y el momento en que cursa el aviso que le ordena la ley. Más aún, qué ocurre si habiéndose considerado como aceptación eficaz a la contraoferta, el aviso se cursa luego de un lapso muy prolongado o no llega a cursarse. Podría sostenerse que el contrato, ya formado desde que el oferente consideró como aceptación la contraoferta, queda sometido a la condición resolutoria[17] de que el aviso no llegue a producirse. Esta tesis no puede prosperar porque no encuentra sustento en el texto del precepto que se comenta y porque no puede dejarse librada a la voluntad omnímoda de una de las partes la resolución de la relación contractual. Las mismas críticas en cuanto al texto legal podrían realizarse si se pretende que el contrato quede sometido a la condición suspensiva de que se produzca el aviso de marras.

Podría también argumentarse que desde el momento en que el oferente considera como aceptación eficaz a la contraoferta, el contrato queda formado y que la extemporaneidad u omisión del aviso solo origina en el oferente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que experimente el aceptante, pero el contrato produce plenos efectos, los que no dependen del aviso[18]. Tampoco podemos compartir este criterio. Este aviso mediante el cual se informa al autor de la contraoferta que el oferente la ha considerado como aceptación eficaz, tiene, como ya hemos adelantado, la naturaleza jurídica de una verdadera carga[19].

Según la doctrina más autorizada[20] existe una carga cuando el titular de un poder, para realizar el interés en orden a cuya tutela se le ha concedido el poder, debe no solo ejercer este poder, sino, además, desarrollar una actividad distinta, observar una cierta conducta. Esta conducta es libre en el sentido de que no constituye el objeto de una obligación cuya inobservancia determine una sanción, pero es necesaria en el sentido de que es condición de la eficacia del ejercicio del poder para la realización del interés[21]. Si bien la ejecución de la carga depende de su titular, el interés protegido con ella (no es el interés protegido con el derecho vinculado a la carga) corresponde a otro sujeto que es aquel a quien ha de afectar el ejercicio del derecho del titular de la carga. El precepto que comentamos otorga una facultad al oferente (que consiste en considerar como aceptación eficaz a la contraoferta) con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante (conducta en que la carga consiste)[22]. El aviso es entonces una carga de la que depende que surta efectos la facultad ejercida por el oferente,

(16) MIRABELLI, Giuseppe. Ob. cit., p. 56.

(17) SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 99.

(18) FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 38.

(19) MIRABELLI, Giuseppe. Ob. cit., 56. FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 83. SACCO, R. Ob. cit., p. 97. MESSINEO, Francesco. *Il contratto*. Ob. cit., T. I, p. 350.

(20) SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*, Trad. A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 74. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1979, T. II, p. 84. TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*, trad. Martines-Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, T. I, p. 56.

(21) No obstante, no es correcta la opinión según la cual, la carga es una situación jurídica subjetiva de desventaja establecida en interés de su propio titular (lo que ha llevado a algunos a sostener que se trata de un deber libre). La carga está establecida en interés de un sujeto distinto a su titular, pero funciona de modo tal que mientras su titular no la ejecute interfiere con el funcionamiento de una situación de ventaja del propio titular.

(22) BIANCA, Massimo, en *Il contratto, Diritto Civile*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, p. 220.

de manera que si el aviso no se cursa, el ejercicio de la facultad no puede producir el efecto que le asigna la ley[23]. La ley confiere un derecho (potestativo) al oferente que afecta la esfera jurídica de la otra parte y por ello quiere dejar a salvo el interés de esta de conocer tal afectación antes o al mismo tiempo en que se produce; y como la carga consiste en hacer conocer de tal afectación al interesado, nada ocurre mientras que la carga no se ejecute. Entonces es claro que la carga no está establecida en beneficio del oferente (que es el titular de la carga), sino de la otra parte. Por otro lado, el aviso debe realizarse de inmediato, tal como lo exige la ley porque la facultad de la que goza el oferente tiene una muy breve duración en el tiempo. Si el aviso no se produce de inmediato esta facultad se extingue (caduca).

Por último, es muy interesante analizar si la facultad ejercida por el oferente (considerar como aceptación eficaz a la contraoferta) surte efectos desde que se despacha el aviso o desde que este llega a conocimiento de su destinatario, que es lo mismo que preguntarse en cuál de esos dos momentos se celebra el contrato. Entendemos que la solución debe ser que la facultad surte efectos y el contrato se forma desde el momento en que el aviso llega a conocimiento real o presunto de su destinatario. Esta solución es congruente con el sistema establecido por el Código (artículo 1374 del Código Civil), según el cual los efectos de la declaración recepticia se desencadenan cuando la declaración llega a la dirección del destinatario (a no ser que este pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla). Empero no puede dejar de advertirse que la disposición del artículo 1374 se aplica, según su texto, a las "declaraciones contractuales"; y que esa expresión resulta equívoca desde que puede dar a entender que se refiere únicamente a las declaraciones que tienen naturaleza negocial (declaraciones de voluntad). Pero incluso si ese fuera el caso, es posible aplicar la norma analógicamente.

Ya se anticipó que el aviso no es una declaración de voluntad, no es una aceptación, sino tan solo la comunicación de un hecho, pero en la práctica puede ser muy difícil distinguir cuándo el oferente solo acepta la contraoferta y cuando está comunicando que la ha considerado como aceptación eficaz. Esta identificación debe hacerse mediante la interpretación de la declaración del oferente que en un caso expresa conformidad con la contraoferta (aceptación) y en el otro no se refiere al contenido de la misma, sino que informa de su decisión adoptada de considerarla como aceptación eficaz (aviso). Sin embargo, creemos que el aviso, en los casos en que sea extemporáneo y no permita el ejercicio de la facultad del oferente, puede sin embargo servir como una aceptación tácita porque si bien es cierto que no es una declaración de aceptación, de ella se revela indudablemente la conformidad del oferente con los términos de la contraoferta, y si este aviso llega a conocimiento del contraoferente estando vigente la contraoferta, creemos que en ese momento y lugar se forma el contrato.

Debemos expresar finalmente nuestras dudas respecto de este sistema adoptado por el Código, que modifica innecesariamente el régimen general de formación del contrato. Era razonable tal vez limitarlo solo a la aceptación extemporánea como ocurre en el Código de Italia que sirvió de modelo, o, en todo caso, aplicarlo también al supuesto en que la aceptación no adopta la forma exigida por el oferente (artículo 1378). La razón es que en estos casos estamos ante verdaderas aceptaciones que impiden la formación del contrato, no porque no haya consentimiento sino por razones de forma o de oportunidad. Adicionalmente, la oportunidad de la aceptación y la forma exigida por el oferente son cuestiones que están vinculadas claramente al interés de este, por lo que puede admitirse que él mismo prescinda de estos requisitos que tutelan su interés. Pero en cualquiera de estos casos (aceptación tardía o que

(23) MIRABELLI, Giuseppe. Ob. cit., p. 57.

no guarda la forma exigida por el oferente) se tiene objetivamente una oferta y una aceptación plenamente coincidentes, o sea, el consentimiento.

En cambio, el legislador peruano no adoptó esta fórmula para la aceptación que no respeta la forma exigida por el oferente, pero sí la extendió en cambio a la aceptación no conforme. De ello resultaría que en este último caso, según este curioso sistema, el contrato se forma con la oferta original y la contraoferta (que se convierte en aceptación por el ejercicio de la facultad del oferente). Pero si se observa con atención, estas declaraciones (la oferta original y la contraoferta que ahora es aceptación) no son coincidentes y, por lo mismo, la estructura del contrato, en realidad, no puede formarse con la conjunción de ellas a menos que se quiera sostener –tesis sin duda absurda– que en este caso el contrato se forma mediante un desacuerdo y no con un acuerdo. Es evidente pues que el contrato no puede celebrarse con la oferta original sino solo con la contraoferta (aceptación), lo que significa que el contrato tiene en este caso estructura unilateral formada solo por la contraoferta (aceptación). Nos preguntamos entonces qué es lo que se acepta mediante esta aceptación no conforme (contraoferta), pero que a los ojos de la ley es una aceptación eficaz. ¿Es que esta declaración puede llamársele acaso aceptación?

El problema que venimos discutiendo se origina porque mediante una ficción, la ley permite que pueda considerarse aceptación a la declaración que en realidad no tiene ese carácter, porque una modificación en la oferta siempre requiere la anuencia del oferente para que pueda formarse el contrato con arreglo a ella, y esta anuencia es, en realidad, la aceptación aunque la ley pretenda, aun por excepción, otra cosa.

4. Efecto de la contraoferta en la oferta precedente

Aunque no parece existir conciencia de ello entre nosotros, otro problema que es ásperamente debatido en la doctrina extranjera se refiere a cuál es la consecuencia que produce la contraoferta respecto de la oferta precedente. La duda consiste en determinar si el autor de la contraoferta puede aceptar la oferta original en la medida en que todavía esté vigente, si es que su contraoferta no fuera aceptada. Se sostiene de un lado[24] que la contraoferta no constituye un acto de rechazo de la oferta precedente porque solo implica el propósito de proseguir las tratativas sobre la base de la oferta original, y por lo tanto el contraoferente puede sustituir su contraoferta con una aceptación plenamente conforme con la oferta, siempre que no haya expirado el plazo de vigencia de esta última.

La mayor parte[25] entiende, de otro lado, que la contraoferta lleva siempre implícito un rechazo de la oferta precedente que determina su inmediata extinción e impide que posteriormente pueda ser aceptada, aunque no haya expirado aún su plazo de vigencia. Otros, en fin, admiten que la contraoferta extingue a la oferta precedente cuando esta es revocable, pero no opinan lo mismo cuando se trata de una oferta irrevocable. Con relación a la oferta irrevocable, por ejemplo, Genovese[26] ha sostenido que no constituyendo la contraoferta un rechazo de la oferta precedente, nada impediría que esta fuera aceptada por el destinatario si no es aceptada la contraoferta. Gorla sugiere que es necesario realizar una investigación de hecho en la voluntad de quien realiza la contrapropuesta para determinar si en ella se encuentra

(24) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 231.
(25) FERRI, Luigi., Ob. cit., p. 98. Carresi, F., Op. cit., T. 2, p. 771, nota 182.
(26) Cit., PEREGO, Enrico. *I vincoli preliminari e Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 152.

implícita la voluntad de rechazar la propuesta precedente[27]. Perego por su parte opina que en el caso de una propuesta revocable, la contrapropuesta del destinatario que no es aceptada, impide la subsiguiente aceptación de la oferta primitiva por parte de su destinatario. En cambio tratándose de una propuesta irrevocable, Perego patrocina la opinión opuesta[28].

Nosotros compartimos plenamente la teoría según la cual la contraoferta determina la extinción de la oferta precedente ya sea revocable o irrevocable. No podemos compartir la conclusión a la que llega Perego para el caso de la oferta irrevocable, que entre nosotros adquiere mayor relevancia por cuanto, como se sabe, la irrevocabilidad de la oferta es la regla general y la revocabilidad solo tiene perfiles de excepción.

Según la tesis de Perego, la contrapropuesta tiene el poder de cancelar la propuesta revocable porque el principio de no contradicción no permite no considerar como rechazo de la precedente declaración prenegocial, la declaración sucesiva que tiene la naturaleza y contenido contrarios a aquella. Pero esta contradicción –piensa Perego– no existe cuando la declaración negocial con la cual la contrapropuesta contrasta, ha creado un vínculo temporal en el procedimiento de formación del contrato durante el cual la parte vinculada se encuentra en un estado de sujeción en espera de una declaración definitiva de la parte favorecida[29]. Nosotros, con la doctrina dominante suscribimos la opinión que Perego tiene con relación a la oferta revocable, pero rechazamos la solución que él plantea para el caso de la oferta irrevocable. No existen, en nuestra opinión, razones de principio que obliguen a dar en este caso un tratamiento a la contraoferta de una oferta revocable y otro distinto a la contraoferta de una oferta irrevocable.

El argumento de Perego para el caso de la propuesta revocable consiste en que la contrapropuesta no puede no considerarse como un rechazo de la oferta de manera que esta queda cancelada. Esto significa que para sostener con Perego que la contraoferta no cancela a la propuesta precedente cuando es irrevocable, habría que admitir como válida una de las siguientes proposiciones: a) Que el carácter de "irrevocabilidad" existente en la oferta le resta a la contraoferta el significado de rechazo que en otro caso claramente tiene, o bien, b) Que la propuesta irrevocable no puede ser cancelada mediante una declaración de rechazo por parte del destinatario.

En cuanto al primer punto, no parece que sea razonable dudar que la contraoferta lleve implícito el rechazo a la oferta precedente[30]. Quien formula una contrapropuesta está manifestando no querer contratar en los términos de la oferta original, sino en otros que motivan y se plasman en la contraoferta. Nada importa a estos efectos si la contrapropuesta altera algunos de los aspectos esenciales de la oferta original o solo cuestiones secundarias, porque, como ya se ha explicado líneas atrás, por el principio de la unidad de la oferta cualquier variación que a ella se haga es igualmente relevante (artículo 1359). La contrapropuesta, pues, es una declaración que no significa aceptación sino que es incompatible con esta por lo que tácitamente implica rechazo. Decimos tácitamente porque la contraoferta es una declaración que directamente expresa el propósito de contratar en los términos que allí se indica. Pero en contraste con la oferta precedente, indudablemente se deduce que no se quiere contratar en los términos originalmente ofrecidos (rechazo).

(27) Cit., PEREGO, Enrico. Ob. cit., p. 152.
(28) PEREGO, Enrico. Ob. cit., p. 155.
(29) Ídem.
(30) FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 98. CARRESI, Franco. Ob. cit., T. 2, p. 771, nota 182.

Esto, por otro lado, es admitido por Perego para el caso de la oferta revocable. Habrá que añadir entonces que el dato de la irrevocabilidad en la oferta no cambia en nada el significado de rechazo que ya se ha mencionado. La irrevocabilidad tiene por efecto crear una situación de sujeción en el proponente, pero de ningún modo puede incidir en el significado o contenido de una declaración de otro sujeto (contraoferta), por lo que debemos concluir que también en el caso de la propuesta irrevocable la contraoferta lleva implícito el rechazo de la oferta precedente. El único caso en que la contraoferta no produce el rechazo de la oferta anterior se tiene cuando el contraoferente excluye expresamente este efecto, o sea, cuando en la contraoferta se reserva el derecho de aceptar la oferta anterior si la contraoferta no fuere aceptada. Y es que no puede considerarse que existe una manifestación tácita (de rechazo) cuando el contraoferente explícitamente excluye este significado(31).

En cualquier otro caso, la contraoferta implica un rechazo de la oferta precedente. Analicemos pues, con mayor detenimiento, el fenómeno del rechazo.

En cuanto al segundo punto anteriormente planteado parece que tampoco puede negarse que la oferta irrevocable (y la revocable) se extingue por el rechazo del destinatario. La ley no regula el rechazo de la oferta en términos generales, pero aplicaciones prácticas de la figura y de sus efectos, si bien a casos de excepción, se encuentran en los artículos 1381 y 1758 del Código Civil. Es pues comúnmente admitido que el rechazo de la oferta por parte del destinatario determina la caducidad de esta(32). No podemos ocultar, no obstante, que alguna duda existe sobre la configuración de la forma de operar del instituto del rechazo.

La renuncia adquiere distintas denominaciones dependiendo del derecho de que se trate. Así, si se trata de un crédito se denomina condonación o remisión(33), abandono (o derelicción) si incide sobre derechos reales, y rechazo si se trata de la legitimación para aceptar una oferta(34).

Para iniciar la exposición de este punto hemos de recordar que la oferta contractual genera una legitimación en el destinatario que permite que este ejerza su poder negocial de aceptación con relación a la oferta, es decir en la posibilidad de formar el contrato con el autor de la oferta y en los términos de esta con una declaración de voluntad (unida a la oferta)(35).

Entonces, Ferri explica que este poder de aceptación cuyo ejercicio se legitima en el destinatario de la oferta tiene dos posibles manifestaciones, una positiva que consiste precisamente en aceptar la propuesta, y la segunda, vista como el ejercicio negativo del mismo poder, a través del rechazo. De ello deduce que el término para la aceptación vale también para el rechazo, así como, al contrario, el término para el rechazo no podría no ser el mismo que

(31) Recuérdese que de conformidad con el tercer párrafo del artículo 141 del Código, no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

(32) FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 94. MIRABELLI, Giuseppe. Ob. cit., p. 58. Sacco, Rodolfo. Ob. cit., p. 89.

(33) Es discutible si la condonación o remisión tiene naturaleza de renuncia cuando se la configura como un contrato como en el caso de nuestro Código Civil vigente (ver artículo 1295).

(34) MESSINEO, Francesco. *Manual.* Ob. cit., T. II, p. 52. Luigi Ferri ha realizado un intento serio para distinguir a la renuncia del rechazo como dos figuras con fisonomía propia. Según explica, aun cuando ambos términos se han usado en forma indistinta, el efecto esencial de la renuncia es la extinción de un derecho del renunciante, efecto esencial de la gota de su propia esfera. Las consecuencias eventuales para los terceros son reflejas y mediatas. De ello se deduce la naturaleza no recepticia de la renuncia. Contrariamente el rechazo –aclara Ferri– se mueve siempre frente a una esfera distinta de aquella del declarante. El rechazo viene a incidir, además de la esfera del que rechaza, también en la esfera del oferente; vid. *Rinunzia e rifiuto nel Diritto Privato*, Milano, 1960.

(35) FERRI, Luigi. *Lezioni.* Ob. cit., p. 94. Hay quienes como Carresi (*Il contratto.* Ob. cit., T. 2, p. 755), que aclaran que el poder del destinatario de aceptar la oferta debe observarse como un verdadero y propio derecho subjetivo potestativo.

para la aceptación. Es pues inútil el rechazo cuando no sea posible la aceptación del mismo modo que carece de sentido la aceptación cuando no fuese posible el rechazo[36].

El rechazo implica una renuncia por parte del destinatario a esa legitimación para el ejercicio de su poder de aceptación y origina la caducidad de la oferta. Sabido es que la renuncia es un negocio abdicativo por medio del cual un sujeto extingue un derecho del que es titular[37].

La oferta tiene por finalidad posibilitar la formación del contrato para lo cual requiere ser completada con la aceptación del destinatario. El rechazo significa entonces renunciar a la legitimación que permite el ejercicio de ese poder de aceptación provocada por la oferta de manera que a partir del momento en que el rechazo surte efecto el rechazante no puede ya aceptar la oferta porque ha cesado la legitimación que le permitía ejercer su poder de aceptar[38]. En consecuencia, extinguida la legitimación del destinatario, se extingue también la oferta cuya razón de existencia (la aceptación) ha desaparecido. Es absurdo pensar en una oferta que no puede ser aceptada.

Por otra parte, dependiendo de la naturaleza del derecho o de la relación jurídica afectada por la renuncia, esta puede ser recepticia o no recepticia[39] de lo cual se sigue que, a través de la declaración de rechazo puro y simple, la renuncia se concreta como una declaración negocial recepticia, porque el poder de aceptación sobre el cual incide se ejercita mediante una declaración recepticia. El carácter recepticio del rechazo se expresa con toda nitidez en el texto del artículo 1758 del Código Civil, aun cuando no podemos dejar de recordar que esta disposición contiene una regla de excepción en cuanto a la formación del contrato, la cual justifica en mayor medida la recepticidad de la declaración de rechazo.

Sin embargo, el rechazo puede no realizarse directamente mediante una declaración negocial, sino a través de una manifestación tácita. Ello ocurre precisamente en el caso de la contraoferta, en el cual, si bien esta se formula mediante una declaración, el rechazo se deduce de ella solo indirectamente. Es en casos como este en los que la renuncia que opera mediante el rechazo no puede ser considerada como recepticia porque esta es una categoría que solo funciona respecto de las declaraciones (expresas).

El rechazo es definitivo e irreversible, lo cual significa que una vez que produce sus efectos, estos son irrevocables. Sin embargo, cuando el rechazo se produce a través de una declaración recepticia, como toda declaración recepticia, el rechazo produce efectos cuando llega a conocimiento del oferente o cuando llega a su dirección (artículo 1374). Esto hace posible que el que rechaza impida que su declaración de rechazo surta efectos si la retira después que ha sido emitida pero antes que sea conocida por el oferente[40]. En cambio, si el rechazo se realiza a través de una manifestación tácita como en el caso de la contraoferta, la renuncia surte efectos desde que se despacha de manera que ya no puede revocarse o retirarse. En orden a la

(36) FERRI, Luigi. *Lezioni*. Ob. cit., p. 94. MIRABELLI, Giuseppe. Ob. cit., p. 58. SACCO, R., Ob. cit., p. 89.

(37) BARASSI, Lodovico. *Instituciones del Derecho Civil*, trad. Ramón García de Haró y Morris Falcón, Bosch, Barcelona, 1955, T. I, p. 224. CASTÁN, José. *Derecho Civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1982, T. I, Vol. 2, pp. 100 y ss. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo I, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pp. 429 y 430. MESSINEO, Francesco. *Manual*. Ob. cit., T. II, pp. 51 y 52. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1982, Vol. I, p. 493. BADENES, Ramón. *Conceptos fundamentales del Derecho*. Marcombo Editores, Barcelona, 1982, p. 213.

(38) SACCO, R. Ob. cit., p. 89.

(39) CASTÁN, J. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 104. En contra, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Ob. cit., Vol. I, p. 494.

(40) FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 99.

forma, la declaración de rechazo no es un acto solemne; ni siquiera lo es cuando la propuesta o la aceptación deben serlo, pues la formalidad se exige para las declaraciones que forman el contrato pero no para aquellas que tienden a impedir su conclusión[41].

Una cuestión interesante es la admisibilidad de la acción de ineficacia del rechazo por fraude a los acreedores, o sea si un acreedor puede solicitar que se declare ineficaz el rechazo que realice su deudor respecto de una oferta de la que es destinatario. La solución a esa interrogante depende de un factor que tiene que ver directamente con la figura de la acción pauliana y consiste en que el poder de aceptación pueda concebirse como un derecho que forma parte del patrimonio del deudor, de tal manera que el rechazo se considere como un acto de disposición de su patrimonio a los efectos de la norma que contiene el artículo 195 del Código Civil, que exige tal requisito.

Por actos de disposición debe entenderse la sustracción, aun virtual, de elementos que forman el patrimonio de deudor[42]. Hemos dicho ya que la renuncia (abdicativa) es un acto de disposición (no traslaticio, en el sentido de que no transmite un derecho) que determina la extinción de una situación jurídica subjetiva de ventaja. Sin embargo, debe observarse que en este caso la renuncia (el rechazo), como acto de disposición, incide sobre –la legitimación para el ejercicio del– el poder de aceptar que si bien puede considerarse como un derecho de naturaleza patrimonial e incluso negociable (podría pensarse en un negocio mediante el cual se rechace una oferta a cambio de una contraprestación), no origina una disminución ni evita un incremento en el patrimonio del deudor. Así, imaginemos que Cayo, deudor de Sempronio, no rechaza la oferta que le ha dirigido Ticio, por lo que no se neutraliza su poder de aceptación. La legitimación para el ejercicio de ese poder de aceptación que aún tiene, no posee intrínsecamente un valor económico que incremente el patrimonio de Cayo, quien puede simplemente esperar a que tal legitimación se extinga por el transcurso del tiempo. Por otra parte, el poder del que hablamos no es realizable económicamente por Sempronio, puesto que no puede pensarse en la existencia del poder de aceptación de Cayo fuera de su esfera jurídica[43]. Tal poder, pues, no[44] es susceptible de ser embargado y rematado por Sempronio. Creemos que puede concluirse que el rechazo de la oferta de contratar no puede ser objeto de la acción pauliana.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Studium, Lima, 1986; BADENES, Ramón. Conceptos fundamentales del Derecho. Marcombo Editores, Barcelona, 1982; BARASSI, Lodovico. Instituciones del Derecho Civil, Tomo I, Trad. Ramón García de Haró y Morris Falcón. Bosch, Barcelona, 1955; BIANCA, Massimo. Il contratto, Diritto Civile, Vol. III. Giuffrè, Milano, 1984; CARRESI, Franco. Il contratto, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, gia diretto de Antoni Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Vol. XXI, T. 2. Giuffrè, Milano, 1987; CASTAN, José. Derecho Civil español, común y foral, Tomo I, Vol. 2. Reus, Madrid, 1982; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado, tomo 1. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. I. Tecnos, Madrid, 1982; FERRI, Luigi. Lezioni sul contratto. Zanichelli, Bologna, 1987; LOHMANN, Juan. El negocio jurídico. Studium, Lima, 1986; MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere,

(41) FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 97.

(42) MESSINEO, Francesco. *Manual*, cit., T. IV, p. 151. LOHMANN, Juan. *El negocio jurídico*, Studium, Lima, 1986, p. 321.

(43) Lo único que podría pensarse es el ejercicio por parte de Sempronio del poder de aceptación correspondiente a Cayo a través de algún supuesto de sustitución jurídica, como en el caso de la denominada acción oblicua cuya procedencia debe ser juzgada en cada caso concreto.

(44) FERRI, L. *Lezioni*, cit., p. 99.

en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, directo da Cicu e Messineo, Vol. XXI, Tomo Primo. Giuffrè, Milano, 1973; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II, trad. Santiago Sentis Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1979; Miccio, Renato. Il contratto, en I diritti di credito, Vol. Secondo, Parte II. UTET, Torino, 1977; MIRABELLI, Giuseppe. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469), en Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo Secondo. UTET, Torino, 1980; Osti, Giuseppe. Voz Contratto, en Novissimo Digesto Italiano, Vol. IV. UTET, Torino, 1957, ahora también en Scritti Giuridici, Tomo II. Giuffrè, Milano, 1973; PACCHIONI, Giovanni. Dei contratti in generale, en Diritto Civile italiano, parte seconda, volume II. CEDAM, Padova, 1939; PEREGO, Enrico. I vincoli preliminari e il contratto. Giuffrè, Milano, 1974; PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español, Tomo I, Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973; SACCO, Rodolfo. Obligazioni e contratti, en Trattato di Diritto Privato, direto da Pietro Rescigno, Vol. 10, tomo secondo. UTET, Torino, 1983; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil, Trad. A. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; SCONAMIGLIO, Renato. Dei contratti in generale (arts. 1321-1352), en Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Zanichelli - Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, trad. Martines-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Diferencia entre la oferta y la contraoferta

La aceptación de la oferta debe ser completa, pura, simple y oportuna. Ello significa que la aceptación no debe contener condiciones, ni debe introducir modificaciones en la oferta, es decir, la aceptación debe consistir en el acuerdo pleno con la oferta pues de lo contrario equivale a una contraoferta ***(Cas. N° 758-1996-Lima).***

Imposibilidad del perfeccionamiento del contrato como causa de no aceptar la oferta

{En} la sentencia de vista sí se aplicó el artículo 1373 del Código civil pero en concordancia con el artículo 1376 del mismo Código y se entendió que el contrato no quedó perfeccionado al no haber aceptación de la oferta y para arribar a otra conclusión tendría que hacerse una revaloración de la prueba lo que no es posible en casación por ser contraria a sus fines, por lo que es de aplicación el artículo 1397 del CPC ***(Cas. N° 758-1996-Lima).***

Ofertas alternativas

Artículo 1377.- ***Son válidas las ofertas alternativas hechas a un mismo destinatario. La aceptación de cualquiera de las ofertas alternativas da lugar a la formación del contrato respecto al cual el destinatario haya expresado su aceptación.***

CÉSAR A. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Según Alberto Ravazzoni, citado por Hugo Forno Florez, "la oferta de contrato es aquella declaración de voluntad que el proponente dirige a otro u otros, sometiendo a su consideración la celebración de un determinado contrato en términos tales que para que este se celebre es suficiente –pero necesaria– la aceptación del destinatario, sin que sea menester una nueva declaración del oferente. Así pues, la oferta debe ser apreciada como una fase esencial dentro del procedimiento de formación del contrato. En ella, el proponente fija el contenido preceptivo del eventual futuro contrato y se somete a la decisión que adopte el destinatario –a quien dirige la oferta– en torno a la celebración del mismo".

En términos sencillos podemos definir a la oferta como una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato.

Sin embargo, la doctrina es uniforme al señalar que para que la oferta sea considerada como tal debe reunir ciertos requisitos, a saber:

a) Debe ser completa (debe tener los elementos del contrato: bien y precio).

b) Debe haber intencionalidad (la declaración de voluntad debe contener la "intención seria" de parte del oferente de celebrar el contrato que propone).

c) Debe ser conocida por el destinatario; es decir, que llegue a conocimiento de la persona a quien está dirigida, con quien se pretende contratar.

El artículo en mención se refiere a varias ofertas que el oferente formula a un mismo destinatario en el mismo acto, motivo por el cual estas ofertas son conocidas como "alternativas". Cabe precisar que el oferente al dirigirse al destinatario deberá precisarle que las ofertas son "alternativas", de tal suerte que este pueda escoger y finalmente aceptar solo una de ellas, con lo cual quedan automáticamente descartadas las demás. Caso contrario, de no precisarse esta circunstancia estaríamos frente a lo que en la doctrina se conoce como la "pluralidad de ofertas", y en el hipotético caso que aquellas sean todas aceptadas por el destinatario, estas dejarían de tener la condición de tales, es decir, de "ofertas alternativas".

Las ofertas alternativas son comunes en el tráfico contractual, en consecuencia, no hay ningún inconveniente para que el oferente formule "varias ofertas distintas" al mismo destinatario y para que este último pueda aceptar una de ellas, siempre y cuando estas no sean excluyentes unas de otras, formándose acto seguido la celebración del contrato.

Consideramos que, en principio, la norma se encuentra dirigida de manera preferente a los casos de personas ausentes; sin embargo, no implica que no pueda proceder entre personas presentes.

Las variaciones que pueden suscitarse en este tipo de ofertas son diversas, es decir, ofertas contenidas en el mismo contrato o también en diferentes contratos, así como también pueden referirse a un mismo bien en particular o también a bienes totalmente diferentes.

Citamos, por ejemplo, dos situaciones:

a) En un primer caso, el oferente propone al destinatario la celebración de un contrato de compraventa sobre un departamento ubicado en San Isidro, por el valor de US$ 80,000, cuya forma de pago es al contado, precisándole que si no fuese factible dicha compra al contado le ofrece la venta del mismo bien inmueble al precio de US$ 95,000 a plazos.

   Como podrá apreciarse, la propuesta de venta respecto del bien en sí es la misma; sin embargo varía en cuanto a la modalidad de pago (al contado o a plazos) y, por tanto, también varía el precio.

b) En un segundo caso, el oferente propone al destinatario la celebración de un contrato de compraventa de un vehículo determinado y, de no ser posible ello, le propone arrendárselo.

   Sin duda, en este caso la propuesta se refiere al mismo bien. Si embargo, cabe precisar que la alternatividad resulta tácita por la propia naturaleza de la oferta. Nos explicamos; resulta obvio que ambos contratos propuestos (compraventa y arrendamiento respecto de un mismo bien) por el oferente, son excluyentes entre sí.

De otro lado, es preciso señalar que conforme lo estipula la norma "la aceptación de cualquiera de las ofertas alternativas da lugar a la formación del contrato respecto a la cual el destinatario haya expresado su aceptación", con lo cual queda claro que la alternatividad de la oferta es para el destinatario, y que una vez que esta sea aceptada da lugar a la formación del contrato y, en consecuencia, las demás ofertas caducan automáticamente por el hecho de la aceptación de una de ellas.

Finalmente, y como bien lo expresa Max Arias Schreiber: "Está sobreentendido que no será válida la aceptación de una parte de la oferta y no de la otra, dada la integralidad de la contratación", es decir, las ofertas deben ser necesariamente excluyentes, es decir, no pueden ser de ninguna manera aceptadas por partes por el destinatario.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos: Parte General. 2da. edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; BORDA, Guillermo A., Manual de Contratos. 5ta. edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte-Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998; FORNO FLOREZ, Hugo. Los efectos de la oferta contractual. En Ius et Veritas N° 15, pp. 183 y siguientes; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. (Traducción de la obra italiana Doctrina Generale del Contratto, Terza Edizione, ampliata e in parte rifatta. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1948), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

Observancia de la forma requerida

Artículo 1378.- *No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.*

Concordancias:
C.C. arts. 143, 144, 1411

CÉSAR A. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

En principio debemos señalar que la aceptación como tal es eminentemente consensual, por cuanto nace del consentimiento. Por tanto, por regla general para su validez no requiere de forma alguna.

Sin embargo, por excepción a la regla, puede darse el caso, como en el presente artículo, de que la aceptación se encuentre revestida de una "forma" impuesta por el oferente al destinatario, la cual deberá ser acatada para que la aceptación tenga validez jurídica. De tal suerte que si el aceptante no cumple con la forma impuesta por el oferente, dicha aceptación no tiene ninguna eficacia. Es evidente que la norma ha conferido al oferente la potestad de convertir una declaración de voluntad que es consensual en una formal.

Manuel de la Puente y Lavalle señala que conviene determinar si la expresión "forma" utilizada en el texto del artículo bajo comentario, debe ser entendida en sentido estricto, o sea el de formalidad, o en sentido amplio, esto es, equivalente a "manera".

Para ello, teniendo en cuenta el sentido estricto, refiere que "forma" significa "los requisitos formales que debe reunir la declaración para tener eficacia como tal".

Citando a Federico De Castro y Bravo, refiere que: "La observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de voluntad. En este sentido son formas la exigencia del uso del documento, de la escritura pública, de la certificación notarial, de fórmulas solemnes, de medios de comunicación determinados, como la carta certificada, etc.".

Por tanto, según el distinguido jurista nacional, la forma a que se refiere el presente artículo "debe ser entendida en sentido amplio, por lo cual el oferente puede requerir que la oferta sea manifestada de la manera establecida por él, siempre, desde luego, que esa manera sea lícita (no lo sería, por ejemplo, si atentara contra las buenas costumbres)".

Citamos un ejemplo: Junior le ofrece en venta a Maricela una casa de playa ubicada en el balneario de Santa María por el valor de US$ 240,000, pagaderos al contado. Sin embargo, en su oferta le exige que su respuesta le sea formulada en un plazo no mayor de 15 días y por conducto notarial. Sin duda, Maricela tendrá que cumplir el requisito de comunicarle a Junior su aceptación dentro del plazo conferido, pero necesariamente por la vía notarial, caso contrario, dicha aceptación no tendrá validez.

¿Qué consecuencia genera la inobservancia de la forma?

La norma es muy clara. Se establece que no tiene efectos jurídicos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente; lo cual implica que la declaración como tal es válida, sin embargo es ineficaz como aceptación.

Muy diferente sería, conforme al ejemplo anterior, si Junior no le indica a Maricela ninguna forma en particular para comunicar su aceptación, caso en el cual esta podrá emplear la forma que estime conveniente.

De otro lado, nos planteamos si el oferente puede dispensar al aceptante de la exigencia de la forma y considerar válida la declaración de voluntad realizada sin la formalidad requerida. En la doctrina encontramos posiciones discrepantes:

Algunos como Genovese, citado por Manuel de la Puente y Lavalle, sostienen en definitiva que no; por cuanto la forma establecida por el oferente al destinatario no queda a la libre disponibilidad del oferente, debido a que esta ha adquirido un carácter impersonal y objetivo, y que la forma exigida concierne al proceso formativo del contrato.

Otros como Francesco Messineo, sostienen que sí, considerando que: "La renuncia del oferente facilita la formación del contrato, encontrándose tal resultado en la línea del principio de conservación del contrato"; y, asimismo, que "el interés del destinatario es en el sentido de la mayor simplicidad posible y libertad de la forma de aceptación, y no al contrario; no se entiende, por ello, por qué estaría prohibido al oferente renunciar a la observancia, por parte del destinatario, de una forma más rigurosa".

Coincidimos con Messineo, por cuanto somos de la opinión que el oferente puede, desistiéndose de su inicial exigencia, es decir, que la aceptación deba observar la forma requerida, considerar la declaración del destinatario sin dicha formalidad como una aceptación válida y eficaz por ser congruente con la oferta planteada.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos: Parte General. 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; BORDA, Guillermo A., Manual de Contratos. 5ta. edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte-Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1998; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. (Traducción de la obra italiana Doctrina Generale del Contratto, Terza Edizione, ampliata e in parte rifatta. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1948). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

Ofertas cruzadas

Artículo 1379.- ***En las ofertas cruzadas, el contrato se perfecciona con la aceptación de una de ellas.***

Concordancias:
C.C. arts. 1352, 1373, 1374

CÉSAR A. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Se consideran ofertas cruzadas aquellas que son formuladas simultáneamente por dos o más partes, proponiendo la celebración entre ellas de un mismo contrato en relación a un mismo bien.

Las ofertas cruzadas constituyen un modo de contratar entre personas ausentes, por vía epistolar.

Cabe precisar algunas características de este tipo de ofertas:

a) La contratación es entre personas ausentes, por tanto, se encuentran en lugares diferentes.

b) Ambas partes intervinientes son al mismo tiempo oferentes y destinatarias.

c) Las ofertas son desconocidas por las partes hasta la respectiva recepción, de tal manera que cuando una envía su oferta desconoce que la otra al mismo tiempo le ha remitido la suya.

d) Las ofertas que se efectúan las partes recíprocamente deben estar necesariamente referidas al mismo contrato y en forma específica al mismo bien. Es decir, las ofertas cruzadas deben coincidir plenamente.

e) La norma establece que el contrato se perfecciona con la aceptación de una de ellas, es decir, el contrato queda perfeccionado con la oferta que sea aceptada expresamente en primer término.

Citamos un ejemplo: Joaquín ofrece venderle a Giuliana una casa de campo por el precio de US$ 180,000 cancelables al contado; y simultáneamente Giuliana ofrece a Joaquín comprarle coincidentemente el mismo inmueble al mismo precio y en la misma forma de pago.

Sin embargo, como acertadamente señala Max Arias Schreiber, "el solo hecho de haberse formulado las ofertas no determina la celebración del contrato sino que será indispensable que se produzca el acuerdo de voluntades a través de la aceptación. De lo dicho se desprende que las ofertas cruzadas no dan lugar a la formación del contrato en tanto no haya habido la unión o coincidencia de voluntades".

Es importante tener en especial consideración que nuestro Código Civil, en lo relativo al perfeccionamiento del contrato, en el artículo 1373 ha optado por la teoría del conocimiento o de la cognición, al señalar que: "El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente".

De otro lado, cabe la pregunta de si es preciso determinar si este conocimiento es suficiente o si se requiere, adicionalmente, que exista necesariamente una secuencia lógica, en el

sentido de que primero debe darse la oferta y luego la aceptación. La doctrina al respecto no es uniforme, encontrándose posiciones discrepantes:

Por un lado, José Puig Brutau refiere que: "La oferta y la aceptación constituyen dos manifestaciones de voluntad cronológicamente sucesivas y la primera determinante del contenido de la segunda. Pero se ha presentado el problema de saber qué debe suceder cuando las manifestaciones de las partes no aparecen en la forma normal de oferta y aceptación, sino ambas como ofertas, esto es, como declaraciones independientes que se han cruzado, pero que por su contenido se complementan tan perfectamente como podría hacerlo en el caso de haber sido formuladas como oferta seguida de aceptación. Así, cuando A ofrece la venta de un objeto que le pertenece por un precio determinado, mientras B le ofrece comprar el mismo objeto por el mismo precio, se discute si queda perfeccionado el contrato de venta correspondiente".

Finalmente, concluye sosteniendo que: "Por todo ello estimamos que la más efectiva formulación del problema debe hacerse en los siguientes términos: ha de resolverse si queda vinculado por su declaración quien recibe del destinatario de su oferta otra oferta cuyo contenido demuestra un interés coincidente con la aceptación. Todo el cuidado con que ha de ser resuelto semejante problema, especialmente por lo que se refiere a la determinación del momento y del lugar de la celebración del contrato, podrá ser debidamente atendido si queda planteado con un criterio valorativo de los intereses en pugna y no en términos propios de la jurisprudencia de conceptos".

De otro lado, es de opinión diferente Carresi, citado por Manuel de la Puente y Lavalle, quien sostiene que: "En el contrato, a diferencia de lo que ocurre en otros actos plurisubjetivos, el acuerdo no se consuma en la constatación de la concorde voluntad de las partes de realizar un determinado arreglo de sus intereses, como ocurriría si, por ejemplo, A y B se comunicaran sin concierto previo de estar dispuesto el uno de vender al otro un determinado bien por un determinado precio y el otro de estar dispuesto a adquirirlo por el precio que aquel le pide, debiendo sus declaraciones o sus comportamientos expresivos de su consenso seguir un orden preciso, caracterizado cabalmente por el sometimiento de un proyecto de reglamento negocial de parte de uno al otro y por la adhesión de este último a aquel proyecto. Solamente de este modo es posible establecer el momento y el lugar de formación del contrato, que en nuestro ordenamiento es el momento y el lugar en que el proponente conoce la aceptación".

Es decir, para algunos juristas, en las ofertas cruzadas no existe una denominada "regla general" que determine que las declaraciones que emiten las partes deban necesariamente encontrarse diferenciadas: una como oferta y la otra como aceptación, ello es irrelevante por cuanto el contrato en sí queda perfeccionado cuando estas llegan a su destino.

Sin embargo, para otros, no es suficiente esa concordancia que pueda existir en las dos declaraciones de voluntad destinadas a crear el mismo contrato respecto del mismo bien, sino que adicionalmente a ello, para que se dé el inicio del contrato, es necesario que las acotadas declaraciones sigan el orden que es fijado por la ley, el mismo que debe ser respectado, es decir, la secuencia lógica de la oferta en primer lugar y, posteriormente, la aceptación, la cual finalmente viene a constituir la declaración conjunta de la voluntad común de las partes.

Particularmente coincidimos con lo manifestado por José Puig Brutau, en el sentido de que el contrato es un acuerdo de voluntades y que si mediante las ofertas cruzadas se pone de manifiesto la coincidencia de voluntades –conforme en líneas precedentes ya lo hemos explicado, al tener que coincidir plenamente en cuanto al mismo contrato y al mismo bien– no

existe ninguna razón conceptual para que no se forme el contrato y, por tanto, es sumamente rígido el concepto de que solo puede existir consentimiento con la concurrencia de voluntades sucesivas en el orden prefijado por la ley, es decir, primero de la oferta y posteriormente de la aceptación.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos: Parte General. 2da. edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; BORDA, Guillermo A., Manual de Contratos. 5ta. edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte-Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1998; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. (Traducción de la obra italiana Doctrina Generale del Contratto, Terza Edizione, ampliata e in parte rifatta. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1948). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, Volumen I, Doctrina General del Contrato. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

Aceptación tácita

Artículo 1380.- ***Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.***

Concordancias:
C.C. arts. 141, 1321, 1758; D.LEG. 861 art. 59

CÉSAR A. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

El presente artículo se refiere a la denominada "aceptación tácita", la cual consiste en que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que se dio inicio a la ejecución, constituyéndose por tanto en una declaración de voluntad afirmativa, la cual no requiere de respuesta previa.

La aceptación tácita, según lo dispuesto por el presente artículo, se da a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, exigiendo que el aceptante deba comunicar inmediatamente del inicio de la ejecución al oferente, en caso contrario, queda obligado a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse.

Como podrá observarse, el artículo bajo comentario reconoce:

1. La existencia de una oferta dirigida por el oferente al destinatario y conocida por este.
2. La prestación a cargo del aceptante ha de ejecutarse sin respuesta previa.
3. El contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución.
4. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución.

Sin embargo, la norma es muy clara al señalar cuáles son los supuestos en los que se puede presentar esta aceptación tácita, en la que "la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa", y para ello señala:

a) A solicitud del oferente.

b) Por la naturaleza de la operación.

c) Según los usos.

Al respecto, procedemos brevemente a explicar cada uno de ellos:

a) A solicitud del oferente.- Conforme se ha mencionado, se requiere en primer término que exista una oferta dirigida por el oferente al destinatario y conocida por este.

El oferente, al momento de formularle la oferta al destinatario, lo exonera de una previa respuesta de declaración de aceptación del contrato propuesto, por cuanto este procede a dar inicio a la ejecución de la prestación a su cargo.

Resulta obvio que si el destinatario no comienza con la ejecución de la prestación dentro de los términos propuestos por el oferente, no se considerará la celebración del contrato.

En efecto, puede acontecer que el destinatario desee rechazar la oferta planteada y, por tanto, no acceder a lo ofrecido, con lo cual se entiende que no se habrá celebrado ningún contrato.

Concluyendo podemos señalar que, en el supuesto de que el oferente manifieste al destinatario que no será necesario que le manifieste su respuesta previa con el inicio de la ejecución de la prestación, el contrato quedará perfeccionado.

b) Por la naturaleza de la operación.- El oferente, al momento de proponer su oferta al destinatario para llevar a cabo celebración del contrato, no le plantea, como en el caso anterior, la ejecución de la prestación sin esperar respuesta previa; sin embargo, teniendo en especial consideración la propia naturaleza de la operación materia del contrato propuesto, el solo hecho del inicio de la ejecución constituirá la aceptación del destinatario; en consecuencia, estamos frente a una decisión unilateral que adoptará el destinatario.

Sacco, citado por Manuel de la Puente y Lavalle, señala que al respecto la jurisprudencia italiana, intentando una regla general, ha encontrado que la naturaleza del contrato justifica la ejecución sin respuesta:

- Cuando la ejecución sea tan urgente, que podría ser perjudicada si se difiere la aceptación.
- Cuando subsista un específico interés del proponente para la ejecución inmediata, prevalente sobre el interés a recibir la comunicación de aceptación.

Concordamos con el maestro Manuel de la Puente y Lavalle, al señalar que: "Al parecer existe un error conceptual en dicha jurisprudencia, por cuanto en este caso no se trata de proteger el interés del proponente, como sí ocurre cuando es este quien solicita la ejecución –analizado en el supuesto anterior– sino de atender a la propia naturaleza de la operación, que requiere, para ser exitosa, una ejecución inmediata".

Según nuestra apreciación la exigencia de la ejecución inmediata a cargo del aceptante por la propia naturaleza de la operación será tal que, para que esta sea beneficiosa, tanto para sus intereses como para los del oferente, deberá ejecutarse con carácter de urgencia y sin mayor dilación, caso contrario, podría ser perjudicial para ambas partes.

c) Según los usos.- Al referirse a los usos se tiene en consideración un comportamiento generalizado. Es decir, una práctica común vienen a ser los hechos materiales constantes que se realizan de manera general en forma inalterable a través del tiempo. El uso requiere adicionalmente al hecho de ser constante, que los actos se lleven a cabo de manera continua y uniforme.

Por ello nos referimos a esas ofertas sobre determinados contratos, en las cuales la celebración por los usos se obtiene mediante el inicio del cumplimiento de la prestación por cuenta del destinatario, quien para adoptar su decisión tan solo le será suficiente acreditar la existencia precisamente de dichos "usos", para proceder a dar comienzo a la ejecución de la prestación a su cargo, sin necesidad de emitir una respuesta previa.

De otro lado, nos preguntamos: ¿En qué momento se entiende que queda concluido el contrato?

La norma es clara. El contrato queda concluido en el momento y en el lugar en que comenzó la ejecución de la prestación a cargo del aceptante, con lo cual también queda establecido que no son aplicables las reglas generales contenidas en los artículos 1373 (relativo al perfeccionamiento del contrato) y 1374 (teoría de la recepción-contratación entre ausentes).

Es decir, no se requiere que el oferente tome conocimiento de la aceptación, sino que será suficiente que se dé comienzo a la ejecución de la prestación a cargo del aceptante para que el contrato quede concluido en el momento y en el lugar en que ello acontezca.

Queda entendido que el mencionado comienzo de la ejecución tiene que encontrarse necesariamente vinculado a la prestación a cargo del aceptante, debido a que no es suficiente que el referido aceptante se desenvuelva de una manera en particular o determinada, sino que dicha actuación se encuentre directamente orientada a realizar específicamente la prestación.

Citamos un ejemplo: Juan Pablo (aceptante) tiene como prestación a su cargo pintar un cuadro. Se considerará para tales efectos, como inicio de la ejecución de la prestación, la realización de determinados actos: la compra de los materiales y la preparación de la pintura.

Finalmente, la última parte del artículo en comentario se refiere al pronto aviso del inicio de ejecución por parte del aceptante, dando a conocer al oferente sobre el inicio de la ejecución, caso contrario queda obligado a la indemnización por daños y perjuicios.

Consideramos que la finalidad del aviso es informar al oferente para que este tome conocimiento de que el contrato ya ha sido celebrado y que, en consecuencia, es titular de derechos y obligaciones.

Por las consideraciones expuestas, el hecho de que no se le dé aviso sobre el inicio de la ejecución, conforme así se encuentra estipulado en la norma, da lugar a que el oferente ignore por completo que se encontraba vinculado por el contrato con el aceptante y que este último tenga que asumir su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos: Parte General. 2da. edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; BORDA, Guillermo A., Manual de Contratos. 5ta. edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte-Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1998; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. (Traducción de la obra italiana Doctrina Generale del Contratto, Terza Edizione, ampliata e in parte rifatta. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1948). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, Volumen I, Doctrina General del Contrato. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Aceptación tácita en el perfeccionamiento del contrato

{E}l artículo 1380 del Código Civil, referido a la aceptación tácita en el perfeccionamiento del contrato, pues al caso de autos no es de aplicación dicha Ley, sino que es de aplicación el artículo denunciado, dado que existe en autos las pruebas suficientes que amparan su demanda, ya que tanto en las bases de propuesta para el otorgamiento de la buen pro con la entidad demandada {...} existe la prueba plena que la entidad demandada requería siempre y antes de dar la buena pro, que el recurrente o el proveedor en su caso tenía la obligación de proporcionar en alquiler el equipo Switch a la entidad demandada ya que era necesario eminentemente para poder ejecutar la obra o comunicaciones contratadas por parte de la entidad demandada, en consecuencia mal se haría en desconocer la obligación de pago de cincuenta y siete meses de alquiler de dicho equipo Switch ***(Cas. N° 1438-2012-Arequipa).***

Aceptación tácita excepcional

Artículo 1381.- ***Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.***

La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

Concordancias:
C.C. arts. 141, 142, 1358, 1380, 1388

CÉSAR A. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

El presente artículo se refiere en sí a la aceptación tácita excepcional, conocida en la doctrina como "silencio circunstanciado", la cual tiene como fundamento la costumbre entre los contratantes en la que no existe aceptación expresa y la invitación a ofrecer que ha formulado el destinatario.

Cabe precisar que la regla contenida en la norma constituye una excepción al carácter que debe contener la aceptación, motivo por el cual la prueba de la existencia de la costumbre, así como la invitación a ofrecer, son de cargo del oferente.

Manuel de la Puente y Lavalle sostiene que: "La regla general es, como se ha visto, que el silencio está desprovisto, por sí mismo, de todo significado jurídico preciso. No obstante, la doctrina admite que en determinadas circunstancias, el silencio, dentro del marco de formación del contrato, pueda ser entendido por el juez como una manifestación de voluntad, generalmente en el sentido de aceptación de la oferta, lo que da lugar al llamado silencio circunstanciado".

"En el régimen peruano el sistema es más estricto, pues el artículo 142 del Código Civil solo permite que el silencio importe manifestación de voluntad cuando la ley (o el convenio) le atribuyen ese significado".

Finalmente agrega que el artículo 1381 es precisamente un caso en que la ley atribuye al silencio, cuando se produce en determinadas circunstancias, el significado de aceptación de la oferta. Se trata, pues, de un silencio circunstanciado limitado a supuestos precisos.

Héctor Lafaille, citado por Max Arias Schreiber, al referirse a una norma similar contenida en el anterior Código Civil argentino de 1869 sostiene que: "Claro está que el consentimiento tácito solamente podrá admitirse en aquellos casos en que la ley o las partes no impongan una declaración expresa, formal o solemne. Así, si en un negociado comercial una de las partes dice a la otra en una carta que le envía: 'sírvase usted manifestarme su conformidad con transcripción íntegra de la presente, sin lo cual no le tendré por aceptado'; para que haya aceptación será necesario que ella venga acompañada con la transcripción".

Como podemos apreciar, en el artículo en comentario se consideran solo dos casos específicos de excepción:

a) La costumbre entre los contratantes, en la que no existe aceptación expresa, y

b) La invitación a ofrecer que ha formulado el destinatario.

Si en cualquiera de ambos casos la oferta no ha sido rechazada sin dilación, caso contrario, el contrato queda concluido.

a) La costumbre entre los contratantes, en la que no existe aceptación expresa

Es evidente que en este primer supuesto se tiene como fundamento la costumbre que opera entre las mismas partes, quienes usualmente celebran contratos entre ellas mismas sin el requisito de la aceptación previa, por tanto, el silencio es considerado como una aceptación tácita excepcional.

Nos preguntamos entonces: ¿qué se entiende por costumbre?

Para Pedro Flores Polo "es una norma de derecho cuyo valor jurídico reposa en la tradición y en su cumplimiento constante y uniforme a través del tiempo con la misma fuerza de la ley, constituyendo también fuente de derecho".

En la costumbre, según Baudry Lacantinerie, citado por Pedro Flores Polo, rige la consecuencia de tres condiciones esenciales:

- El elemento material; que es el uso largo y constante, y que se denomina "consuetudo", el mismo que a su vez requiere de tres caracteres: formación espontánea; práctica regular y constante; y, finalmente, duración más o menos larga.
- El elemento psicológico; es decir, la convicción de la calidad jurídicamente obligatoria del uso; y
- Que no contraríe los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de donde emerge.

Por tanto, al señalar la norma la realización de operaciones en que no se acostumbre la aceptación expresa, se está refiriendo no solo a aquellas que correspondan a un uso generalizado, sino también a las costumbres observadas, a determinados actos reiterativos anteriormente realizados por las propias partes contratantes en sus anteriores vínculos contractuales de negocios y en los cuales se ha hecho costumbre entre ellas esa forma de contratar.

Analicemos el ejemplo siguiente en el cual existe entre oferente y aceptante la costumbre de contratar:

Alexandra, en su calidad de diseñadora y confeccionista, remite periódicamente a Maricela, quien tiene su propia boutique dedicada al negocio de la comercialización y venta de ropa femenina, para su respectivo stock, determinada cantidad de vestidos, cuyo pago, como es usual entre ambas partes, se efectúa días después, es decir, con posterioridad a la recepción de la mercadería. La realización de este tipo de operaciones data de meses atrás, sin ninguna interrupción. Asumiendo que Maricela ha saturado su stock de vestidos y que por el momento no desea nueva contratación sobre los mismos, a tenor de lo dispuesto por la norma en comentario, deberá rechazar inmediatamente la última remesa, caso contrario, el contrato quedará concluido.

b) La invitación a ofrecer que ha formulado el destinatario

A diferencia del supuesto anterior, en el presente caso es el propio destinatario de la oferta quien da inicio al proceso de la vinculación contractual al realizar una invitación a ofrecer, reputándose concluido el contrato si la oferta no es rehusada sin dilación.

Marcel Planiol y Georges Ripert sostienen que: "En los casos en que la proposición ha sido provocada por el que la recibe, el silencio de este es explicable por la inutilidad de repetir una adhesión dada por antemano por parte del iniciador de las relaciones".

Manuel de la Puente y Lavalle sostiene acertadamente que, para los efectos del presente artículo, debe considerarse que la oferta que se formula se refiere al mismo contrato que es materia de la invitación a ofrecer.

La norma contenida en el presente artículo tiene evidente sentido práctico por cuanto, conforme añade el citado jurista nacional, "es lógico que quien ha manifestado seriamente su disposición a contratar y ha invitado a que se le formulen ofertas, creando así una expectativa de celebración de un contrato, asuma una especial diligencia para poner en conocimiento de quien, accediendo a su invitación, ha formulado una oferta, que no está dispuesto a aceptarla. Por otro lado, el oferente tiene confianza de que su oferta, por encontrarse dentro del marco de la invitación, va a ser aceptada, de tal manera que si esto no ocurre debe ser informado sin dilación".

De esta manera se eliminan las innecesarias trabas que pudiesen eventualmente suscitarse entre las partes que desean contratar para obtener así el acuerdo de voluntades.

Sin embargo, ello no significa de modo alguno que se esté confiriendo fuerza vinculatoria a una simple invitación a ofrecer, la cual se dirige a persona incierta, es decir, al público en general, sino que lo que la hace vinculante es precisamente esa ausencia de rechazo sin dilación a la oferta formulada.

Finalmente, en cuanto al aviso de rehusamiento o rechazo de la oferta establecido en el aludido artículo, aquel es el medio para impedir la celebración del contrato entre las partes. Dicho aviso deberá efectuarse sin dilación, en forma inmediata, lo más pronto posible, caso contrario el contrato queda concluido.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos: Parte General. 2da. edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; BORDA, Guillermo A., Manual de Contratos. 5ta. edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte-Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1998; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, 1979; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. (Traducción de la obra italiana Doctrina Generale del Contratto, Terza Edizione, ampliata e in parte rifatta. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1948). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés. Tomo VI. Cultural S.A., La Habana, 1946; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, Volumen I, Doctrina General del Contrato. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Aceptación tácita de carácter excepcional

{Es} válido el pago y recibido el mismo por la demandada, existe una aceptación tácita de la prórroga del plazo para el pago de la cuota inicial, regulado por el artículo 1381 del Código Civil, porque así se ha acostumbrado anteriormente sin que exista aceptación expresa como consta de los documentos ***(Cas. N° 1426-1998-Lima).***

Obligatoriedad de la oferta

Artículo 1382.- ***La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1383, 1384, 1385, 1389; LEY 26887 art. 59

EDUARDO BARBOZA BERAÚN

De acuerdo con este artículo, "la oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso".

Dicha norma tiene como fuente el artículo 1080 del Código Civil brasileño de 1917. El nuevo Código brasileño, que entró en vigencia el 11 de enero de 2003, también se pronuncia en el mismo sentido en su artículo 421.

1. Irrevocabilidad

Aun cuando la oferta no es suficiente para generar el contrato[1] (pues para ello se requiere que sea aceptada por el destinatario de la misma), esta tiene efectos jurídicos. Uno de ellos es la obligatoriedad de la misma. Este efecto jurídico es el que recoge el artículo bajo comentario.

Se trata de un efecto fundamental, pues ello significa que durante el plazo de vigencia de la misma, esta puede ser oportunamente aceptada por el destinatario o potencial aceptante. En torno a esto apunta bien Larenz[2] que: "La ley ha dispuesto la vinculación a la propuesta para procurar al destinatario una posición jurídica segura, principalmente en caso de una propuesta a largo plazo, por el tiempo que medie hasta su extinción. El destinatario hasta el fin del plazo a él señalado, debe poder ponderar cada sosiego si quiere aceptar la propuesta, sin tener que temer que el proponente pueda modificar su decisión y revocar su propuesta".

En otras palabras, dado que el efecto obligatorio o de irrevocabilidad se da por ley, no es necesario que el oferente haga o deje de hacer algo para que la oferta lo vincule. Dicho de otro modo, haga lo que haga el oferente luego de quedar vinculado a su oferta, esta continuará siendo obligatoria durante su plazo de vigencia y estará apta para que, en caso el destinatario la acepte, el contrato quede formado.

Al respecto, Díez-Picazo[3] nos cuenta que: "Los autores entienden que en los casos de ofertas irrevocables hay una verdadera renuncia o privación del derecho a revocar del proponente durante el intervalo de tiempo en cuestión, por lo cual la retirada (entiéndase la revocación) de la oferta hecha en contradicción con la promesa de irrevocabilidad debe considerarse como ineficaz y si recae la aceptación existe contrato". (El paréntesis es agregado nuestro). O

(1) Como la oferta por sí sola no alcanza el efecto jurídico deseado por el oferente (el contrato), esta no constituye un acto jurídico, sino solo una declaración unilateral de voluntad, que junto con la aceptación (otra declaración unilateral de voluntad) forma el acto jurídico "contrato". En efecto, como señalan Enneccerus, Kipp y Wolff, "la oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato". (Cfr. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Tomo I, Volumen II, Bosch, Barcelona, p. 153).

(2) LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 713.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1979, p. 207.

como indica Messineo[4], "cuando el proponente infringe su propio compromiso, la revocación carece de valor y la aceptación de la contraparte conduce a la conclusión del contrato; por lo tanto, el aceptante tiene derecho a la prestación y puede promover la ejecución forzada".

Este efecto de la irrevocabilidad es una de las diferencias de fondo entre las tratativas y las ofertas, pues si bien en ambas hay intención de contratar, la oferta como última palabra que es, es obligatoria, mientras que las tratativas como conversaciones preliminares que son, no son vinculantes. Es decir, los tratantes pueden apartarse de las mismas o romperlas sin necesidad de justificación alguna, siempre, claro está, que no se haya violado el deber de buena fe en la negociación, como dispone imperativamente el artículo 1362 del Código Civil.

Ahora bien, importa saber desde cuándo es obligatoria la oferta. Para ello debe tenerse en cuenta que toda oferta, vale decir, toda propuesta que contenga la intención seria, definitiva y autosuficiente (completa) de contratar[5] tiene cuatro etapas que son: (i) la emisión, (ii) el despacho, (iii) la recepción y (iv) el conocimiento.

Mientras las dos primeras etapas que son la preparación de la oferta y la remisión de la misma al potencial aceptante están todavía en la esfera de dominio del oferente; las dos últimas: el recibir la oferta y conocerla, están en la esfera del destinatario. Incluso se ha llegado a sostener que lo primero es una policitación, y lo segundo, la oferta propiamente dicha[6]. Sin embargo, el Código Civil, con justa razón, no hace distinción entre propuesta, policitación u oferta.

Como según el artículo 1374 toda propuesta contractual (entre ellas la oferta) se considera conocida en el momento en que es recibida, excepto los casos de imposibilidad de conocimiento sin culpa, el efecto de la obligatoriedad de la oferta se despliega recién cuando esta llega a dominio del destinatario. Por ello, un sector de la doctrina nacional ha llegado a pensar que recién en ese momento se da la oferta de contrato, y que lo anterior es una policitación.

Creemos, sin embargo, que la oferta tuvo la calidad de tal no solo en el momento que genera su efecto de obligatoriedad, sino desde antes; incluso desde que se emite y luego se despacha. Es más, puede decirse que la oferta existe desde su primera etapa (emisión), y es eficaz cuando surte efecto obligatorio recién en la tercera etapa (recepción). En nuestra opinión, entonces, no hay diferencia entre la policitación y la oferta. Es más, la policitación es la oferta misma, solo que todavía no es vinculante por no haber llegado a destino.

Así, no debe perderse de vista que la obligatoriedad es un efecto de la oferta que puede o no producirse, y no un elemento constitutivo de tal. Nótese que ello se debe al referido artículo 1374, contra el cual, consideramos, cabe pactarse en contrario por tratarse de una norma supletoria.

Tanto es así que si el oferente enviara una comunicación más rápida o simultánea con la oferta retractándose de esta, la oferta que existió, pero que no tuvo efecto obligatorio, no lo

(4) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 317.

(5) Nótese que no mencionamos el carácter recepticio de la oferta como un requisito constitutivo o esencial de esta, pues consideramos que tal condición le es connatural. Por tal razón, de renunciarse al carácter recepticio, esto no impedirá que una propuesta que sea seria, definitiva y completa califique jurídicamente como oferta.

(6) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Parte III, Tomo V, 2ª edición, Okura, Lima, 1988, p. 43.

tendrá tampoco, precisamente porque el propio oferente la aniquila. Esto se denomina retracto de la oferta y es recogido por el artículo 1385 numeral 3 a cuyos comentarios nos remitimos.

2. Revocabilidad

La regla general del artículo 1382 admite tres excepciones, es decir, existen situaciones por las que la oferta deja ser obligatoria o, dicho de otro modo, es revocable.

Por revocabilidad de la oferta se entiende que el oferente puede con una declaración posterior a la oferta quitarle los efectos obligatorios a esta última. Esto que en el Código Civil italiano es la regla general, en nuestro caso se trata de la excepción.

La norma italiana se inclinó por el respeto a la voluntad del oferente a lo largo de todo el camino formativo del contrato, debido a que el interés de dicho oferente puede variar hasta minutos antes de recibir la aceptación del destinatario. Siendo ello así, el legislador italiano consideró que el contrato no reflejaría la fusión de voluntades de ambas partes. Por esta razón, el artículo 1328 del Código italiano dispuso como regla general que la oferta puede revocarse mientras el contrato no fuera concluido, contemplando la posibilidad de la oferta irrevocable como excepción en virtud de su artículo 1329.

Nuestro Código Civil, en cambio, y con toda razón para nuestra realidad, prefirió defender el principio de seguridad jurídica en la contratación. Téngase en cuenta que el contrato no es fusión de voluntades sino fusión de voluntades declaradas; y la voluntad del oferente está ya plasmada en su declaración de oferta. No olvidemos que el consentimiento tiene siempre dos lados íntimamente vinculados y necesarios, uno interno (la voluntad) y otro externo (la declaración). De allí la frase que acuña De la Puente[7] en relación a la definición de contrato como "la declaración conjunta de voluntad común". Por ello, la irrevocabilidad de la oferta es la regla, mientras que la revocabilidad es la excepción.

Sobre el particular, apunta Salvat[8] que: "Es pensamiento común en la doctrina que quien formula una propuesta, por el simple hecho de haberla formulado se liga a ella, y aun cuando no haya sido aceptada por el destinatario, incurre en responsabilidad si por consecuencia de su revocación indebida ocasiona aquel un daño".

Debemos precisar que el hecho de que una oferta sea revocable no impide que esta tenga la calidad de tal. En otras palabras, la oferta revocable no deja de ser definitiva como podría pensarse. Esta cumple con dicho requisito, pues se trata de la última palabra del oferente para que sea (la oferta) aceptada (evidentemente, antes de que el oferente la revoque si así lo desea) y forme el contrato. O sea, es una propuesta en firme que no requiere de ninguna declaración adicional de parte del oferente.

Lo que sucede es que el oferente podría ejercer su facultad revocatoria, vale decir, podría quitarle los efectos de obligatoriedad a la oferta antes de que el destinatario la acepte, pero ello no impide que este último pueda aceptarla previamente a ser revocada. Desde luego, la oferta podrá revocarse entre el momento que el potencial aceptante la recibe y el momento en que el oferente recibe la aceptación.

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 235.

(8) SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*. 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, p. 65.

Según la norma bajo comentario, la excepción a la obligatoriedad de la oferta puede ser solo de tres clases: si resulta de sus propios términos; por la naturaleza de la operación o según las circunstancias del caso.

a) En el primer caso, el oferente manifiesta en su oferta al potencial aceptante que esta puede ser revocada en cualquier momento, se entiende dentro del plazo de la misma. Dada la claridad de este supuesto, no merece mayor comentario, pues dicha oferta debiera contener la declaración del oferente en tal sentido.

   Cabe solo señalar que el oferente, quien pone las reglas de juego, podría formular una oferta obligatoria durante cierto período, y señalar además que luego durante el período inmediato deje de serlo o viceversa. Por ejemplo, que el plazo de la oferta de dos meses sea irrevocable el primer mes y revocable el segundo.

b) El segundo caso de ofertas revocables resulta un tanto complicado, pues la norma establece que la oferta es revocable por la naturaleza de la operación. El Primer Proyecto del Código Civil recogió una norma similar, pero señalaba que se trataba de la naturaleza del negocio. El cambio que no consideramos sustancial no solucionó el problema.

   Nos preocupa este supuesto porque resulta difícil encontrar un supuesto que encaje en esta excepción. Quizás un caso podría ser el de la oferta de enajenación de bienes perecibles.

   Sin embargo, De la Puente[9] nos alerta acerca de la grandeza de la casuística y por ello considera que la norma es igualmente prudente, a pesar de sostener que: "Aun cuando lo he pensado bastante no he podido imaginar un caso en que la naturaleza de la operación pueda determinar que la oferta no sea obligatoria". Coincidimos plenamente con el maestro.

c) Para terminar, el tercer caso resulta más complicado aun que el supuesto anterior. Es más, creemos que genera inseguridad jurídica en la contratación. La pregunta que debe formularse es, ¿cuáles son las circunstancias del caso? Y la respuesta simplemente puede ser cualquiera.

Recuérdese que lo que buscó el legislador de 1984, invirtiendo la regla italiana, o sea consagrando la irrevocabilidad de la oferta como regla general y como excepción los tres supuestos arriba comentados, fue precisamente seguridad jurídica. Por tal razón, estando vigente esta tercera excepción, puede correrse el riesgo que el legislador justamente buscó evitar.

Finalmente, cabe preguntarse si es posible que la revocación sea efectuada de mala fe. Al respecto, consideramos que en este caso, aun cuando los efectos de la revocación no podrían impedirse, cabría una indemnización por los daños que fueran causados al potencial aceptante al haberse violado el artículo 1362, que dispone imperativamente que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe.

En efecto, Messineo[10] sostiene que: "El caso de la mala fe del proponente que revoca; aquí, si bien no se puede impedir el efecto de la revocación, o sea que el proponente deje de estar vinculado, podrá haber lugar para el resarcimiento del daño sufrido por el destinata-

(9) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 364.
(10) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 317.

rio de la oferta en virtud del deber de buena fe que ha sido infringido, deber impuesto a las partes aún durante las negociaciones".

3. Propuesta

Por todo lo antes expuesto, sugerimos que el artículo 1382 sea reformado parcialmente y tenga un texto como el siguiente:

> Artículo 1382.- "La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella o de la naturaleza de la operación".

Mientras el artículo 1382 no sea modificado en tales términos, creemos que criterios de equidad y buena fe, así como una jurisprudencia clara y uniforme al respecto, deben primar para que tal norma no vulnere la tan buscada seguridad jurídica en la contratación.

DOCTRINA

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigacoes. Livraria Editora Freitas Bastos. Río de Janeiro, 1931; BORDA, Guillermo. Manual de contratos. 6ª edición. Editorial Perrot. Buenos Aires; CARRESI, Franco. Il contrato, Tomo II. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1987; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, Tomo III. 8ª edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones. Madrid, 1954; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Vol. I. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1979; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Parte general, Tomo I, Vol. II. Bosch, Barcelona; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano (De los contratos, tomo III). Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1952; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Voces "Autónoma" y "Seguidamente". 22ª edición, 2001; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Parte III, Tomo V. 2ª edición. Okura. Lima, 1988; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones. 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950; SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. La oferta de contrato. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán, Tomo II, Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Carácter obligatorio de la oferta

El artículo 1382 del Código Civil estatuye que la oferta obliga al oferente si lo contrario no resulta, entre otros, de los términos de ella. En el caso concreto, la oferta tenía un plazo de validez de 7 días. Así aparece en la copia de la propuesta de folios 33 del expediente. De acuerdo con la información proporcionada por la Entidad, la buena pro se otorgó el día 17 de diciembre de 2004, es decir al quinto día de vigencia de la oferta. Sin embargo, recién fue comunicada la buena pro a la Empresa el día 19 de enero, es decir, en fecha en que ya había caducado la oferta. En consecuencia, el contrato no se perfeccionó, pues para ello se requiere que la aceptación sea conocida por el oferente **(Res. Nº 317-2005-TC-SU).**

Sustantividad de la oferta

Artículo 1383.- ***La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intrasmisible.***

Concordancias:
C.C. arts. 43, 44, 45, 61, 63, 660, 1149, 1218, 1733

Eduardo Barboza Beraún

Según el artículo 1383, "la muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intrasmisible".

La norma bajo comentario, que tiene como antecedente el artículo 1330 del Código Civil italiano de 1942, recoge otro efecto fundamental de la oferta que va de la mano con el de la obligatoriedad al que nos hemos referido al comentar el artículo 1382. Se trata en este caso de la autonomía de la oferta.

1. Autonomía

Por autonomía de la oferta, se entiende que esta una vez emitida y despachada por el oferente se independiza de este, vale decir, que la oferta cobra vida propia, y por tanto, no requiere de ningún acto adicional de parte de tal oferente. Dicho de otro modo, la voluntad del oferente luego de despacharse la oferta resulta irrelevante.

La oferta, entonces, es autónoma, lo cual, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española[1], significa "que trabaja por cuenta propia".

En tal sentido, no interesa si luego de despachada la oferta, su creador muere o deviene en incapaz. Como se puede apreciar, ambos supuestos son sobrevinientes a la emisión y despacho de la oferta. Y desde un punto de vista estrictamente formativo del contrato, en buena cuenta no interesa qué suceda con el oferente luego.

Este principio de la autonomía, así como el de la irrevocabilidad, de acuerdo con Borda[2] (al referirse al Código Civil alemán), "se basa en consideraciones fundadas en la seguridad del tráfico y la seriedad de los negocios. Ordinariamente una oferta hace nacer esperanzas en quien la recibe; quizás lo exponga a gastos o a desistir de otros negocios en vista de esta perspectiva. Esto explica el rigor del sistema germánico". Nosotros creemos que esto también sustenta nuestro adecuado artículo 1383.

Por tanto, salvo que el oferente se retracte antes de que el potencial aceptante reciba la oferta o simultáneamente con esto último (como establece el numeral 3 del artículo 1385), o que el oferente revoque la oferta en caso sea revocable antes de que la aceptación del destinatario surta efectos (de acuerdo con el artículo 1382), el contrato quedará concertado en

(1) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Voz: "Autónoma". Vigésima Segunda Edición, 2001, p. 170.

(2) BORDA, Guillermo. *Manual de contratos*. 6ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 44.

virtud de los artículos 1373 y 1374, una vez que la declaración de aceptación del destinatario sea recibida por el oferente.

Recuérdese que el contrato ha sido siempre, es hoy, y probablemente seguirá siendo en el futuro, la conjunción de una oferta y la aceptación de la misma. En otras palabras, una vez que se unen los extremos del consentimiento (que son la oferta y la aceptación), estaremos indefectiblemente ante la presencia de un contrato.

En este orden de ideas, podemos concluir que la muerte o incapacidad sobrevinientes del oferente solo podrían ser causales de ineficacia del contrato que fue concluido, más no de eficacia de la oferta. Nos explicamos.

La oferta al ser autónoma, y en consecuencia, independizarse del oferente, surte efecto obligatorio, como se ha visto, una vez que ingresa a la esfera de dominio del potencial aceptante. Ello quiere decir que este último puede, si así lo desea, celebrar el contrato siempre que acepte oportunamente la oferta, es decir, que su aceptación llegue a la esfera de dominio del oferente dentro del plazo de vigencia de la oferta, pues durante ese lapso de tiempo esta se encuentra apta para ser aceptada.

Téngase presente que si bien el oferente es quien, con su oferta, inicia la etapa contractual y propone las reglas de juego, el destinatario es quien tiene la facultad de concluir dicha fase contractual. En buena cuenta el oferente delega la facultad de cerrar el contrato al potencial aceptante. En efecto, Von Tuhr[3] señala que: "A la vinculación del oferente corresponde un derecho del destinatario; es un derecho de configuración: el destinatario tiene la facultad, que no puede quitársele, de dar vida mediante su declaración al contrato cuyo contenido resulta de la oferta".

Entonces, no obstante la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, la oferta despliega todos sus efectos una vez que ingresa a destino, y puede llegar acá precisamente por su carácter autónomo. Por eso, en opinión de Sánchez Urite[4], "la fuerza vinculante de la oferta de contrato no solo está protegiendo a quien va dirigida la oferta, contra la revocación de la misma sino además contra el peligro de que se modifiquen las condiciones de la misma, debido a la muerte o incapacidad del ofertante; emitida la aceptación y recibida en destino el vínculo contractual se ha perfeccionado, aun cuando luego caiga en incapacidad el ofertante o aun cuando se produzca el fallecimiento del mismo".

Sin embargo, tal como hemos dicho, no necesariamente aquel contrato formado surtirá sus efectos. Puesto en otros términos, y de conformidad con los artículos 1351 y 1402, tal contrato no necesariamente generará obligaciones, es decir no creará o trastocará obligaciones (regulándolas, modificándolas o extinguiéndolas). Puede decirse entonces que se trata de un contrato concluido, pero ineficaz.

En efecto, tal contrato ya formado podrá o no dar nacimiento a obligaciones. Al respecto, resultarán dos casos: (i) Si la obligación contraída por el oferente no fuera *intuitu personae*, el contrato estará formado y podrá (y además deberá) ser cumplido por sus herederos. (ii) Si tal obligación fuera *intuito personae*, en cambio, el contrato habrá quedado celebrado,

(3) VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Tomo II, Vol. II. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 147.

(4) SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. *La oferta de contrato*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 113.

pero no podrá (ni deberá) ser cumplido por sus herederos, precisamente por el carácter personalísimo de la obligación prometida por el oferente.

Esto concuerda plenamente con los artículos 660, 1218 y 1363 que en materia contractual, recogiendo la regla de la relatividad *(res inter alias acta)*, apuntan a que los contratos obligan solo a las partes contratantes, e inclusive a sus herederos, salvo que la obligación sea intransmisible, como es el caso de aquellas de tipo personalísimas o *intuito personae.*

Como se puede apreciar, entonces, no se trata de un problema de formación de contrato, sino de ejecución del mismo.

DOCTRINA

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigacoes. Livraria Editora Freitas Bastos. Río de Janeiro, 1931; BORDA, Guillermo. Manual de contratos. 6ª edición. Editorial Perrot. Buenos Aires; CARRESI, Franco. Il contrato, Tomo II. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1987; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, Tomo III. 8ª edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones. Madrid, 1954; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Vol. I. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1979; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Parte general, Tomo I, Vol. II. Bosch, Barcelona; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano (De los contratos, tomo III). Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1952; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Voces "Autónoma" y "Seguidamente". 22ª edición, 2001; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Parte III, Tomo V. 2ª edición. Okura. Lima, 1988; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones. 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950; SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. La oferta de contrato. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán, Tomo II, Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Efectos de la oferta por muerte del oferente

La oferta de venta de bien inmueble hecha por el oferente fallecido no obliga a sus herederos, pues se encuentra dentro del supuesto contemplado en la parte in fine del artículo 1383 del Código Civil, referido a que por la naturaleza o circunstancias del acto materia de la oferta, esta resulte intrasmisible ***(Cas. Nº 2950-1998-Lima).***

Revocación de la oferta

Artículo 1384.- ***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 que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1375, 1376, 1385 inc. 3)

Eduardo Barboza Beraún

Este artículo 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 que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación".

Esta regla, que tiene como fuente el artículo 1155 del derogado Código Civil argentino, es un complemento al artículo 1382 antes comentado, ya que en rigor no importa si la facultad revocatoria es expresada por el oferente en la oferta misma o en esta segunda comunicación permitida por el artículo 1384, pues lo que interesa es que el potencial aceptante conozca de tal derecho una vez (o antes) que conozca la oferta, y no después de esta.

En definitiva se trata de un supuesto muy puntual, pues el legislador se ha puesto en el caso de una oferta que fue emitida y despachada, pero que todavía no ha sido recibida por el destinatario, o dicho de otra forma, el potencial aceptante no conoce todavía los términos y condiciones de la oferta.

Siendo ello así, tal como hemos indicado al comentar el artículo 1382, la oferta todavía no despliega su efecto obligatorio. En tal sentido, resultaría totalmente posible que con una comunicación más rápida del oferente, o una que llegue a destino simultáneamente con la oferta, se indique como parte de las reglas propuestas por tal oferente, que su oferta es revocable.

En nuestra opinión, a pesar de tratarse de un supuesto muy particular, el artículo 1384 resulta igualmente necesario, pues aun cuando la obligatoriedad de la oferta se da solo una vez que esta es eficaz (con la recepción por parte del destinatario), dicha propuesta, como se ha visto al comentar el artículo 1383, es autónoma. Nos explicamos.

La autonomía de la oferta, es decir, que ella se independiza del oferente una vez que es despachada de su esfera de dominio, se da porque así lo establece el artículo 1383. Por tanto, resulta necesario que otra norma permita al oferente romper con esa autonomía para que la segunda comunicación alcance a la oferta antes de que llegue a destino o junto a ella y así se evite que se genere el efecto obligatorio de la misma. En otras palabras, el objeto del artículo 1384 es romper el principio de la autonomía de la oferta, y su finalidad es evitar que esta sea irrevocable.

Hay quienes sostienen que el oferente asume frente al potencial aceptante una obligación con prestación de hacer, vale decir, se obliga a hacer que la oferta permanezca vigente y apta para ser aceptada.

Otros consideran que, por el contrario, el oferente asume una obligación con prestación de no hacer, es decir, de no hacer algo que pueda perjudicar la aceptación de tal oferta.

Nosotros creemos, sin embargo, que tal discusión no tiene mayor importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues el efecto de la autonomía de la oferta (y desde luego el de

la irrevocabilidad) genera que cualquier acto que efectúe el oferente luego de despachada la oferta (salvo los supuestos de retiro y de revocación de la oferta) resulte irrelevante. O sea, dichos actos son incapaces de afectar la oferta.

Cabe preguntarse al respecto si será necesario que la segunda comunicación siga la misma forma que el oferente utilizó para la oferta. En nuestra opinión, la respuesta es negativa, pues la norma no lo establece expresamente así. No debe distinguirse donde la ley no distingue. Además, no se olvide que el propósito de la norma es que la segunda comunicación llegue antes o simultáneamente con la primera, y el cumplimiento de las formalidades podría entorpecer dicho propósito.

Lo que resulta imperativo es que esta segunda comunicación, al tratarse de una de tipo contractual, llegue a destino para ser eficaz (ver artículo 1374). Lo mismo en el supuesto de que el oferente decida revocar la oferta, en cuyo caso tendrá que ejercer su derecho revocatorio enviando otra comunicación (la tercera), desde luego, antes de que el destinatario acepte su oferta.

Finalmente, debemos precisar que cuando la norma establece que con esta comunicación el oferente podría revocar la oferta en cualquier momento, esto quiere decir que podría quitar los efectos obligatorios de la oferta con otra comunicación que llegue a destino entre el momento en que el destinatario recibe la misma y el momento en que el oferente recibe la aceptación del destinatario.

Por ello, no es exacto que la norma señale que el oferente "puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación". Efectivamente, el oferente no podrá revocarla antes de que la oferta ingrese a la esfera de dominio del potencial aceptante, porque esta todavía no es obligatoria, y por consiguiente, no tendrá nada que revocar. Podría, en todo caso, retirar la oferta, como sostenemos en nuestro comentario al artículo 1385, numeral 3. Tampoco podría revocarla una vez que la aceptación ha ingresado en la esfera de dominio del oferente, porque en ese caso el contrato ya se habría formado. Y para la revocación del contrato se requerirá obligatoriamente del consentimiento de ambas partes y no solo el asentimiento del aceptante, ya que en este caso las partes estarían trastocando la relación obligatoria.

DOCTRINA

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigacoes. Livraria Editora Freitas Bastos. Río de Janeiro, 1931; BORDA, Guillermo. Manual de contratos. 6ª edición. Editorial Perrot. Buenos Aires; CARRESI, Franco. Il contrato, Tomo II. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1987; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, Tomo III. 8ª edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones. Madrid, 1954; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Vol. I. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1979; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Parte general, Tomo I, Vol. II. Bosch, Barcelona; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano (De los contratos, tomo III). Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1952; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Voces "Autónoma" y "Seguidamente". 22ª edición, 2001; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Parte III, Tomo V. 2ª edición. Okura. Lima, 1988; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones. 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950; SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. La oferta de contrato. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán, Tomo II, Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947.

Caducidad de la oferta

Artículo 1385. *La oferta caduca:*

1. *Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.*
2. *Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por este.*
3. *Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.*

Concordancias:
C.C. arts. 1375, 1376, 1382, 1384

EDUARDO BARBOZA BERAÚN

De conformidad con el artículo 1385, "la oferta caduca:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por este.

3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente".

Dicha norma tiene como antecedentes el artículo 1330 del Código Civil de 1936 y los artículos 1150, 1151 y 1155 del anterior Código Civil argentino.

1. Caducidad

El artículo bajo comentario mejora la norma del Código Civil de 1936, pues esta hacía referencia a la mal llamada contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Hoy, como se puede apreciar, el artículo 1385 se refiere a la contratación entre quienes están en comunicación inmediata y entre quienes no lo están.

Este cambio se sustenta esencialmente en el conocido avance de las telecomunicaciones. Debido a esto, ya no debe preocuparnos, desde un punto de vista formativo del contrato, si las futuras partes contratantes están o no físicamente presentes, como lo entendía el legislador de 1936.

En efecto, gracias al avance de las telecomunicaciones, de un lado, las partes que estén físicamente separadas (lo que se conocía como la contratación a distancia o con formación *ex intervallo)* pueden estar perfectamente en comunicación inmediata si, por ejemplo, se encuentran negociando la celebración de un contrato en un *conference call,* o en una video teleconferencia o inclusive si reciben y contestan inmediatamente *electronic messages (e-mails)* o faxes, entre otros. En otras palabras, aun cuando ambas partes se encuentran físicamente ausentes, están en comunicación inmediata.

De otro lado, las partes que están físicamente presentes en un mismo directorio podrían, por ejemplo, no hablar el mismo idioma o estar en una misma habitación, pero separados por un vidrio o simplemente no comprenderse. Dicho de otro modo, aun cuando ambas partes están físicamente presentes, no se encuentran en comunicación directa.

Por último, en relación a los tres casos que recoge la norma, debemos señalar que, en estricto, solo los dos primeros numerales son supuestos de caducidad de la oferta, mas no el tercero que califica como retracto de esta. A continuación, pasamos a desarrollar este comentario.

2. Casos de caducidad

Debe tenerse presente que la premisa de la cual parten los numerales 1 y 2 de este artículo es que las ofertas no son eternas, vale decir, que toda oferta de contrato tiene un plazo de vigencia. Caso contrario, el oferente quedaría eternamente vinculado a su declaración frente al potencial aceptante de la misma, lo cual obviamente no parece lógico. Por eso, como dicen Colin y Capitant, citados por Castán[1], "toda oferta contiene un plazo implícito, a saber: el tiempo moralmente necesario para que el destinatario pueda examinar la proposición y dar a conocer su respuesta".

En consecuencia, si el oferente no señaló un plazo en la oferta, sea determinado o determinable (al que se califica como plazo convencional), se aplicarán supletoriamente los plazos que establecen los mencionados numerales 1 y 2 del artículo 1385 (el que se denomina plazo legal).

a) El inciso 1 se pone en el caso de ofertas en el que el oferente está en comunicación inmediata con el destinatario de las mismas.

Haciendo una lectura literal de este inciso, se llegaría a la conclusión de que el plazo que tiene el destinatario de una oferta para aceptarla es muy breve, pues la norma establece que la oferta caduca si no fue "seguidamente" aceptada.

Nótese que, según el Diccionario de la Lengua Española[2], una de las aceptaciones del adverbio "seguidamente" es "en seguida", que significa "inmediatamente después en el tiempo o en el espacio".

Sin embargo, tal como decía León Barandiarán[3] al comentar el numeral 2 del artículo 1330 del Código Civil de 1936, "no debe creerse que el receptor de la oferta debe responder instantáneamente, sino que el espíritu de la norma es que el tiempo que ha de considerarse vigente la policitación (la oferta) comprenda uno prudencial, para que el receptor de la misma reflexione sobre la conveniencia o no de aceptarla" (el paréntesis es agregado nuestro).

En efecto, dependiendo de la naturaleza del negocio propuesto, el plazo de reflexión del potencial aceptante, es decir, el tiempo que debe tomarse este para evaluar una oferta difiere en cada caso. La oferta puede ser del más variado contenido, desde por ejemplo, la que se orienta al préstamo de uso de un libro hasta la que busca la compra de una empresa.

(1) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo III. 8ª edición, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, 1954, p. 408.

(2) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Voz: "Seguidamente". Vigésima Segunda Edición, 2001, p. 1316.

(3) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano (De los contratos)*. Tomo III. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1944, p. 60.

Obviamente, no puede pretenderse que negocios tan distintos deban ser tratados de igual forma en cuanto a la deliberación de los mismos.

En este contexto, sugerimos que se añada al final de esta norma la frase "o dentro de un plazo razonable en atención a la naturaleza de la operación".

Cabe finalmente mencionar que hay quienes sostienen que en realidad esta modalidad, tal como está legislada, es aplicable a la contratación masiva, pues en esta clase de contratación la celeridad en el cierre de las transacciones tiene un rol vital. Dicho de otro modo, se requiere que el destinatario responda inmediatamente al oferente sobre la propuesta que se le plantea.

Sin embargo, somos de la opinión de que tal afirmación no puede darse en todos los casos de contratación masiva, vale decir, no en todos estos casos el plazo de reflexión es el mismo. Definitivamente no puede tratarse con el mismo rasero a todas las ofertas masivas.

Además, se omite que dicha norma no solo es de aplicación a la contratación en masa, sino a toda oferta de contrato entre quienes se encuentran en comunicación inmediata, que bien puede efectuarse de forma paritaria, y en donde por el contrario, lo vital podría ser precisamente una demora razonable para tomar una determinación.

Finalmente, si este fuera el verdadero sentido de la norma, lo lógico hubiera sido que el legislador lo estableciera expresamente en la misma, cosa que no fue así.

b) En cuanto al inciso 2, puede inferirse del texto que el plazo de la oferta se constituye solamente por la demora del medio de comunicación empleado. Esto es que solo se tendría en consideración el tiempo de ida de la oferta, más el tiempo de regreso que puede tomar la aceptación, sin considerarse un periodo de reflexión del destinatario en torno a la operación planteada *(spatium deliberandi)*, plazo[4] que la doctrina acepta de manera unánime.

Al igual que el supuesto del inciso 1, consideramos que debe computarse no solo el lapso de tiempo que toman normalmente las comunicaciones, sino también un plazo de reflexión o deliberación de la operación propuesta, cuya duración dependerá nuevamente de la naturaleza de la misma. En efecto, como apunta Díez-Picazo[5] al comentar la caducidad de la oferta, "toda vez que aparece dirigida a otra persona, el destinatario debe disponer del tiempo suficiente para adoptar una decisión al respecto".

En este sentido, consideramos prudente que el inciso bajo comentario contenga la frase "y hubiese transcurrido un tiempo razonable en atención a la naturaleza de la operación".

Por cierto, aun cuando medir el plazo de reflexión de una oferta, que finalmente corresponderá hacerlo al juez[6], pueda resultar subjetivo y prestarse a interpretaciones arbitrarias para cualquiera de las partes contratantes, resulta mejor tener esta norma (incluyendo el numeral 1) a no tenerla. Por ello, y con un criterio previsor, consideramos que lo prudente para ambas partes es que el oferente indique siempre cuál es el plazo de vigencia de su oferta.

c) Tal como hemos mencionado líneas arriba, el inciso 3 de esta norma no se trata propiamente de un caso de caducidad de la oferta, sino del retracto de la misma.

(4) Obviamente este plazo de reflexión debe tomar en cuenta otras circunstancias tales como las relaciones anteriormente mantenidas por las partes.

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Volumen I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1979, p. 206.

(6) Salvo que deba establecerlo un árbitro en caso de que las partes se hayan sometido a un arbitraje.

El retracto o retiro es, según Carresi[7], "una manera de recapturar la oferta antes que llegue a conocimiento del destinatario". En este caso, el destinatario nunca tuvo efectivamente el derecho de aceptar la oferta, a diferencia del caso de la oferta irrevocable, e incluso en el supuesto de la oferta revocable mientras esta no fuera revocada. Decimos esto porque en el caso del retracto, la oferta no despliega su efecto obligatorio, o sea no llega a ser apta para ser aceptada, justamente porque el oferente la retira con una comunicación más rápida o con otra que llegue junto a ella.

Por esta razón, no coincidimos con la Exposición de Motivos del Código Civil[8] cuando al comentar esta norma, establece que este también es un caso de caducidad. En efecto, dicho comentario señala que: "El artículo 1385 plantea diferentes hipótesis, todas las cuales se traducen en la caducidad de la oferta, o sea, en el hecho de que esta pierde su fuerza vinculante".

Creemos que ello no es exacto, ya que en el caso del retracto la oferta nunca tuvo efecto obligatorio, pues aun cuando existió como tal, no generó su obligatoriedad, o sea que no se perfeccionó. Dicho de otra manera, no se pierde el efecto vinculante, sino que nunca lo tuvo (incluso podría llegar a sostenerse que se trató de una oferta potencialmente obligatoria, es decir, donde el efecto obligatorio fue potencial, pero que no llegó a materializarse). Simple y llanamente, no puede perderse algo que previamente no se tuvo.

Efectivamente, como señala Bevilaqua[9] "si el proponente arrepentido de su propuesta se retracta de ella, y su retractación llega a conocimiento del solicitado antes de la propuesta, o al mismo tiempo que ella, no se ha hecho propuesta alguna". Con igual criterio, el Anteproyecto de Pavía[10] señala en su artículo 14 (1) que: "La oferta queda desprovista de efecto si no llega a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor, aun cuando el mismo haya declarado por escrito que es irrevocable (...)".

Para terminar, debemos precisar que la retractación solo procede en los casos en que las partes no están en comunicación inmediata, pues de estarlo sería simplemente imposible que la segunda comunicación llegue antes o junto a la primera comunicación (entiéndase la oferta). O si ello fuera posible, esta única comunicación que contenga ambos propósitos no calificaría como oferta por cuanto no cumpliría con el requisito constitutivo de ser definitiva.

En este orden de ideas, somos de la opinión que el inciso 3 del artículo 1385 debe ser suprimido, pues la retractación de la declaración de la oferta no es en rigor un caso de caducidad de la misma. Es más, lo correcto, por un principio de ubicación de la norma, es que este supuesto de retracto de la oferta pase a formar parte del artículo 1386, el cual recoge el caso de la retractación del aceptante.

3. Propuesta

En consecuencia, proponemos que el artículo 1385 del Código Civil tenga la siguiente redacción:

Artículo 1385.- "La oferta caduca.

(7) CARRESI, Franco. *Il contrato*. Tomo II. Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, p. 758.
(8) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Parte III, Tomo V, 2ª edición, Okura, Lima, 1988, p. 46.
(9) BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigacoes*. Livraria Editora Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1931, p. 170.
(10) Anteproyecto de Iusprivatistas Europeos de Pavía. Código Europeo de Contratos (anteproyecto). Versión española de Jose Luis de los Mozos y Agustín Luna Serrano.

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue aceptada lo más pronto que la naturaleza de la operación lo permite.

2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para comprender el contenido de la oferta, según la naturaleza de la operación, para hacer llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por este".

Por último, debemos comentar que existen otros casos que pueden calificar como supuestos de caducidad de la oferta, además de los previstos en los numerales 1 y 2 antes comentados, que son cuando el potencial aceptante emite una contraoferta, rechaza la oferta, la revoca o simplemente vence el plazo establecido por el oferente, sea determinado o determinable (salvo obviamente que opere la regla del silencio circunstanciado o cualificado recogido en el artículo 1381).

DOCTRINA

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigacoes. Livraria Editora Freitas Bastos. Río de Janeiro, 1931; BORDA, Guillermo. Manual de contratos. 6ª edición. Editorial Perrot. Buenos Aires; CARRESI, Franco. Il contrato, Tomo II. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1987; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, Tomo III. 8ª edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones. Madrid, 1954; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Vol. I. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1979; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Parte general, Tomo I, Vol. II. Bosch, Barcelona; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano (De los contratos, tomo III). Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1952; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Voces "Autónoma" y "Seguidamente". 22ª edición, 2001; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Parte III, Tomo V. 2ª edición. Okura. Lima, 1988; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones. 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950; SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. La oferta de contrato. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán, Tomo II, Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947.

Revocación de la aceptación

Artículo 1386.- ***Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.***

Concordancias:
C.C. arts. 1374, 1385 inc. 3)

EDUARDO BARBOZA BERAÚN

El presente artículo dispone que "se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante".

Dicha norma cuya fuente es el artículo 1334 del Código Civil de 1936 y el artículo 130 del Código Civil alemán, tiene un efecto similar al comentado en el artículo 1385, numeral 3. Se trata de un caso de retractación de una declaración, pero esta vez del retiro de la aceptación y no de la oferta.

Naturalmente, tratándose del mismo efecto y finalidad, nos remitimos a nuestros comentarios al referido artículo 1385, numeral 3.

Cabe, sin embargo, hacer una observación al respecto. En este supuesto, a diferencia de la retractación de la oferta respecto de la cual el oferente no se retracta, esta termina obligando solo al oferente, mientras que la aceptación que no es retirada por el destinatario (con una comunicación más rápida o que llegue junto con tal aceptación) termina obligando a ambas partes, pues al llegar a la esfera de dominio del oferente, se forma el contrato. Esto se da porque según los artículos 1373 y 1374 del Código Civil, la aceptación se presume conocida cuando el oferente la recibe, produciéndose inmediatamente sus efectos, siendo el principal de estos la concertación del contrato.

Finalmente, como puede apreciarse de la norma, esta se refiere correctamente al retracto y no a la revocación. La aceptación al igual que la oferta es retractable, pero a diferencia de esta no admite, ni por excepción, su revocación, lo cual resulta obvio, pues una vez que se acepta una oferta, se forma un contrato, y para revocar sus efectos ya no se requiere de la voluntad unilateral del destinatario de la oferta, sino del consentimiento de ambas partes contratantes. Sucede que la fase contractual ya se cerró, y se dio paso a la fase poscontractual. De ahí que ya no podemos referirnos al oferente y al potencial aceptante, sino a las partes contratantes.

1. Propuesta

Consecuentemente, y según nuestros comentarios al numeral 3 del artículo 1385 (con la finalidad de ubicar la regla del retracto de la oferta y de la aceptación en el mismo artículo), proponemos la siguiente norma:

> Artículo 1386.- "Se considera inexistente la declaración de la oferta si antes de recibida o simultáneamente con ella llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.
>
> Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante".

Cabe anotar, para terminar, que los dos párrafos de la norma propuesta señalan que ambas propuestas (oferta y aceptación) se "consideran" inexistentes, pues en rigor técnicamente la oferta y la aceptación existen como tales desde que se emiten (primera etapa de las

mismas), solo que, de acuerdo con el artículo 1374 del Código Civil, recién tienen efectos desde que son recibidas por sus respectivos destinatarios, es decir, ambas recién son eficaces en su tercera etapa (con la recepción). En otras palabras, se trata de propuestas que existen, pero que son ineficaces.

DOCTRINA

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigacoes. Livraria Editora Freitas Bastos. Río de Janeiro, 1931; BORDA, Guillermo. Manual de contratos. 6ª edición. Editorial Perrot. Buenos Aires; CARRESI, Franco. Il contrato, Tomo II. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1987; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español común y foral, Tomo III. 8ª edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones. Madrid, 1954; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Vol. I. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1979; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Parte general, Tomo I, Vol. II. Bosch, Barcelona; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano (De los contratos, tomo III). Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1952; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Voces "Autónoma" y "Seguidamente". 22ª edición, 2001; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Parte III, Tomo V. 2ª edición. Okura. Lima, 1988; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones. 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950; SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. La oferta de contrato. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán, Tomo II, Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR

Desviación del derecho positivo es causal de invalidez

{Si} bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1354 del Código Civil, las partes, en ejercicio de su autonomía privada pueden determinar libremente el contenido del contrato; debe tenerse presente que la reglamentación contractual –entendida como las reglas que componen o forman el contenido de todo contrato– se haya integrado además, por reglas de conducta independientes de la voluntad de las partes, como son las normas dispositivas e imperativas, las que cumplen una "función ordenadora"; de ahí que deba valorarse en cada caso la razón o causa por la que las partes pretenden desplazar tal regulación en un concreto supuesto, de manera que una desviación extraordinaria e injustificada del Derecho legal dispositivo, puede perder validez; supuesto que se halla previsto en nuestra normatividad en el artículo 1386 del acotado cuerpo legal ***(Sentencia recaída en el Exp. N° 2825-2006-Lima, considerando sexto).***

Caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del destinatario

Artículo 1387.- ***La muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de esta.***

Concordancias:
C.C. arts. 43, 44, 1383

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

La oferta obliga al oferente. Este es un axioma, contenido en el artículo 1382 del Código Civil, que los profesionales en Derecho conocemos desde que nos formamos en las aulas universitarias. Ahora, como también se nos enseña, no es precisamente que la oferta "obligue" en el sentido del nacimiento de una relación jurídica obligacional, sino que este precepto debe ser entendido como la imposibilidad de que el oferente pueda revocar su oferta.

Sin embargo, como toda regla, este viejo axioma tiene sus excepciones. No entraremos al detalle sobre ellas en estas líneas –pues de sobra han sido analizadas en los comentarios a los artículos 1382, 1383, entre otros, que preceden al nuestro– pero sí queremos detenernos en un supuesto excepcional que quebranta dicho precepto. Nos referimos a lo dispuesto en el artículo 1387 del Código Civil que será objeto de análisis en estas líneas.

Según este dispositivo, la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de esta. Lo anterior significa que, pese a que el oferente ha emitido válidamente su oferta y la ha dirigido a una persona, el hecho de que esta fallezca o devenga en incapaz antes de que pueda emitir su aceptación elimina los efectos de la oferta, haciéndole perder su calidad de vinculante. En otras palabras, la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta origina que el oferente ya no se encuentre "obligado" por los términos de aquella, y pueda negarse a celebrar el contrato con los herederos o representantes legales del destinatario de la oferta.

Pero, ¿por qué? ¿Cuáles son las razones que justificaría esta solución adoptada por nuestra legislación nacional?

Algún lector perspicaz podría argüir que si el oferente ha emitido su propuesta e, incluso, si su receptor la ha recibido con normalidad, la oferta debería permanecer vigente, pese a que el destinatario de la oferta fallezca o devenga en incapaz (actualmente, persona con capacidad de ejercicio restringida, en los términos de la reforma efectuada por el Decreto Legislativo N° 1384, del 04/09/2018), pues el contrato podría ser celebrado con sus herederos o representantes legales. La suspicacia podría ser mayor si es que se recuerda el tenor del artículo 1383 del Código Civil, el mismo que establece que la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales.

Sin embargo, debe recordarse que el destinatario de la oferta, cuando conoce de esta, adquiere un derecho muy concreto: la posibilidad de aceptarla o no. Esto es, solo asume una posición de ventaja que le permite, a su libre voluntad, rechazar o aceptar los términos de la oferta. Pero, si antes de expresar su decisión, el destinatario de la oferta fallece o deviene en incapaz, resultaría imposible que manifieste su voluntad de aceptación, precisamente porque ha fallecido o ha perdido las capacidades mentales y/o físicas necesarias para manifestar su conformidad con los términos de la oferta.

Esto no sucede cuando se trata de la muerte del oferente, porque con anterioridad a su deceso, pudo manifestar libremente su voluntad de contratar.

Por tales consideraciones parece justo que se disponga que, si el destinatario de la oferta fallece o deviene en incapaz antes de que emita su aceptación, la oferta deba caducar. Como bien apunta Manuel de la Puente y Lavalle, si se permitiera que la oferta continuara siendo obligatoria pese a la muerte o incapacidad del destinatario, se estaría abriendo la posibilidad de que fuera aceptada por sus herederos o representantes legales, pero como estos no conocen la voluntad del destinatario por no haber sido declarada, tendrían que declarar su propia voluntad que, por provenir de personas distintas, no puede ser la del destinatario (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 406).

De la misma opinión es Max Arias Schreiber, quien sostiene que en el caso del artículo 1387 no podría aplicarse la misma regulación que existe para la hipótesis de muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, pues mientras en el primer caso la oferta, al obligar al oferente, crea un vínculo susceptible de transmitirse a sus herederos; no sucede lo mismo en el caso de la aceptación, pues el destinatario no está obligado a ella y simplemente adquiere el derecho de expresar su voluntad coincidente con la propuesta y crear así la relación contractual. El citado autor agrega que si se permitiese que los herederos del destintario pudiesen aceptar la oferta hecha a su causante, resultarían expresando su propia voluntad, que por ser de persona diferente es distinta a la del causante (ARIAS SCHREIBER PEZET, p. 153).

En principio, nosotros compartimos estas opiniones. Pero seamos algo más curiosos. Sin duda, la muerte del destinatario de la oferta imposibilita que sus herederos conozcan la voluntad de su causante, por lo que la solución legislativa nos resulta la más lógica y sensata.

Sin embargo, ¿podemos decir lo mismo cuando el destinatario de la oferta deviene en incapaz o, como actualmente se le denomina, personas con capacidad de ejercicio restringida? Evidentemente la respuesta tendría que ser afirmativa si se trata de la persona que se encuentra en estado de coma, cuando no hubiera designado un apoyo con anterioridad (inciso 9 del artículo 44 del Código Civil).

Pero la respuesta no puede ser la misma si se trata de una persona con capacidad de ejercicio restringida que sea toxicómano (inciso 7 del artículo 44 del Código Civil), o ebrio habitual (inciso 6 del artículo 44 del Código Civil), e incluso de quienes incurren en mala gestión (inciso 5 del artículo 44 del Código Civil) o el pródigo (inciso 4 del artículo 44 del Código Civil). Si bien es cierto que son personas que han demostrado una gran debilidad hacia vicios o el despilfarro de dinero, eso no quiere decir que hayan perdido su facultad de discernimiento o no puedan expresar su voluntad en los momentos en los que no se encuentran sumidos en tales vicios.

Por estas razones, consideramos que en la casuística judicial podrían establecerse límites en la aplicación del artículo 1387 del Código Civil.

Por otro lado, también resulta interesante preguntarse qué sucede si el aceptante fallece antes de que el oferente conozca de la aceptación. Nótese que ya no nos estamos refiriendo al supuesto contenido en el artículo bajo comentario, sino que el destinatario de la oferta ya expresó su voluntad de aceptación, por lo que dejó de ser un mero destinatario para adquirir la condición de aceptante. Esto es, la persona conoció el contenido de la oferta y expresó su voluntad de aceptarla. En este caso, compartimos plenamente la opinión de Manuel de la

Puente y Lavalle, quien señala que tal aceptación, aunque existente, sería ineficaz y no daría lugar a la conclusión del contrato (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 406). No obstante, vale advertir que si el oferente llegara a conocer dicha aceptación, ya sea por acción de los herederos del causante o del mismo aceptante antes de fallecer, el contrato se entenderá plenamente celebrado y las consecuencias de este serán exigibles a los herederos o representantes legales del aceptante.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Contratos Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 2000. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda edición. Lima, 1993; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica, Lima 2004. LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil Peruano. Tomo IV. WG Editor. Lima, 1992.

Oferta al público

Artículo 1388.- ***La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.***

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

Concordancias:
C.C. arts. 1381, 1382, 1959

MIGUEL TORRES MÉNDEZ

La oferta al público produce una problemática jurídica interesante. El planeamiento de esta problemática se da en función de la exigencia o no, para la oferta al público, de uno de los requisitos de la oferta. Tal requisito es el de la recepticidad.

La recepticidad de la oferta consiste en que la oferta, para que sea tal, debe ser recibida por su destinatario (MIRABELLI).

Como su nombre lo indica, la oferta al público no está dirigida a un destinatario determinado ni determinable, sino a un destinatario indeterminado; esto es, está dirigida a cualquiera del público o a la masa en general. Ello, la falta de recepticidad, ha hecho que no exista en la legislación comparada una única manera o régimen jurídico para regular a la oferta al público; sino que existen hasta dos regímenes jurídicos distintos para su regulación legislativa.

Un régimen jurídico consiste en exigir a la oferta al público el requisito de la recepticidad de la oferta, de tal manera que al no cumplir este requisito, legislativamente no se le da la naturaleza o valor de oferta. Al no dársele valor de oferta, bajo este régimen la oferta al público no es entonces una declaración contractual sino precontractual. Es así como bajo este régimen, a la oferta al público se le da naturaleza jurídica de invitación a ofrecer.

Sin embargo, no debe pensarse que bajo este régimen a la oferta al público se le da naturaleza jurídica de invitación a ofrecer. No se le da esta naturaleza porque la invitación a ofrecer no debe cumplir con los requisitos de la oferta. Por el contrario, la oferta al público, para que sea tal, debe cumplir con todos requisitos de la oferta, menos el de recepticidad.

El otro régimen jurídico consiste en no exigir a la oferta al público el requisito de la recepticidad de la oferta, de tal manera que bajo este otro régimen, legislativamente sí se le da naturaleza o valor de oferta.

La problemática jurídica que crea la oferta al público consiste en esta dualidad de regímenes jurídicos para regular la misma. Como se puede apreciar, la opción legislativa por uno de estos regímenes consiste en exigir o no exigir legalmente uno de los requisitos de la oferta, el cual es la recepticidad. Para tal efecto, la opción legislativa por cualquiera de los regímenes jurídicos de la oferta al público debe tener como finalidad evitar la producción de daños y perjuicios a los consumidores cuando estos sobrepasen la capacidad de contratación del oferente al público. Es esta la razón por la que dicha opción legislativa va a depender del régimen jurídico que legislativamente se haya adoptado para regular la oferta.

Como se sabe (ver comentario del artículo 1382), los regímenes jurídicos de la oferta son el de la oferta obligatoria y el de la oferta libremente revocable. Como sus correspondientes

nombres lo indican, el régimen de la obligatoriedad hace que la oferta obligue al oferente, por lo cual no puede este revocarla. En cambio el régimen de la revocabilidad hace que la oferta no obligue al oferente, por lo cual este puede revocarla en cualquier momento mientras que el destinatario de la misma no la acepte.

Si se adopta legislativamente el régimen de la obligatoriedad de la oferta, a la oferta al público no se le puede dar entonces naturaleza o valor de oferta, pues con ello se crea el riesgo de daños y perjuicios a los consumidores. Ello se debe a que de ser la oferta al público una oferta obligatoria, el oferente al público no puede entonces revocarla una vez que haya agotado su capacidad de contratación; por lo cual los consumidores que hubieran aceptado la oferta al público después de este agotamiento resultarían perjudicados. Para evitar este riesgo, la adopción legislativa del régimen de la oferta obligatoria exige que la oferta al público no tenga este carácter; esto es, que no sea una declaración contractual. De tal manera que el régimen de la oferta obligatoria hace que necesariamente la oferta al público sea solo una declaración precontractual, la cual es la invitación a ofrecer.

Por el contrario, si se adopta legislativamente el régimen de la libre revocabilidad de la oferta, a la oferta al público sí se le puede dar naturaleza o valor de oferta, pues con ello no se crea el riesgo de daños y perjuicios a los consumidores. Ello se debe a que de ser la oferta al público una oferta libremente revocable, el oferente al público puede entonces revocarla una vez que haya agotado su capacidad de contratación; por lo cual no habría posibilidad de que se produzcan daños y perjuicios a los consumidores.

Como se puede apreciar, el artículo 1388, primer párrafo, claramente adopta el régimen jurídico consistente en que la oferta al público no tiene valor de oferta, sino solo de invitación a ofrecer. La adopción de este régimen es, pues, una lógica consecuencia de la adopción del régimen de obligatoriedad de la oferta (artículo 1382).

Finalmente, en cuanto al primer párrafo de esta norma, este precisa el efecto jurídico que produce el darle valor de invitación a ofrecer a la oferta al público. Tal efecto consiste en que el que declara la oferta al público, o sea el oferente al público, no tiene en realidad la calidad de oferente sino más bien la calidad de invitante a ofrecer. De tal manera que serán los que accedan a la invitación a ofrecer los que tendrán la calidad de oferentes debido a que la manera de acceder a una invitación a ofrecer es formulando ofertas al invitante a ofrecer.

Puede apreciarse entonces que el efecto jurídico que produce la adopción legislativa del régimen jurídico consistente en darle a la oferta al público valor de invitación a ofrecer, consiste en la inversión de las posiciones jurídicas de las partes contratantes. Así, luego de celebrado el contrato, el ofertante al público no será oferente sino aceptante; y los que accedieron a la oferta al público no serán aceptantes sino oferentes.

El segundo párrafo de esta norma contempla la posibilidad de que la oferta al público pueda tener valor jurídico de oferta y no de invitación a ofrecer. Esta posibilidad obedece simplemente al ejercicio de la autonomía privada. Esto es, por autonomía privada (potestad normativa que otorga el Estado a los particulares para autorregular sus intereses privados), el oferente al público puede establecer que su oferta al público tenga valor jurídico de oferta y no valor jurídico de invitación a ofrecer. Para ello (para que la oferta al público valga jurídicamente como oferta), esta norma, en su segundo párrafo, exige como requisito que en el contenido de la oferta al público haya la indicación clara en ese sentido.

Para el cumplimiento de este requisito se hace necesario entonces determinar qué se entiende por indicación clara.

De primera impresión, podría pensarse que indicación clara es equivalente de indicación expresa. Ello obedece a que se piensa comúnmente que cuando la manifestación de voluntad es expresa eso hace que la misma goce siempre de claridad.

Sin embargo, esta equivalencia no es correcta por dos razones. En primer lugar, la manifestación de voluntad tácita también puede ser clara o gozar de claridad. De tal manera que si se admitiera esta equivalencia (indicación clara=indicación expresa) se estaría excluyendo injustificadamente a la indicación tácita como una posible indicación clara. En segundo lugar, la manifestación de voluntad expresa puede ser oscura o dudosa. Ello va a ocurrir cuando los términos utilizados sean contradictorios o sean equívocos, esto es, sean susceptibles de varias interpretaciones. Por estas razones, el requisito de la indicación clara exigido en esta norma no debe entenderse como sinónimo de indicación expresa.

Por indicación clara debe entenderse indicación indubitable. Es decir, solo habrá indicación clara cuando la misma no ofrezca dudas o ambigüedades en el sentido de que el oferente al público quiere que su oferta al público tenga valor jurídico de oferta y no valor de invitación a ofrecer.

Así, se habrá cumplido con el requisito de claridad exigido por esta norma, con lo cual la oferta al público valdrá jurídicamente como oferta, ya sea tanto mediante una indicación expresa o mediante una indicación tácita; siempre que en cualquiera de estas dos posibilidades la indicación sea indubitable.

DOCTRINA

MIRABELLI, Giuseppe. Delle obligación-Dei contratti in generale, UTET, Torino, 1980.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de oferta al público

{E}l artículo 1388 del Código Civil precisa que "(...) la oferta al público es un modo peculiar de dirigir una propuesta a personas indeterminadas, esto es, al público en general. El ejemplo más ostensible lo tenemos en los escaparates de los establecimientos comerciales. La mercadería está expuesta en ellos, inclusive con indicación de su precio, pero la oferta no está dirigida a una persona específica, sino a todos los transeúntes, o sea 'en bloque', y constituye, en el fondo, una 'invitación a ofrecer', tal como la define el artículo 1388. Su fuerza vinculatoria es por lo tanto peculiar y el dueño o administrador de la tienda no podrá variar el precio señalado al público visitante si este ingresa al establecimiento y expone su deseo de aceptar la propuesta, salvo naturalmente que antes de cualquier acción de su parte se haya retirado la mercadería" (Cas. N° 2127-2014-Junín).

Subasta

Artículo 1389.- *En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas.*

La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor.

El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Concordancias:
C.C. arts. 1381, 1382

MIGUEL TORRES MÉNDEZ

Como los contratos se celebran mediante la realización del consentimiento, este, el consentimiento, puede producirse tanto de una manera simple como de una manera especial.

El consentimiento contractual se produce de una manera simple cuando la conjunción de oferta y aceptación no reviste alguna particularidad o especialidad. Por el contrario, el consentimiento contractual se produce de una manera especial, cuando la conjunción de oferta y aceptación reviste alguna particularidad.

Pues bien, la utilización del mecanismo de la subasta para la celebración de los contratos hace que necesariamente el consentimiento contractual revista alguna particularidad o especialidad. Esta es la situación que determina el concepto de subasta. Se trata de una manera especial de prestar el consentimiento contractual. Existe consenso o unanimidad doctrinaria sobre este concepto (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

Ahora, para que este concepto sea completo es necesario determinar en qué consiste la particularidad o especialidad que reviste el consentimiento contractual cuando se hace uso de la subasta.

La particularidad que reviste la subasta como manera especial de prestar el consentimiento consiste en que este se produce auxiliándose con una tercera declaración de voluntad. Esto es, como el consentimiento está conformado por dos declaraciones de voluntad, las cuales son oferta y aceptación; para la dación de estas dos declaraciones se puede recurrir al auxilio o complemento de una tercera declaración de voluntad. Es así como la subasta consiste en la celebración de un contrato mediante la dación de tres declaraciones de voluntad, las cuales son las dos que conforman el consentimiento (oferta y aceptación) y una declaración adicional a estas.

Como las declaraciones de oferta y aceptación se dan en orden sucesivo, la declaración de voluntad adicional que se da en la subasta también tiene que darse sucesivamente; y su orden de aparición puede ser tanto iniciando la subasta como culminando la misma.

La subasta, por tanto, siempre va a consistir en la dación sucesiva de tres declaraciones de voluntad, constituyendo cada una de ellas una fase o etapa de la misma.

Para que se les pueda captar nítidamente, a cada una de estas tres declaraciones de voluntad se les ha podido identificar perfectamente. Esto es, cada una de ellas tiene nombre propio, los cuales universalmente son, en estricto orden sucesivo, los siguientes: convocatoria, posturas y buena pro.

Ahora bien, si bien existe consenso o unanimidad doctrinaria respecto a todo lo concerniente al concepto de subasta; no lo existe en cuanto a su naturaleza jurídica.

Como la subasta es una secuencia de tres declaraciones de voluntad, su naturaleza jurídica no puede determinarse globalmente como una secuencia integrada que es; sino que lo que puede determinarse es, individualmente, la naturaleza jurídica de cada una de las declaraciones que la conforman.

Existen distintas opiniones sobre la naturaleza jurídica que debe tener cada una de las tres declaraciones de voluntad que conforman la subasta; y esto ha dado lugar a que existan en la legislación comparada dos regímenes jurídicos distintos para regular a la misma.

Un régimen jurídico consiste en darle a la convocatoria naturaleza jurídica de invitación a ofrecer, lo cual conlleva a tener que asignarle a las posturas naturaleza jurídica de ofertas; y, finalmente, asignarle a la buena pro naturaleza jurídica de aceptación.

El otro régimen jurídico consiste en darle a la convocatoria naturaleza jurídica de oferta, lo cual conlleva a tener que asignarle a las posturas naturaleza jurídica de aceptaciones; y, finalmente, asignarle a la buena pro naturaleza jurídica de confirmación o aprobación de la celebración del contrato.

Como se puede apreciar, lo que resulta determinante en cada uno de estos regímenes jurídicos es la naturaleza jurídica que se le asigne a la convocatoria, pues la naturaleza jurídica que esta tenga va a determinar a su vez la naturaleza jurídica que van a tener las posturas y la buena pro. Ello se debe al carácter sucesivo que tienen estas declaraciones, lo cual hace que la naturaleza jurídica de la declaración que se produce en primer lugar determine la naturaleza jurídica de las posteriores.

Ahora, ¿cuál de estos dos regímenes jurídicos es el correcto para regular legislativamente a la subasta?

Como se ha mencionado, no hay consenso o unanimidad doctrinaria al respecto. Así, un sector doctrinario es partidario del régimen jurídico en virtud del cual la convocatoria es una invitación a ofrecer, las posturas son ofertas y la buena pro es aceptación (MESSINEO, SCHMIDT, DÍEZ-PICAZO, SÁNCHEZ URITE, OSPINA, G. y OSPINA, E.).

Otro sector doctrinario es partidario del régimen jurídico en virtud del cual la convocatoria es oferta, las posturas son aceptaciones y la buena pro es confirmación o aprobación de la celebración del contrato (BIANCA).

Pues bien, el análisis en virtud del cual se pueda determinar cuál de estos dos regímenes jurídicos es el que resulta correcto no debe consistir en tomar partido simplemente por alguno de ellos, como si se tratara de una mera opción subjetiva en la que se pueden volcar gustos o simpatías por algún sector doctrinario. Esto es, la corrección del régimen jurídico de la subasta no debe establecerse mediante una determinación subjetiva. Todo lo contrario, dicho régimen debe establecerse mediante una determinación objetiva.

Dado que se trata de determinar la naturaleza jurídica de una institución jurídica, esta determinación consiste entonces en una operación de calificación jurídica. Y, como se sabe, la calificación jurídica institucional solo puede ser, pues, objetiva y no subjetiva. Esto es, no son los agentes del Derecho los que califican a las instituciones jurídicas, sino que es la realidad socioeconómica la única que debe hacer esta calificación, la cual debe ser recogida o

contemplada por la ley. Es así como la ley, si se quiere que sea coherente, cuando califica una institución jurídica debe basarse únicamente en la realidad socioeconómica.

Es entonces la realidad socioeconómica la única que puede determinar objetivamente cuál es el régimen jurídico correcto para regular legislativamente a la subasta.

Tal como se ha precisado, la naturaleza jurídica de la convocatoria es lo determinante en cada uno de los regímenes que existen para regular a la subasta. De tal manera que bastará con verificar cómo opera la convocatoria en la realidad socioeconómica para saber cuál es realmente su naturaleza jurídica; y así poder saber también cuál es la naturaleza jurídica de las posturas y de la buena pro, lo cual, pues, consistirá en, a la postre, determinar el régimen jurídico correcto de la subasta.

Pues bien, esta verificación (la determinación objetiva del régimen jurídico correcto de la subasta) puede hacerse respondiendo a la siguiente pregunta: ¿En la realidad socioeconómica, cuando el convocante declara la convocatoria, qué es lo que hace realmente, declara una oferta o declara una invitación a ofrecer?

Puede apreciarse que la respuesta a esta pregunta es en el sentido de que en la convocatoria, por lo general, solo se declara una invitación a ofrecer. Ello se debe a que mediante el acto de convocar en la práctica mayormente solo se difunde o publicita la intención del convocante consistente en conseguir la celebración de un contrato, obteniendo para sí los mejores términos o condiciones. De tal manera que mediante la convocatoria, el convocante no tiene la necesidad de declarar una oferta frente a la cual el contrato se celebre ya con la postura que corresponda.

Pretender que la subasta funcione así es pretender que ella se reduzca al escueto esquema de oferta y aceptación, lo cual es contrario a su concepto. Como el concepto de subasta consiste en que se trata de una manera especial de prestar el consentimiento consistente en que el contrato se celebre auxiliándose de una tercera declaración de voluntad adicional a las declaraciones de oferta y aceptación, este auxilio debe darse entonces para producir la formación del contrato y no para solo confirmar o aprobar dicha formación. Y para que la tercera declaración de voluntad adicional auxilie la formación del contrato, ella debe ser necesariamente una declaración precontractual y no poscontractual. Si tiene este último carácter (poscontractual) no habrá auxiliado entonces la formación del contrato porque esta ya se produjo, por lo cual la declaración de voluntad adicional sería irrelevante o intrascendente. Efectivamente, en el régimen jurídico en el que se le da a la convocatoria naturaleza jurídica de oferta y a las posturas naturaleza de aceptación, la declaración adicional es la buena pro, la cual al darse después de ya formado el contrato, tendría un valor nimio e intrascendente para dicha formación; lo cual no es lo que resulta acorde con el concepto de subasta, porque si esta debe realizarse solo mediante el concurso de oferta y aceptación no debería ser entonces una manera especial de prestar el consentimiento, sino una manera simple de prestar el mismo, pues todos los contratos se celebran mediante dicho concurso.

Por eso es que se concluye acertadamente que el mecanismo de la subasta no es posible reducirlo al escueto esquema de oferta y aceptación (DÍEZ-PICAZO).

Lo que se puede verificar entonces en la realidad socioeconómica es que la convocatoria tiene como finalidad solo anunciar o difundir la intención mencionada anteriormente, para lo cual la naturaleza jurídica que le resulta apropiada es la de la invitación a ofrecer. Es esta la razón por la cual lo que se condice con la realidad socioeconómica es que la convocatoria tenga naturaleza jurídica de invitación a ofrecer.

Es la realidad socioeconómica, pues, la que demuestra que la convocatoria sirve en principio no para ofertar sino para invitar a ofrecer.

Asimismo, es por eso que como en la realidad socioeconómica el acto de convocar, la convocatoria, sirve para difundir o anunciar, el significado de convocar, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es el de citar o llamar a varias personas para que concurran a un acto o lugar determinado. De acuerdo con este significado, la naturaleza jurídica de la convocatoria no corresponde que sea, pues, el de oferta, sino el de invitación a ofrecer.

Como se puede apreciar, para regular a la subasta el artículo 1389 ha adoptado el régimen jurídico en virtud del cual la convocatoria tiene naturaleza jurídica de invitación a ofrecer, lo cual hace que las posturas tengan naturaleza jurídica de ofertas y la buena pro naturaleza de aceptación. De esta manera el Código Civil peruano ha adoptado el régimen jurídico que acertada y mayoritariamente adopta la legislación comparada. El otro régimen jurídico en virtud del cual la convocatoria tiene naturaleza jurídica de oferta solo ha sido adoptado por los Códigos Civiles de Colombia y Chile.

Ahora, por supuesto que, por autonomía privada, sí se le puede dar a la convocatoria naturaleza de oferta aun cuando esta no sea la naturaleza jurídica que socioeconómicamente le corresponda, como se ha demostrado. Para ello será necesario que el convocante indique expresa o tácitamente en el contenido de la convocatoria la estipulación en contra de esta norma en el sentido de que le da a aquélla valor de oferta.

El segundo párrafo de esta norma regula el mecanismo automático de extinción de posturas. La extinción de posturas es necesaria en la subasta simple para que se pueda obtener la mejor postura válida. Esto se debe a la finalidad de la subasta simple, la cual es la celebración de un solo contrato, obteniendo los mejores términos y condiciones. Para conseguir esta finalidad es necesario entonces obtener la mejor postura de entre la pluralidad de posturas que se declaren. Y esto solo se consigue haciendo que de la pluralidad de posturas mantenga validez o vigencia solo una de ellas, la cual deba ser la que contenga los mejores términos y condiciones. Para ello es necesario entonces que todas las demás posturas (las que no contienen los mejores términos o condiciones) se extingan; y ello se consigue mediante un mecanismo de extinción de posturas que debe ser automático.

Como se puede advertir, el mecanismo automático de extinción de posturas en la subasta simple consiste en la mejora o superación de las mismas. Esto es, cuando una postura posterior a otra anterior ha mejorado o superado los términos o condiciones contenidos en esta última, eso hace que se extinga la anterior sucesivamente hasta que haya una postura que no sea superada o mejorada; la cual será la mejor postura válida a la que deberá adjudicársele la buena pro, alcanzándose así la finalidad de la subasta, la cual es la celebración de un contrato obteniendo los mejores términos o condiciones.

Ahora bien, una interpretación literal del segundo párrafo de esta norma podría llevar a pensar que lo que cesa o se extingue es solo la obligatoriedad de las posturas mas no las posturas mismas. Esto es, podría pensarse que cuando la postura es superada lo único que se extingue es el régimen de obligatoria o irrevocable de la postura, subsistiendo esta como oferta revocable.

Sin embargo, esta no es la interpretación correcta que debe hacerse del segundo párrafo de esta norma debido a que la superación de las posturas tiene como finalidad extinguir las posturas y no solo variar su régimen jurídico de irrevocables en revocables. Pues la obtención

de la mejor postura válida solo se va a producir extinguiendo las posturas mejoradas y no variando su régimen jurídico.

Por tal razón, si bien la redacción del segundo párrafo de esta norma no es adecuada, ello no debe llevar a confusión. La interpretación correcta de dicho párrafo consiste en considerar que lo que se extinguen son las posturas y no solo su régimen de obligatoriedad.

Finalmente, el tercer párrafo de esta norma al establecer que el contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro a la mejor postura válida, le otorga a la buena pro naturaleza jurídica de aceptación.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Palestra, Lima, 2001, T.I; BIANCA, Massimo. Il contratto, Giuffrè Editore, Milano, 1984; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, T. I; SCHMIDT, Joanna. Négotiation et conclusión de contrats, Dalloz, Paris, 1982; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1986, T. I.; SÁNCHEZ URITE, Ernesto. La oferta de contrato, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Temis, Bogotá, 1980.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de la subasta y su distinción con el remate

{R}emate y subasta –dada la particular naturaleza de ambos– constituyen conceptos y mecanismos distintos, el primero un medio de ejecución forzada, la segunda una forma de venta de orden voluntario. Coincidimos también que el ejercicio del derecho de retracto expresamente proscrito por el artículo 1592 parte in fine del Código Civil en el supuesto del remate, sí es viable en caso de la subasta pública; sin embargo, conforme a los fundamentos expuestos precedentemente, la única vía procedente es la judicial, con mayor razón si como en este caso concreto se pueden vulnerar derechos de orden constitucional y legal, con el agregado de que existiendo intereses públicos la normatividad estatal exige la venta por subasta o, en su caso, venta directa, bajo el requisito ineludible de absoluta transparencia en ambos procedimientos (Cas. N° 3292-2011-Lima).

Contrato por adhesión

Artículo 1390.- ***El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.***

Concordancias:
C.C. arts. 1352, 1361, 1391, 1398, 1399, 1400

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos introductorios

El contrato, como todo negocio jurídico, es expresión de autonomía privada, es decir, implica el ejercicio de una facultad de obrar para producir efectos jurídicos mediante el uso de dos libertades: a) La libertad de vinculación, por la que el sujeto decide libremente el momento en el que se vincula y con quién, y b) La libertad de autorregulación o configuración interna, por la que el sujeto o sujetos decide(n) las reglas aplicables a la relación jurídica formada. No obstante, la producción en masa y el auge cada vez mayor de la libre competencia traen por consecuencia que los sujetos contratantes busquen reducir sus costos de negociación, haciendo que los contratos se celebren mediante actos rápidos y menos meditados.

La realidad antes descrita es la que sirve de fundamento para la contratación en masa que es la base de los contratos por adhesión[1]. Pero, ¿qué es un contrato por adhesión? ¿Qué características tiene? ¿Existe autonomía privada en este tipo de contratación? ¿Cómo se protegen las partes que se adhieren y que restringen su capacidad de negociación? Esto será objeto del estudio que a continuación presentamos.

2. El contrato por adhesión: concepto y características

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la que un sujeto contratante elabora (de forma anticipada) el contenido del contrato colocando a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, quedando en la alternativa de adherirse (es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redactó el documento contractual) o no.

Al respecto Manuel de la Puente y Lavalle[2] nos indica sobre los elementos del contrato por adhesión:

> "Dos elementos típicos del contrato por adhesión que lo distinguen del contrato paritario o discrecional son: El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que

(1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel en su libro *El contrato en general* de la colección Para leer el Código Civil. Vol. XI, Tomo III (pp. 28-29), no comparte esta posición y dice: "El contrato por adhesión puede jugar un rol propio, independiente del tráfico masivo de bienes y servicios, y vincular a personas que no se encuentran entre sí en una situación de dependencia económica u obligadas a satisfacer necesidades impostergables. Se presentan innumerables casos en los que las partes, sin encontrarse en una situación de monopolio o poderío, solo está dispuesta a contratar en sus propios términos, por convenir a sus intereses, y en que la otra parte no tiene objeción en verse enfrentada a una alternativa ineludible de contratar o no contratar. No es raro, también, que personas no deseen verse envueltas en el lento juego de las tratativas, por no agradarles la negociación, y que prefieran una rápida decisión sobre el negocio que plantean".

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. pp. 22 y 23.

una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Esta fijación puede ser, en teoría, previa a la oferta, aunque debe tomarse en consideración que la predisposición de las estipulaciones no es una característica de los contratos por adhesión (como sí lo es de las cláusulas generales de contratación) de tal manera que normalmente el oferente fija sus estipulaciones al momento de declarar su oferta (...). Por otro lado, en ese contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si solo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente".

Así tenemos que los contratos por adhesión se caracterizan por:

a) **Limitar el contenido del contrato a lo dispuesto por la exclusiva voluntad de uno de los sujetos contratantes, lo que no debe confundirse con "las cláusulas generales de contratación" que como simples estipulaciones son "reglas elaboradas por una de las partes de forma unilateral para ser incorporadas en futuras contrataciones".** Al existir esta limitación negocial se afirma que los contratos por adhesión no pueden ser concebidos como contratos puesto que **"no existe libertad contractual"**, no obstante ello consideramos que tal afirmación no resulta correcta puesto que las partes contratantes que se adhieren al documento contractual elaborado tienen la posibilidad de revisar el contenido del contrato (dando lectura al texto, por ejemplo, o preguntando algún aspecto dudoso de la contratación) y decidir si se adhieren o no; asimismo, siguiendo la teoría constitucional de la delegación estatal (sea mediante el pacto social, según Rousseau, o el Leviatán, según Hobbes) podemos afirmar que los sujetos que se adhieren han delegado a los entes supraestatales (como el INDECOPI, OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS, SBS, entre otros) la tutela de sus intereses.

b) **El sujeto quien recibe la oferta (materializada en el documento negocial prerredactado) queda sujeto a un derecho potestativo restringido, en tanto, el sujeto asumirá una situación de ventaja que le permitirá decidir si se adhiere o no al documento prerredactado, no obstante solo podrá adherirse dentro de los términos de la oferta contractual.** Pero si dicho contrato por adhesión resulta ser un "contrato prácticamente necesario"(que es aquel contrato en el que la parte débil, entendida como aquella compelida por las circunstancias a obtener los bienes y servicios cuya provisión se encuentra monopolizada por un grupo de empresas, se encuentra colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones de tales empresas), entonces consideramos que no tendría el sujeto la titularidad de una situación jurídica de ventaja sino una posición de desventaja, puesto que no le queda ninguna otra opción, quedando restringida su voluntad y libertad de decisión a la suscripción del contrato ofrecido. Podríamos colocar como ejemplo el contrato de suministro de agua potable con SEDAPAL, puesto que si deseamos agua potable solo podemos obtenerla en Lima por dicha empresa, a pesar de que se indique que existen otros suministros como son: el agua San Luis, San Antonio, entre otras que en el mercado brindan agua en bidones (pero que, a nuestro juicio, no es el mismo producto).

Resulta importante efectuar un estudio de lo regulado en el presente artículo analizando la literalidad de la norma. Así tenemos que el artículo, objeto de estudio, nos indica lo siguiente:

"Cuando una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte y declara su voluntad de aceptar, entonces hay CONTRATO POR ADHESIÓN".

La estructura normativa sería la siguiente:

Supuesto normativo: "SI una de las partes del contrato es colocada en la alternativa (el subrayado es nuestro) de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte y declara su voluntad de aceptar".

Nexo causal: Entonces

Consecuencia jurídica: "Existe un contrato por adhesión".

Como podemos observar del supuesto de hecho de la norma, el sujeto quien se adhiere es colocado en dicha posición (ello puede significar que tal sujeto no consintió previamente estar en tal situación, sino que fue ubicado en tal "condición jurídica" por la contraparte), por lo que el sujeto en realidad no tiene un "derecho potestativo propiamente dicho" en tanto no es titular de una situación jurídica subjetiva de ventaja, si no tiene una posición restringida, diríamos "una situación jurídica subjetiva de ventaja restringida"[3], por la que el ordenamiento jurídico traslada el siguiente mensaje: "Si deseas contratar de la manera predispuesta ENTONCES ejerce tu derecho potestativo y adhiérete"[4].

Surge en este estadio del análisis normativo la siguiente interrogante: ¿puede existir un contrato de adhesión parcial? Es decir ¿puede establecerse la necesidad de adhesión solo sobre parte de las estipulaciones del contrato? Se responde a esta pregunta de forma negativa, en tanto implicaría ello una contraoferta y por tanto un disentimiento parcial.

3. Modalidades de contratos por adhesión: contratos libres por adhesión y contratos necesarios por adhesión

a) Contratos libres por adhesión

Es aquella modalidad en la que la aceptación de la oferta por el destinatario de ella constituye una declaración de voluntad realizada sin violencia ni intimidación alguna, en la medida

(3) "Cuando la situación jurídica subjetiva refleja la 'supremacía' de un interés frente a otro, se dice que la misma es de ventaja. En este sentido, se ha definido a esta clase de situación como aquella que, considerando un particular interés, garantiza a quien lo experimenta la obtención de su realización". En: ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico". En: "Teoría general del Derecho Civil". 5 ensayos. Ara Editores: Lima, 2002, p. 27. También en: BRECCIA, Umberto; BIGLIAZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil*, traducido por HINESTROSA, Fernando. Universidad Externado, Bogotá, 1992, Tomo I. Vol. I, p. 353.

(4) Se establece en la doctrina (Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit.) que el oferente se encuentra en una situación de poderío en tanto "goza del poder de disponer la provisión de bienes o servicios que son necesarios para el destinatario". Desde nuestro punto de vista esta situación puede implicar una limitación a la libre decisión de quien se adhiere y un aprovechamiento de la necesidad del sujeto, pero no obstante ello, consideramos que el sujeto al adherirse debe hacerlo consciente de la decisión que adopta y por tanto "informado" de las ventajas y desventajas de su contratación, la que será vigilada por organismos de protección al consumidor que tienen la potestad de sancionar a quien se aproveche de la situación de desventaja del consumidor. Por tanto, existe una libre contratación.

en que pudo rechazarla o abstenerse a aceptar. En este caso el sujeto que se adhiere lo efectúa por propia decisión, siempre que esté adecuadamente informado de los pro y contras de la contratación que está construyendo. Un ejemplo de esta modalidad de contratación lo tenemos en la afiliación a las tarjetas de crédito o el adquirir una línea celular, en estos casos la decisión del sujeto adherido no es consecuencia de una imposición más aún cuando el uso de tarjetas de crédito o de una línea celular no importa cubrir un estado de imperiosa necesidad.

b) Contratos necesarios por adhesión

Se refieren a aquella modalidad en la que el sujeto (quien se adhiere al contrato) se encuentra en un estado de necesidad que solo puede satisfacer mediante la obtención de un bien o servicio a través de la celebración del contrato[5]. No obstante ello, consideramos que sí existe contrato y por ende libertad contractual en el presente caso en la medida en que ambos sujetos coinciden en celebrar un contrato, con la única salvedad de que no han existido tratativas preliminares que a la luz de nuestro Código Civil no son indispensables[6].

4. El contrato por adhesión y la protección al consumidor

Tal como lo hemos indicado a lo largo de nuestro comentario, en la contratación predispuesta o por adhesión una de las partes tiene el dominio en la redacción de las estipulaciones, lo que implica que uno de los sujetos contratantes posee una mejor información que otra (asimetría informativa) que inclina la balanza a favor de esta. Esta situación puede considerarse injusta debiendo, por tanto, protegerse a la parte débil o menos informada. Así a esta parte (conocida habitualmente con el nombre de "consumidora") se le reconocerá el derecho a ser informada de manera adecuada, mediante expresiones claras, veraces y suficientes para adoptar una decisión racional, según lo dispone el Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como el artículo 65 de la Constitución Política de 1993.

Este deber de información del proveedor de un servicio o de un bien debe ser solicitado de modo razonable, es decir, no implica exigir al sujeto deudor la realización de conductas innecesarias ni la expresión de datos que no estén relacionados con la transacción y que resulten reservados o estratégicos para el deudor. Tal es el caso que a un banco le exijan que exprese a un sujeto que desee una cuenta de ahorros, dónde invierte el dinero y en qué condiciones. Así también, no sería razonable que se le exija a una universidad que informe a sus alumnos el monto de la remuneración de sus profesores. Estos datos que constituyen información privilegiada no tienen relación con la satisfacción del interés del acreedor, siendo por ende distinto el caso siguiente: un sujeto desea adquirir acciones de una sociedad, para ello

(5) Resulta necesario diferenciar la presente figura con la lesión, en tanto esta refiere también a un estado de necesidad. Al respecto debemos indicar que la lesión es una situación que afecta la eficacia funcional de un negocio jurídico (contrato), en tanto implica el aprovechamiento de un estado de necesidad al obtener un beneficio patrimonial como resultado de la desproporción de las prestaciones (en un porcentaje superior a las 2/5 partes o 2/3 partes). Esto determina la rescisión del contrato, mientras que en el caso de la contratación necesaria por adhesión existe una posición de desventaja de parte de quien se adhiere (en tanto necesita el bien o servicio ofrecido), que lo llevará a decidirse a contratar, pero que no significa en ningún sentido una lesión en tanto no existe tal aprovechamiento ni una desproporción patrimonial en las prestaciones (que de existir generaría un caso lesivo que conllevaría a solicitar la rescisión del contrato.

(6) Respecto al tema opina JOSSERAND, Louis en su texto *Derecho Civil*. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, p. 32: "La ley no exige en ninguna parte que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones; poco importa que el terreno para el arreglo haya sido preparado o no por uno de ellos, pues hemos de cuidarnos de confundir los tratos previos con el contrato".

requiere que se le informe sobre la situación financiera de la empresa (resultando esta información razonable y necesaria). Otro ejemplo: un sujeto desea abrir una cuenta corriente en un banco requiriendo para ello que la institución bancaria le informe sobre la tasa de interés del banco. En estos casos resulta primordial que la empresa o institución informe, siendo un atentado contra los derechos del consumidor no realizar tal conducta.

5. Protección administrativa, legal y judicial

a) La protección administrativa

La protección administrativa es aquella que brinda la Administración Pública sobre los contratos por adhesión, así tenemos que existen organismos que supervisan la adecuada contratación según las normas legales y el respeto a los derechos del consumidor. Por otro lado, existen instituciones que han creado sus propios mecanismos de protección a los intereses del consumidor, así tenemos: al defensor del cliente financiero, al servicio al cliente de las empresas de telefonía celular, entre otras.

En tanto las cláusulas generales de contratación (antes estudiadas) son estipulaciones relacionadas con los contratos por adhesión, resulta importante explicar algunos alcances de la protección administrativa respecto a dichas cláusulas.

Así tenemos que las entidades administrativas aprobarán las cláusulas generales de contratación que luego se incorporan a los contratos por adhesión, no pudiendo ser revisadas ni cuestionadas por los contratantes una vez aprobadas, aunque sí podrán ser objeto de exclusión voluntaria por las partes, tal como lo señalan los artículos 1393 y 1395 del Código Civil. Mientras que de existir algunas cláusulas no aprobadas (sea porque fueron desaprobadas o porque nunca fueron presentadas a aprobación), estas se incorporan al contrato en tanto sean conocidas por la contraparte, de acuerdo con el artículo 1397 del Código Civil.

b) La protección legal

La protección legal se encuentra en el artículo 1398 del Código Civil que alude a la invalidez de algunas estipulaciones cuando estas establecen a favor de quien las redactó exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. De este modo resultan nulas las estipulaciones de algunas playas de estacionamiento (por no decir de todas) en las que se coloque la siguiente estipulación: "La playa no responde por los daños o robos que pueden sufrir los vehículos", eso quiere decir entonces que ¿si un delincuente ingresa con permiso de los vigilantes de la playa entonces esta no responde? La respuesta es negativa y lo contrario sería absurdo.

c) La protección judicial

Finalmente, la protección judicial refiere al artículo 1401 del Código Civil por la que, en caso de duda, debe interpretarse la estipulación a favor del destinatario y en contra del estipulante, en tanto debe asumir este la responsabilidad por su declaración defectuosa (teoría de la confianza y de la responsabilidad).

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; ESCOBAR ROZAS, Freddy. Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, en Teoría General del Derecho Civil, 5 ensayos. Ara

Editores. Lima 2002; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco D. Derecho Civil, Tomo I, Vol. I. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado. Bogotá, 1992; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción del contrato de adhesión

{U}n contrato es de adhesión cuando, como define el artículo 1390 del Código Civil, una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, de tal manera que ya no hay negociación, ni trato preliminar; el interesado se encuentra frente a un esquema preestablecido, generalmente un texto aprobado en un formato impreso, lo que ahora se ha reemplazado por un texto aprobado en la memoria de una computadora (ordenador) con espacios para colocar los datos correspondientes al otro contratante. La libertad para contratar garantizada en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado se reduce en ese caso a aceptar o rechazar en bloque los términos del contrato. Hay una parte dominante que impone sus términos y la contraparte está sometida, en una situación de desigualdad, de allí que la legislación haya dispuesto determinadas normas de protección a la que se estima la parte más débil en el contrato (Cas. N° 1509-2004-Cusco).

Adhesión no determinada

Artículo 1391.- ***Cuando se permita la adhesión por terceros a un contrato ya celebrado y no se determine la manera de adherirse, el interesado debe dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios.***

Concordancias
C.C. art. 1390

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Antecedentes normativos

De la lectura del texto de la Dra. Delia Revoredo "Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios", tenemos que "el presente artículo reconoce como fuente al artículo 1332 del Código Civil italiano", estableciéndose que "la presente norma busca resolver el problema creado cuando no se ha determinado la manera de adherirse y ha consagrado, en consecuencia, lo que doctrinariamente se conoce como 'contrato abierto'". La Dra. Revoredo en el texto en mención coloca como ejemplo: "Cuando una empresa ha impuesto el esquema por adhesión, pero no ha estipulado en qué forma los terceros se podrán adherir. Para hacerlo ellos tendrán que dirigirse al órgano que figura en el planteamiento existente y de faltar este, no les quedará otro recurso que entenderse con el contratante o contratantes originarios, esto es, con quien o quienes plantearon el esquema preexistente"(1).

El artículo 1332 del Código Civil italiano (fuente del presente artículo) señala: "Adhesión por otras partes al contrato.- Si otras partes se pudieran adherir a un contrato y no se determinaran las modalidades de la adhesión, esta deberá ser dirigida al órgano que haya sido constituido para la realización del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios"(2)(3).

Sobre este artículo se han establecido en Italia algunas jurisprudencias, como la Cass. 25 maggio 1985, n. 3180, Giust. Civ, 1985, I, 2516 que establece: "La promessa unilaterale di pagamento, che venga indirizzata ad una delle parti di un contrato da un terzo che sia rimasto ad esso estraneo, ove si riferisca ad un sottostante rapporto obbligatorio autonomo e distinto rispetto a quello costituito tra le parti del contratto stesso, non comporta adesione a norma dell'artículo 1332 c.c, ad un contratto giá stipulato con la conseguente sua trasformazione in contratto plurilaterale, anche quando tale promessa, al fine di indiniduare il rapporto sottostante (considdetta promessa titolata), faccia riferimento all'indicato contratto, ed indipendentemente inoltre dalla circonstanza dell'idendtitá del contenuto dell'obbligazione del promitenete e di quella dell'altra parte del predetto negozio bilaterale ...".

(1) Ver: REVOREDO, Delia. *Código Civil: exposición de motivos y comentarios. Contratos en general.* Okura, Lima, 1985, pp. 53 y 54.

(2) Ver: Código Civil italiano en: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971, p. 276.

(3) El Código Civil italiano en su versión original dice: "artículo 1332.- Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalitá dell'adesione questa debe essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari". Ver: *Rassegna di guirisprudenza sul Codice Civile.* Diretta da: Rosario Nicoló y Mario Stella Richter. Anni 1984-1988. Tomo III (Libro IV: artículo 1173-1654).

2. Construcción normativa

La presente norma resulta complementaria al artículo antes comentado, haciendo referencia a adhesiones posteriores a la celebración de un contrato. En la norma objeto de estudio la "adhesión" se refiere a la voluntad expresa de un sujeto de someterse a las reglas prerredactadas por otro (quien es parte contratante).

Así tenemos que la construcción normativa refiere al siguiente supuesto y consecuencia jurídica:

Supuesto de hecho: "SI es que se permite la adhesión de un tercero a un contrato ya celebrado y no se determina la manera de adherirse".

Nexo normativo: ENTONCES.

Consecuencia: "El interesado debe dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios".

Efectuemos el comentario por partes:

a) Si es que se permite la adhesión de un tercero a un contrato ya celebrado y no se determina la manera de adherirse

En primer lugar debemos precisar a qué se refiere con "adhesión". Sobre el tema existen dos posiciones: una primera que establece que la adhesión refiere a un "contrato abierto" (obsérvese que esta posición la sostenía Revoredo), por lo que la adhesión implicaría la existencia de un contrato plurilateral, de este modo siguiendo a Mirabelli (citado por DE LA PUENTE), el contrato plurilateral se caracteriza por su "posibilidad de apertura a recibir más partes, siendo entendido que esta apertura se pone de manifiesto en el mismo contrato mediante una oferta, contenida en una cláusula del mismo"(4).

Por otro lado, existe la posición por la cual la adhesión a la que alude el artículo 1391 del Código Civil no tiene el significado de la que se alude en el artículo 1390. Según esta corriente, la cláusula de adhesión no es una oferta ni, por lo tanto, es necesario que sea puesta en conocimiento de alguien, esto es ni de determinados destinatarios, cuando se trata de una declaración recepticia, ni del público en general, en los casos de oferta al público. La llamada adhesión (en palabras de Manuel De la Puente) no sería la aceptación de una oferta sino un acto jurídico unilateral mediante el cual el adherente, al conocer la existencia de la cláusula de adhesión la hace eficaz respecto de él mediante su declaración de adhesión. Por ello se dice que el adherente es en realidad "un sujeto del contrato" más que una parte del mismo. Es decir, el sujeto se incorporará como sujeto en la relación jurídica creada mediante el contrato (una suerte, a nuestro entender, de acumulación subjetiva sucesiva, si tomamos prestado el concepto de la acumulación del Derecho Procesal Civil), pero no será considerada parte originaria (no participa en la formación del contrato).

En el artículo 1391 del Código Civil no existe entonces la aceptación de una oferta sino la formación de un consentimiento (y por ende la existencia de un contrato) con las partes del contrato originario o el órgano constituido para la ejecución del mismo. No obstante, para un sector de la doctrina (entre los que destacan Manuel de la Puente y Lavalle y el jurista Mirabelli), en el presente caso estamos ante la existencia de un acto jurídico unilateral (y no ante

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil.* Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI. Primera Parte-Tomo III. PUCP: Fondo Editorial, 1991.

la existencia de un consenso) que hace diferente al artículo 1391 con el 1390, puesto que en este último existe una aceptación como declaración de voluntad contractual, que no se reconoce como "acto jurídico".

A nuestro entender sí debe existir un consenso, en tanto las partes que forman la relación jurídica primaria deben consentir la incorporación del tercero en la situación jurídica subjetiva que han construido.

b) ¿Quién es el tercero?

Cuando el supuesto de hecho alude a un tercero hace referencia a un **"sujeto ajeno a las partes originarias"**, es decir, diverso a quienes integran la relación contractual. Por otro lado, hace referencia a un contrato ya celebrado, es decir, que ha sido consentido y por tanto fuente de obligaciones. En tal sentido debemos sostener que en tanto el contrato se extingue al producir la obligación (teoría generatriz del contrato), entonces la adhesión se realiza en la obligación construida.

Por otro lado, en el presente supuesto normativo se enuncia de manera conjuntiva a la permisión de la adhesión de un tercero, la indeterminación del modo de adherirse. Este refiere al procedimiento que el tercero tendrá que realizar para adherirse. Por tanto, al no haberse indicado dicha manera de incorporarse al contrato celebrado, el tercero interesado deberá dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios.

c) ¿Cuál es el órgano constituido para la ejecución de un contrato?

Consideramos que el Código Civil peruano hace referencia a un órgano especial designado por las partes para dirigir la ejecución de relación obligatoria (cumplimiento del contrato), entendiéndose como "órgano" a "una entidad que expresa la voluntad de las partes". Dicho órgano puede estar conformado por las mismas partes o terceros, teniendo entre sus funciones: "Permitir que terceros se adhieran al contrato suscrito".

Según Bianca, debe entenderse como órgano constituido para la ejecución del contrato al órgano representativo externo al cual se ha conferido la competencia representativa del grupo[5]. En defecto de este dice Bianca: "In mancanza di un organo rappresentativo l'adesione debe essere comunicata a tutti i contraendi originari. La necessitá di questa comunicazione a tali soggetti (e non anche alle parti successive) risponde all'idea che l'adesione é un'accettazione dell'offerta fatta da coloro che stipularono il contratto apponendovi la clausola d'adesione. Il nuovo contratto, cioé l'ingresso dell'aderente nel contratto-base, é concluso nel momento in cui lúltimo contraente ha ricevuto l'atto di adesione", (esta afirmación apoya nuestra tesis de la existencia de un contrato y no solo de un acto jurídico unilateral de adhesión).

DOCTRINA

Bianca, Massimo. II contratto, Diritto Civile, Vol. III. Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1984; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. En: Para leer el Código Civil. Vol. XI, Primera Parte. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II, trad. Santiago Sentis Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1971; REVOREDO, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en general. Okura Editores, Lima, 1985.

(5) BIANCA, Massimo. *Il contratto.* Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, p. 249.

Cláusulas generales de contratación

Artículo 1392.- ***Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.***

Concordancias:
C.C. arts. 1393, 1396; LEY 26702 art. 132 inc. 5)

YURI VEGA MERE

1. La masificación del contrato y la aparición de las cláusulas generales de contratación

Si bien la idea de *synallagma* fue tomada por los romanos de Aristóteles, lo cierto es que en Roma el *contractus* no tuvo el significado técnico que hoy tiene. Como ha dicho Díez-Picazo, lo contraído es un negocio o, más exactamente una obligación, una situación que da lugar a un *vinculum iuris*. Para que surgiera ese ligamen era necesario proveerse de actos rituales a los cuales se les podía llamar *contractus*. Al lado de esas solemnidades que daban lugar a una *obligatio*, se encuentran aquellos deberes surgidos de la entrega de una cosa *(re contrahitur)* y, por obra del Derecho Pretorio, en un momento ulterior, los *iudicia bona fideim* que eran supuestos excepcionales en los que se admitió el nacimiento de obligaciones por el solo consentimiento. También el Derecho Romano conoció las convenciones en las que una de las partes daba o hacía algo para recibir algo a cambio (una cosa o un hecho) que inicialmente fueron sometidos a las reglas de la *condictio indebiti* hasta llegar a tener acciones propias que les concedió la categoría de contrato (innominado), así como los pactos que, tras estar desprovistos de acción, llegaron a recibir protección.

Sin embargo, en Roma, como ha sido dicho, la idea de *contractus* no tuvo el significado general de acuerdo de voluntades que hoy en día solemos entender. Se afirma que ni siquiera en el Medioevo se transformó la idea del deber contraído que fluye de las fuentes del Derecho Romano.

Es, en rigor, por la influencia del Derecho Canónico, de la escolástica tardía (Escotto y Occam), del racionalismo jurídico y del antropocentrismo enciclopedista, que pusieron el acento en la razón y en la voluntad humanas, que la idea del consenso contamina toda explicación del contrato, abriendo paso al dogma del acuerdo de voluntades. Inclusive, instituciones como la sociedad y el Estado se explican por medio del contrato. Los filósofos de la Escuela Moderna del Derecho Natural, además, acotaron en la razón humana el origen del Derecho y secundaron el principio del voluntarismo o consensualismo como explicación de las instituciones, al cual se adherirán, entre otros, los precursores de la codificación francesa: Domat y Pothier.

Estos filósofos, gracias a su marcada adhesión a la voluntad humana como motor del obrar humano, proveyeron de argumentos para una relectura de las fuentes del Derecho Romano, pero esta vez para explicar la fuerza obligatoria de los contratos a través del señorío de la voluntad.

Bien se ha dicho cuando se sostiene que igualdad y libertad forman el alma del individualismo moderno, su esencia. Individualismo que exigía el reconocimiento de la autonomía

de la persona, una suerte de capacidad de autodeterminación. Libertad que tenía un cargado contenido filosófico, por estar enraizada en la persona misma, pero también un sentido político en contra del Antiguo Régimen (y sus vinculaciones) y un tinte económico conectado directamente con la libertad de comercio y el recurso a esa especie de fe en el orden natural (y libre de trabas) con la que se concibió al mercado.

Esa libertad fue trajinada como argumento del concepto de la autonomía de la voluntad (hoy autonomía privada), de aquella posibilidad de la persona considerada como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico (cuyo paradigma siempre fue el contrato, al menos en esta etapa de la historia de los dogmas). En suma, para gobernar válida y eficazmente la propia esfera de intereses, para crear los efectos que los individuos deseaban (sin importar la consideración que para tales efectos tiene el ordenamiento).

Si a ello se añade que para Smith las instituciones sociales debían entenderse como el resultado de las acciones individuales, es claro que el individuo y su libertad se encuentran al final de la explicación de toda cuestión social.

Como hemos dicho en otro lugar, la libertad y la igualdad postuladas en el terreno político debían involucrar la igualdad económica y, por efecto mágico, la igualdad social y jurídica. En este contexto, el contrato, concebido en la filosofía de los iusnaturalistas como acuerdo de voluntades, pasó a ser entendido como producto de la libertad y de la igualdad.

El contrato como instrumento de la libertad, del acuerdo libre, en un contexto en el cual se predicó a los cuatro vientos la igualdad, se convirtió en una herramienta de la justicia en los cambios. Según Fouillée: *"Qui dit contractuel, dit juste"*. El contrato es el reino en el que la libertad, la voluntad y la igualdad ejercen poderes soberanos. A menor intervención de factores ajenos a este triunvirato (puesto el Estado en primera línea, sobre todo en materia económica), mayor felicidad y progreso de los individuos.

En la generalidad de las ideas que se consagraron en torno al contrato subyacía la idea de un acuerdo paritario, negociado, de conciliación de intereses.

Cierto es, sin embargo, que la voluntad como piedra angular del contrato no podía prestarse a interpretaciones antojadizas que atentasen contra la seguridad del tráfico, razón por la cual se fueron abriendo paso las tendencias que hacían prevalecer la declaración: quien habla es esclavo de sus palabras, *pacta sunt servanda*.

En síntesis, el contrato se caracterizó, hasta entonces, por:

a) Ser fruto de la libertad y, en especial, de la autonomía de la voluntad, autonomía privada, según la cual los individuos pueden celebrar las más variadas convenciones para intercambiar bienes y servicios a fin de satisfacer sus necesidades;

b) Ser el mecanismo político de mayor autenticidad para la asociación entre los hombres;

c) Al ser producto de la libertad jurídica y económica, requería de una dosis de igualdad que la ley también garantizaba;

d) Los individuos pueden crear, para sí, derechos y obligaciones;

e) Debe reinar sin la intervención del Estado; los conceptos de orden público, buena fe, buenas costumbres, etc., son sediciosos y deben ser proscritos;

f) Los individuos, en un mercado libre, gozan de la posibilidad de crear relaciones obligatorias sin que coincidan con los tipos contractuales;

g) Las normas que regulan la materia contractual son supletorias de la voluntad de las partes. Estas pueden pactar en contrario en tanto no contradigan principios superiores de convivencia. También se les daba el carácter de normas interpretativas de la intención de los contratantes en caso de ausencia de acuerdo sobre puntos específicos que no tienen que ver con el consentimiento alcanzado sino, más bien, con el contenido del acuerdo.

Uno de los argumentos a favor de las bondades del contrato, como instrumento de la soberanía individual, se afincaba en la igualdad presupuesta entre los contratantes; igualdad que les permitía negociar y definir, comúnmente, los alcances de sus derechos y obligaciones: de determinar el contenido del contrato. A la libertad de contratar le era consustancial la libertad contractual o la libertad de configuración del entero contrato. Eran los dos pilares de esta figura. Los hombres de derecho (muchos de ellos de vida monacal o entregados a la universidad y, por tanto, ausentes de lo que acontecía en el tráfico negocial) imaginaban el contrato como un procedimiento de conciliación entre pares, entre iguales, entre dos seres con la misma capacidad de influir en el contenido del contrato, de darse –sin someterse– reglas de conducta derivadas de la autonomía privada que traducían un equilibrio de posiciones.

El Estado liberal del siglo XIX no podía intervenir el contrato por ser expresión de la voluntad libre y la igualdad de los individuos. El contrato se presumía justo por ser hijo de la decisión de los interesados; no importaba que existiese desproporción entre las prestaciones: eso era lo querido por las partes. No importaba si, en los hechos, existían diferencias reales entre la condición económica de los contratantes; posiblemente la representación que se tenía del contrato era la de un acuerdo pasado entre dos mercaderes que concertaban un acuerdo en una feria, en el marco de una economía agrícola y no tecnificada, o entre dos propietarios.

Aquella igualdad presupuesta (y casi indiscutida) entre las partes se sostuvo aun después de la erosión de las relaciones sociales provocada por la Revolución Industrial. Inclusive, durante las primeras décadas (y posiblemente durante casi un siglo) del maquinismo, el contrato continuaba exhibiendo su temperamento de conciliador y de ente aséptico a las diferencias entre las partes. Se pregonaba la igualdad a todo pulmón; no importaba si era igualdad formal: esta extendía su manto a la (des)igualdad sustancial y ello bastaba.

Tarde o temprano la Revolución Industrial (la segunda ola de Toffler) terminaría por inundar la entera trama social en cuyo seno se había construido el concepto *tradicional* de contrato. El capitalismo decimonónico no tardaría en transformar de raíz el substrato de todas las relaciones interpersonales convirtiéndolas en relaciones de cambio basadas en transacciones; en cambiar el telón de fondo y erigir un nuevo oráculo: el mercado. El paroxismo por el comercio, apoyado por el auge de la producción industrial, trastocaría los moldes habituales para el tráfico de bienes y servicios. Los productores invadirían con sus bienes facturados en serie toda esfera otrora reservada a los artesanos. Asoma la sociedad de masas en la que priman lo impersonal, el anonimato, la *despersonalización*.

En el afán de obtener mayor presencia en la red de intercambio, los comerciantes y luego las empresas de grandes capitales estructuraron estrategias y planeamientos orientados a gozar

de una posición preponderante en el mercado. A este proceso de *mercatización* de las relaciones sociales le era indispensable despojarse de los obstáculos que restringiesen tal tendencia. Una de las vallas que había que saltar (dejar a un lado) era el concepto de contrato, que era entendido (en la doctrina legal) como un acuerdo igualitario, libre, consensuado, determinado en sus alcances por las partes que lo concluían. Era fundamental estandarizar los procesos de comercialización de los bienes que salían en masa de las fábricas. Pero, como suele ocurrir con estos hechos, nadie avizoró tan prontamente que la figura del contrato celebrado con un "apretón de manos" estaba siendo radicalmente subvertida: la aparición de contratos con contenido predispuesto por empresas que ostentaban posiciones monopólicas u oligopólicas (empresas de gas, de carbón, de electricidad, etc.) o por productores en serie de diversas clases de bienes y servicios, se imponía como el correlato de la organización de las empresas.

Con ello, además, se acentuó la diferencia de roles entre los productores y los consumidores. Aquellos producen, estos consumen. Aquellos deben crear necesidades de toda índole, estos deben consumir todo cuanto se ofrezca en el mercado. Los industriales hacen uso de los procedimientos más adecuados para fomentar y masificar el consumo: más clientes, más consumo por cada cliente. Los hombres de derecho vienen en su apoyo para idear nuevas formas de contratación que signifiquen una racionalización –y reducción– de costos, una previsión (cuando no disminución o eliminación) de riesgos, una pareja interpretación y un trato similar a todo cliente, una menor inversión de horas-hombre en las ventas, etc. Los productos requieren ser colocados prontamente en el mercado, sin trabas, sin ataduras, sin necesidad de negociar de modo diverso bienes similares: el contrato de los Códigos debe ser reemplazado por el contrato prerredactado por las empresas, por sus previsiones, por sus cláusulas de aplicación general a todos sus acuerdos, aun a costa de la preciada libertad contractual de una de las partes (la anónima, la masificada, la que solo vale en las estadísticas, en los números). La contratación se ha masificado.

Curiosamente, pese a este cambio radical de circunstancias, enraizado en la propia estructura de la sociedad industrial, el Estado se mantenía impertérrito y ajeno a lo que acontecía en el mercado: la suerte estaba librada al orden natural que fluía de este y a la ley de la jungla en la que solo los más fuertes eran capaces de sobrevivir.

Para muchos hombres de derecho, especialmente los más sensibles –pero también apegados a las nociones tradicionales– la contratación estandarizada suponía un grave atentado al dogma de la autonomía de la voluntad. Si el contrato era producto de la decisión libre de contratar, de la capacidad de autodeterminación, la simple adhesión a un estatuto elaborado por la empresa hacía añicos el fundamento último de la contratación. No faltó quien señalara (como hasta hoy) que el contrato había entrado en crisis; que la masificación de las relaciones económicas había echado por los suelos la igualdad y el trato paritario que se presumía en las partes al celebrar un negocio jurídico, la libertad para darse preceptos privados de comportamiento, de autorreglamentación de intereses. El contrato se había masificado, las relaciones pasaban, una tras otra, como cortes de tela o prendas de vestir facturadas por la misma máquina. Solo quedaba espacio para aceptar o no esta nueva forma de acceso a los bienes y servicios ofertados por las empresas en el mercado: *take it or leave it,* mermándose la libertad y la igualdad tan pregonadas por el consensualismo que precedió a la codificación.

La estandarización de las relaciones contractuales no erosionó, en nuestro concepto, el cauce natural de los acontecimientos. Al contrario, era una respuesta casi necesaria a la industrialización.

Si bien su origen es producto de la dinámica social y del fenómeno de la producción en escala, la contratación estandarizada ha revelado, en no pocos casos, la desigualdad económica y de negociación entre la empresa y los adherentes y, en especial, frente al consumidor.

Como se ha señalado desde hace varias décadas, el impulso de la masificación contractual que proviene del lado de las empresas tiene dos tendencias: una saludable, que consiste en racionalizar los medios o instrumentos jurídicos de colocación de productos en el mercado; otra, que tiene un efecto concentrador que, al unirse al espíritu de lucro consustancial a la empresa privada, puede llevar al abuso de la posición de predominio en el mercado, al utilizar aquellos mecanismos de racionalización contractual para sacar provecho indebido de ellos. A lo cual ha de añadirse la ausencia de conocimiento técnico por parte de quienes se adhieren a la *lex contractus* dictada por las corporaciones, lo cual ha sido tradicionalmente explotado por estas.

Sin duda, aquella racionalización empresarial que apunta genéricamente a su organización y en un plano específico a la producción de bienes y servicios, halla su fundamento en un mercado de consumidores que son tratados como iguales, a los cuales se ofrecen idénticos productos; esto explicaría la homogeneidad de los módulos contractuales. Pero se vale, simultáneamente, del sacrificio al que se somete al adherente: este no participa en la confección de las condiciones de contratación y con ello se hace a un lado el concepto de contrato predicado durante siglos, su igualdad, el hecho de ser fruto de la volición y del acuerdo.

Esa capacidad de autodeterminación que explicaba el concepto de autonomía privada, piedra angular de la contratación, parecía, entonces, haber llegado a su fin. Es la gran empresa –se dijo– la que dicta los contratos, la que se aleja del derecho dispositivo, la que impone sus reglas, la que no solo fomenta el consumo de bienes sino que también hace consumir sus reglamentos contractuales.

Esta disparidad de influencia sobre el contenido de las cláusulas predispuestas ha generado, sin duda, las más diversas reacciones de las legislaciones de un cada vez mayor número de países. Como lo hemos anotado en alguna oportunidad, el contrato del siglo XX ha atravesado por dos corrientes aparentemente contrapuestas, pero que se han suscitado de modo simultáneo: no solo se masificó, también fue intervenido por el Estado.

Para ello fue menester, se ha dicho, que la intervención del Estado tuviera como propósito amenguar el desequilibrio económico reflejado en el contenido de los contratos, dado que la desigualdad no provenía de una decisión enteramente libre de los adherentes.

Sin detenernos en el análisis pormenorizado de lo que significa la adhesión a cláusulas generales de contratación, lo cierto es que la reacción del Estado se produjo en el marco de un proceso de socialización del derecho en general. La evolución del capitalismo moderno condujo hacia una sociedad de masas en la que la despersonalización y el anonimato eran las reglas; en la que los contratos con los consumidores eran dictados por las grandes empresas; en la que las relaciones laborales eran fuente de frecuentes abusos; en la que la publicidad invasora seducía al consumo irreflexivo; en la que importaba, en suma, más "el haber" que "el ser" de la persona. El derecho heredado del siglo XIX era un derecho de estructura individualista y patrimonialista. Los Códigos Civiles, inclusive pese a haber sido superados por la realidad, eran Códigos de propietarios de tierras, de herederos, de contratantes ingenuos y creyentes en la igualdad y el trato paritario. Los propios padres de la economía liberal, que creyeron en el desenvolvimiento espontáneo del mercado y la libre competencia, habían sido traicionados con la repartición de mercados y países entre las corporaciones.

El Estado entendió que no debía presenciar impasible el aniquilamiento de las voluntades; que el contrato no es solo un instrumento de cambios sino también, en no pocos casos, de abusos que no debían quedar librados única y exclusivamente a la decisión de los particulares; el contrato compromete el interés social; es un instrumento de colaboración y de convivencia; cumple una función y debe adaptarse al orden público económico profesado por el Estado en el que la autonomía privada no es el único cimiento, ni se basta a sí misma, especialmente cuando hay diferencias sociales irreductibles.

El Estado asume así una política dirigista, invade la contratación, pone en vigor un mayor número de normas imperativas. En casos extremos, llega a diseñar el contenido de los contratos (contratos normado o reglamentado) y en otros impone "la obligación de contratar" (contrato forzoso) a despecho de la esencia de la figura: el voluntarismo.

La masificación de las relaciones contractuales tradujo, en suma, una suerte de paroxismo por mercatizar el contrato y erigirlo en un mecanismo hecho únicamente para la empresa. Paradojalmente, esta pasión desenfrenada provocó en el Estado una reacción intervencionista. La contratación masiva no escapó a la invasión estatal y hubo de ser sometida a los dictados del legislador; más aún cuando asomaba, ya con perfiles más definidos, un personaje del mercado que el Derecho había soslayado: el consumidor.

En el terreno de las relaciones contractuales uno de los hijos predilectos de la masificación fue (y sigue siendo) la estandarización de las cláusulas generales de contratación por parte de las corporaciones. La introducción de bloques predispuestos o formularios generó una serie de problemas doctrinales que obligaron a los juristas más atentos a tomar una posición respecto de estas nuevas modalidades de contratación.

Entre las críticas se cuestionó, como es lógico suponer, la grave limitación de la autonomía de la voluntad debido a la desaparición de la etapa de negociación de los contratos. Posiblemente esa reacción se debió a que el liberalismo decimonónico concibió una libertad ilimitada de parte de los individuos, libertad que, sin embargo, nunca llegó a ser acérrima. Menos aun cuando por las crisis económicas (y especialmente la originada por la caída de la Bolsa de Nueva York y el desempleo industrial debido a la sobreproducción y escasez de demanda), el Estado liberal había pasado a convertirse en un Estado social de derecho.

También se cuestionó (como lo hizo Federico de Castro), con suma severidad, el alejamiento del derecho dispositivo en los módulos contractuales (que es, como se ha dicho, el sector sobre el cual suelen concebirse soluciones diversas por parte de las empresas, siempre a su favor), con lo cual se desconocía la eficacia de dicho derecho y su importancia en la contratación, dado que las normas dispositivas han sido concebidas por el legislador no como un derecho estrictamente supletorio sino como el "derecho justo" en los contratos, como el paradigma de la conmutabilidad de los contratos, al grado de haberse afirmado su obligatoriedad, en defensa de su restricción por medio de los formularios.

En este mismo orden de ideas se censuró la calificación de usos normativos que se pretendió dar a las condiciones generales de contratación, sobre todo porque esa postura reconocía un poder legiferante (o de producción de normas) a las empresas.

Adicionalmente, con la aparición del Estado promotor, los conceptos de orden público y de buenas costumbres, cuando no el principio general de la buena fe, habían ensanchado sus fronteras y se prestaban, con suma facilidad (especialmente la noción de orden público económico: *el nuevo orden público de entonces*), a los intereses del Estado interventor en la economía.

No obstante estas apreciaciones críticas, las cláusulas generales (o la adhesión a las mismas) constituyen hoy en día el mecanismo más corriente para la celebración de contratos y, por ello, cumplen determinadas funciones que no se pueden soslayar, y que, más bien, pueden considerarse *legítimas*.

Como bien ha dicho Díez-Picazo, la polémica sobre la validez y la calificación jurídica de las condiciones generales es una polémica superada. Las condiciones solo pueden ser contenido contractual, pues su obligatoriedad no deriva de ninguna otra fuente; no existe poder reglamentario de las empresas, ni son usos normativos. Las cláusulas generales –añade siguiendo a Alfaro– integran el contrato en la medida en que concretan, en cada caso, los dictados de la buena fe.

2. Las llamadas "funciones legítimas" de las cláusulas generales

Entre las *funciones legítimas* pueden mencionarse, siguiendo a Alfaro, las siguientes:

a) Constituyen una *racionalización de la actividad contractual masificada* a través de la estandarización de las transacciones homogéneas que llevan a cabo las empresas.

b) *Reducción de costos de celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa*, dado que el uso de condiciones generales simplifica y acelera la celebración de contratos, multiplica el número de contratos a celebrarse, crea una disciplina para un número indefinido de contratos y reduce los costes de negociación asociados a la contratación individual; el proceso de conclusión de contratos se convierte en una práctica automática en la que el acuerdo se reduce a las prestaciones esenciales, renunciando el adherente a discutir (y en verdad a leer o tomar conocimiento) del condicionado en general. Se ha dicho, además, que ello incide en el precio, pues la reducción de los costes en la contratación incide en los precios, al igual que incidiría en dicho resultado la limitación de responsabilidades y riesgos con los que suelen favorecerse las empresas predisponentes.

c) *Facilitan la división del trabajo* al aprovechar mejor la labor de las personas implicadas, pues se usa de manera eficiente las capacidades jurídicas y gerenciales caras; pues el trabajo propiamente jurídico se concentra en los asesores, mientras que los agentes de venta solo aplican los formularios (sin discutirlos o negociarlos), concentrándose en las ventas, ahorrando tiempo, independientemente de que se encuentren en lugares distantes o recónditos.

d) *Agilizan la coordinación* del trabajo dentro de la empresa, pues reducen las necesidades de comunicación interna; se adapta la actuación de los terceros a la planificación de la empresa (a quienes se les trata de modo igual) y permite que se cumplan las instrucciones impartidas por la organización.

e) *Se calculan anticipadamente los costos*, dado que se conocen, anteladamente, las contingencias y aquello que puede significar un costo para la empresa, tanto los de producción como los relativos a los riesgos.

También se añade la función de *seguridad jurídica*, pues hacen previsible la actuación en el tráfico en general. Las condiciones generales, se ha afirmado, suministran una reglamentación más exhaustiva, técnica, analítica y clara, pues remueven la incertidumbre que, en no pocos casos, provendría del derecho dispositivo, así como sus lagunas.

En esta misma línea de pensamiento que destaca las ventajas, se afirma que promueven un trato uniforme de las relaciones en masa, una interpretación pareja de los alcances de los contratos, con incidencia en la ejecución de los mismos y en la jurisprudencia, así como una unificación del derecho privado comparado cuando su aplicación desconoce fronteras.

Pero así como se han destacado las bondades de las condiciones generales de contratación, también se han puesto de manifiesto los riesgos y ventajas que ellas suponen para el adherente.

Posiblemente, antes de poner sobre el tapete cuáles son aquellas funciones que algún autor (Ballesteros Garrido) llama espurias, sea conveniente delimitar, siquiera brevemente, cuáles son las características que adornan las cláusulas generales de contratación, pues de esa manera entenderemos las razones que se han esgrimido para ejercer sobre ellas cierto control.

3. Características de las cláusulas generales de contratación

Hace ya unos buenos años ha sido superada la polémica en torno a la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación. No se discute más si se trata de preceptos creados por los particulares al margen del ordenamiento, dado que ello implicaría reconocerles capacidad legiferante. Tampoco se recurre a la fórmula de usos normativos que en algún momento fue utilizada por Garrigues, quien años después de la polémica con Federico de Castro atenuó su posición. A pesar de que subsisten dudas, para algunos, sobre su temperamento contractual, debido a que no son producto del intercambio de oferta y aceptación, la doctrina entiende que son parte (y buena parte) de la contratación (especialmente de consumo); la polémica se considera superada.

Entre las características de las condiciones generales se suelen mencionar las siguientes:

(i) Son *contractuales*, en el sentido de que son formuladas con el propósito de ser integradas a un número indefinido de contratos que la empresa que los utiliza celebrará en el futuro (no son contratos en sí mismas). Si bien esta calificación supone, además, una toma de posición en torno a su naturaleza jurídica, lo cierto es que ya no se debate con el mismo calor que cuando aparecieron en el tráfico. La doctrina se inclina mayoritariamente por esta posición. Ello, por otro lado, nos conduce a formular una crítica a la redacción del artículo 1392 del Código en cuanto señala que las cláusulas generales tienen como objeto *fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.* En rigor, dado el temperamento contractual de dichas condiciones, lo que establecen es el contenido negocial o contractual de una serie indefinida de acuerdos específicos, pero no el contenido *normativo,* función que en cualquier caso está reservada a la ley.

(ii) Son *predispuestas*, en la medida en que son elaboradas unilateralmente o utilizadas por la empresa que ha de celebrar una serie indefinida de contratos futuros con arreglo a ellas, razón por la cual se redactan siempre de modo previo a la conclusión de los negocios previstos por el interesado. Algunos señalan que se redactan antes de la negociación de los contratos que se concertarán en adelante, pero lo cierto es que la predisposición en sí misma no permite hablar de negociación. Por lo demás, poco o nada interesa si quien las va a usar es el autor de las mismas: predisposición no es sinónimo de autoría. Lo único que se busca es saber cuál será el contenido de los contratos que se concluirán por quien usará de ellas, tener certeza

de sus alcances. Es claro que en su formulación no intervienen los posibles adherentes contratantes, pues ello le quitaría una de sus notas señalativas.

La predisposición es una de las características más resaltantes de las condiciones generales de contratación y es, precisamente, la que ha generado y sigue suscitando mayor polémica, pues es a partir del diseño unilateral del contenido negocial que se pueden desviar sus funciones racionalizadoras y de agilización del tráfico mercantil, ya que la sola participación (o apropiación) del clausulado por la empresa que se sirve de ellas es el expediente más proclive a la incorporación de condiciones que evidencian un desequilibrio contractual entre las partes.

(iii) La predisposición se complementa con su carácter *abstracto* y *general*, pues se trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios. Su *generalidad* no significa, necesariamente, que pasarán a formar parte de todos los contratos que una determinada empresa se propone celebrar. Es posible que la empresa cuente con un único condicionado aplicable a todos los contratos, con diversos condicionados para un único tipo de contrato o de estipulaciones *ad hoc* para cada uno de los variados contratos que suele concluir masivamente en el mercado.

Esta nota de la generalidad, por otro lado, puede ser entendida en dos sentidos: a) en primer lugar, como nota distintiva de aquellos términos que serán aplicables a cada una de las transacciones y que tienen la característica de ser uniformes y, b) como algo contrario a las denominadas condiciones particulares de cada uno de los contratos singulares concertados con arreglo a ellas y que, a diferencia de las generales, le dan rasgos individualizadores a cada negocio, usualmente porque –se afirma– son estos términos sobre los que recae el consentimiento de las partes.

Messineo señala que estas cláusulas especiales son aquellas relacionadas con la identidad de las partes, el objeto del contrato, la cantidad de bienes, contenido económico, duración del contrato, momento y lugar de ejecución, etc., añadiendo que sobre ellas se extiende el acuerdo de los contratantes. En rigor, no siempre el predisponente da espacio a tanta libertad al adherente sobre estos aspectos; por lo general tiene alternativas ya preelaboradas que propone a la otra parte, pero inclusive esas alternativas (dentro de su miríada de posibilidades) son, en cierto forma, cerradas. Hay, no obstante, una posibilidad de elección entre ellas. La especialidad de estas cláusulas no siempre se debe identificar con las prestaciones esenciales que derivan del contrato celebrado con arreglo a las condiciones generales, sobre las que necesariamente debe recaer el consentimiento, pero bien puede decirse que existe una intersección casi total de ambos círculos (lo esencial y lo especial).

Esta diferencia entre cláusulas generales y especiales acarrea, por lo demás, severos problemas para el intérprete. En efecto, si el régimen legislativo de control de la contratación masiva se refiere a las cláusulas "generales", ¿qué ocurre con las llamadas cláusulas "especiales", es decir, con aquellas incorporadas a cada contrato en particular? ¿También estarán sujetas a control?

Quizá la pregunta encuentre una respuesta directa y clara en países como España en el que resultaría aplicable la Ley 26/1984, *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, modificada por la Ley 7/1998, *Ley sobre condiciones generales de la contratación* (con la que se hace eco a la Directiva comunitaria de 1993), y no esta segunda norma, dado que con dicha modificación el legislador español hace

especial referencia a cláusulas abusivas incorporadas a contratos que pueden ser individuales y no solo a las que figuren en las condiciones generales de contratación.

En Italia, con la Ley n. 52, del 6 de febrero de 1996, en actuación de la Directiva Comunitaria, se añadió el Capítulo XIV-bis al Código Civil bajo el título de *Dei contratti del consumatore*, que no desconoce los alcances de los artículos 1341 y 1342 del *Codice civile* (el primero inspiró nuestro artículo 1398) sobre cláusulas generales de contratación. El nuevo (y coexistente) régimen hace referencia a las cláusulas presuntamente vejatorias y a las consideradas ineficaces por vejatorias, independientemente de que se encuentren dentro de un condicionado o procedan de un contrato singular, es decir, más allá de si son o no cláusulas generales o especiales. Inclusive, puede tratarse de cláusulas abusivas redactadas por un profesional para un único contrato con un consumidor; pero también ese mismo profesional puede haberlas incorporado a contratos estándar.

Similar conclusión se podría predicar respecto de la *Loi N° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*, vigente en Francia desde 1995, con la cual se introducen modificaciones al *Code de la consommation* al que se anexa una lista de cláusulas abusivas que no tienen que ser necesariamente condiciones generales.

En el caso de las leyes de los dos países últimamente mencionados en cuanto a si también se aplican a no consumidores, lo cierto es que todas ellas están referidas a contratos celebrados con consumidores, cuestión que no se presenta siempre y necesariamente en aplicación del régimen de cláusulas generales de contratación adoptado por el Código Civil peruano. Este, empero, sanciona con invalidez las cláusulas generales (no aprobadas administrativamente) señaladas en el artículo 1398, pero nada dice respecto de las condiciones especiales o particulares a cada contrato singular, lo que genera un vacío necesitado de una pronta intervención legislativa.

Retornando al temperamento de *generalidad* de las condiciones generales, De la Puente, atendiendo a la definición del artículo 1392 del Código Civil peruano, distingue dicha generalidad de la *abstracción*, entendiendo por la primera la posibilidad de aplicar las cláusulas a una serie indefinida de contratos singulares sin desnaturalizarlos aun cuando cada uno de ellos tenga elementos propios, en tanto que advierte que la abstracción tiene que ver con la concepción de las condiciones generales, pues estas son formuladas sin pensar en ninguna relación concreta, o sea, sin tomar en consideración la personalidad de los contratantes en el futuro ni la relación que se creará en base a dichos contratos.

(iv) Con diversas expresiones, la doctrina suele hacer referencia a la *inevitabilidad, inmutabilidad* o *imposición* de las cláusulas generales de contratación del predisponente a la otra parte. La inevitabilidad, por cierto, depende de las condiciones del mercado en el cual se ofrecen productos y servicios bajo ciertos términos contractuales, dado que en un mercado abiertamente competitivo y al cual concurren diversos proveedores, el interesado podrá optar (aunque no es lo frecuente en consumidores inadvertidos o que centran su interés en las prestaciones esenciales) por cláusulas menos onerosas o menos desfavorables y con ello no tendrá que someterse a las mismas de modo ineluctable. Pero en los hechos la propia predisposición –al

menos en la caracterización originaria de las notas señalativas de las cláusulas generales– es la que ha facilitado la imposición de las mismas, a lo que se añade (como otro efecto de la prerredacción) la habitual falta de influencia de los adherentes sobre el contenido de los contratos que ya se encuentra definido por las empresas a través de la estandarización de sus términos.

Esta nota que adorna a las cláusulas generales de contratación tiene, hoy en día, un alcance mucho mayor al originalmente atribuido. Y es que en la actualidad, la predisposición y generalidad no tienen el mismo nivel de importancia en la legislación comparada, siendo la imposición el rasgo que mayormente interesa en la contratación masiva o en la contratación entre profesionales y consumidores o entre empresas, en la medida en que se trata del signo que deja traslucir el desequilibrio que se presenta en las relaciones estandarizadas o en las que existe una desigual capacidad de negociación y de influencia en el plan prestacional de las relaciones contractuales. Ello ha motivado, inclusive, que se reniegue del significado originario asignado al contrato por adhesión (entendiéndose comprendidas en este concepto a las cláusulas generales de contratación) como contrato masivo y que, al contrario, se aprehenda el fenómeno de la contratación moderna (especialmente con los consumidores) a través de la fórmula predisposición-imposición inclusive en caso de que el texto contractual sea utilizado de manera generalizada o aislada, postulándose de esa forma un nuevo concepto de contrato por adhesión adecuado a los cambios y exigencias de la realidad socioeconómica al identificar el conflicto que surge entre la necesidad de garantizar y desarrollar la uniformidad de las relaciones contractuales de las empresas y la opuesta exigencia de garantizar adecuadamente de tutela a los no profesionales o consumidores, optándose, al final, por esta última con la introducción de controles sustanciales de las cláusulas vejatorias impuestas por esta forma de contratación.

Al lado de las notas antes señaladas se menciona la libertad de forma.

4. Funciones espurias de las cláusulas generales de contratación

Ya al describir algunas de las características de las cláusulas generales de contratación (CGC), hemos adelantado algunos peligros en el uso de las mismas por parte de los predisponentes.

Conceptualmente, las funciones legítimas y positivas que satisfacen las CGC se cumplen gracias a una fuerte dosis de sacrificio de la libertad contractual de parte de los adherentes. Ellos se interesan, en la generalidad de los casos, por acceder a las prestaciones esenciales que derivan del contrato que quieren concluir, muchas veces sin mayor preocupación por otros aspectos relevantes.

Como ha sido señalado, una de las funciones espurias de los condicionados generales es que las empresas que los utilizan tienden a mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazándose los riesgos y obligaciones hacia los clientes o arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartidas para los adherentes.

Ello obedece a que, como bien señala Roppo, las ventajas para las empresas derivadas del uso de las CGC se obtienen a un precio muy grave: *"...quello di privare una delle parti di ciascun rapporto –in concreto, intere masse di consumatori, acquirenti ed utenti– di ogni possibilità di reale decisione e influenza in ordine alla determinazione del suo contenuto, che risulta*

imposto ad esse in via unilaterale". Y es en este camino que se puede producir un evidente desequilibrio negocial.

Es curioso que un sector de autores se resista a reconocer la limitación a la que se conduce a adherentes y consumidores, casi natural dentro del fenómeno de la contratación estandarizada. Nadie puede negar que la autonomía privada (si bien nacida a la luz de los conceptos desarrollados con mayor vehemencia durante el ochocientos) se resiente y por ello viene a menos, sustancialmente, la libertad de valoración y de elección del consumidor, la misma que, en los postulados de la teoría económica liberal, debería constituir presupuesto necesario para un racional funcionamiento de los mecanismos del mercado y de la libre competencial. Inclusive, los adeptos al Análisis Económico del Derecho destacan que las empresas, en un sistema caracterizado por la economía de libre mercado, deben alocar de manera eficiente sus recursos; pero poco o nada señalan que los usuarios que suelen adherirse a módulos predispuestos también tienen el derecho, como consumidores (y personajes del mismo mercado) a hacer una asignación igualmente racional y eficiente de sus recursos y de realizar sus expectativas de consumo. Apenas se limitan a señalar las ventajas en materia de costos de transacción que se deriva de la contratación estandarizada para los consumidores. Y aun cuando no les falte verdad en esta aseveración, lo real es que no siempre los mecanismos del mercado son suficientemente aptos para combatir el uso de cláusulas abusivas o vejatorias. Si ello no fuere así, todas las normas puestas en vigor por la Unión Europea desde la década del 70, la legislación de países como Alemania, Italia, Francia, España, Portugal, Inglaterra, que han optado por una economía de mercado, y que han tenido y tienen como propósito establecer mecanismos de control de las condiciones generales de contratación, serían normas inútiles, estatistas, sobreprotectoras, casi de "tutela" a los "discapacitados" consumidores, como se suele afirmar respecto de la consideración que los usuarios merecen a los autores, a las leyes que apuntan a evitar el abuso en el que pueden quedar incursos algunos empresarios con el uso de módulos contractuales estandarizados que denotan desequilibrios a costa del principio de la buena fe y de concentrar los riesgos, responsabilidades y cargas en cabeza de los adherentes.

Existe, por tanto, en el uso de las CGC una *objetiva* restricción de la libertad contractual de una de las partes: el adherente no es libre de discutir y contribuir, por lo general, a determinar el reglamento contractual; en casos de situaciones monopólicas no le es posible sustraerse a la contratación, por lo que aceptar las CGC impuestas por el predisponente constituye la única vía de acceso a los bienes o servicios que requiere.

Es cierto que en un mercado signado por la plural concurrencia de proveedores y por una sana y libre competencia, siempre existe la posibilidad de que el cliente busque mejores opciones. Pero ello casi parece ser una ilusión. En rigor, los usuarios no buscan negociar un contrato, quieren acceder al consumo de bienes y servicios. Lo que debe garantizar su elección no es la negociación de cláusulas, sino la elección entre opciones alternativas y transparentes. Y ello significa que los proveedores no deben aprovecharse del desinterés de los adherentes en leer o entender las CGC. Tampoco puede ser un incentivo para incorporar cláusulas sorpresivas que incidan sobre las prestaciones esenciales o alteren sus alcances, pues debido a que la "adhesión" se suele restringir al acuerdo en torno a las prestaciones esenciales y a la sujeción al condicionado, en este no deben incorporarse condiciones que podrían haber decidido al cliente a no contratar o acceder al bien. Las estipulaciones que afecten los términos esenciales del contrato concluido con arreglo a las CGC deben pasar necesariamente por el tamiz del consenso.

Si bien es cierto que los proveedores actúan como "tomadores de condiciones contractuales", arrojadas por la interrelación de ofertantes y demandantes en el mercado (según Bullard), no siempre se toman todas las condiciones deseadas por los adherentes. Además, como ya lo hemos anotado, a estos no les interesa discutir un contrato: quieren consumir bienes o servicios (sin perjuicio de que las plantillas con las estipulaciones les sean proporcionadas en términos claros, sencillos y transparentes). Claro está que si tiene acceso, previo al consumo, a los contratos tipo que emplean las empresas, y si de la comparación (por lo general poco profunda) que realice entre formularios, llega a la conclusión de que unas condiciones le son más ventajosas que otras, la elección que haga habrá sido fomentada por la oferta de las CGC que se hallen disponibles en el mercado. Situación insólita, por lo demás, dado que la competencia que suele darse entre los concurrentes se realiza en base a precios, calidades, modalidades de pago, etc. En mercados más desarrollados es posible que pueda haber competencia de clausulados, pero en rigor no parece ser algo que interese al consumidor ni tampoco a los proveedores. La guerra se da a nivel de lo que constituyen las prestaciones esenciales. Quizá al ser descritas u ofertadas, puedan ir acompañadas de diversas coberturas, riesgos, etc., que hagan a un producto más atractivo respecto de otros, pero ello no es lo frecuente.

El interés prioritario de contar con las CGC no son los clientes, es la necesidad de acoplar la organización de la empresa a un mercado masificado, es la necesidad de poner a la empresa a tono con su entorno y a la competencia con los demás agentes económicos, de calcular costos y prever riesgos, procurando minimizarlos o diluirlos. Lo grave es cuando se pretende maximizar los beneficios de la contratación estandarizada a costa de los adherentes o usuarios, negando importancia al desequilibrio contractual, a la desproporción que existe entre una y otra parte sacrificando la transparencia, la equidad, la conmutabilidad, la buena fe, la justicia, etc., en aras de la eficiencia y la rentabilidad empresarial como únicos valores.

Son muchas las formas en que se puede advertir la existencia de cláusulas abusivas o vejatorias, son muchas las que fungen de ejemplos. La ley alemana (AGBG) de 1976 incorporó listas negras (abusivas) y listas grises (presuntamente abusivas) cuya determinación recae, a la postre, en la apreciación de los Tribunales. La misma tónica sigue la reforma al Código Civil italiano, sobre la base de la Directiva Comunitaria 13/93/CEE inspirada –según se advierte– en el Derecho germano (legislación y jurisprudencia). En esos listados (sobre todo los más oscuros) se aprecia un evidente rompimiento del equilibrio contractual en términos groseros y atentatorios; no se trata de simples o pequeñas o medianas desproporciones que el tráfico masivo suele aceptar a cambio de la celeridad y reducción de costes. Sería extenso hacer una suerte de catálogo. Baste una revisión de las normas antes citadas o de la recientemente promulgada Ley 7/98 *sobre condiciones generales de la contratación* en España, que incorpora una enumeración extensa de cláusulas abusivas a la Ley 26/1984, *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. En términos más genéricos, encontramos al artículo 37 de la Ley 24.240, *Ley de defensa del consumidor*, promulgada en la Argentina en el año 1993.

5. Necesidad de legislar sobre las cláusulas generales de contratación

Y es, precisamente, la seguridad que requieren todos los agentes actuantes en el mercado, es decir, tanto los proveedores como los adherentes (consumidores mayoritariamente) lo que determina que sea indispensable contar con un marco de regulación normativa de las cláusulas generales de la contratación. En tanto que los primeros no quedarán librados al arbitrio del juez, los segundos contarán con un techo de garantía que les asegure no ser víctimas de abusos.

Sería absurdo pensar que las CGC son, en su generalidad, abusivas o vejatorias. Sería irracional pensar que la única forma de evitar los excesos que se puedan cometer sería proscribiendo el uso de aquellas, sobre todo por las ventajas que han demostrado en el tráfico masivo de bienes que hoy tiende hacia la globalización de los mercados.

El propósito de las diversas legislaciones ha sido y es receptar, a nivel normativo, un fenómeno propio de la sociedad capitalista e industrializada del cual no se puede escapar. Una actitud indiferente que deje solo en manos de las leyes y de los mecanismos del mercado el empleo de módulos contractuales estandarizados, es tan peligroso como una prohibición o satanización de los mismos.

A quienes creemos en la necesidad de un adecuado marco de control no nos interesa, a estas alturas, discutir más sobre las diferencias inevitables e insuperables que estas modalidades de transacción tienen respecto de la contratación ochocentística. No se puede pretender postular la democratización de un instrumento como el que nos ocupa que se adorna por la predisposición e imposición. Tampoco se exige un cambio o retorno a la figura de un contrato similar o a imagen y semejanza del que deriva de la negociación. Lo que se pretende es evitar la imposición de términos vejatorios que se caracterizan por un intolerable y evidente desequilibrio contractual que no ha sido realmente querido ni consentido por el adherente, a quien tampoco se le puede exigir la ingestión y comprensión *in toto* de los formularios o plantillas.

Somos confesos convencidos de que en la contratación masiva es posible concluir honestamente una serie indefinida de transacciones, compatibilizando las expectativas racionales de los consumidores con la alocación eficiente de recursos por parte de las empresas, y ambos intereses con el principio de la buena fe y el trato equitativo.

La rapidez del tráfico masivo y la no ausente voracidad de algunos proveedores, sin embargo, instan a que se cuente con un apropiado régimen que establezca determinados parámetros o limitaciones. En los modelos disponibles en la experiencia extranjera existen las más diversas opciones que van desde aquel proveniente de Alemania (que influyó en el resto de la Europa continental), así como el que caracteriza a algunos de los países escandinavos como Suecia, en los que existe la figura del *consumer ombudsman;* sistemas en los que existe aprobación administrativa (forzosa o voluntaria); control legislativo y control judicial; negociación de clausulados entre proveedores y consumidores; invitación de autoridades públicas a los empresarios al descarte de cláusulas abusivas, etc.

Existen, además, opciones que integran la regulación de las CGC con el derecho de los consumidores, como en Argentina, Brasil, México, Chile, Ecuador, Venezuela, entre otros. Países que disciplinan las condiciones generales en leyes especiales como ocurre con Israel, Alemania, Suecia, Holanda, España (que ahora cuenta con dos leyes: una para consumidores y otra para las condiciones generales de contratación que también es aplicable a los no consumidores), etc., a lo cual hay que sumar aquellos que lo hacen dentro de sus Códigos Civiles, como es el caso del Etiopía, Perú, Bolivia, Paraguay, etc. Italia se erige como un caso especial, pues dentro del mismo *Codice* contempla un marco para las condiciones generales (artículos 1341 y 1342) y un nuevo Capítulo XIV-bis para los contratos con consumidores (a partir de 1996).

No son extraños la coexistencia de regímenes de Códigos Civiles que disciplinan la contratación masiva sin mayor énfasis en la figura del consumidor y una ley especial de protección de los usuarios, como es el caso del Perú.

Es claro, por ello, que no existe un único modelo. En cualquier caso, la diversidad explica, por sí misma, lo indispensable de contar con una normativa sobre el particular. De esa manera, el ordenamiento arbitrará, cuando fallen los mecanismos del mercado, las soluciones compatibles con los intereses de los protagonistas del mercado y, especialmente, de aquellos que carecen, por lo general, de poder de influenciar el contenido de los contratos estandarizados.

6. Contrato por adhesión y cláusulas generales de contratación. Aprobación administrativa. Cláusulas vejatorias

Tres ideas que hemos venido difundiendo en los últimos años.

En primer lugar, considero superada la distinción que aún se aloja al interior del Código en relación a la diferenciación entre el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Las condiciones generales, en tanto no sean apartadas por condiciones particulares en cada contrato singular, son objeto de adhesión por la parte no predisponente, de modo que no se puede entender que no exista esa adhesión que hoy en día se asimila a la aceptación como declaración negocial que perfecciona el acuerdo. Basar la distinción en que en uno no hay espacio para discutir ni siquiera las cláusulas específicas de cada contrato particular, es una ilusión que debe desvanecerse. Lo cierto es que muchas de las escasas condiciones especiales tienen parámetros definidos de manera antelada por el predisponente, especialmente cuando se completan (antes que negociarse) con cuadros, escalas, baremos o tarifas. No dudo que algunas puedan ser producto del intercambio de ofertas entre las partes, pero cada vez se hace más necesario para los agentes económicos prever los resultados económicos de la discusión de esas condiciones particulares.

Por ello, existen no pocos autores que se refieren a la adhesión a condiciones generales y en la frondosa legislación europea en materia de consumidor apenas se alude a aquellas y no gravita la diferencia que mantiene nuestro Código Civil.

En segundo lugar, y con cargo a lo que se comenta al analizar los artículos 1395 y 1397, considero que debe replantearse el régimen de las consecuencias entre las cláusulas aprobadas y no aprobadas por la autoridad administrativa.

En tercer lugar, creo necesaria una mayor preocupación por el comercio electrónico que tenga incidencia en la contratación. La aldea global se encuentra conmovida por el auge que actualmente han alcanzado las transacciones que se concluyen a través de los medios telemáticos. La contratación electrónica es una realidad imposible de ignorar, especialmente por la interminable lista de ofertas disponibles para los consumidores en el ciberespacio, básicamente en Internet. Basta acceder a un sitio (página web), recorrer las largas listas y opciones y marcar los productos que se ofrecen, introducir el número de una tarjeta de crédito y escoger el medio de envío para comprar lo que se quiera.

Es claro que esta facilidad de acceder a bienes de la más variada especie fomenta y aumenta el consumo. Las empresas son conocedoras del acortamiento de distancias que brinda la realidad virtual de los cibermercados, de la provocadora sencillez con la que se puede jalar la atención de los consumidores, de la superación de las fronteras, de la indiferencia por los idiomas. Y apuestan por ello. Los proveedores han creado una nueva realidad: el *ciberconsumidor*, el navegante-comprador por Internet y hoy vuelcan en esta verdad sus mejores esfuerzos.

Y al ser así, nos toca a los hombres de derecho detenernos conscientemente para tratar de entender qué es lo que está ocurriendo en este escenario; preguntarnos si es posible aplicar a este nuevo mundo en el que la tecnología, los teclados y los ratones reemplazan la emisión de

declaraciones de voluntad tradicionales, en el que basta un *clickeo* para elegir bienes, en el que se paga con medios electrónicos y sin la firma sobre papel, etc., si es posible aplicar, decíamos, todos aquellos conceptos que hemos venido usando para explicar –con los sólitos parámetros técnico-jurídicos– la realidad a nuestra manera, con nuestros conceptos A.I. *(antes de Internet)* o si existen nociones D.I *(después de Internet)* que se hubieren forjado al calor de su estallido.

El comercio electrónico puede ser entendido, en términos generales, como el conjunto de transacciones económicas que se concluyen entre empresas o entre estas y consumidores, e inclusive por la Administración Pública, con el objeto de comercializar bienes o servicios y para lo cual los interesados se sirven de los instrumentos tecnológicos y, en lo particular, de los medios telemáticos. Se trata, en concreto, de negocios concluidos por personas ausentes, por personas que utilizan las herramientas que hoy en día ofrece la telemática para ahorrar tiempo, distancia, dinero. Sin duda ello genera una serie de problemas e interrogantes que en los últimos años han sido abordados por la legislación de los diversos países con el objeto de poder facilitar su expansión.

Dentro del comercio electrónico, por otro lado, se diferencian las transacciones que celebran las empresas, *business to business*, de aquellas que se dan entre proveedores y consumidores, *business to consumer*. Igualmente, se distinguen aquellas que requieren del envío tradicional o por correo común de los bienes ofertados (comercio electrónico indirecto) de aquellos casos en los que los productos o servicios son remitidos por vía electrónica (comercio electrónico directo) como sucede, por ejemplo, con programas de computadora, música, vídeos, servicios de ingeniería (planos), libros virtuales, etc.

En el ciberespacio, las ofertas se muestran sobre soportes ajenos al papel; las intenciones de contratar se revelan a través de formas digitales, figuras, dibujos, imágenes, canastillas de elección. Las respuestas no involucran voluntades declaradas en el sentido tradicional sino por medio de impulsos electrónicos; los contratos se concluyen en almacenes virtuales sin interesar el espacio físico, los idiomas y las fronteras. El lenguaje jurídico se enriquece y se nutre del lenguaje telemático. Es más, como ha sido destacado, los actos a título gratuito han resurgido en la red. Y es que, como una modalidad provechosa de marketing, ha aparecido como una práctica telemática un espacio importante para el uso de herramientas tecnológicas, ya sea de casillas de e-mail o de cesión de programas, de obras multimediales, etc., si bien con limitaciones en cuanto a su funcionalidad o en cuanto al tiempo que cautivan a los navegantes y que luego los inducen a la compra (y pago) de dichos productos o servicios cuando encuentran utilidad y se vuelven adeptos a ellos.

Debido a este nuevo escenario la respuesta atinente a la protección que merece el ciberconsumidor (típico adherente a las cláusulas generales de contratación) atraviesa por la posición que ha de asumirse ante el comercio electrónico.

Algunos países ya cuentan con una legislación sobre el comercio electrónico que protege, en la misma intensidad que el desarrollo del cibermercado, los intereses del consumidor. Tal es, por ejemplo, el caso de Italia. En este país se ha reformulado la disciplina del comercio al detalle con el Decreto Legislativo N° 114, del 31 de marzo de 1998, *Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma del articolo 4, comma 4 della legge 15 marzo 1997, n. 59*. En ella se reclama, como una de las finalidades de la reforma (artículo 1), la tutela del consumidor, con particular referencia a la información, a la posibilidad de aprovisionamiento, al servicio de proximidad, a la seguridad de los productos, cuando no a la eficiencia, la modernización y el desarrollo de la red, la evolución tecnológica de las ofertas, con incidencia en los precios. En esta norma, el legislador italiano ha regulado las diversas modalidades

de venta al detalle, como es el caso de la venta por correspondencia, por televisión y otros sistemas de comunicación, las ventas a domicilio y el comercio electrónico, el cual (artículo 21) debe desarrollarse tutelando los intereses del consumidor, favoreciendo el uso de instrumentos y técnicas de gestión de calidad dirigidos a garantizar la credibilidad de los operadores y a aumentar la confianza del consumidor.

En otro lugar hemos comentado, como una de las iniciativas de la Unión Europea vinculadas al auge del comercio electrónico y la protección de los intereses de los consumidores, la emisión de la Directiva 97/7/CE que contiene el marco regulatorio de la protección de los adquirentes finales en los contratos a distancia. La iniciativa no solo supone la actualización de la Directiva que se elaboró en el año 1985 en materia de contratos fuera de establecimientos comerciales. Va más allá, puesto que tiene como propósito ofrecer a los países miembros de la Unión Europea un instrumento que coincida con los actuales medios telemáticos de comercialización de bienes y servicios.

En Italia, país que nos sirve de ejemplo, ha actuado aquella Directiva de 1997 mediante el Decreto Legislativo N° 185 del 22 de mayo de 1999, *Gazzetta Ufficiale* n. 143 del 21 junio de 1999 (con rectificación en la *G.U.* n. 230 del 30 de setiembre de 1999). La ley italiana entiende por contrato a distancia aquel que tiene por objeto bienes o servicios estipulados entre un proveedor y un consumidor en el ámbito de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, por tal contrato, emplea exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia para la conclusión del contrato. En el anexo I del Dec. Leg. 185 se precisan las técnicas de comunicación para los contratos a distancia, entre las que se cuenta a los impresos, cartas-circulares, publicidad impresa con orden de compra, catálogos, teléfono con intervención de un operador, teléfono sin intervención de un operador (dispositivo automático de llamada, audiotexto), radio, videoteléfono (teléfono con imagen), teletexto (microcomputador, pantalla de televisión) con teclado sensible al tacto, correo electrónico, fax, televisor (telecompra, televenta).

La ley italiana reconoce al consumidor el derecho a desistirse del contrato *(diritto di recesso)* sin tener que pagar penalidad alguna o especificar motivo. La explicación se nutre de una adecuada razonabilidad. El consumidor solo ha tenido frente a sí imágenes; el producto, para él, es una realidad virtual; ha carecido de la posibilidad de mirar el bien, de probarlo, de negociar las condiciones de adquisición. Ni siquiera ha tenido contacto humano y la tarjeta de crédito que guarda en la billetera es el mejor aliado del consumo; "teclea" y consume desde el ordenador de su casa sin desplazarse por ningún mundo de tres dimensiones, todo ello sin perjuicio de ser bombardeado, como hoy en día lo vemos y lo padecemos, de una serie de correos electrónicos de publicidad *(spam)* que lo atosigan, que lo invitan a comprar sin detenerse a pensar, en muchas ocasiones, en la necesidad y oportunidad de adquirir un producto.

Lo interesante de estos instrumentos es que el Derecho del Consumidor, quizá como no muchas de las diversas disciplinas jurídicas (excepción hecha, claro está, del propio Derecho Comercial), muestra su vocación expansionista a los más recientes logros de la tecnología, pues la preponderancia que hoy en día juega la protección de los intereses de los consumidores no se encuentra ausente en el comercio electrónico. Si Internet creó la figura del ciberconsumidor, este ya juega un rol preponderante en la regulación de las transacciones concluidas *on line.*

No quiero explayarme en demasía. Lo cierto es que considero que es necesario, ya sea al interior del Código o en una ley especial, definir el valor de las condiciones generales de contratación que se publicitan en Internet, especialmente por la forma en que son presentadas y por su contenido. Y, por otro lado, con el objeto de determinar la protección de los

adherentes en el caso de la contratación entre ausentes que residen en países diversos. Difícil tarea, pero que espera una respuesta.

Finalmente, y bajo riesgo de involucrarme en un comentario ajeno, entiendo que el régimen de las cláusulas generales exige una pronta modificación de los alcances del artículo 1398. Tal como quedó redactado este numeral, la aprobación administrativa parecería convertir en inatacables las condiciones que fueron revisadas y aprobadas por la burocracia que se subrogaría en las decisiones que deberían estar reservadas también a los propios consumidores y a la autoridad judicial.

Como sabemos, el control de las cláusulas puede ser legal (por obra del legislador), administrativo y judicial. Tal como ha quedado delineado el régimen legal local, se niega control judicial respecto de las condiciones no enumeradas en el artículo 1398 a no ser que exista algún otro argumento distinto al de la invalidez. La lista, el catálogo pequeño y mezquino del artículo citado deja a los adherentes en un estado de indefensión que no es comparable en la legislación comparada. Por ello, considero que es saludable y conveniente tomar el modelo de las legislaciones europeas de listas negras (cláusulas nulas, ineficaces o inválidas por evidente vejatoriedad o abusividad) y grises (sospechosamente vejatorias pero libradas al arbitrio final del juez), que suelen ser acompañadas de la cláusula de cierre del sistema sustentada en la posibilidad de declarar como abusivas condiciones que atenten contra el principio de buena fe aun cuando no se encuentren al interior de las listas mencionadas.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1980, I, Vol. I; ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991; ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, Exégesis, Contratos, parte general, Tomo I, Studium, Lima, 1987; ARISTÓTELES, Etica nicomaquea, Universidad Autónoma de México, 1957, versión de A. Gómez Robledo, pp. 113 y ss. AUGÉ, Guy Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius, en Archives de Philosophie du Droit, 1968, pp. 99 a 107. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. Bullard González, Alfredo, Contratación en masa, ¿contratación?, en sus Estudios de análisis económico del Derecho, Ara Editores, Lima, 1996. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, en Themis, Revista de Derecho, Lima, Segunda época, N° 38, pp. 141 a 162. D'AMBROSIO, Loris, Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modelo israeliano, en Le condizioni generali di contratto, a cura di C. MASSIMO BIANCA, Università di Roma, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1981, Volumen Secondo. DAHM. Deutsches Recht, Sttuttgart-Colonia, 1951, p. 530. DE BUEN LOZANO, Néstor, La decadencia del contrato, Ed. Porrúa, México, 1986. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Condiciones generales de los contratos y eficacia de las leyes, Civitas, Madrid, 1985. DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 1980. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte Tomo III, PUC, Fondo Editorial, Lima, 1991. DESTOTOPOULOS, Constantin, La notion de synallagma chez Aristote, en Archives de Philosophie du Droit , Sirey, Paris, 13, 1968. DÍEZ-PICAZO, Los llamados contratos forzosos, Anuario de Derecho Civil, Madrid, ene-mar 1956. DÍEZ-PICAZO, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado, Civitas, Madrid, 1979. DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen Primero. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, Volumen I, 1984. DÍEZ-PICAZO, Luis, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, en AAVV, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Fundación BBV–Civitas, Madrid, 1996. DUMONT, Louis, Ensayos sobre el individualismo, Alianza Editorial, Madrid, 1983. EMPARANZA, Alberto, La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, en Revista de Derecho Mercantil, Madrid, N° 210, 1994. FARINA, Juan, Defensa del consumidor y usuario, Astrea, Buenos Aires, 1995. FINOCCHIARO, Giusella, Il problema dei mezzi di pagamento, en I problemi giuridici di Internet, a cura di Emilio Tosi, Giuffrè, Milano, 1999. GARCÍA

AMIGO, M., Condiciones generales de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. GARRIGUES, Joaquín, Contratos bancarios, Madrid, 1975. LARENZ, Karl, Derecho de obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T. I. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú, en El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pp. 367 y ss, espec. pp. 378 y ss. MESSINEO, Francesco, Doctrina general del contrato, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Ediar, Buenos Aires, 1987. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, Defensa del consumidor. Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993. PATTI, Salvatore, Aspetti del controllo delle condizioni generali di contratto nell'ordinamento svedese: il Consumer Ombudsman, en Le condizioni generali di contratto, cit., pp. 443 y ss. POLO, Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, Civitas, Madrid, 1990. PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1978, Tomo II, Vol. I. REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987. ROPPO, E., I contratti standard, en Casi e questioni di diritto privato, V- obbligazioni e contratti (diretta da Mario Bessone), a cura di A. Di Majo, B. Inzitari, V. Mariconda y E. Roppo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999. ROPPO, Vincenzo, Il contratto, Giuffrè, Milano, 2001. SARZANA DI S., IPPOLITO y SARZANA DI S. IPPOLITO, Fulvio, Profili del commercio via Internet, Giuffrè, Milano, 1999. SALEILLES, Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1929. SCALFI, Gianguido, La Direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, en Responsabilita civile e Previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Giuffrè, maggio-agosto 1993, Vol. LVIII, N° 3-4, pp. 435 y ss. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad, Aranzadi, Pamplona, 1996. STARCK, Boris, Droit civil. Obligations. 2. Contrat; Litec, Paris, 1989, troisième édition par Henri Roland et Laurent Boyer. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1985. HOBBES, Thomas, Leviatán o la materia, forma y poder de una República, aparecida en 1651, edición del Fondo de Cultura Económica, México, 1987. TOSI, Emilio, La conclusione di contratti "on line", en I problemi giuridici di Internet, a cura di Emilio Tosi, Giuffrè, Milano, 1999. TULLIO, Antonio , Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997. VACCÁ, Cesare, Introduzione. Commercio elettronico e consumatori, en Il commercio elettronico, a cura di Césare Vaccá, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè Editori, Milano, 2000. VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984. VEGA MERE, Yuri, Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación, Gaceta Jurídica, Lima, Tomo 44, julio 1997, pp. 57-C y ss. VEGA MERE, Yuri, Contratos de consumo, Grijley, Lima, 2000. VILLEY, Michel Essor et décadence du voluntarisme juridique, Archives de Philosophie du droit, Sirey, Paris, 1957. VILLEY, Michel, Préface historique à l'étude des notions de contrat, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 13, 1968.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Cláusulas generales de contratación como forma de contratación masiva

{L}as cláusulas generales de contratación es una de las formas que adopta la contratación masiva, mediante la cual se redactan previa y unilateralmente, en forma general y abstracta, el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares. Tercero. {...} tales cláusulas de contratación se clasifican en aquellas que son aprobadas por autoridad administrativa y aquellas no aprobadas administrativamente y, dependiendo de ello, su incorporación es automática o no a la oferta de un contrato ***(Cas. N° 1265-2001-Lima).***

Cláusulas generales de contratación como mecanismo para reducir costos de transacción

Las cláusulas generales de contratación son una respuesta a la necesidad cada vez más apremiante de desarrollar mecanismos de contratación que permitan reducir los, así llamados, costos de transacción y, de esta forma, hacer menos onerosas las contrataciones {...} ***(Cas. N° 1265-2001-Lima).***

Cláusulas generales de contratación aprobadas por autoridad administrativa

Artículo 1393.- ***Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.***

Concordancias:
C.C. arts. 1392, 1394, 1395

Elvira Gonzales Barbadillo

Al ser las cláusulas generales de contratación dictadas previa y unilateralmente por la parte predisponente, se crea una posición de ventaja a su favor, generando esto el posible riesgo de que se propicie un abuso en desmedro de la parte que contrate con cláusulas generales de contratación, por ser esta la parte débil de la relación, en el entendido de que el que impone estas cláusulas cuenta con el poder económico que le otorga su posición de preeminencia.

La disparidad de las partes origina un desequilibrio contractual que el Derecho busca restaurar con el control sobre este tipo de cláusulas. Es preciso distinguir este control de la protección del consumidor, pues al existir en un contrato de consumo, igualmente una parte fuerte (el proveedor) y una parte débil (el consumidor), el Derecho procura restaurar el equilibrio en una relación de consumo, con medidas de protección al consumidor. La fortaleza que se le atribuye al proveedor radica en la mayor información con que cuenta sobre el bien que expende o en el servicio que brinda.

A efectos de precisar la diferencia, se debe entender que la parte que adquiere con arreglo a cláusulas generales de contratación no siempre es un consumidor, pues en algunas ocasiones es un proveedor el que adquiere con arreglo a ellas, por eso es que no se pueden trasladar los mecanismos de protección al consumidor al control de las cláusulas generales de contratación, pues estas no buscan defender al consumidor sino eliminar cualquier inclusión de cláusulas abusivas en las cláusulas generales de contratación. La perspectiva es diferente, en la defensa del consumidor se busca que el proveedor no se aproveche de la información con que cuenta, a diferencia de que en el control de las cláusulas se procura que el predisponente no se aproveche de su poder económico.

Los controles existentes para las cláusulas generales de contratación pueden ser legislativo (cuando se regula normativamente sobre las cláusulas generales de contratación), judicial (es un control que se realiza de los contratos que hayan sido suscritos con cláusulas generales de contratación), y administrativo (cuando es la Administración Pública la encargada de revisar las cláusulas generales de contratación).

Nuestro Código Civil cuenta con un sistema mixto de los controles señalados; así ubicamos el control legislativo en los artículos 1393, 1394, 1396, 1397, 1398 y 1399; el control judicial en el artículo 1401 y el administrativo en los artículos 1393 y 1394.

Como se acaba de señalar, el artículo que nos toca comentar contiene el control administrativo ex ante, debido a que las cláusulas que apruebe la autoridad administrativa se incorporarán a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, distinguiéndose del control administrativo ex post, que es el que se ejerce cuando este tipo de cláusulas ya hayan sido incorporadas a los contratos que se celebren con ellas.

El control administrativo previo cuenta con muy poca aceptación en el Derecho comparado, existiendo dos regímenes que han alcanzado notoriedad como es el francés, cuya Ley de 1978, artículo 36, constituye la Comisión de Cláusulas Abusivas, la que actúa de oficio o a instancia de parte, conoce de las estipulaciones contractuales, pudiendo formular recomendaciones para su modificación o supresión, estableciendo el control administrativo previo; y el israelí (Ley 5.724 de 1964) que establece un control de tipo mixto, es decir, permite la fiscalización judicial posterior y el control administrativo previo, el cual está a cargo de la Comisión de Prácticas Comerciales.

El control administrativo ex ante cuenta con posiciones encontradas sobre sus bondades en la legislación, así se señala como ventaja la posibilidad que se tiene de reconocer con anticipación las cláusulas abusivas o de carácter ilícito que evit aría perjudicar a las personas que contraten con arreglo a ellas; sin embargo, se señala como desventaja la excesiva rigidez que dicho control representa, debido a que cualquier modificación de las mismas implica ser sometidas nuevamente a homologación, con lo que se da nacimiento a una nueva burocracia que no solo atenderá los procedimientos de autorización, sino también vigilará el cumplimiento y aplicación de las cláusulas aprobadas, con lo que se entorpece el tráfico comercial (POLO), cuya agilización representa el principal objetivo de las cláusulas generales de contratación.

Por otro lado, se sugiere que este tipo de control incrementa los costos de los bienes, lo que indudablemente perjudica a la parte contratante. A pesar de las fuertes críticas al control administrativo ex ante, no se deja de reconocer que este sistema debe ser empleado para algunos casos especialísimos de contratos (ARRUBLA), como son los contratos de seguros los que, debido al grado de complejidad que revisten y cuyo entendimiento a cabalidad escapa del común de las personas, ameritan que se contemple el control administrativo *ex ante.*

Otro aspecto materia de análisis es sobre si este tipo de control debería ser centralizado en un ente único, lo que permitiría que se establezca un procedimiento uniforme que permita lograr un control eficiente (BENAVIDES); se ha pensado que la entidad que podría hacerse cargo de tal labor sería INDECOPI. Sobre este planteamiento se afirma que un ente único no tendría la suficiente experiencia para poder abarcar todos los rubros de las distintas empresas que someterían sus cláusulas para la aprobación de la Administración Pública. Por nuestra parte, agregamos que la estructura y filosofía de INDECOPI no responden a ese tipo de control, porque dicha entidad apuesta más por el control *ex post.*

Para otros no es problema que ese control se ejerza por los diversos sectores de la administración, en razón a que existen en nuestro país numerosas oficinas sectoriales que podrían cumplir esta función, justificando su ventaja, los inconvenientes de su implantación (DE LA PUENTE).

Como producto de la evaluación que previamente realiza la autoridad administrativa de las cláusulas generales de contratación, estas son incorporadas automáticamente a las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a las mismas, salvo que las partes convengan expresamente que determinadas cláusulas aprobadas por la autoridad administrativa no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebren. Para efectos de que se realicen dichas exclusiones se requiere que las partes hayan discutido las mismas, lo que implicaría la suscripción de un contrato paritario. Esto ha sido meridianamente aclarado en el proyecto modificatorio del Código Civil, en el que se propone que en estos casos, aquellas cláusulas que hayan sido incorporadas en el contrato celebrado y se hayan excluido no estarán bajo el régimen de cláusulas generales de contratación.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; BENAVIDES TORRES, Eduardo. La contratación moderna y el Código Civil peruano, En: Ius et Veritas, Año 7, N° 12, Lima, junio 1996; BENAVIDES TORRES, Eduardo. La oferta y la defensa del consumidor, En: Ius et Veritas, Año 4, N° 6, Lima, junio 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; POLO, Eduardo. Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Civitas, Madrid, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de las cláusulas generales de contratación, características y clasificación

{L}as cláusulas generales de contratación es una de las formas que adopta la contratación masiva, mediante la cual se redactan previa y unilateralmente, en forma general y abstracta, el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares; las cláusulas de contratación, dependiendo de su incorporación automática o no a la oferta, se clasifican en cláusulas generales aprobadas por autoridad administrativa y aquellas que no lo son; en el primer caso, tal como lo dispone el artículo 1393 del Código Civil, las cláusulas se incorporan de manera automática a la oferta, sin que sea necesario que la otra parte haya tenido conocimiento de ellas, ello por cuanto se entiende que al haber sido aprobadas administrativamente para su incorporación a la oferta requieren que sean conocidas por la contraparte o al menos que ella haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria, conforme lo establece el artículo 1397 del Código Civil (**Cas. N° 2211-2000-Lima**).

Cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa

{Las} cláusulas de contratación se clasifican en aquellas que son aprobadas por autoridad administrativa y aquellas no aprobadas administrativamente {...} En el primer caso, regulado precisamente por el artículo 1396 del Código sustantivo, las cláusulas se incorporan automáticamente a la oferta, sin que sea necesario que la otra parte haya tenido conocimiento de ellas, ello por cuanto se entiende que al haber sido aprobadas administrativamente para su incorporación a la oferta no requieren que sean conocidas por la contraparte como sí se exige en el segundo caso (regulado por el artículo 1397 del mismo Código), en que su incorporación se produce cuando sean de conocimiento de la contraparte (**Cas. N° 1265-2001-Lima**).

Bienes y servicios que deben ser contratados con cláusulas generales de contratación

Artículo 1394.- ***El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.***

Concordancias:
C. art. 110; C.C. arts. 1393, 1396; LEY 26702 art. 132 inc. 5)

ELVIRA GONZALES BARBADILLO

Este artículo dispone la obligación del Poder Ejecutivo de dictar un listado de bienes y servicios, los cuales deberán ser adquiridos conforme a lo estipulado en este tipo de cláusulas.

No obstante, han transcurrido casi veinte años de vigencia del Código Civil sin que se haya regulado el presente dispositivo, siendo el único antecedente que se tiene sobre este listado el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor, el cual no fue acogido en la promulgación del derogado Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección del Consumidor.

En tal proyecto se delineaban los siguientes bienes y servicios que debían ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente:

a) Productos que se expenden en supermercados y grandes almacenes de venta de mercaderías al por menor.

b) Agua.

c) Teléfono, télex y facsímil.

d) Energía eléctrica.

e) Combustibles.

f) Operaciones bancarias.

g) Transporte público de pasajeros, carga y correspondencia.

En este listado se puede observar que la mayor parte de los servicios propuestos para control constituyen servicios públicos, los que corresponden ser prestados por antonomasia al Estado, pues constituyen parte de su actividad administrativa, que tiene como fin satisfacer necesidades colectivas; sin embargo, estos servicios pueden ser entregados en concesión al sector privado, como se viene realizando en nuestro país y que se ha hecho extensivo a otros países latinoamericanos (BENITES, MERCADO & UGAZ).

Dada la naturaleza jurídica de los servicios públicos, es el Estado el que pese a haberlos privatizado no puede excluirse de su función de control, por lo que se han constituido los organismos reguladores: OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN, entidades administrativas que se encargan directamente del buen funcionamiento de estos servicios, para lo cual se les ha dotado de facultades normativas y fiscalizadoras sobre las empresas privadas encargadas de prestar los servicios entregados en concesión.

En tales organismos se puede determinar que no es la empresa prestadora del servicio la que propone las cláusulas generales de contratación que deban ser aprobadas por los organismos

reguladores, sino que son estos los que dictan el marco normativo sobre la base de los que se deben suscribir los contratos de prestación de dichos servicios públicos.

De otra parte, se tiene que entre los servicios propuestos en el listado se ubica a las operaciones bancarias, las que se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, siendo esta la única entidad que se encuentra legislativamente facultada a realizar un control previo de las operaciones bancarias; así, el inciso 8) del artículo 349 de la Ley N° 26701, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, faculta al superintendente a aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia y, bajo esta facultad, se han aprobado las cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de préstamo hipotecario, cuya aprobación fue solicitada por la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC).

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; BENAVIDES TORRES, Eduardo. La contratación moderna y el Código Civil peruano, En: Ius et Veritas, Año 7, N° 12, Lima, junio 1996; BENAVIDES TORRES, Eduardo. La oferta y la defensa del consumidor, En: Ius et Veritas, Año 4, N° 6, Lima, junio 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; POLO, Eduardo. Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Civitas, Madrid, 1990.

Exclusión de cláusulas generales de contratación

Artículo 1395.- ***Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebren.***

Concordancias:
C. art. 2 inc. 14); C.C. arts. 1354, 1392, 1393

YURI VEGA MERE

La explicación del sentido de esta norma atraviesa por la necesidad de entender que el régimen de las cláusulas generales de contratación (o CGC) dispuesto por el Código, consagra notables diferencias en cuanto a los efectos de las CGC, según hubieren sido aprobadas por la autoridad administrativa o carecieren de aprobación.

Ha sido reiteradamente dicho que las cláusulas generales de contratación nacieron para dar agilidad al tráfico mercantil, léase: transacciones.

Ello no desconoce que aún exista un porcentaje nada despreciable de contratos que se siguen negociando. En cualquier caso, la negociación de un contrato depende de la entidad económica del mismo, de los intereses en juego, de la naturaleza de cada operación y de la propia voluntad de las partes, así como de su capacidad para negociar contratos.

Para tutelar a la parte adherente, el Código establece una diferencia entre los CGC aprobadas por la autoridad administrativa y las CGC que no han sido aprobadas. Las primeras se integran automáticamente a la oferta que se formule con arreglo a ellas (artículo 1393), en tanto que las segundas solo serán parte de la oferta si fueron conocidas por el adquirente o si pudo haberlas conocido, en base a la diligencia exigible o a la publicidad que les diera quien las ha redactado (artículo 1397). Como es fácil advertir, la intervención administrativa cumpliría, para el Código, una labor de control sobre las condiciones generales, tal como lo hemos señalado al comentar el artículo 1392. Se trata de una de las formas de control que se ejerce sobre las CGC dado que también es posible advertir el control legislativo sobre las mismas en el artículo 1398, pero con una sustancial restricción, en razón que esta última norma solo contempla la sanción de invalidez de determinadas estipulaciones en el caso de las condiciones generales no aprobadas por autoridad administrativa alguna. En otros términos, las CGC que contuvieren alcances similares a los descritos en el numeral en cuestión, no son inválidas si fueron aprobadas administrativamente.

Tal como lo hemos comentado en diversas oportunidades, nosotros discrepamos de la distinción realizada por el Código Civil en materia de aprobación administrativa de las CGC. Parecería ser que para el legislador la intervención burocrática (por el simple hecho de intervenir en la revisión y conformidad con las CGC sometidas a su consideración) bastaría para salvar de invalidez a ciertas condiciones pese a que su contenido y efectos sean los mismos que para los módulos contractuales que no hubieren recibido tal aprobación. La situación, como es claro, es ontológicamente la misma. Las CGC aprobadas y las no aprobadas pueden ser similares o idénticas, pero el simple hecho de la aprobación administrativa tiene como efecto que las cláusulas predispuestas se integren a la oferta de bienes y servicios del proveedor que contrata con arreglo a ellas. Dicha posición excluye, como resulta natural tanto el control legislativo (por opción del Código Civil) como el control judicial, dado que la parte adherente carecerá de sustento normativo para cuestionar la aplicación de cláusulas que, no

obstante su temperamento vejatorio, forman parte de las condiciones con las cuales el predisponente concluye acuerdos. Y, ante la imposibilidad de discutir su aplicación, el adherente tendrá que echar mano a otras figuras de más difícil acogida, como el abuso del derecho o la ausencia de buena fe.

Para nosotros, la aprobación administrativa no convierte en inmunes a las condiciones generales de contratación por cuanto siempre existirá la posibilidad de discutir su validez en la vía judicial una vez que se hubiere celebrado un contrato individual regulado por CGC.

Del mismo modo consideramos que el régimen legal, tal como se encuentra estructurado, da a entender que la aprobación burocrática exonera a los predisponentes de la obligación de dar adecuada publicidad a las condiciones generales de contratación. Es una solución incompatible con la buena fe dado que los adherentes, como cualquier contratante, deben tener acceso a los términos bajo los cuales celebrará un negocio jurídico. No se puede alegar, como lo hace Manuel de la Puente, que en caso de que el adherente no las conozca será por su falta de diligencia. No, de ninguna manera; ello significaría fomentar un estado de desinformación y permitir que la asimetría informativa se constituya en la regla. En consecuencia, y respecto al mandato del artículo 1392, asumimos y entendemos que la aprobación en cuestión no libera al prerredactante del deber impuesto por la buena fe de informar a sus futuros clientes respecto de los módulos, clausulados o condicionados con los cuales ofrecerá bienes y servicios en general. Y, del mismo modo, creemos firmememente que la conformidad de la autoridad administrativa no impide el eventual juicio de validez o de abusividad de las CGC pese a la redacción del artículo 1398 y a la ausencia de una norma (dentro del régimen bajo comentario) que consagre el control judicial para todo tipo de cláusulas generales de contratación.

Reiteramos que el legislador parece haber tenido la falsa idea de que el control del posible abuso se daría por medio de la aprobación administrativa de las cláusulas generales. Tan es así que el propio Código Civil (artículo 1394) dispuso que el Poder Ejecutivo señalaría qué bienes y qué servicios se contratarían con arreglo a ellas. Ni uno ni lo otro se ha cumplido. Por un lado, existen pocas instituciones que aprueban esas condiciones (Superintendencia de Banca y Seguros; Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones; Superintendencia de Empresas de Servicios de Saneamiento; organismos supervisores de inversión privada en distintos sectores, como el telefónico, energético, etc.) en los respectivos segmentos de algunas actividades económicas. El resto, que es el mayor porcentaje, son cláusulas que carecen de aprobación y el Poder Ejecutivo no ha señalado hasta la fecha nada. Con respecto a esto último, creemos que la inercia de dicho Poder ha sido saludable. No es concebible ninguna autoridad poseedora de tantos conocimientos como para aprobar cláusulas de una serie interminable de contratos de los más disímiles. Asimismo, dicha aprobación –salvo los casos ya existentes– constituiría un intervencionismo estatal inaceptable, pues una frondosa burocracia decidiría por los interesados qué es bueno y qué es malo, qué es abusivo y qué no lo es, sustituyéndose en las decisiones que deben adoptar los mismos agentes económicos en el mercado. Por otro lado, discrepamos de aquellos que proponen como autoridad para la aprobación administrativa al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) como la entidad estatal idónea para tal labor. Creo que ello sería otorgar un excesivo poder sobre la contratación en general y se crearían barreras de acceso al mercado que podrían tener efectos económicos devastadores.

Por ello, la opción de distinguir entre cláusulas generales aprobadas y no aprobadas ha sido poco feliz. En nuestra opinión, el régimen del Código Civil debería ser reformulado para

incorporar la técnica que viene difundiéndose acertadamente en algunos países de Europa (España sí exige registro de las condiciones generales ante la autoridad administrativa, que es una opción que no considero la mejor), en el sentido de no establecer diferencias a raíz de la intervención de entidad estatal alguna. Por el contrario, es el legislador el primero que debe consagrar de manera clara y directa qué cláusulas carecen de validez por tipificarlas como vejatorias y cuáles podrían ser sospechosas de abusivas, sin perjuicio de incorporar como cláusula de cierre la posibilidad de que el juez declare como vejatoria aquella que, sin estar listada como cláusula prohibida o sospechosa, atente contra la buena fe y altere la proporcionalidad de derechos y deberes que se presume debe existir en todo contrato.

Adviértase que no aspiramos a la "equivalencia de prestaciones" en los contratos concluidos con arreglo a cláusulas generales, concepto que solo en los últimos años ha sido retomado por la crítica (italiana, por ejemplo) para afirmar que si bien durante mucho tiempo se ha postulado la idea de que la regulación de las CGC no debe abordar tal materia, tal posición merece hoy ser replanteada en razón de que en el juego de prestación y contraprestación se podría apreciar un serio alejamiento del principio de la buena fe asumido como freno para evitar el desequilibrio contractual.

El principio de la buena fe, repetimos, es contemplado como una cláusula de cierre en los sistemas legales europeos que, al estilo alemán, que inspiró la Directiva de la Unión Europea sobre cláusulas vejatorias (del 5 de mayo de 1993), plasman una lista negra (condiciones prohibidas) y una lista gris (cláusulas sospechosamente abusivas), al conceder al juez una válvula de oxígeno para condenar como inequitativas determinadas condiciones no referidas en las listas de cláusulas cuestionables.

La aprobación administrativa, creemos, debería ser tarea de una autoridad especializada que goce poderes de control sobre determinadas actividades económicas, como ocurre con los sectores a los que hemos apenas aludido, pero no debe ser un punto de referencia para distinguir los efectos sobre los alcances y consecuencias de las condiciones generales de contratación dentro del Código Civil. Es más, si contemplamos con detenimiento los sectores en los que se produce dicha aprobación, podremos percibir que la tarea que cumple dicha intervención estatal tiene directa relación con actividades en las que existen pocos prestadores de servicios (generalmente públicos) en situación de oligopolios frente a una masa creciente de consumidores. Adicionalmente, pese a que el conocimiento de las entidades reguladoras en específicas actividades garantiza una mejor revisión de las condiciones con que actuarán los proveedores, mantenemos nuestra opinión en el sentido de que la actuación burocrática no debe enervar el derecho del adherente a discutir la abusividad de determinadas estipulaciones. No es el caso de todos los demás contratos que se concluyen en el mercado sobre la base de condicionados generales en los que la concurrencia de más actores es evidente y en que, quiérase o no, los propios proveedores son, como alguna vez ha dicho Bullard, tomadores de información de los propios consumidores para decidir con qué condiciones pueden competir ante sus rivales en el mercado.

Tal como ha quedado redactado el artículo 1395, es fácil entender que el mismo encuentra sentido al interior del régimen sobre condiciones generales del Código. En efecto, si partimos de lo dispuesto por el artículo 1393, según el cual las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, la única vía para evitar su inclusión *ope legis* es por medio de un acuerdo entre el predisponente y la parte adherente.

La norma, como decía, es coherente con el sistema, pero es de escasa configuración si nos atenemos a que la idea que prima para el prerredactante es valerse de la imposición de sus condicionados como nota característica de los mismos a fin de cumplir con el objetivo de los contratos estándar, es decir, contratar de modo uniforme y previsible en el mercado con los diversos interesados. Para que una cláusula contenida en los módulos no se aplique se requerirá, claro está, un pacto expreso de exclusión o bien la estipulación de un acuerdo incompatible con la condición general que se quiere apartar de la relación contractual singular. Ahora bien. No descartamos el supuesto en el que aun cuando no exista un acuerdo expreso, el comportamiento de las partes traduzca la mutua intención de dejar a un lado una determinada condición del clausulado, en cuyo caso para poder verificar esa decisión será necesario interpretar la voluntad de las partes a través de la forma en que se han conducido durante la ejecución de las prestaciones a cargo de ambas partes.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1980, I, Vol. I. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, Exégesis, Contratos Parte General, Tomo I, Studium, Lima, 1987. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Contratación en masa, ¿contratación?, en sus Estudios de análisis económico del Derecho, Ara Editores, Lima, 1996. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, en Themis, Revista de Derecho, Lima, Segunda época, N° 38, pp. 141 a 162. D'AMBROSIO, Loris, Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modelo israeliano, en Le condizioni generali di contratto, a cura di C. MASSIMO BIANCA, Università di Roma, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1981, Volumen Secondo. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Condiciones generales de los contratos y eficacia de las leyes, Civitas, Madrid, 1985. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, Comentarios a la Sección Pimera del Libro VII del Código Civil, Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte Tomo III, PUC, Fondo Editorial, Lima, 1991. DÍEZ-PICAZO, Luis, Los llamados contratos forzosos, Anuario de Derecho Civil, Madrid, ene-mar 1956. DÍEZ-PICAZO, Luis, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1979. DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen primero. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Volumen I, Madrid, 1984. DÍEZ-PICAZO, Luis, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, en AA VV, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Fundación BBV–Civitas, Madrid, 1996. EMPARANZA, Alberto, La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, en Revista de Derecho Mercantil, N° 210, Madrid, 1994. FARINA, Juan, Defensa del consumidor y usuario, Astrea, Buenos Aires, 1995. GARCÍA AMIGO, M., Condiciones generales de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. GARRIGUES, Joaquín, Contratos bancarios, Madrid, 1975. LARENZ, Karl, Derecho de obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T. I. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú, en El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pp. 367 y ss, espec. pp. 378 y ss. MESSINEO, Francesco, Doctrina general del contrato, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Ediar, Buenos Aires, 1987. Polo, Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, Civitas, Madrid, 1990. PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1978, Tomo II, Vol. I. REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987. ROPPO, E., I contratti standard, en Casi e questioni di diritto privato, V-obbligazioni e contratti (diretta da Mario Bessone), a cura di A. Di Majo, B. Inzitari, V. Mariconda y E. Roppo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999. ROPPO, Vincenzo, Il contratto, Giuffrè, Milano, 2001. SCALFI, Gianguido, La Direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, en Responsabilita civile e Previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Giuffrè, maggio-agosto 1993, Vol. LVIII, N° 3-4, pp. 435 y ss. SERRA RODRÍGUEz, Adela, Cláusulas abusivas en la

contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad, Aranzadi, Pamplona, 1996. Starck, Boris, Droit civil. Obligations. 2. Contrat; Litec, Paris, 1989, troisième édition par Henri Roland et Laurent Boyer. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1985. TULLIO, Antonio, Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997. VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984. VEGA MERE, Yuri, Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación, Gaceta Jurídica Tomo 44, Lima, julio 1997, pp. 57-C y ss. VEGA MERE, Yuri, Contratos de consumo, Grijley, Lima, 2000.

Cláusulas generales de contratación y el consumo del bien o utilización del servicio

Artículo 1396.- ***En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.***

Concordancias:
C.C. arts. 141, 1392, 1393

YURI VEGA MERE

Esta norma es curiosa y no ha recibido, en mi opinión, una adecuada ponderación por parte de la doctrina, según veremos.

Como regla general, el contrato se perfecciona cuando confluyen las dos declaraciones de voluntad emitidas por los interesados (oferente y aceptante) con la intención de celebrar un contrato y, usualmente, con conocimiento de los alcances de las obligaciones y derechos que forman parte del programa de prestaciones que las partes diseñan de común acuerdo. En el caso de los contratos que se concluyen con arreglo a condiciones generales de contratación, al comentar los artículos 1392 y 1395 del Código Civil, la aceptación se traduce en la adhesión de una de las partes a las cláusulas predispuestas por la otra como un mecanismo de estandarización de las relaciones contractuales con el objetivo de reducir costos y dar trato uniforme a las transacciones que concierta en el mercado.

Pero, por otro lado, también es cierto que no siempre se celebra un contrato por medio de declaraciones expresas provenientes de las partes. Por ello, se admite desde antaño la conclusión de contratos y de negocios jurídicos en general (en tanto no sujetos a una determinada formalidad solemne), por medio de comportamientos no declarativos de los cuales se infiere de modo indubitable la intención de contratar. Así resulta de lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil.

Tales comportamientos no deberían quedar al margen de la contratación estandarizada. Por el contrario, en el tráfico masivo con mayor razón se adoptan determinadas conductas de un modo típico que tienen los mismos efectos de una declaración negocial ordinaria. Larenz se refirió a ellas bajo la calificación de *conducta social típica* (por el significado que tienen en el medio en el cual se observan). En tales hipótesis no se requiere de ningún tipo de declaración. La oferta de bienes y servicios, inclusive, surge –igualmente– de actos no declarativos pero sí de comportamientos que trasuntan una clara intención de concluir contratos. Así, la exhibición de mercadería en almacenes, la implementación de un establecimiento abierto al público, la exhibición de productos, la ubicación de aparatos dispensadores de bienes o para acceder a servicios, la puesta en marcha de vehículos de servicio de transporte público, etc., constituyen supuestos de ofertas al público, mientras que el tomar un artículo de una vitrina o exhibidor, servirse del transporte, consumir un bien inclusive antes de pagarlo, etc., son hechos que exteriorizan el interés de adquirir un bien o aprovecharse de un servicio aun cuando no exista una idea meridiana de celebrar un contrato por medio de dicho proceder, pero que, al menos, traducen en quienes se ajustan a tales comportamientos la sensación de quedar sujetos al cumplimiento de cierta obligación (pagar el precio del producto o del servicio).

Y es que, como bien se ha dicho, los individuos no imaginan ni tienen conciencia siempre y necesariamente de los alcances legales de su actuación; prima, en su intención, el deseo de adquirir, de satisfacer algún tipo de requerimiento, un fin pragmático antes que jurídico. De allí que sea conveniente no desconocer una realidad inocultable.

En todo caso, resulta curioso que el legislador haya restringido la aplicación del artículo 1396 a los casos en que se trate de cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa. Si bien De la Puente entiende que ello será una garantía para la protección de los intereses de los usuarios que consumen y luego pagan, dada la intervención estatal, consideramos que no es así. Y no es así en razón de que es innegable que en los sectores en los que existe la aprobación administrativa, las empresas que prestan servicios no habilitan ni permiten el consumo si de manera previa no se han aceptado los condicionados con los que contratan, siendo, por el contrario, los proveedores que no tienen la opinión favorable de la burocracia estatal quienes disponen de tal manera sus negocios o establecimientos de modo tal que facilitan la configuración del hecho regulado por la norma en cuestión. Y es claro que en este caso no existe aprobación alguna.

De lo apenas dicho se derivarían, además, otros efectos que posiblemente no han sido previstos por el legislador. Tal es el caso del consumo de un producto o del aprovechamiento de un servicio cuando el comerciante o prestador no cuenta con la homologación de sus clausulados. ¿Serán exigibles las condiciones al consumidor o usuario? La inexistencia de conformidad de los alcances de tales condiciones generales, ¿dará lugar únicamente a una acción de enriquecimiento sin causa al entenderse que no existe contrato? Creemos que no es así; en nuestra opinión, y para ser coherentes con nuestra posición (expresada al comentar los numerales 1392 y 1395 del Código), estimamos que la norma del artículo 1396 se debe aplicar a todos los casos en que se produzca el consumo antes de tomar conocimiento de las reglas aplicables a dicho uso independientemente de que medie o no la aquiescencia o gracia estatal.

La explicación es, en rigor, otra. Lo que se quiere es evitar innecesarias y extemporáneas discusiones sobre los alcances de las condiciones que pudieron ser conocidas por el interesado en consumir si hubiere sido diligente, y siempre que las mismas (además) se hubieren encontrado a su disposición por obra del predisponente. Un mayor cuidado –no más del que se espera de una diligencia ordinaria– hubiere permitido al usuario conocer los alcances de su adquisición o consumo antes que ocurra el mismo.

Pero, por otro lado, la norma es abiertamente contradictoria si se mantiene el régimen actual de la aprobación administrativa. En efecto, si tal como prescribe el artículo 1393 del Código Civil, las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas; y si, como sostiene De la Puente, no es necesaria su difusión por obra del prerredactante (dado que para este ilustre autor se traslada el peso del conocimiento de las condiciones al adherente), poco importa que el consumo se produzca antes o después dado que las cláusulas, al tener la gracia del Estado, se aplicarán siempre. En todo caso, la única diferencia (que no es pequeña) viene dada por la opción que tendrá el usuario de no consumir nada si conociere anteladamente los alcances de las obligaciones a las que quedará sujeto en caso de contratar con arreglo a las condiciones del proveedor. Conocimiento que, gracias al artículo 1393, es de responsabilidad exclusiva de la parte "adherente".

Insisto, por ello, en que la raíz de estas enmarañadas disparidades está dada por la consagración de efectos divergentes para las cláusulas consentidas y revisadas por la Administración Pública. De no existir dicha bifurcación de consecuencias, según intervenga o no la

autoridad administrativa, el efecto del consumo antes de conocer las condiciones de contratación debería ser el mismo; pero el Código deja planteada una duda inútil que podría generar pronunciamientos radicalmente opuestos.

El caso del incapaz merece una explicación especial. Si no existiera esta disposición que privilegia el consumo o el uso por sobre la celebración del contrato y del conocimiento de los alcances de las condiciones generales, y especialmente la concurrencia de la capacidad del agente, se abriría espacio para estériles discusiones en torno a la validez del contrato concluido por medio de un comportamiento típico. Es más, esta parte de la norma va más allá de lo previsto por el artículo 1358 del mismo Código, según el cual los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. El numeral 1396 no introduce ninguna distinción en relación a los incapaces. Y es que, para entender las diferencias, debemos considerar que en el caso del artículo 1358 el legislador asume que el incapaz no privado de discernimiento exhibe algún grado (por mínimo que fuere) de conciencia respecto de que concluye un contrato (que compra, que adquiere algo para sí), mientras que en la norma bajo comentario lo que importa es la consumición del bien o del servicio, independientemente de la condición en que se encuentre el incapaz.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1980, I, Vol. I. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, Exégesis, Contratos Parte General, Tomo I, Studium, Lima, 1987. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Contratación en masa, ¿contratación?, en sus Estudios de análisis económico del Derecho, Ara Editores, Lima, 1996. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, en Themis, Revista de Derecho, Lima, Segunda época, N° 38, pp. 141 a 162. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Condiciones generales de los contratos y eficacia de las leyes, Civitas, Madrid, 1985. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte Tomo III, PUC, Fondo Editorial, Lima, 1991. DÍEZ-PICAZO, Luis. Los llamados contratos forzosos, Anuario de Derecho Civil, Madrid, ene-mar 1956. DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado, Civitas, Madrid, 1979. DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen Primero. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, Volumen I, 1984. DÍEZ-PICAZO, Luis, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, en AA VV, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Fundación BBV-Civitas, Madrid, 1996. EMPARANZA, Alberto, La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, en Revista de Derecho Mercantil, Madrid, N° 210, 1994. FARINA, Juan, Defensa del consumidor y usuario, Astrea, Buenos Aires, 1995. GARCÍA AMIGO, M., Condiciones generales de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. GARRIGUES, Joaquín, Contratos bancarios, Madrid, 1975. LARENZ, Karl, Derecho de obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T. I. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú, en El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pp. 367 y ss, espec. pp. 378 y ss. MESSINEO, Francesco, Doctrina general del contrato, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Ediar, Buenos Aires, 1987. POLO, Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, Civitas, Madrid, 1990. PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1978, Tomo II, Vol. I. REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987. ROPPO, E., I contratti standard, en Casi e questioni di diritto privato, V- obbligazioni e contratti (diretta da Mario Bessone), a cura di A. Di Majo, B. Inzitari, V. Mariconda y E. Roppo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999. ROPPO, Vincenzo, Il contratto, Giuffrè, Milano, 2001. SCALFI, Gianguido, La Direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, en Responsabilita civile

e Previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Giuffre, maggio-agosto 1993, Vol. LVIII, N° 3-4, pp. 435 y ss. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad, Aranzadi, Pamplona, 1996. STARCK, Boris, Droit Civil. Obligations. 2. Contrat; Litec, Paris, 1989, troisième édition par Henri Roland et Laurent Boyer. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1985. TULLIO, Antonio, Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997. VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984. VEGA MERE, Yuri, Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación, Gaceta Jurídica Tomo 44, Lima, julio 1997, pp. 57-C y ss. VEGA MERE, Yuri, Contratos de consumo, Grijley, Lima, 2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Incorporación automática de cláusulas generales

(T)ales cláusulas de contratación se clasifican en aquellas que son aprobadas por autoridad administrativa y aquellas no aprobadas administrativamente y, dependiendo de ello, su incorporación es automática o no a la oferta de un contrato. Cuarto. En el primer caso, regulado precisamente por el artículo 1396 del Código Sustantivo, las cláusulas se incorporan automáticamente a la oferta, sin que sea necesario que la otra parte haya tenido conocimiento de ellas, ello por cuanto se entiende que al haber sido aprobadas administrativamente para su incorporación a la oferta no requieren que sean conocidas por la contraparte como sí se exige en el segundo caso (regulado por el artículo 1397 del mismo Código), en que su incorporación se produce cuando sean de conocimiento de la contraparte ***(Cas. N° 1265-2001-Lima).***

Cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

Artículo 1397.- *Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.*

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Concordancias:
C.C. arts. 1398, 1400

YURI VEGA MERE

A diferencia de cuanto ocurre *(ope legis)* con las condiciones generales aprobadas administrativamente, aquellas que carecen de homologación estatal no se incorporan automáticamente a la oferta de bienes y servicios que formule el predisponente con arreglo a tales cláusulas.

Para el artículo bajo comentario es necesario que el adherente las conozca o haya podido conocerlas bajo el parámetro de la diligencia ordinaria. La segunda parte de este numeral contiene la presunción (por lo demás *iuris tantum)* de conocimiento de las cláusulas si estas recibieron adecuada publicidad para que alcancen al público.

Debido a la distinción entre cláusulas aprobadas y no aprobadas, y en razón de que el legislador ha entendido que la intervención burocrática constituye un mecanismo de protección de los intereses de los contratantes adherentes, el artículo 1397 parte de una premisa distinta: la ausencia de revisión por la autoridad constituye una desventaja que sería suplida por la puesta en conocimiento del condicionado por parte del proveedor que formule oferta sobre la base de las mismas. Sin embargo, ese deber de información no es un deber que imponga al predisponente la prueba del efectivo conocimiento de las condiciones. Basta que le hubiere dado adecuada publicidad para trasladar al adherente el deber de diligencia de tomar nota de aquellas. Es decir, existe una distribución de deberes o cargas, si se quiere usar el término técnico apropiado. Al prerredactante le es suficiente haber utilizado diversos mecanismos de publicidad (no precisados en la norma) para difundir los términos con los cuales actuará en el mercado, en tanto que si aquel ha satisfecho esa carga para poder exigir que las condiciones regulen sus ofertas, al adherente le vendrá requerido un comportamiento diligente.

El conocimiento, como bien ha sido dicho por Messineo, se debe traducir no solo en la real existencia de las cláusulas sino además en su carácter inteligible, es decir, en su fácil aprehensión cuando el adherente las conoce o ha podido conocerlas con el cuidado que se exigiría a una persona que actúa con el criterio de la normalidad en la conclusión de contratos.

La norma plantea serios interrogantes y no pocas reservas. En efecto, si la intención del predisponente es que los módulos de condiciones generales que ha redactado formen parte de sus propuestas de comercialización de bienes y servicios, aun cuando el recurso a la contratación estandarizada disminuya los costos de transacción que favorece el precio de los productos con un inocultable beneficio para los adherentes, es fundamentalmente el proveedor quien quiere valerse del trato parejo y uniforme con el que desea reglamentar sus contratos en el tráfico masivo. En esa medida, considero que la distribución de riesgos entre prerredactante y adherente al imponer a este el deber de obrar con diligencia es cuestionable.

Y el cuestionamiento viene dado por el hecho de que nosotros postulamos la necesidad de un conocimiento real, cierto, práctico y no presunto ni basado en la distribución de

deberes entre quien elabora las cláusulas y quien las hace suyas por no haber sido, según la norma, diligente.

Además, cómo se muestra si hubo adecuada publicidad. Para algunos basta que en los locales de la empresa se publiquen carteles con los términos aplicables a todas las ofertas, que se haga remisión a otros documentos ya publicitados en medios masivos o especializados. Sin embargo, no soy de la opinión que ello sea idóneo. ¿Quién determina si todos los consumidores o adherentes debieron conocer las cláusulas publicadas en un diario de gran circulación? ¿Debieron esos adherentes adquirir ese diario, leer publicidad que en ese momento no les interesa o recordar que alguna vez una determinada empresa hizo de conocimiento público las condiciones generales con las que contrata? ¿Deben los tomadores de una póliza de seguro o de un servicio bancario detenerse a leer cada letrero, cuadro o vitrina para saber bajo qué estipulaciones quedarán obligados? ¿Basta la simple referencia a un diario y una fecha en la que el predisponente tuvo el cuidado de contratar un medio de difusión de los pactos con los que obligaría al adherente?

Sin duda, la respuesta que provocan estas interrogantes no se hace esperar. Es quien formula las condiciones quien debería tener el cuidado, la diligencia y la obligación de hacer de efectivo conocimiento de sus posibles clientes los alcances de sus módulos o contratos estándares.

Piénsese, por otro lado, en la posibilidad de modificar los términos ya publicados por medios similares. Además de la imposibilidad de variar las condiciones si no hubo consentimiento del adherente, ¿cómo sabrá este que la relación contractual que se desarrolla en el transcurso del tiempo tendrá un nuevo reglamento? Por ello, consideramos que la imposición del deber de diligencia es excesivo y lo es más la consagración de un conocimiento presunto, ficto, como el que resulta de la segunda parte de la norma.

Es probable que quienes sostienen la "sabiduría" del numeral bajo análisis consideren que una posición contraria tiene como resultado pernicioso la generación de mayores costos de transacción al exigir un mayor celo en la puesta en conocimiento de los módulos contractuales. Empero, la protección que merece el lego, aquel que solo quiere acceder a un bien o a un servicio, se ha de traducir en un mayor riesgo para quien pretende imponer sus condiciones.

Del mismo modo, resulta indispensable que esta norma sea reforzada, tal cual ocurre hoy en día en diversas legislaciones, con obligaciones adicionales, como aquellas de hacer uso de un lenguaje sencillo, asequible a un hombre de inteligencia media, con notas de atención o de resaltado de ciertas cláusulas que sean esenciales para determinar al adherente a contratar o no contratar conociendo sus alcances. En síntesis, el conocimiento ha de garantizar al mismo tiempo su fácil comprensión por una persona de formación promedio. No pretendo que el predisponente ejerza docencia con cada adherente y que solo pueda considerar que sus módulos solo se aplican si la otra parte ha digerido y aprendido una lección. Lo que aspiramos (pero que desafortunadamente no prevé el Código) es que se consagre una mejor tutela de aquellos que no participan en la decisión de los alcances de las condiciones generales de contratación, las cuales, tal como hemos señalado siempre, no son mecanismos perjudiciales *per se;* todo lo contrario, pero tampoco se puede dar riendas sueltas a quienes se sientan tentados de hacer un uso inapropiado de este mecanismo de contratación.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1980, I, Vol. I. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, Exégesis, Contratos Parte General, Tomo I, Studium, Lima, 1987. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio,

Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Condiciones generales de los contratos y eficacia de las leyes, Civitas, Madrid, 1985. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, Comentarios a la Sección Pimera del Libro VII del Código Civil, Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte Tomo III, PUC, Fondo Editorial, Lima, 1991. DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen Primero. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, Volumen I, 1984. DÍEZ-PICAZO, Luis, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, en AA VV, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Fundación BBV-Civitas, Madrid, 1996. FARINA, Juan, Defensa del consumidor y usuario, Astrea, Buenos Aires, 1995. MESSINEO, Francesco, Doctrina general del contrato, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Ediar, Buenos Aires, 1987. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, Defensa del consumidor. Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993. POLO, Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, Civitas, Madrid, 1990. REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987. ROPPO, E., I contratti standard, en Casi e questioni di diritto privato, V-obbligazioni e contratti (diretta da Mario Bessone), a cura di A. Di Majo, B. Inzitari, V. Mariconda y E. Roppo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad, Aranzadi, Pamplona, 1996. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1985. TULLIO, Antonio, Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997. VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984. VEGA MERE, Yuri, Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación, Gaceta Jurídica, Lima, Tomo 44, julio 1997, pp. 57-C y ss. VEGA MERE, Yuri. Contratos de consumo, Grijley, Lima, 2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Incumplimiento de "adecuada publicidad" en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

La Sala Revisora viola el principio constitucional de debida motivación en la forma de motivación insuficiente puesto que en la sentencia de vista se concluye por la extinción del denominado seguro de desempleo a partir de la publicación efectuada por el Banco demandado en el Diario Oficial El Peruano el diez de setiembre del año dos mil, sin embargo, no se expone fundamentación alguna que explique por qué una sola publicación ha de cumplir con el requisito de "(...) adecuada publicidad (...)" que exige el mismo artículo mil trescientos noventa y siete del Código Civil, citado por la propia Segunda Sala Mixta de Junín, a fin de que sean del debido conocimiento del público; asimismo tampoco se explica cómo una decisión a posteriori del Banco puede formar parte de las cláusulas generales de contratación incorporadas a un contrato si dicha decisión al parecer no existía al momento de la oferta al cliente, de acuerdo al precitado artículo del Código sustantivo (Cas. Nº 980-2007-Junín).

Estipulaciones inválidas en los contratos por adhesión y con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

Artículo 1398.- *En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.(*)*

Concordancias:
C.C. arts. 1328, 1330, 1399, 1986; LEY 27287 art. 123

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Ámbito de aplicación de la norma

La norma contenida en este artículo es de aplicación para dos tipos de contratos: i) los contratos celebrados por adhesión y ii) los contratos celebrados con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. A *contrario sensu* la norma no se aplica a los contratos celebrados con cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, pues se entiende que la entidad administrativa correspondiente ha eliminado todas las cláusulas abusivas o vejatorias que se encontraban en el contrato. De esta manera, se le faculta a dicha entidad administrativa tomar decisiones por los consumidores respecto de la conveniencia o no de algunas cláusulas, declarando ineficaces las que considere vejatorias.

Sobre esta facultad delegada a las entidades administrativas se ha señalado que "(...) si el Estado tuviese que tutelar nuestros derechos e intervenir en cada una de las transacciones que se llevan a cabo diariamente, los costos de dicha intervención superarían ampliamente los beneficios; además, un funcionario público no va a determinar necesariamente qué es lo mejor para el consumidor. Nadie está en mejor posición para proteger a los consumidores que ellos mismos" (BULLARD, pp. 270-271), por lo que propone que la protección sea autónoma, es decir, que no provenga de un ente externo a él (como son el legislador o el juez), sino a través de una adecuada información al consumidor sobre los bienes y servicios que necesita, sin embargo, el mismo autor atenúa su posición señalando que "(...) la intervención sobre el contenido mismo de las condiciones es válida cuando los costos de transmitir información al consumidor son demasiado elevados (...)" (BULLARD, pp. 269-270).

2. "Invalidez" de las estipulaciones

Para las estipulaciones enumeradas en el presente artículo, la norma establece como consecuencia la invalidez. Como sabemos, la invalidez tiene dos formas de expresión: la nulidad y la anulabilidad. Ambos institutos tienen causales y efectos totalmente diversos debido a la distinta regulación que se les ha otorgado. Sin embargo, nuestro legislador se ha limitado a señalar que "(...) no son válidas las estipulaciones (...)", sin precisar a cuál de las dos especies de invalidez se refiere, lo cual genera cierta confusión, pues –como señalamos– las

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

consecuencias de una y otra son totalmente distintas. En atención a ello, sería conveniente que, en una eventual reforma del Código, se considere la sustitución del mencionado término por el de "ineficacia", tal y como se ha establecido en el artículo 1399, quedando el texto de la siguiente manera: "Son ineficaces las estipulaciones (...)".

Con un texto en el sentido propuesto se elimina toda posibilidad de confusión, así, si el predisponente establece alguna cláusula vejatoria, esta no surtirá efectos. Además de ello, debemos mencionar que esta ineficacia solo afecta a las cláusulas vejatorias, permaneciendo el contrato en general plenamente eficaz.

3. Cláusulas ineficaces

El artículo señala que no son válidas las estipulaciones que establecen a favor de quien las ha redactado:

- **Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad:** Este supuesto parecería innecesario, toda vez que existe una disposición similar en el artículo 1328 del C.C. que señala: "Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo culpa inexcusable del deudor (...)", sin embargo la diferencia radica en la inclusión de un elemento subjetivo adicional que no está prohibido en los contratos paritarios, pero que, por la existencia de este artículo, sí lo está en los contratos por adhesión y en los contratos celebrados con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, nos referimos a la culpa leve. En efecto, la norma, al no hacer distinción alguna, como sí lo hace el artículo 1328, establece la prohibición de que el predisponente establezca una cláusula que limite su responsabilidad por dolo, culpa inexcusable e, inclusive, por culpa leve.

- **Facultades de suspender la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo:** Según este supuesto, no surtirá efectos la cláusula que faculte al predisponente suspender la ejecución del contrato (o mejor, de la prestación), por algún motivo no permitido por ley. Así, por ejemplo, si el predisponente estipula que tendrá la facultad de suspender la ejecución de su prestación por su solo arbitrio o, tratándose de un contrato con prestaciones autónomas, por el incumplimiento de una de las partes. Por consiguiente, sería plenamente eficaz la cláusula que faculte al predisponente suspender la ejecución de su prestación (si se trata de un contrato de prestaciones recíprocas en que estas deban cumplirse simultáneamente) cuando la otra parte no ha cumplido la contraprestación ni ha garantizado su cumplimiento, pues este supuesto está previsto legalmente (artículo 1426 del C.C.).

  De igual modo sucede respecto de la resolución. Imaginemos que se pacte una cláusula en los siguientes términos: "En caso B (adherente) no cumpla con su prestación dentro del plazo pactado, A (predisponente) tendrá la facultad de resolver el contrato". Esta cláusula encuadra perfectamente en el supuesto descrito en el artículo bajo comentario, esto es, faculta resolver el contrato a favor de quien ha redactado unilateralmente las cláusulas, la pregunta surge de inmediato: ¿esta estipulación sería inválida en aplicación del artículo 1398? La respuesta correcta es la negativa, el motivo es sencillo, las estipulaciones enumeradas por el artículo bajo comentario serán inválidas siempre que legalmente no se encuentren permitidas, pues de estarlo, como es el caso de la resolución por incumplimiento (artículo 1428 del C.C.), no es de aplicación la consecuencia prevista por el artículo 1398 bajo comentario.

Sobre la posibilidad de pactar la rescisión de un contrato debemos realizar el siguiente comentario. Las causales de rescisión son establecidas por la ley. Así, en nuestro ordenamiento jurídico existen solo tres causales de rescisión, como son: la lesión (artículo 1447), la compraventa de bien ajeno cuando el comprador ignora la ajenidad del bien (artículo 1539) y la compraventa sobre medida cuando el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato (artículo 1575). Respecto de la rescisión opera un *numerus clausus* de causales, es decir, solo serán las señaladas por ley y no otras, ello en atención a que las causales de rescisión se refieren a la estructura del contrato, las cuales se presentarán en el momento de su celebración, conforme a la definición establecida en el artículo 1370 del C.C. Por ello, resulta impensable que las partes estipulen una causal que haga ineficaz el contrato y que se presente en el momento mismo de celebrarlo. Permitir a las partes pactar causales de rescisión sería como facultarles que pacten causales de nulidad o de anulabilidad (supuestos de invalidez), lo cual resulta desde todo punto de vista contrario a la razón.

Probablemente el error en incluir en este listado a la rescisión se ha debido a una deficiencia en la traducción del artículo 1341 del Código Civil italiano. En efecto, la traducción que se debió hacer no era la de "rescisión", sino la de "receso", es decir, pausar los efectos que venía surtiendo el contrato, este término encuentra plena coherencia en el ordenamiento italiano, sin embargo en el ordenamiento peruano encuentra su equivalente en la voz "resolución".

- **Facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato:** La facultad de deducir excepciones ya sean materiales (v.g. de incumplimiento) o procesales (las establecidas en el artículo 446 del Código Procesal Civil) no pueden ser objeto de limitación por alguna cláusula estipulada en un contrato de adhesión o en uno celebrado con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. El fundamento de esta restricción es el derecho de defensa otorgada por la ley que se manifiesta a través de las excepciones, por lo que el predisponente no puede utilizar su "poderío" de tal manera que elimine ese derecho fundamental.

  De otro lado, la norma declara la ineficacia de aquella cláusula que permita la prórroga o renovación del contrato de manera tácita. En atención a ello, todo pacto que se pretenda realizar para que los efectos del contrato se extiendan a un período adicional al inicialmente pactado, deberá realizarse necesariamente a través de una declaración expresa.

4. ¿*Numerus clausus* o *numerus apertus* en la enumeración de las estipulaciones inválidas?

Sin duda, existen otras cláusulas que se pueden considerar como vejatorias, además de las señaladas por el artículo bajo comentario. Entre ellas tenemos aquella que desvía al adherente de la competencia del juez al cual corresponde considerarlo naturalmente sometido. Por ejemplo: si un contrato se celebra en Lima y en una de las cláusulas se establece que cualquier controversia respecto del contrato se resolverá en los juzgados de Puno, esta cláusula resulta claramente abusiva, pues la parte afectada deberá quedarse con el producto adquirido por no incurrir en gastos al tener que viajar a la ciudad de Puno para realizar el reclamo correspondiente. Otra cláusula abusiva sería la que suprima la garantía del saneamiento o la que

imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del adherente. Pero ¿estas cláusulas serían ineficaces o la ineficacia solo alcanza a las cláusulas señaladas en el artículo 1398?, es decir, el listado de cláusulas vejatorias que establece el artículo 1398 ¿se trata de un enunciado taxativo que no permite más supuestos de los que señala (*numerus clausus*)? o, por lo contrario ¿se trata de un enunciado meramente enunciativo, es decir, a título de ejemplos, lo cual no significaría límite alguno para establecer más cláusulas abusivas (*numerus apertus*)? Esta es la pregunta que a continuación intentaremos dar respuesta.

Sobre el particular, la opinión de la doctrina nacional no ha sido uniforme. Así, quienes sostienen que se trata de un *numerus clausus* señalan que en atención a que el artículo 1308 "(...) hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa (...), además constituye una norma de excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato. En estas condiciones, como el artículo IV del Título Preliminar de dicho Código dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, el elenco de cláusulas vejatorias contenido en el artículo 1398, dado su carácter excepcional, no es susceptible de aplicación analógica" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, T. I, p. 789; en el mismo sentido, TABOADA CORDOVA, p. 142; CÁRDENAS QUIRÓS, p. 24). Distinto hubiese sido si el texto del artículo bajo comentario hubiese señalado una fórmula abierta, como sería "entre otras" o "u otras análogas".

Se podría afirmar también válidamente que esta norma no puede aplicarse analógicamente, pues restringe derechos. En efecto, todo sujeto de derecho tiene el poder de darse normas para regular sus relaciones privadas, en ello consiste la autonomía privada, mediante esta norma se está restringiendo este derecho del predisponente.

Esta enumeración es casi exacta a la establecida en el artículo 1341 del Código Civil italiano de 1942, lo que sucede es que en el ordenamiento italiano no existe una norma como la que contiene el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano, es por ello que en Italia no existe problema alguno en aplicar el artículo 1341 a estipulaciones análogas, lo que no puede hacerse en nuestro medio al estar proscrita la analogía cuando restringe derechos o establece excepciones, esta salvedad no fue considerada por nuestro legislador al momento de "importar" el artículo 1398.

De otro lado, hay quienes piensan que el artículo bajo comentario establece un listado abierto, es decir, las cláusulas abusivas no se limitan a las allí establecidas, sino que es válido considerar como vejatorias a otras cláusulas distintas a las señaladas. El fundamento de esta posición es que "(...) si el Estado defiende el interés de los consumidores, estos no podrán quedar desprotegidos en aquellas situaciones no previstas taxativamente en el artículo 1398, al cual no deberíamos entender como una norma de excepción, por cuanto de artículo 1354 se aplica cuando las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato. En cambio, el artículo 1398 opera cuando una de las partes ha redactado previamente el contrato (sea de adhesión o con cláusulas generales de contratación) unilateralmente. Consecuentemente, lejos de existir una relación de "excepcionalidad" del artículo 1398 con respecto al 1354, ambas regulan dos situaciones totalmente distintas" (ESPINOZA ESPINOZA, p. 543).

En adición a este fundamento en favor del *numerus apertus* del artículo 1398 se encuentra una interpretación constitucional, en efecto, el artículo 65 de nuestra constitución señala: "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (...)". Si es la Constitución la que establece los lineamientos y el derrotero que debe

seguir toda la legislación nacional, entonces no resulta lógico que el artículo bajo comentario sea interpretado de manera restringida causando perjuicio a los intereses de los consumidores, pues en aplicación del precepto constitucional se le debe brindar la más amplia e integral tutela a los consumidores y ello se logra, a través de una interpretación pro consumidor del artículo 1398, es decir, calificando como cláusulas vejatorias no solo a aquellas establecidas expresamente, sino a toda cláusula que vulnere derechos de los consumidores.

Sin embargo, es necesario entender el término "consumidor" de manera amplia, mas no en los términos que le otorga el numeral 1 del artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, que comprende solo a "las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios", pues, como sabemos, el artículo 1398 es de aplicación no solo para los consumidores finales, sino para todos los casos en que exista asimetría informativa. Este desequilibrio en el manejo de la información se presenta no solo entre empresa y consumidor, sino también entre empresas desiguales. Un tratamiento que proteja solo a los consumidores *stricto sensu,* sería discriminatorio.

Otra solución que se ha intentado establecer es realizar una interpretación extensiva del precepto en análisis (en ese sentido: DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 790 y CÁRDENAS QUIRÓS, p. 24). En efecto, al momento de interpretar una norma debemos determinar su verdadera intención, la razón de ser de la norma, en otras palabras, su esencia. Nadie podrá negar que la razón de ser del artículo 1398 es evitar abusos por parte de los prerredactantes, protegiéndose así a la parte débil de la negociación contractual (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Las cláusulas ..., p. 19), sin embargo este autor señala que esa es la finalidad secundaria, siendo la principal el facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios (Ibídem, p. 20). No compartimos esta posición, pues consideramos que la norma debe brindar una adecuada tutela a los agentes económicos, especialmente al consumidor quien, en este escenario, se encuentra en una situación de desventaja frente a la otra parte que tiene la facultad de fijar las cláusulas previa y unilateralmente. Entonces, esta tutela debe brindarse no solo excluyendo cláusulas vejatorias que la misma norma enumera, sino aplicándose de manera extensiva a toda cláusula que sea vejatoria de tal manera que su finalidad pueda ser cumplida.

5. La supresión como cláusula inválida del arbitraje

Además de estas cláusulas, en el texto original del artículo 1398 también se incluía como una cláusula vejatoria aquella que establecía a favor del predisponente cláusulas compromisorias o derogatorias de la competencia de la autoridad judicial. Mediante esta cláusula las partes estaban obligadas a acudir a un arbitraje si surgía alguna controversia respecto del contrato, derogándose de esta manera la competencia de la autoridad judicial. Esta disposición ha sido suprimida con la modificación introducida por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993, sin embargo cabe señalar que este supuesto se mantiene vigente en el artículo 1341 del Código Civil italiano.

No encontramos razón alguna que justifique esta modificación. Por el contrario, consideramos que esta cláusula debió mantenerse al ser claramente vejatoria. Los motivos son dos fundamentalmente: el primero está referido a los costos del arbitraje. Como se sabe, estos son muy altos cuando el contrato versa sobre un bien o un servicio de escaso valor; por ejemplo cuando vamos al cine, subimos a un ómnibus o compramos en un supermercado. Esta cláusula desincentivaría al adquirente de cuestionar el contrato, pues, de hacerlo, tendría que incurrir en gastos excesivos por lo que le conviene quedarse con el bien o servicio adquirido en tales condiciones, situación desde todo punto de vista injusta. Adviértase que estos contratos

no solo son de aplicación para contratos grandes, sino también para pequeños, en términos económicos. La segunda razón es que mediante la supresión de esta cláusula se suprime a la vez el derecho fundamental de toda persona a un juez predeterminado por ley (juez natural), obligándosele a recurrir previamente a un arbitraje.

En atención a esas consideraciones, estimamos que la inclusión de esta cláusula era justificada, sin embargo nuestro legislador optó por suprimirla. Al respecto compartimos la opinión de que "(...) si el sometimiento al arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero, no puede descartarse la imposición de esta vía, en el caso de la cláusulas generales de contratación, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aun el procedimiento al que estará sometido" (CÁRDENAS QUIRÓS, p. 24).

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación, En: Gaceta Jurídica, T. 84-B, Lima, 2000. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, T. I, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor, En: Themis N° 31, Lima, 1995. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas, En: Ius et Veritas N° 13, Año VII, 1996. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTINEZ COCO, Elvira. La humanización del contrato, la defensa del consumidor y las cláusulas generales de contratación, En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 27, Lima, 1986. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002), ARA, Lima, 2002. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. La regulación legal de las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano, En: Advocatus N° 6. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. ¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor, En: Estudios de Análisis Económico del Derecho, Ara, 1996. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Contratación en masa ¿contratación?", En: Estudios de Análisis Económico del Derecho, Ara, 1996. ROPPO, Vincenzo. Il contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001. MOROTE NÚÑEZ, Hugo. La protección al consumidor en el Código Civil, En: Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales, 2ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994. MOSSET ITURRASPE, Jorge. El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas, En: Scribas, N° 3, Arequipa, 1997. MARTINEZ COCO, Elvira. Las cláusulas generales exonerativas de responsabilidad (apuntes acerca de su nacimiento y los problemas que su utilización conlleva), En: "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", V. 48, Lima, 1990-1991. LÓPEZ CABANA, Roberto. Los contratos de consumo en el derecho argentino-peruano", En: ALTERINI, Atilio. Contratación contemporánea, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2001, T. 2 (Contratos modernos, Derecho del Consumidor). BENAVIDES TORRES, Eduardo. La contratación moderna y el Código Civil peruano, En: Ius et Veritas N° 12, Lima, 1996. SILVA-RUIZ, Pedro. Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (...) cláusulas abusivas", En: ALTERINI, Atilio. Contratación contemporánea, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2001, T. 2 (Contratos modernos, Derecho del Consumidor). DI IORIO, Alfredo. Las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano y en el ordenamiento jurídico latinoamericano, En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, Cultural Cuzco, Lima, 1986. DURÁN RIVACOBA, Ramón. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano), En: ALTERINI, Atilio. Contratación contemporánea, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2001, T. 1 (Teoría general y principios). CABELLA PISU, Luciana. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en Italia tras la adopción de la Directiva Europea sobre las cláusulas abusivas", En: Themis N° 38. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas", En: Actualidad Jurídica, T. 120, Lima, 2003. MESEGUER GUICH, Diego. Un enfoque de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente ¿atentado contra la libertad contractual?", En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 12, Lima, 1999. VEGA MERE, Yuri. Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación, En: Gaceta Jurídica, T. 44, Lima, 1997. VEGA MERE,

Yuri. La asimetría informativa y la tutela del consumidor (y del mercado), En: Derecho Privado, T. I, Grijley, Lima, 1996. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca, En: Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales, 2ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Cláusulas generales de contratación "prerredactadas"

{E}xisten cláusulas similares para todas las personas que contrataron con la entidad demandada, es evidente que sí nos encontramos ante un caso de Cláusulas Generales de Contratación, pues, estas han sido prerredactadas, la empresa contratante realiza habitualmente el tipo de operaciones materia del contrato sublitis y la ahora demandante tuvo la oportunidad de escoger entre varias alternativas, habiendo decidido optar por la ofrecida por la Caja de Pensiones Militar Policial. Por tanto, el Colegiado Superior incurrió en interpretación errónea del artículo 1392 del Código Civil al sostener que en el caso de autos no se presenta el supuesto de Cláusulas Generales de Contratación ***(Cas. N° 2047-2007-Lima).***

Imposibilidad de someter a arbitraje frente a contratos de adhesión

{R}esulta incongruente y prematuro que las instancias de mérito se hayan pronunciado sobre la cláusula que contiene el convenio arbitral, mediante la cual las partes pactan que la discrepancia derivada del contrato que vincula a las partes sea resuelto por un arbitraje, ya que precisamente lo que se persigue con la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula que contiene dicho pacto arbitral, llegando incluso, el Colegiado, al absurdo de señalar en su segundo considerando que no existe declaración de nulidad de la referida cláusula, cuando en realidad la pretensión incoada tiene ese propósito, e ignorando el contenido normativo del artículo 1398 del Código sustantivo aplicable al caso de autos por razones de temporalidad ***(Cas. N° 1085-2001-Lima).***

Ineficacia de estipulaciones en contratos nominados

Artículo 1399.- *En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez. (*)*

Concordancias:
C.C. arts. 1390, 1392, 1397

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Algunas consideraciones sobre las normas supletorias

El artículo 1399 del Código Civil contiene una disposición coherente. Para explicar esta afirmación será necesario realizar un breve comentario respecto del fundamento de la existencia de las normas supletorias que contiene el Código Civil. Como sabemos, gran parte de las normas que contiene el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, son supletorias a la voluntad de las partes, o dicho de otra manera, la regla es que las normas contenidas en este libro son supletorias, la excepción es que sean imperativas (artículo 1356 del C.C.).

El legislador diseña estas normas supletorias con una finalidad principal: si las partes no se pronuncian sobre algún aspecto del contrato, las disposiciones supletorias ingresan automáticamente al programa contractual. De esta manera, el contrato subsistirá y se regirá conforme a aquellas normas por más que las partes no se hayan pronunciado respecto de todos los aspectos del contrato, manteniéndose el mismo con validez y eficacia plenas. Es el legislador, a través de las normas supletorias, quien deberá realizar la elección más apropiada a los intereses de las partes, buscando siempre un equilibrio contractual y una "justicia distributiva" (LARENZ, p. 124). A fin de cuentas, a través de las normas supletorias se establece una suerte de decisión del legislador que involucra intereses ajenos (de las partes).

La tarea de positivizar normas supletorias no es difícil, consiste simplemente en observar qué es lo que se pacta en la mayoría de los contratos, cuáles son las cláusulas "modelo" que los sujetos suelen incluir en sus transacciones económicas. La norma supletoria debe ser tal que las partes no necesiten pronunciarse respecto de todos los extremos del contrato, sino simplemente sobre los esenciales, pues saben que de no pactar sobre algún extremo, se aplicarán las normas supletorias que por lo general son del mismo sentido de las que ellas hubiesen pactado. Es por ello que "(...) la normatividad legal supletoria tiene que ser el reflejo de lo que las partes hubieran pactado de haber entrado en costosas negociaciones" (CANTUARIAS, p. 60).

Estas cláusulas "modelo" deben surgir de contratos paritarios en donde las mismas sean sometidas a un largo proceso de discusión, llegando finalmente a soluciones que estén de acuerdo a los intereses de ambas partes. Podría ser que estas cláusulas aparenten favorecer a una de las partes, como sucede por ejemplo en la mora automática, en donde aparentemente el deudor se vería perjudicado, puesto que incurriría en mora con el solo transcurso

(*) El Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 010-93-JUS de 23-04-93, adicionó un segundo párrafo a este artículo con el siguiente texto: "Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral". Posteriormente el D.Leg. N° 1071 del 28-06-2008 derogó este segundo párrafo.

del plazo, sin necesidad de que se le haya requerido efectivamente el pago. Sin embargo, en casi todos los contratos las partes pactan una cláusula de mora automática, pues consideran que este es el mecanismo que mejor se adapta a los intereses de ambos.

Si el legislador es un buen observador y otorga carácter de normas supletorias a las disposiciones que cumplan la característica descrita, eso facilitará de manera considerable la fluidez de las transacciones económicas, reduciendo de esta manera los costos de transacción en los que tendrían que incurrir las partes en caso de no existir estas normas o cuando las que existan sean inadecuadas. Similar camino es el que se sigue para reconocer contratos nominados. Un sistema perfecto de normas supletorias es aquel en el que las partes solo se limitan a acordar lo relativo al tipo contractual, es decir, a mencionar simplemente el tipo contrato sin necesidad de realizar negociación detallada alguna. Por supuesto que debido a la multiplicidad de intereses sería imposible satisfacerlos todos a través de unas mismas normas supletorias, de lo que se trata es de satisfacer a la mayoría.

Un indicador de que una norma supletoria no cumple su función, se da cuando en la mayoría de contratos se pacta en contrario de la norma supletoria. Un ejemplo claro de ello lo encontramos en la mora automática: nuestro legislador ha considerado que en la mayoría de los contratos las partes pactan que se incurre en mora desde que el acreedor exija, judicial o extrajudicialmente, a su deudor el cumplimiento de la obligación. Así lo establece el artículo 1333 del C.C., sin embargo en la mayoría de los contratos se pacta contra esta norma supletoria.

2. Alcances de la norma

Entendido de esa manera lo referente a las normas supletorias, la norma objeto de análisis señala que en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato; es decir, las referidas cláusulas serán ineficaces si contienen disposiciones que contradicen lo establecido por las normas del contrato típico a que se refiera, ya sean imperativas o supletorias. Respecto de las imperativas no hay mayor problema, pues sobre las mismas, por definición, todo pacto en contrario, inclusive si se trata de una cláusula general de contratación, es nulo.

Respecto de las normas supletorias, si el legislador ha diseñado determinadas reglas (normas supletorias) para un contrato típico, se entiende que son "las mejores" para los intereses de ambas partes. Por ello, si las cláusulas generales de contratación son contrarias a aquellas, estas no deben ser eficaces, pues atentaría contra lo que el legislador ha establecido como "modelo", que, en este escenario, ya no serían normas contra las que se puede pactar en contrario, sino verdaderas normas imperativas. Es decir, en los contratos típicos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las normas supletorias del contrato típico se convierten en imperativas.

Contrario sensu, si las cláusulas generales de contratación son aprobadas administrativamente, aun en el caso de que estas cláusulas sean contrarias a las normas de los contratos típicos, las mismas serían eficaces, pues pasarán el filtro del control administrativo, dándose de esa manera el mecanismo de tutela a través del control administrativo.

Sin embargo, en el artículo 1399 este párrafo tiene una segunda parte en la que señala: "(...) a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez (...)". Este sería el caso en que la cláusula establecida sea más conveniente al consumidor que la norma supletoria, lo cual será apreciado y valorado por el juez caso por caso.

Asimismo, es necesario señalar que en este artículo se presenta el control judicial de las cláusulas predispuestas, dado que será el juez el encargado de verificar si estamos ante cláusulas que van en contra de las disposiciones del contrato típico o que las circunstancias justifican su validez.

3. Una modificación poco feliz

El artículo 1399 fue modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, en virtud de la cual se agregó un segundo párrafo que señala: "Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral". En términos simples, si las partes se obligan someterse a un arbitraje, el adherente no gozará de la protección descrita en este artículo, es decir, las cláusulas generales de contratación que establezcan disposiciones contrarias a lo dispuesto por las normas del contrato típico serán plenamente válidas. Esta modificación, a nuestro criterio, resultó carente de sentido, por lo que consideramos conveniente su derogación, lo que efectivamente ocurrió en virtud del Decreto Legislativo N° 1071 del 28/06/2008, cuya única disposición derogatoria dejó sin efecto el segundo párrafo antes transcrito.

DOCTRINA

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación, En: Gaceta Jurídica, T. 84-B, Lima, 2000. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, T. I, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor, En: Themis N° 31, Lima, 1995. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas, En: Ius et Veritas N° 13, Año VII, 1996. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTÍNEZ COCO, Elvira. La humanización del contrato, la defensa del consumidor y las cláusulas generales de contratación, En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 27, Lima, 1986. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002), ARA, Lima, 2002. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. La regulación legal de las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano, En: Advocatus N.° 6. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. ¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor, En: Estudios de Análisis Económico del Derecho, Ara, 1996. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Contratación en masa ¿contratación?", En: Estudios de Análisis Económico del Derecho, Ara, 1996. ROPPO, Vincenzo. Il contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001. MOROTE NÚÑEZ, Hugo. La protección al consumidor en el Código Civil, En: Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales, 2ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994. MOSSET ITURRASPE, Jorge. El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas, En: Scribas, N° 3, Arequipa, 1997. MARTÍNEZ COCO, Elvira. Las cláusulas generales exonerativas de responsabilidad (apuntes acerca de su nacimiento y los problemas que su utilización conlleva), En: "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", V. 48, Lima, 1990-1991. LÓPEZ CABANA, Roberto. Los contratos de consumo en el derecho argentino-peruano", En: ALTERINI, Atilio. Contratación contemporánea, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2001, T. 2 (Contratos modernos, Derecho del Consumidor). BENAVIDES TORRES, Eduardo. La contratación moderna y el Código Civil peruano, En: Ius et Veritas N° 12, Lima, 1996. SILVA-RUIZ, Pedro. Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (...) cláusulas abusivas", En: ALTERINI, Atilio. Contratación contemporánea, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2001, T. 2 (Contratos modernos, Derecho del Consumidor). DI IORIO, Alfredo. Las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano y en el ordenamiento jurídico latinoamericano, En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, Cultural Cuzco, Lima, 1986. DURÁN RIVACOBA, Ramón. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano), En: ALTERINI, Atilio. Contratación contemporánea, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2001, T. 1 (Teoría general y principios). CABELLA PISU, Luciana. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en Italia tras la adopción de la Directiva Europea sobre las cláusulas abusivas", En: Themis N° 38. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas", En: Actualidad Jurídica, T. 120, Lima, 2003. MESEGUER GUICH, Diego. Un enfoque de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente ¿atentado contra

la libertad contractual?", En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 12, Lima, 1999. VEGA MERE, Yuri. Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación, En: Gaceta Jurídica, T. 44, Lima, 1997. VEGA MERE, Yuri. La asimetría informativa y la tutela del consumidor (y del mercado), En: Derecho Privado, T. I, Grijley, Lima, 1996. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca, En: Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales, 2ª ed., Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994.

Prevalencia de las cláusulas agregadas al formulario

Artículo 1400.- ***En los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de este cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.***

Concordancias:
C.C. arts. 168, 169, 170, 1397

RICARDO GUEVARA BRINGAS

1. Los controvertidos fundamentos de las cláusulas generales de contratación y el artículo 1400 del Código Civil

En la contratación masiva y cotidiana, pocos son los que leen íntegramente –o con detenimiento– los contratos y, sin duda, como sostiene el profesor Jean Carbonnier "solo una fracción reducida del contrato (quizás muy reducida) pasa por el halo luminoso de la voluntad(1)". En el artículo bajo comentario, el legislador parece haber visto en las cláusulas agregadas al formulario, el halo luminoso al cual se refiere el tratadista francés, y con ello ha optado por otorgarles un rango superior en la expresión volitiva del proceso contractual.

Dicha acotación es corroborada en la Exposición de Motivos en la parte referente al artículo 1400 del Código Civil, la cual informa que cuando se hayan dictado cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las estipulaciones que se agregan al formulario o esquema preestablecido tienen preeminencia cuando resulten incompatibles, aun cuando no se haya tomado la precaución de dejarlas sin efecto(2). Asimismo, en la referida Exposición de Motivos se indica que la regla del artículo 1400 del Código Civil "está destinada a que prevalezca por encima de todo la voluntad expresada más allá del esquema preestablecido y constituye un elemento más del sistema de defensa consagrado por el Código Civil en beneficio de la parte débil de la relación obligacional, esto es, de quien no impone el régimen, sino lo acepta(3)".

En el sentido de la asignación al artículo 1400 del Código Civil del objetivo de protección de la parte más débil del contrato, Max Arias Schreiber sostuvo que "básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y la parte débil de la relación contractual. Había, en suma, que defender al consumidor"(4). Paralelamente al enfoque proconsumidor o en todo caso de

(1) CARBONNIER, Jean. *Droit Civil.* Tomo IV, 20° ed. *Les Obligations.* Presses Universitaires de France, Paris, 1996, p. 82. Traducción libre.

(2) REVOREDO, Delia (comp.). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios.* Tomo VI. Okura, Lima, 1985, p. 60.

(3) Ibídem. loc. cit.

(4) ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984.* Studium, Lima; p. 143. En el mismo sentido se pronuncia este autor en REVOREDO, Delia (comp.). Ob. cit., p. 55. Por otro lado, de acuerdo con George Priest, "el mejor regulador de las disposiciones de los contratos estandarizados (asimilación genérica norteamericana para las cláusulas generales de contratación tratadas por nuestro Código Civil) es la propia competencia. Es la competencia la que permite dar el mejor producto promedio en términos de cualidades de productos así como en términos de las mejores condiciones promedio, mediante un contrato masivo. Obviamente, sin embargo, será necesaria cierta regulación mediante la implementación de normas que obliguen a hacer cumplir estos contratos de acuerdo a sus condiciones o, por ejemplo, delegando a una organización, como el Indecopi, la regulación y cumplimiento de los términos masivos estandarizados". PRIEST, George. "Reflexiones respecto de la contratación masiva". En:

la denominada parte débil de la relación contractual, encontramos la visión de Manuel de la Puente y Lavalle, quien manifiesta "(...) se ha elaborado mucho y quizás irreflexivamente he participado en esa línea de pensamiento, respecto de que la regulación legal de las cláusulas generales de contratación tiene por objetivo fundamental proteger al contratante débil (...), (s)in embargo, la razón de ser de la regulación legal de las cláusulas generales es, en realidad, otra"[5], y agrega el mismo autor que "cabe llegar a la conclusión que el codificador peruano de 1984 ha diseñado las cláusulas generales de contratación con la finalidad principal de facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios y que solo secundariamente busca proteger a la parte débil en la negociación contractual"[6].

Así, según Manuel de la Puente y Lavalle, la finalidad principal considerada al regular las cláusulas generales de contratación en el Código Civil sería reducir costos de transacción[7]. No obstante lo anterior, opinamos que mediante el artículo 1400 del Código Civil, el legislador ha buscado proteger a la parte reputada menos informada, es decir, en el caso específico, a aquella que no ha prerredactado el contrato, pero que sin embargo ha logrado que se agreguen cláusulas al formulario. Al respecto y antes de ahondar en nuestro juicio valorativo acerca del contenido del artículo 1400 del Código Civil, conviene mencionar que la formulación del artículo objeto de análisis presenta cierta ambigüedad respecto al ámbito de su aplicación.

2. El ámbito ambiguo del artículo 1400 del Código Civil

Las primeras versiones de la disposición legal analizada hacían alusión claramente a que el ámbito al que se circunscribía era el de los contratos por adhesión[8]. La ambigüedad del ámbito del artículo 1400 del Código Civil obedece a que relaciona conceptos que no corresponden a una misma categoría jurídica[9]. En concreto, el artículo 1400 del Código Civil enuncia en primer lugar "(e)n los casos del artículo 1397 (...)" del Código Civil. Conviene precisar que dichos casos no son otra cosa que las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Enseguida, el artículo 1400 del Código Civil indica que "(...) las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de este cuando sean incompatibles,

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (ed). ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001; p. 165.

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Las cláusulas generales de contratación y la protección del consumidor". En: *Themis*. N° 31. Lima, 1995; p. 18.

(6) Ibídem. p. 20.

(7) Al respecto puede consultarse POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Cabe mencionar que George Priest afirma que "(a)sí como ocurre con la estandarización de productos/servicios, la estandarización de contratos a través de los contratos masivos reduce los costos y, por tanto, reduce los precios, y ofrece un nivel estándar de protección sin los costos de negociar todos los términos". PRIEST, George. Ob. cit., p. 164.

(8) Así, a modo de ejemplo, puede notarse que el artículo 69 de la ponencia original, inspirándose en el segundo párrafo del artículo 17 del proyecto original de la Comisión Reformadora sobre Actos Jurídicos, establecía expresamente que: "(e)n los contratos concluidos mediante la firma de formularios establecidos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con estas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas". Asimismo, en el artículo 74 de la segunda ponencia sustitutoria se refirió: "(e)n los contratos por adhesión y en los contratos en base a estipulaciones generales de contratación que se concluyan mediante la firma de formularios, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de este cuando fuesen incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2ª ed. Tomo I. Palestra, Lima, 2001, pp. 805-806.

(9) Puede encontrarse un análisis de las diferencias entre las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión en Ibíd., pp. 719-722.

aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto". Nótese que en la segunda parte de dicho precepto la referencia es al formulario, como si las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se plasmasen necesariamente en un formulario y constituyesen en realidad un contrato por adhesión regido por el artículo 1390 del Código Civil. Cabe mencionar que tal como está redactado y por interpretación a contrario, el referido artículo no es aplicable a las cláusulas aprobadas por la Administración. Dicha exclusión resulta inexplicable, aún más en la medida en que, según el artículo 1395 del Código Civil, las cláusulas aprobadas por la Administración pueden ser modificadas –lo cual es criticado por la doctrina nacional– y, por tanto, permite que se añadan cláusulas, de ser el caso, en el formulario.

En este sentido, para Manuel de la Puente y Lavalle[10] y Carlos Cárdenas[11], la referencia que muestra dicho precepto al artículo 1397 del Código Civil es errónea, pues el supuesto al que hace alusión el artículo bajo análisis no es el de las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente sino –al igual que en el artículo 1342 del Código Civil italiano–, el de los contratos-tipo (o contratos por adhesión). En efecto, la Exposición de Motivos refiere expresamente que se tomó como fuente al artículo 1342 del Código Civil italiano[12]. Dicha norma trata sobre los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales establecidas. Como se sabe, los contratos-tipo, en la denominada contratación masiva o en masa, son una especie dentro del género de contratos por adhesión, cuyas ofertas se redactan en formularios impresos y basta que las partes suscriban el formulario para que se entienda celebrado el contrato.

En consecuencia, pensamos que el artículo 1400 del Código Civil presenta una manifiesta falta de rigor conceptual en tanto hace referencia al formulario –el cual denota un contrato-tipo–, tratándose en realidad de cláusulas generales de contratación. Debemos señalar, sin embargo, que en ciertas ocasiones la diferencia entre dichas instituciones puede ser tenue. Al respecto, cabe mencionar que conforme al artículo 1394 del Código Civil, la comisión designada por el Ministerio de Justicia en su Proyecto de Ley de Protección del Consumidor establecía la obligatoriedad de la contratación mediante cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente para el suministro o prestación de servicios de agua, teléfono, energía, combustibles, operaciones bancarias, transportes públicos de pasajeros; siendo dichas cláusulas del ámbito privilegiado de los contratos-tipo. Asimismo, Carlos Cárdenas indica que "las cláusulas generales de contratación constituyen casi siempre el soporte de los contratos por adhesión[13]".

En todo caso conviene mencionar que surge un problema de aplicación del dispositivo comentado en el supuesto de que estemos en presencia de (i) cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente; (ii) que no estén plasmadas en formularios, y, (iii) a las cuales se les hayan añadido ciertas cláusulas. La duda radica en saber si se aplica el artículo 1400 del Código Civil a pesar de no tratarse de un formulario.

Bajo una interpretación estricta, el artículo 1400 del Código Civil solo podría ser invocado en el supuesto de cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

(10) Ibídem, p. 807.
(11) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: *Ius et Veritas*. N° 13. Lima, 1996, p. 25.
(12) REVOREDO, Delia (comp.). Ob. cit., p. 60.
(13) Ibídem, p. 27. Contrario de este argumento, revísese a DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Ob. cit., p. 809.

que se presenten como formularios. Dicha interpretación, lejos de ser literal y cuestionable, presentaría una justificación económica bastante simple. En efecto, la ausencia de formulario en la relación entre las partes denotaría que estas se han sometido a una contratación que no es de masa y que han tenido tiempo necesario para revisar las cláusulas y, por lo tanto, la que no prerredactó no requiere de la protección del artículo bajo comentario.

Por otro lado, se podría sostener que el legislador ha buscado proteger de manera general al que no prerredactó las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, sin importar que se trate de un formulario. En todo caso, el artículo 1400 del Código Civil, tal como está redactado, presenta una evidente dificultad de interpretación sistemática con el resto de las disposiciones del cuerpo que lo acoge, lo que convierte a la norma en compleja, toda vez que la confusión que ocasiona aumenta los costos de aplicación del ordenamiento(14).

3. Los efectos radicales del artículo 1400 del Código Civil

Tal como lo hemos indicado, del tenor del artículo objeto de comentario se desprende que en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre estas cuando sean incompatibles(15), aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto. En estricto, tal como señala la doctrina, las cláusulas agregadas pueden tener una triple función: ser puestas para especificar la cláusula del formulario, tener un rol meramente confirmativo, o estar en contradicción con la cláusula del formulario. Solo en el último caso de los tres señalados se aplicaría el artículo 1400 de nuestro Código Civil(16), en el entendido de que la prevalencia de la cláusula agregada implica sustitución(17). Dicha prevalencia requiere que las cláusulas en cuestión (i) estén claramente expresadas –aunque dichas cláusulas no deban ser necesariamente escritas(18)–, y (ii) sean incompatibles con las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. En consecuencia, se desprende que se reconoce un valor superior a la manifestación de voluntad expresada en las cláusulas agregadas por el hecho de ser el fruto más reciente en el tiempo de la negociación libre en ejercicio de la autonomía privada de ambas partes, quienes manejan mayor información acerca de sus propias necesidades por cubrir y de los recursos con los que cuentan para hacerlo.

Cabe mencionar que en la medida en que el artículo 1400 del Código Civil se aplica a cláusulas del formulario, es decir a cláusulas de contratos por adhesión, el artículo bajo comentario desvirtúa el carácter inmutable de dichos contratos por adhesión. Tanto Manuel de la

(14) EPSTEIN, Richard. *Simple rules for a complex world*. Harvard University Press, Cambridge, 1995. Una síntesis de la idea central expuesta en el citado libro puede encontrarse en EPSTEIN, Richard. "Las virtudes de las reglas 'simples' y su relación con el desarrollo económico". En: *Ius et Veritas*. N° 27. Lima, 2003, pp. 284-291.

(15) Se entiende por incompatibilidad a la repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.). Diccionario de la Lengua. 22ª ed. Real Academia Española, Madrid, 2002, p. 1262.

(16) NAPOLI, Emilio Vito. *Le condizioni generali de contratto nella giurisprudenza*. BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contrato*. Tomo II. Giuffrè, Milán, 1981; p. 72. Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Ob. cit., p. 810.

(17) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Ob. cit., p. 811. Acerca de la posible ineficacia de la cláusula agregada consúltese DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Ob. cit., pp. 812-813.

(18) Ibídem, p. 812. Coincidimos con Manuel de la Puente y Lavalle que los acuerdos orales pueden tener eficacia respecto de las cláusulas impresas, siempre que logren probar que estos se han llevado a cabo. Los altos costos en el agregado que produce esta actividad probatoria frente a la frecuencia de estos contratos generan un desincentivo a las partes para que recurran a acuerdos orales, lo que obviamente podría cambiar con la masificación de acuerdos con el soporte de la manifestación de voluntad en medios distintos al documento escrito.

Puente y Lavalle como Carlos Cárdenas plantean que dicha fórmula es inconveniente, pues consideran que la inmutabilidad es parte central de este tipo de contratación, se les quita la calidad de formularios para convertirlos en borradores de contratos susceptibles de negociación, en contratos paritarios[19]. Dicho en términos económicos, se plantea que no se llega a cumplir eficientemente con el objetivo principal de la norma de reducir costos de transacción; por el contrario, aumentan y se encarece la actividad en el mercado, una vez que la predictibilidad de la conducta de los agentes económicos que participan en el sistema se torna incierta.

En conclusión, el artículo 1400 del Código Civil requiere una clarificación en tanto su ámbito de aplicación es sumamente ambiguo, dado que se mezclan los conceptos de contratos-tipo y cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Si lo que se pretende es que en los formularios en donde se han recogido cláusulas generales de contratación, se regule la posibilidad de agregar nuevas cláusulas, convendría entonces prever ello de manera general en el artículo 1390 del Código Civil que rige el contrato por adhesión[20]. Tal modificación supondría declarar que el contrato por adhesión no es inmutable y, de manera general, que las cláusulas agregadas prevalecen sobre las del contrato-tipo cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto. Dicha disposición tendría al menos el mérito de no limitarse a las cláusulas generales de contratación y brindar cierta flexibilidad a los contratos-tipo. Es cierto que la hipótesis de modificación de contratos-tipo es marginal, pero una modificación en este sentido puede tener por efecto equilibrar la asimetría de información generada en la relación contractual de masa.

En todo caso, pensamos que se debe modificar el artículo objeto de análisis de manera que cuando estemos en presencia de cláusulas generales de contratación, que hayan sido libremente debatidas por las partes y no formen parte de formularios, las cláusulas agregadas no tengan ninguna supremacía, pues en dicho caso no se requiere sobreproteger a ninguna de las partes.

DOCTRINA

ALPA, Guido. Derecho del Consumidor. Gaceta Jurídica. Lima, 2004. ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. Studium. Lima, 1986. BURKE, John. Standard Form Contracts. 2004. BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía. Palestra. Lima, 2003. BULLARD, Alfredo. ¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor. En: PUCP (ed.). El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. CARBONNIER, Jean. Droit Civil. 20ª ed. Tomo IV, Les Obligations. Presses Universitaires de France. Paris, 1996. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. En: Ius et Veritas. N° 13. Lima, 1996. pp. 19-35. CODERCH, Pablo Salvador y RUIZ, Juan Antonio. The principle contraproferentem in Standard Form Contracts. In particular, the Spanish Case. En: Global Jurist Topics. Vol. 1. N° 2. 2001. CRASWELL, Richard. Libertad de contratación. En: UPC (ed). El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2002. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Contratos en general. Motivación de propuestas. En: Instituto de Investigación Jurídico-Notarial (ed.). Reforma del Código

(19) Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Ob. cit., p. 813, así como CÁRDENAS, QUIRÓS, Carlos. Ob. cit. Loc. cit.

(20) Al respecto, Manuel de la Puente y Lavalle ha sugerido en un trabajo publicado en 1998 que el artículo 1400 debería tener el siguiente texto: "Las estipulaciones agregadas al formulario del contrato concertado por adhesión prevalecen sobre las de este cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto, teniendo el contrato el carácter de paritario". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Contratos en general. Motivación de propuestas". En: Instituto de Investigación Jurídico-Notarial (ed.). *Reforma del Código Civil peruano.* Gaceta Jurídica, Lima, 1998; pp. 233-234. Dicho texto fue recogido como la propuesta aprobada preliminarmente por la Comisión de Reforma del Código Civil peruano de 1984, publicada en 1999.

Civil peruano. Gaceta Jurídica. Lima, 1998. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. 2ª ed. Tomo I. Palestra. Lima, 2001. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas generales de contratación y la protección del consumidor. En: Themis. N° 31. Lima, 1995; pp. 15-22. EPSTEIN, Richard. Las virtudes de las reglas 'simples' y su relación con el desarrollo económico. En: Ius et Veritas. N° 27. Lima, 2003. pp. 284-291. EPSTEIN, Richard. Simple rules for a complex world. Harvard University Press. Cambridge, 1995. MOROTE, Hugo. La protección al consumidor en el Código Civil. En: PUCP (ed.). El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994. PIZARRO, Luis. El Código Civil peruano y la contratación actual. En: UPC (ed). ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001. POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 2000. PRIEST, George. Reflexiones respecto de la contratación masiva. En: UPC (ed). ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (ed.). Diccionario de la Lengua. 22ª ed. Real Academia Española. Madrid, 2002. REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo VI. Okura, Lima, 1985.

Interpretación de estipulaciones en las cláusulas generales de contratación

Artículo 1401.- ***Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.***

Concordancias:
C.C. arts. 168, 169, 170

RICARDO GUEVARA BRINGAS

1. Una regla de protección frente a la unilateralidad de la redacción contractual

La intervención del legislador en el Derecho Civil de contratos a fin de reequilibrar la asimetría de fuerzas entre las partes, no es una idea nueva –ya en el siglo XIX Lacordaire propugnaba que "entre el fuerte y el débil, la libertad oprime y la ley libera"–, y presenta diversas manifestaciones, como el artículo 1401 del Código Civil. En efecto, el artículo bajo comentario establece una regla que ordena que, en caso de duda, se aplica una interpretación favorable al contratante que no ha redactado las cláusulas generales de contratación o los contratos-tipo(1).

De acuerdo con lo establecido por el dispositivo legal analizado, cabría control judicial en los casos de cláusulas que integren un contrato individual siempre que se trate de cláusulas ambiguas, oscuras o contradictorias, y en tanto haya duda sobre la interpretación de las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes. El presente dispositivo legal alude a ambos tipos contractuales (cláusulas generales de contratación y contratos-tipo), entendiendo que no hacen referencia a una misma categoría jurídica, lo que difiere del tratamiento establecido en el artículo 1400 del Código Civil que hemos comentado(2).

Conviene destacar que tanto en las cláusulas generales de contratación como los contratos-tipo existe un factor común, a saber: la unilateralidad de la redacción. Al respecto y teniendo en cuenta la economía del artículo 1401 del Código Civil, podemos inferir que el legislador ha considerado que: (i) la unilateralidad referida crea una desproporción entre las partes, y (ii) la parte que prerredacta las cláusulas (el predisponente) se encuentra en una posición privilegiada frente a la otra. En este sentido, la Exposición de Motivos de esta norma sostiene que "(...) se ha querido nuevamente proteger a quien no elabora el esquema o formulario y por ello se establece que las estipulaciones que se hayan insertado se interpretan, en caso de incertidumbre o duda, en su favor(3)". Sin embargo, opinamos que dicha protección

(1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* 2ª ed. Tomo I. Palestra, Lima, 2001. pp. 817-818, así como también CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: *Ius et Veritas.* N° 13. Lima, 1996. p. 25. y VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. 5ª ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2000. p. 265.

(2) Como se desprende de nuestro comentario al artículo 1400 del Código Civil, consideramos que dicho artículo debió distinguir claramente entre cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión, tal como lo hace el artículo 1401 del Código Civil. Tal como manifestara Arias Schreiber, coincidimos en que "toda la parte relativa a las cláusulas generales de contratación merece una nueva evaluación, con el propósito de cumplir los fines propuestos". ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* 2ª ed. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2000. p. 170.

(3) REVOREDO, Delia (comp.). *Código Civil.* Tomo VI. Okura, Lima, 1985. p. 61.

resulta menos justificada cuando se trata de cláusulas generales de contratación paritarias, o negociadas por las partes.

2. Una regla vinculada a la interpretación y la justicia contractual

Previamente al análisis del artículo 1401 del Código Civil, conviene referirse a los conceptos vinculados a la interpretación de los actos. Por interpretación se entiende la actividad tendente a fijar el sentido de la declaración, es decir, a precisar la voluntad negocial que la declaración exterioriza(4). El objetivo de la interpretación es hallar el recto sentido del precepto, en otras palabras, saber cuál es el significado jurídico relevante(5). Cabe anotar que en nuestro ordenamiento civil las normas generales sobre interpretación de los actos jurídicos son los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil(6).

Sobre este punto, nótese que en la Exposición de Motivos del artículo 1401 del Código Civil se refiere que "(e)n la Comisión Revisora se analizó la posibilidad de remitir el artículo a las reglas sobre interpretación contenidas en el acto jurídico(7). Empero, prevaleció el criterio de mantenerlo en este Título, pues se trata de un tema estrictamente relacionado con las cláusulas generales de contratación"(8). Además, se menciona al artículo 1370 del Código Civil italiano como una fuente del artículo bajo comentario(9). Asimismo, de acuerdo con Carlos Cárdenas, el artículo 1401 del Código Civil estaría inspirado en el mismo principio del artículo 1288 del Código Civil español. Recordemos que dicha norma es un elemento de la interpretación(10) inserto en el capítulo del Código Civil español relativo a la interpretación de los contratos, y prescribe que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que ocasionó la oscuridad(11).

(4) Al respecto, ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1993. p. 321.

(5) Ibídem, p. 828.

(6) De acuerdo con Fernando Vidal Ramírez, en atención al antecedente del artículo 1328 del Código Civil de 1936 y a la doctrina desarrollada, deben ser calificados como normas de interpretación de los contratos inclusive los artículos 1361 y 1362 –en concordancia con los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil–, a pesar de que el ponente ante la Comisión Reformadora de este libro, Max Arias Schreiber, no calificó a los artículos 1361 y 1362 expresamente como tales. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit. p. 266.

(7) En un primer momento, el tema de la interpretación de las cláusulas generales de contratación y de los formularios redactados por una de las partes, se trató en el Proyecto de la Comisión Reformadora sobre los Actos Jurídicos en el artículo 17, ubicado en el Título Segundo sobre la Interpretación de los Actos Jurídicos. El mismo establecía que "(l)as cláusulas insertas en las condiciones generales del acto jurídico o en formulario dispuestos por uno de los agentes se interpretan, en caso de duda, a favor del otro. Cuando a un impreso se le añade un manuscrito y los textos son contradictorios, prevalece el manuscrito". Posteriormente, se decidió que el tema referido debía ser regulado en el Capítulo VI del Título Tercero del Libro VI del primer proyecto, relativo a la interpretación del contrato, cuyo artículo 1436 establecía que "(l)as estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes se interpretarán en favor de la otra". Luego, ya como artículo 1366 del segundo proyecto, se le agregó al texto la frase "en caso de duda". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. pp. 815-816.

(8) REVOREDO, Delia (comp.). Op cit. Loc. cit.

(9) Ibid. pp. 60-61. La norma italiana establece que: "(l)as cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en módulos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, a favor del otro". No obstante, el artículo 1370 del Código Civil italiano al que se hace referencia –a diferencia de la norma peruana objeto de análisis– figura en el Capítulo denominado "De la interpretación de los contratos" en el Código Civil italiano.

(10) ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit. pp. 333-334.

(11) La norma española referida establece que "(l)a interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad". Véase PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Volumen I. Bosch, Barcelona, 1978. p. 251. Citado por: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Ob. cit. p. 29.

De manera general la doctrina peruana conviene que la regla establecida en el artículo 1401 del Código Civil encuentra sus orígenes en el principio *in dubio contra stipulatorem*[12]. Dicho principio consagra que, cuando en las estipulaciones surge una duda acerca de lo que se haya hecho, los términos contractuales deben interpretarse en contra del estipulante o creador del acto[13].

El origen de este principio se remonta al Derecho Romano clásico. Según Alpa, la doctrina fue adaptando la máxima contenida en dicho principio hasta que Pothier la incorporó en su "Regla Séptima para la interpretación de las Convenciones", de donde pasó al artículo 1162 del Código Napoleón, según el cual en caso de duda la convención se interpreta contra aquel que la haya estipulado y a favor de aquel que haya contraído la obligación[14]. Cabe mencionar que en este último caso no solo se habla de interpretar contra el que estipula, sino a favor de la persona que ha contraído la obligación, es decir el deudor; se trata pues del principio *favor debitoris*[15].

El fundamento del principio *in dubio contra stipulatorem* sería el deber del *clare loqui*, es decir, el deber de expresarse claramente[16], que recae sobre el estipulante o predisponente, así como el principio de buena fe contractual, entendido como de franca y leal conducta de las partes[17]. Al respecto, Manuel de la Puente y Lavalle indica que el fundamento de la regla *in dubio contra stipulatorem* se encontraría en la distribución equitativa del riesgo contractual. Sin embargo, considera que el artículo 1401 del Código Civil no es una norma interpretativa en el sentido de que "no da pautas para efectuar la interpretación, sino que se limita a establecer las consecuencias que se derivan cuando se determina que la estipulación redactada por el predisponente da lugar a dudas"[18]. Añade que el objeto de la interpretación es hallar el recto sentido del precepto y que si el artículo 1401 del Código Civil se tomase como una regla para alcanzar dicho objetivo se estaría frente a una desnaturalización de la interpretación. Menciona además que no es criticable la regla *in dubio contra stipulatorem;* por el contrario, es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente para que se asegure un traslado adecuado de información –que permita obtener el máximo beneficio posible para las partes en la contratación–, así como lo es que se sancione el incumplimiento de este deber, estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte. No obstante, lo que Manuel de la Puente y Lavalle califica de censurable es que al procedimiento se le llame de manera inadecuada interpretación, que tiene una naturaleza completamente distinta[19]. En

(12) Véase LOHMANN, Guillermo. *El negocio jurídico*. Studium, Lima, 1986. p. 207.

(13) La aspiración a obtener un óptimo de claridad y precisión es antigua en el ámbito del Derecho Contractual Privado. NIETO, Ubaldo (dir.). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Lex Nova, Valladolid, 2000. p. 232.

(14) ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*. Giuffrè, Milan, 1983. p. 17. Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. p. 823.

(15) Asimilar predisponente a acreedor y contraparte a deudor no es exacto, siempre que puede ocurrir el caso en el que la estipulación dudosa redactada por el predisponente contenga una obligación a su cargo, lo que determina un correlativo derecho de la contraparte, con lo cual la interpretación favorable a esta no sería en favor debitoris sino en favor creditoris. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 824. Sin embargo, en Derecho francés, la Corte de Casación (Cass. Civ. 22 oct. 1974, Bull. Civ. I N° 271) dio la razón a una Corte de Apelación que decidió, en caso de duda, interpretar una póliza de seguro en contra de la parte que la redactó sin importar que se tratase de la parte deudora, lo que prueba la compatibilidad de los principios favor debitoris e in dubio contra stipulatorem.

(16) Ibíd., p. 827.

(17) LOHMANN, Guillermo. Ob. cit. Loc. cit.

(18) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. p. 828.

(19) Ibídem, p. 829.

suma, sostiene que el procedimiento que se desarrolla no es una interpretación en estricto; no debe llamarse interpretación al procedimiento cuyo propósito es responsabilizar al predisponente por la oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones que ha redactado[20].

3. Aplicación jurisprudencial

El artículo 1401 del Código Civil ha sido aplicado tanto en el ámbito judicial[21] como en el ámbito administrativo[22]. En tal forma, a través de las resoluciones N° 167-1999/TDC-INDECOPI de fecha 12 de mayo de 1999 y N° 040-99-CPC de fecha 22 de febrero de 1999, la Sala de Defensa de la Competencia y la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, respectivamente, declararon que resultaba aplicable el artículo 1401 del Código Civil en la interpretación de los alcances de la responsabilidad asumida por el cliente bancario en caso de pérdida o robo de su tarjeta de crédito con el fin de determinar si dicha responsabilidad debía ajustarse o no al límite de su línea de crédito[23]. De tal manera, se declaró fundada la denuncia contra el banco mediante una interpretación favorable a la parte que no redactó el contrato en cuestión, y se estableció una multa de 8 Unidades Impositivas Tributarias[24].

En conclusión, concordamos con Manuel de la Puente y Lavalle en el sentido de que el artículo bajo comentario no es una regla de interpretación en tanto no busca determinar la verdadera voluntad de las partes, sino sancionar al contratante que, habiendo redactado el contrato unilateralmente, no fue claro. Sin embargo, no podemos negar que el artículo 1401 del Código Civil juega un rol clave en el proceso de interpretación de los contratos y en términos prácticos se le asimila a una regla interpretativa especial aunque, es cierto, tenga efectos deformantes de la voluntad de las partes[25].

(20) Ibídem, pp. 821-830.

(21) Casación N° 1426-98 Lima, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 30 de setiembre de 1998.

(22) Resolución N° 040-99-CPC, de la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, de fecha 22 de febrero de 1999 y Resolución N° 167-199/TDC -Indecopi de la Sala de Defensa de la Competencia de Indecopi, de fecha 12 de mayo de 1999.

(23) "Bajo la exclusiva responsabilidad de 'EL CLIENTE' este (o cualesquiera de sus adicionales) debe comunicar de inmediato y por la vía más rápida a 'EL EMISOR', o al miembro Visa más cercano si el hecho ocurriese fuera de la República peruana, de la pérdida, extravío, destrucción o robo de la tarjeta de crédito emitida a su favor y/o las adicionales. Esta comunicación deberá ser confirmada por escrito con el debido cargo de recepción o por fax, para efectos de que anule(n) la(s) tarjeta(s) y se proceda a dar el aviso correspondiente. 'EL CLIENTE' asume responsabilidad plena del uso irregular o fraudulento que se pueda hacer con su tarjeta y/o la(s) adicionale(s) declarada(s) en tal situación, hasta las 48 horas siguientes a la fecha de recepción por parte de 'EL EMISOR', de la comunicación escrita o por fax del hecho ocurrido. Posteriormente, 'EL EMISOR' queda autorizado para expedir el reemplazo de la(s) tarjeta(s) con lo que queda(n) invalidado(s) el(los) código(s) que le(s) correspondiera, por lo que la(s) nueva(s) tarjeta(s), llevará(n) un nuevo código, sin que esto constituya modificación alguna al presente contrato (...)".

(24) Posteriormente se modificó el artículo 2 de la derogada Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, de fecha 9 de noviembre de 1991 mediante la Ley N° 27251, de fecha 7 de enero de 2000, por la que se estableció expresamente que "(l)a protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable para el consumidor". El vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, presenta una regulación similar en el artículo II y en el numeral 2 del artículo V.

(25) Manuel de la Puente y Lavalle, en un trabajo publicado en 1998, propone que el artículo bajo análisis quede redactado de la siguiente manera: "En caso que las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos concertados por adhesión, fueran oscuras o ambiguas, se entenderán en el sentido señalado en el artículo 170, pero si, no obstante, continuaran oscuras o ambiguas, se considerará que favorecen a la contraparte del predisponente". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Contratos en general. Motivación de propuestas". En: GACETA JURÍDICA (ed.). *Reforma del Código Civil peruano.* Gaceta Jurídica, Lima, 1998. pp. 234-235. El último texto analizado fue recogido como la propuesta aprobada preliminarmente por la Comisión de Reforma del Código Civil peruano de 1984, publicada en 1999. En estricto, el texto que recogió el artículo en

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1993. ALPA, Guido. Derecho del consumidor. Gaceta Jurídica, Lima, 2004. ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. 2ª ed. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2000. BETTI, Emilio y otros. Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales. ARA, Lima, 2001. BURKE, John. Standard Form Contracts. Lima, 2004. En: http://www.lex2k.org/sfc/introduction.pdf. BULLARD, Alfredo. "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor". En: PUCP (ed.). El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994. CÁRDENAS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: Ius et Veritas. N° 13. Lima, 1996. pp. 19-35. CODERCH, Pablo Salvador y RUÍZ, Juan Antonio. "The principle contraproferentem in Standard Form Contracts. In particular, the Spanish Case". En: Global Jurist Topics. Vol. 1. N° 2. 2001. CRASWELL, Richard. Libertad de contratación. En: UPC (ed). El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2002. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Contratos en general. Motivación de propuestas. En: Gaceta Jurídica (ed.). Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica. Lima, 1998. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. 2ª ed. Tomo I. Palestra. Lima, 2001. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Las cláusulas generales de contratación y la protección del consumidor". En: Themis. N° 31. Lima, 1995. pp. 15-22. GARCÍA AMIGO, Manuel. Condiciones generales de los contratos. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969. LOHMANN, Guillermo. El negocio jurídico. Studium. Lima, 1986. MOROTE, Hugo. "La protección al consumidor en el Código Civil". En: PUCP (ed.). El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO, Carlos Alberto. El contrato en una economía de mercado. Normas Legales. Trujillo, 2004. NIETO, Ubaldo (dir.) Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Lex Nova. Valladolid, 2000. PIZARRO, Luis. "El Código Civil peruano y la contratación actual". En: UPC (ed). ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001. POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 2000. PRIEST, George. "Reflexiones respecto de la contratación masiva". En: UPC (ed). ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001. RUBIO, Marcial. El sistema jurídico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. 5ª ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2000.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI

Cláusulas generales de contratación a favor del consumidor

{E}l artículo 1401 del Código Civil establece que las cláusulas que han sido prerredactadas por una de las partes deben interpretarse a favor de quien no las redactó, lo que significa que en este caso debe interpretarse los términos del contrato en favor del consumidor ***(Res. N° 0083-2000/TDC-INDECOPI, f. j. 12).***

mención establece: "En caso que las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos concertados por adhesión fueran obscuras o ambiguas, se entenderán en el sentido señalado en el artículo 170, pero si, no obstante, continuaran obscuras o ambiguas, se considerará que favorecen a la contraparte del predisponente. Manuel de la Puente y Lavalle también ha sugerido la siguiente redacción para el dispositivo: "Las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos tipo, en caso de ser oscuras o ambiguas por razones imputables al predisponente, favorecerán a la contraparte". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Ob. cit. p. 830.

TÍTULO III
OBJETO DEL CONTRATO

Objeto del contrato

Artículo 1402.- *El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.*

Concordancias:
C. art. 2 inc. 14); C.C. arts. 140, 1132, 1138, 1148, 1158, 1351, 1403, 1404

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

1. El objeto del contrato

La noción del objeto del contrato, como la del acto jurídico, es una cuestión intrincada, compleja y difícil de conceptuar respecto de la cual existen diversas corrientes doctrinales para explicarlo. Pero atendiendo al propósito exegético de estos comentarios, nos vamos a limitar a explicar el sentido de la normativa del Código Civil vigente en esta materia.

El tratamiento legislativo del objeto del contrato en el Código Civil en vigor constituye una innovación, pues el ordenamiento de 1936 no lo consideró y solo se refirió al objeto como uno de los requisitos de validez del acto jurídico, en su artículo 1075. El Código Civil de 1852, que ignoró la Teoría del Acto Jurídico, en su artículo 1235, sí consideró el objeto pero como uno de los requisitos de validez de los contratos, refiriéndolo como "una cosa cierta que sea materia del contrato", agregando, en su artículo 1251, que "la cosa que es objeto de un contrato debe ser determinada, al menos en su especie".

Como puede apreciarse, entonces, la noción de objeto del contrato estuvo presente en el Código del siglo XIX, mas no en el de 1936 que, al introducir la Teoría del Acto Jurídico, llevó la noción de objeto a su desarrollo legislativo, en la consideración de que el contrato es un acto jurídico y que, en consecuencia, los requisitos de validez exigidos para el acto jurídico lo eran también para el contrato, lo que hacía innecesario legislarlo en el articulado correspondiente a los contratos.

Manuel Augusto Olaechea, que fue el ponente del Libro Quinto del Código Civil de 1936, dedicado a las Obligaciones y a los Contratos, que fue el libro en el que se legisló sobre el acto jurídico, no dio noción alguna respecto al significado del objeto y, confundiéndolo con la causa, explicó que en los actos gratuitos la causa se resumía en el consentimiento, mientras que en los onerosos se asimilaba al objeto (Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil, p. 4). Anteriormente, el mismo Olaechea, al exponer el anteproyecto, al hacer referencia al objeto lo explicó en el sentido de que la "cosa estuviera en el comercio y que fuera, por lo tanto, susceptible de adquirirse o de transmitirse" (Acta de la sesión de 25 de julio de 1925. Cuarto fascículo, p. 206).

José León Barandiarán, el más calificado comentarista del Código Civil de 1936, le dio otro significado al objeto del acto jurídico y sostuvo que debía ser entendido en su más 'ancha significación', la que explicó en el sentido de que no debía entenderse el objeto como

algo simplemente material ni que fuera requisito solo para los actos o negocios jurídicos patrimoniales, sino que era requisito en la generalidad de los actos jurídicos, de contenido patrimonial o no[1].

Con estos antecedentes, en nuestro comentario al inciso 2 del artículo 140, reiterando que la noción del objeto es sumamente compleja y debatible, la hemos planteado partiendo de una contraposición entre sujeto y objeto, pues todo lo que no es sujeto es objeto, y que el objeto puede ser material como inmaterial, según pueda ser percibido por los sentidos o solo intelectualmente. Nuestra conceptuación del objeto lo refiere a lo inmaterial, a lo que solo puede ser percibido sensorialmente, por lo que hemos dejado expuesto que el concepto de objeto está referido a los derechos y deberes u obligaciones que origina todo acto jurídico y que se integran a la relación jurídica a la que se da creación, o de los que resulten de la regulación o modificación de la relación jurídica ya creada, o los que fenecen con la relación jurídica que se extingue[2].

Max Arias Schreiber, que fue el ponente de la norma ante la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, ha expuesto que, conceptualmente, fue necesario incorporar en el ordenamiento civil de 1984 el articulado sobre el objeto del contrato[3].

Explicó Arias Schreiber, en su Exposición de Motivos, que doctrinariamente existen hasta dos posiciones. La primera y tradicional, que sostiene que el objeto del contrato es la prestación o prestaciones que emanan del contrato celebrado, las que consisten en un dar, en un hacer o en un no hacer. Para la corriente moderna, sostuvo, el objeto del contrato es la creación, regulación, modificación o extinción de las obligaciones, las que tienen, además, su propio objeto, separable y distinto, que se expresa en la prestación en que la obligación consiste y que puede estar determinada por un dar, un hacer o un no hacer. Enfatizó el ponente de la norma, por eso, que tiene importancia la distinción entre el objeto del contrato, que es la obligación que se genera, del objeto de la obligación, pues con arreglo a la posición tradicional el objeto de la obligación estaba vinculado a los bienes sobre los cuales incidía la obligación y, así, por ejemplo, en el contrato de compraventa, el inmueble o mueble que se transfiere era el objeto del contrato. Pero esta noción del objeto no es la adoptada por el Código Civil vigente, pues en él está dirigida a la obligación misma y, así, en el mismo ejemplo, en el contrato de compraventa, el objeto del contrato es la obligación de transferir el bien que asume el vendedor y la de pagar el precio que asume el comprador, mas no la prestación que consiste, para el vendedor, en dar el bien, y, para el comprador, en dar la suma de dinero pactada como precio.

El propio Arias Schreiber hizo posteriormente un desarrollo mayor en cuanto a la explicación del objeto del contrato[4], desarrollando un criterio compartido por Manuel De la Puente[5].

Como puede apreciarse de los antecedentes expuestos, a la posición tradicional adhirió el Código del siglo XIX, mientras que la moderna es la asumida por el Código en vigencia, en el que la noción del objeto del contrato debe entenderse referida a la obligación y no a la

(1) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 1997, pp. 55 y 56.
(2) Ibídem, p. 120 y ss.
(3) En: REVOREDO, Delia. (Compiladora). *Código Civil peruano. Exposición de Motivos y comentarios*. Tomo VI. Okura, Lima, 1985, pp. 61 y 62.
(4) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 169 y ss.
(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 271 y ss.

prestación en la que la obligación consiste y que puede estar determinada por un bien, un servicio o una abstención, que implican un dar, un hacer y un no hacer.

No obstante, nosotros estamos con la posición que asumió el codificador de 1936 y que desarrolló el maestro León Barandiarán, pues la noción de objeto del contrato está consustancialmente ligada a la del acto jurídico, desde que todo contrato es, ineluctablemente, un acto jurídico. Como lo hemos dejado expuesto líneas arriba, el objeto del acto jurídico está determinado por los derechos, deberes u obligaciones que se integran a la relación jurídica que se crea, regula o modifica, así como los que se extinguen con el fenecimiento de la relación jurídica.

Con esta premisa, pasamos a hacer la exégesis del articulado sobre el objeto del contrato.

2. Comentario al artículo 1402

Como ya lo hemos advertido, la norma no tiene antecedente en nuestra codificación civil más allá de las referencias que hizo el Código de 1852. Plantea una noción de lo que debe entenderse por el objeto del contrato y lo refiere exclusivamente a las obligaciones que genera por ser su fuente voluntaria.

El contrato, por ser un genuino acto o negocio jurídico, está destinado a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, que viene a ser la relación contractual, a la que se han integrado las obligaciones generadas por el contrato. Esta misma relación contractual es susceptible de regularse, modificarse o extinguirse por voluntad de las partes, lo que acarrea, además de la creación de las obligaciones, su regulación, modificación o extinción.

Se discute si la norma bajo comentario se justifica, como también la del artículo 1351 que explica el contrato como un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en razón de la noción de acto jurídico contenida en el artículo 140, el que además establece el objeto como uno de sus requisitos de validez. Nuestra posición al respecto radica en que siendo el contrato un acto jurídico, era suficiente la noción del artículo 140, y en que, siendo el concepto de objeto sumamente intrincado y difícil, su significado establecido por la doctrina debía ser informante respecto del contrato, pues siendo un requisito de validez del acto jurídico lo era también del contrato.

Max Arias Schreiber sostiene, sin embargo, que no hay redundancia en el artículo 1402 como tampoco lo hay en el artículo 1351, y que el artículo 1402 es particularmente útil y necesario[6], opinión que comparte Manuel de la Puente[7].

DOCTRINA

APARICIO, Juan Manuel. El objeto del contrato. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica, Lima, 1995. BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967. BUERES, Alberto. Objeto del acto jurídico. Hammurabi, Buenos Aires, 1986. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Comisión creada por Decreto Supremo de 22 de agosto de 1922. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil (1852). Anotado y concordado. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905. DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1975. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú,

(6) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., pp. 175 y 176.

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 285 y ss.

Lima, 1991. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil (1936). Anotado. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia. Lima, 1982. LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979. OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. REVOREDO, Delia (compiladora) Código Civil peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Características de los contratos

El contrato, en tanto negocio jurídico, es un instrumento de ejercicio de la autonomía privada, es decir, un instrumento por medio del cual las partes establecerán las reglas que permitirán la satisfacción de sus intereses, pero hay que precisar que el único género de relaciones sobre las cuales el contrato incide (constituyéndolas, regulándolas, extinguiéndolas), es el de las relaciones jurídicas patrimoniales. Los rasgos característicos son: (i) la presencia de un acuerdo, entendido este no como la coincidencia de voluntades (internas) sino como la coincidencia de declaraciones de voluntad: oferta y aceptación; (ii) la presencia de dos o más partes, entendidas estas no como personas sino como centros de intereses; y (iii) la presencia de una finalidad consistente en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (Cas. Nº 4442-2015-Moquegua. IX Pleno Casatorio. Considerandos 3 y 4).

Licitud de la obligación y posibilidad de la prestación

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.***

Concordancias:
C. art. 2 inc. 14); C.C. arts. 140, 219, 1138, 1148, 1158, 1354, 1404

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma tampoco tiene antecedente en nuestra codificación civil y distingue la obligación de la prestación en que ella consiste, señalando las características que deben tener una y otra.

La obligación, como precisa la norma bajo comentario, debe ser lícita, esto es, guardar conformidad con el ordenamiento legal, lo que es indicativo de que el contrato no debe contravenir el ordenamiento jurídico. La conformidad con el ordenamiento jurídico determina que el contrato no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres y que su contenido normativo no contravenga normas imperativas.

Como puede apreciarse, el requisito de la licitud de la obligación como objeto del contrato se aparta de las características del objeto como requisito de validez del acto jurídico, que prescribe el inciso 2 del artículo 140, y lo hace coincidir con el de la finalidad lícita que como requisito de validez prescribe el inciso 3 del mismo artículo, y que no es otra que el propósito perseguido por los celebrantes del acto jurídico.

Es evidente, entonces, a mi juicio, que se afecta la unidad conceptual entre el objeto del acto jurídico y el objeto del contrato. El Código, al introducir la causa o finalidad lícita como requisito de validez del acto jurídico, le dio mayor precisión al significado de objeto, persiguiendo una mayor univocidad para un concepto, de suyo, intrincado y complejo y que no ha sido seguido por el articulado del Código en la materia que ahora nos ocupa. En el acto jurídico, su finalidad lícita será apreciada luego de objetivarse la voluntad mediante su manifestación o conducta expresiva. El objeto, como no se expresa por sí mismo, no puede ser lícito ni ilícito.

En el contrato, cuyo objeto es crear, o regular, modificar o extinguir a las obligaciones ya creadas, que se integran o están ya integradas a la relación jurídica de naturaleza contractual, el objeto, que tiene como requisito la licitud, aparece confundido con la finalidad, pues la calificación de licitud o de ilicitud solo será posible luego del consentimiento de las partes para celebrarlo.

La doctrina nacional se ha percatado de esta ruptura de la unidad conceptual. Manuel De la Puente ha sido explícito respecto de ella[1].

Ahora bien, la norma bajo comentario, en su segundo párrafo, prescribe los requisitos de la prestación en que consiste la obligación y requiere que deba ser posible, posibilidad que debemos entender en lo físico y en lo jurídico. Aun cuando parece separar la prestación del bien, la interpretación debe ser en el sentido de que el bien es el objeto de la prestación y, en consecuencia, ambos, la prestación y el bien, deben ser posibles. La norma es diminuta,

(1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Tomo III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 326 y ss.

porque también el hacer y el no hacer son objeto de la prestación y, en consecuencia, el servicio y la abstención deben ser posibles.

La posibilidad debe ser física y jurídica. La posibilidad física está referida a la existencia o a la factibilidad de existir, con arreglo a las leyes de la naturaleza, esto es, que el bien que es objeto de la prestación exista o tenga posibilidad de existir, como cuando se adquiere una parte de un edificio que aún no ha sido construido. La posibilidad jurídica está referida al ordenamiento jurídico, es decir, no solo al legal, por lo que prestación, si consiste en un dar, que el objeto sea susceptible de tráfico o de negociación, esto es, no tratarse de un bien *extra commerci,* y si consiste en un hacer o en un no hacer, que el servicio o la abstención no contravengan el ordenamiento jurídico y no solo al legal.

Siendo, entonces, la prestación el objeto de la obligación en la posición adoptada por el Código Civil vigente y consistiendo en un dar, un hacer o un no hacer, el requisito de la posibilidad física y jurídica no presenta las dificultades que hemos dejado señaladas al tratar del objeto del contrato.

DOCTRINA

APARICIO, Juan Manuel. El objeto del contrato. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica, Lima, 1995. BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967. BUERES, Alberto. Objeto del acto jurídico. Hammurabi, Buenos Aires, 1986. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Comisión creada por Decreto Supremo de 22 de agosto de 1922. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil (1852). Anotado y concordado. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905. DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1975. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil (1936). Anotado. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia. Lima, 1982. LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979. OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. REVOREDO, Delia (compiladora) Código Civil peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

Contratos sujetos a condición o a plazo suspensivo

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.***

Concordancias:
C. art. 2 inc. 14); C.C. arts. 171, 178, 179, 182, 183, 184, 1354, 1403

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

Como las anteriores, la norma no tiene tampoco antecedentes en nuestra codificación civil. Según se ha explicado en la Exposición de Motivos, se inspira en el principio de conservación del contrato[1].

La condición y el plazo son dos modalidades del acto jurídico que el codificador ha llevado a la normativa de los contratos. Como se sabe, el acto jurídico sometido a una condición suspensiva o a un plazo suspensivo, es un acto jurídico válidamente celebrado, pero ineficaz, hasta tanto se cumpla la condición o se venza el plazo. Pero la normativa del acto jurídico no ha establecido la oportunidad en la que el hecho ilícito, o física o jurídicamente imposible, pactado como condición, deba ser apreciado para la invalidez del acto, esto es, la oportunidad de la calificación de la condición suspensiva como impropia, que según el artículo 171, primer párrafo, produce la invalidez del acto. Como el plazo es un hecho de necesaria realización que está inmerso en el decurso del tiempo, el Código no tiene norma sobre el particular.

Como puede apreciarse, la norma bajo comentario ha previsto que la ilicitud de la obligación o la imposibilidad de la prestación, cuando se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva o a plazo suspensivo, se aprecien al cumplirse la condición o al vencerse el plazo.

La norma ha recibido el beneplácito de la doctrina nacional en cuanto favorece al contrato, pues ha llegado a considerar que la obligación ilícita o la prestación imposible no determinen necesariamente su nulidad, pues si devienen en lícita la obligación o en posible la prestación al cumplimiento de la condición o al vencimiento del plazo, el contrato surte plenamente sus efectos.

DOCTRINA

APARICIO, Juan Manuel. El objeto del contrato. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica, Lima, 1995. BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967. BUERES, Alberto. Objeto del acto jurídico. Hammurabi, Buenos Aires, 1986. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Comisión creada por Decreto Supremo de 22 de agosto de 1922. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil (1852). Anotado y concordado. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905. DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1975. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil (1936). Anotado. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia. Lima, 1982. LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979. OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. REVOREDO, Delia (compiladora) Código Civil Peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

(1) REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil peruano. Exposición de Motivos y comentarios.* Tomo VI. Okura, Lima, 1985, p. 64.

Nulidad del contrato sobre derecho de suceder

Artículo 1405.- ***Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.***

Concordancias:
C.C. arts. 219 inc. 7), 678

AUGUSTO FERRERO COSTA

Nuestro ordenamiento autoriza la sucesión testamentaria, la sucesión intestada y la sucesión mixta. La sucesión contractual se encuentra expresamente prohibida en nuestra legislación. A ello se refiere el artículo bajo comentario, que es concordante con lo dispuesto en el artículo 678, que señala que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura, y con lo que estatuye el artículo 814, que declara nulo al testamento otorgado en común por dos o más personas.

Como destaca Binder: "la vinculación del causante en su disposición, que produce el contrato sucesorio, se exterioriza en el hecho de no tener luego facultad dicho causante para suprimirla unilateralmente, de modo que no puede otorgar ninguna posterior disposición a causa de muerte en cuanto pueda perjudicar el derecho del heredero contractual".

La sucesión contractual es admitida tan solo parcialmente en algunas legislaciones, como la alemana, la suiza y la escandinava. Comporta tres pactos:

a) *De constitución:* Por el cual el causante pacta con un tercero a fin de dejarle todo o parte de su patrimonio como herencia. Se le conoce también con el nombre de pacto de institución.

b) *De renuncia:* Por el cual un heredero pacta con otro renunciando a la herencia de una persona con vida, comprometiéndose a abstenerse de ejercer los derechos que le correspondan, beneficiando en esta forma al otro heredero que recibirá la parte que a aquel le hubiera correspondido.

c) *De disposición:* Por el cual una persona pacta con un tercero, transfiriéndole los derechos respectivos que tendrá en una determinada sucesión.

Puede observarse que en el primer contrato intervienen el causante y un tercero; en el segundo, dos herederos; y en el tercero, un heredero y un tercero. El Código Civil alemán admite solamente el primer pacto al declarar el segundo párrafo de su artículo 2278 que: "Otras disposiciones que instituciones de herencia, legados y modos no pueden ser adoptadas contractualmente". El Código Civil suizo, en su artículo 495, autoriza al disponente a estipular con su propio heredero un contrato de renuncia o de fines hereditarios.

Estos pactos han sido negados en la mayoría de legislaciones y por la doctrina, tanto por fundamentaciones de índole moral como jurídicas. Como puede apreciarse claramente, es contrario a los principios rectores de la moral hacer estipulaciones sobre el patrimonio de una persona con vida, teniendo como fin el fallecimiento de esta. Además, siendo la gratuidad el elemento esencial de la sucesión, evidentemente este no se encuentra presente en la sucesión contractual, la cual es fundamentalmente onerosa. La Revolución Francesa repudió los pactos contractuales, permaneciendo los redactores del Código fieles al espíritu de la Revolución.

Somos de opinión que deben considerarse como casos de sucesión contractual tanto los pactos directos como indirectos. No obstante, en el caso de una persona que al constituir una

sociedad conviene con sus socios en que si uno fallece, el capital y las utilidades que correspondieren al difunto pasarán a los socios sobrevivientes, una vez satisfecha la legítima de los herederos forzosos, la Cámara Civil de la Capital en Argentina ha declarado la validez y eficacia de tal pacto; solución que aprueba Fornieles. Nosotros pensamos que una declaración como ella solo sería aceptable si fuera deferida en un testamento dentro de la facultad de libre disposición, cumpliéndose con las formalidades del legado.

Por otro lado, pensamos que la existencia de esta sucesión crearía incertidumbre jurídica, por cuanto es al momento del fallecimiento de una persona que se configura la condición de los herederos y lo que les corresponde recibir, pudiendo variar sustancialmente ambas situaciones desde el momento del pacto hasta el momento del fallecimiento del causante.

Andrés Bello se refirió a ellos como disposiciones captatorias, declarando en el artículo 1059 del Código Civil de Chile que no valdrán, entendiéndose "por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos".

García Herreros defiende ardorosamente la sucesión contractual, señalando que a pesar de la prohibición general en el ordenamiento español, su Código reconoce explícitamente algunas excepciones; a saber:

a) El testador puede encomendar por actos intervivos o *mortis causa,* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos (artículo 1057).

b) Podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado (artículo 831).

c) Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o sea onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar (artículo 825).

d) El artículo 1315, que establece la libertad en cuanto a la constitución de las capitulaciones matrimoniales, en las que se estipularán las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros.

e) El artículo 177, que establece que el adoptante puede obligarse en la escritura de adopción a instituir heredero al adoptado.

   En relación a la adopción, esta puede constituir una forma legal de sucesión contractual, pues se trata de un acto jurídico que crea parentesco, generando por tanto derechos sucesorios. En el Perú, en el siglo pasado, siguiendo una corriente importante de juristas franceses e italianos, Chacaltana esgrimió esta razón para justificar la necesidad de la abrogación de la adopción. Estudiando el Derecho germánico, Loewenwarter explica que la adopción fue el comienzo del pacto sucesorio.

Castillejo y Duarte considera que decir que el sistema contractual de sucesiones es ilícito porque nadie puede disponer de los bienes y derechos que no se encuentran todavía en su patrimonio, es sencillamente una puerilidad. Expresa que en todas las legislaciones encontramos la posibilidad de que las llamadas cosas futuras sean objeto de ciertas relaciones contractuales.

Finalmente, anota que los contratos de sucesión significan una renuncia al derecho de disponer por testamento al igual que ciertos actos intervivos, como la compraventa y la donación.

DOCTRINA

BINDER, Julios. Derecho de Sucesiones. Traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por José Luis Lacruz Berdejo. Barcelona, Editorial Labor, 1953; CASTILLEJO Y DUARTE, José. La forma contractual en el Derecho de Sucesiones. Madrid, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, 1902; CHACALTANA, Cesáreo. Derecho Civil común. Primer Curso. Lima, E. Moreno Editor, 1897; FORNIELES, Salvador. Tratado de las Sucesiones. Tomo I, cuarta edición. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958; GARCÍA HERREROS, Enrique. La sucesión contractual. Madrid, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, 1902; LOEWENWARTER, Víctor. Derecho Civil alemán. Código Civil alemán. Tomo III: De los Derechos de Familia y de Sucesión. Santiago, Prensas de la Universidad de Chile, 1936.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Nulidad del contrato celebrado sobre el derecho a suceder

*No hay otras formas de transmitir la herencia sino por ley o por testamento; no se le puede diferir por otro acto jurídico como el contrato por ejemplo; así el Código Civil excluye esta posibilidad en el artículo 1405 cuando dice: "Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora" (**Resolución N° 238-2017-SUNARP-TR-T**).*

Nulidad del contrato por el que se dispone de patrimonio futuro

Artículo 1406.- *Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.*

Concordancias:
C.C. arts. 1409 inc. 1), 1534

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma no tiene antecedente en nuestra codificación civil y constituye una innovación inspirada en el artículo 310 del Código alemán.

La prohibición está referida a disponer contractualmente de la totalidad de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro o de una parte sustancial, sancionándose con nulidad la contravención de la norma prohibitiva. En la Exposición de Motivos, Max Arias Schreiber ha hecho la salvedad de que no se opone a la venta de bienes futuros, de la que se ocupa el inciso 1 del artículo 1409[1].

La *ratio legis* se ha explicado en la necesidad de evitar especulaciones sumamente riesgosas y en la defensa del patrimonio futuro de una persona. Pero la norma es imprecisa y diminuta, por cuanto, respecto a la "parte sustancial de los bienes", no ha establecido pauta alguna para su determinación, por lo que debemos entenderla como la parte más importante de los bienes que se adquieran en el futuro.

DOCTRINA

APARICIO, Juan Manuel. El objeto del contrato. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica, Lima, 1995. BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967. BUERES, Alberto. Objeto del acto jurídico. Hammurabi, Buenos Aires, 1986. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Comisión creada por Decreto Supremo de 22 de agosto de 1922. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil (1852). Anotado y concordado. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905. DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1975. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil (1936). Anotado. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia. Lima, 1982. LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979. OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. REVOREDO, Delia (compiladora) Código Civil peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

(1) En: REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*, Tomo VI. Okura, Lima, 1985; pp. 65 y 66.

Determinación del objeto librada al arbitrio equitativo

Artículo 1407.- ***Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.***

Concordancias:
C.C. arts. 1144, 1408, 1544

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma tampoco tiene antecedentes en nuestra codificación civil y está inspirada en el artículo 1349 del Código Civil italiano, como lo ha precisado Max Arias Schreiber[1], quien además la encuentra confusa, en opinión compartida con Manuel De la Puente[2]. La confusión la inspira, precisamente, la norma inspiradora, pues para nuestro vigente Código Civil el objeto del contrato es la obligación, mientras que para el Código italiano es la prestación[3].

La norma debe ser interpretada, entonces, no referida a la determinación de la obligación sino a la determinación de la prestación. La obligación, que es el objeto del contrato, está en su esencia misma, ya que se genera por la autonomía de la voluntad de quienes lo celebran, por lo que son las partes las que dan origen a la obligación y lo que pueden deferir a un tercero es que determine la prestación en que consiste la obligación.

La misma autonomía de la voluntad puede conducir a las partes a encomendarle a un tercero que haga la determinación, pero sin remitirse a su mero arbitrio, caso en el cual el tercero deberá hacer la determinación con sentido de equidad.

Como el tercero, que viene a ser un arbitrador, no actúa a su arbitrio, sino que debe hacerlo con sentido de equidad, aun cuando el numeral bajo comentario no lo haya explicitado, es obvio que la parte que no quede satisfecha con la determinación de la prestación podrá impugnarla y recurrir al órgano jurisdiccional.

DOCTRINA

APARICIO, Juan Manuel. El objeto del contrato. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica, Lima, 1995. BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967. BUERES, Alberto. Objeto del acto jurídico. Hammurabi, Buenos Aires, 1986. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Comisión creada por Decreto Supremo de 22 de agosto de 1922. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil (1852). Anotado y concordado. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905. DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1975. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil (1936). Anotado. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia. Lima, 1982. LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979. OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. REVOREDO, Delia (compiladora). Código Civil peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

(1) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 179.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, pp. 378-379.

(3) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 443.

Determinación del objeto librada al mero arbitrio

Artículo 1408.- ***La determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe.***

Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.

Concordancias:
C.C. arts. 219 inc. 7), 1407, 1544

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma, que tampoco tiene antecedente en nuestra codificación civil, es una consecuencia necesaria de la anterior, pues en esta se trata de deferir la determinación de la prestación, no de la obligación, al mero arbitrio de un tercero.

El mero arbitrio supone que el tercero proceda a la determinación según su leal saber y entender, y sin más consideraciones. Las partes han confiado plenamente en el arbitrador y se han obligado a acatar su decisión. Por ello, la determinación es inimpugnable, salvo que el arbitrador haya obrado de mala fe, es decir, no haya obrado conforme a su leal saber y entender.

Aun cuando ya hemos dejado precisado que se trata de la determinación de la prestación y no de la obligación, que es el objeto del contrato, el incumplimiento del tercero y la falta de acuerdo para nombrar a otro arbitrador acarrean la nulidad del contrato. Pero la nulidad no la genera la falta de objeto del contrato, pues la obligación existe, si no la genera la misma norma, de conformidad con el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil.

DOCTRINA

APARICIO, Juan Manuel. El objeto del contrato. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2000. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Gaceta Jurídica, Lima, 1995. BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967. BUERES, Alberto. Objeto del acto jurídico. Hammurabi, Buenos Aires, 1986. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Comisión creada por Decreto Supremo de 22 de agosto de 1922. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil (1852). Anotado y concordado. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905. DE COSSIO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1975. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil (1936). Anotado. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia. Lima, 1982. LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979. OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. REVOREDO, Delia (compiladora) Código Civil peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima, 1985. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

Contratos sobre bienes futuros, ajenos, afectados en garantía, embargados y litigiosos

Artículo 1409.- *La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:*

1.- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

Concordancias:
C.C. arts. 1410, 1470, 1532, 1534, 1537, 1539, 1540, 1541

Cumplimiento de los contratos sobre bienes futuros y la esperanza incierta

Artículo 1410.- *Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.*

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley.

Concordancias:
C.C. arts. 1219, 1409, 1534, 1535

Mario Castillo Freyre(*)

Los artículos 1409 y 1410 del Código Civil se encargan de regular el tema de los contratos sobre bienes futuros, ajenos, afectados en garantía, embargados y litigiosos.

1. Los contratos sobre bienes futuros

1.1. Generalidades y precisiones necesarias

El Código Civil peruano de 1984 establece de manera expresa, dentro del Título III de la sección relativa a los contratos en general, es decir, en lo que respecta al objeto del contrato, en su artículo 1409, inciso 1), que el objeto de la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Vale decir, aparentemente, en el planteamiento inicial, el Código peruano estaría considerando dos conceptos distintos: uno, el referido a los bienes futuros propiamente dichos; y otro, relativo a la esperanza incierta de que aquellos existan.

Esta opinión es reforzada cuando damos lectura al primer párrafo del artículo 1410 del mencionado Código: "Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la

(*) Agradezco a Cecilia Portilla Franco por su colaboración en adecuar mis doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio". Del artículo que acabamos de citar también resulta apreciable, muy claramente, la distinción que el Código peruano efectúa entre el concepto de *bienes futuros* y el de *la esperanza incierta de que existan dichos bienes futuros.*

Sin embargo, aquello no equivale a decir que el Código considere los dos conceptos relativos a objetos distintos del contrato de compraventa, ya que si efectuamos una lectura más detenida de ambos, podríamos llegar a una provisoria impresión en el sentido de que el objeto de la prestación del vendedor en ambos contratos son los bienes futuros, ya que el propio Código, al señalar que en un supuesto, dicho objeto son los bienes futuros, y en el otro, se refiere a la esperanza incierta de que existan dichos bienes futuros, está, implícitamente, admitiendo que en el segundo de ellos el objeto del contrato son dichos bienes futuros, y que lo que difiere del primero es la modalidad en que se ha contratado sobre ellos.

Otra de las distinciones que deseamos hacer es aquella que considera a la *emptio rei speratae* como el contrato que versa sobre los bienes que se espera existan, y que la compraventa de la llamada *emptio spei* o esperanza incierta, es aquel contrato que versa sobre bienes sobre los cuales no se tiene la certeza de que existirán.

Nada más falso y erróneo, ya que cuando estamos frente a supuestos de bienes futuros, de bienes que no existen (no necesariamente en el aspecto físico, sino como han sido considerados para el contrato), nunca podremos tener la certeza de que estos existirán, es decir, de que llegarán a tener existencia, pues esta venida a existencia puede llegar a frustrarse por efectos de cualquier evento que esté o no en las manos del hombre.

Como veremos, lo que distingue a la primera de la segunda de las modalidades de contratación sobre bienes futuros es, precisamente, el hecho de que en el primer caso estamos ante un contrato conmutativo, es decir, que solo producirá sus efectos cuando el bien llegue a tener existencia, lo que no implica que la llegue a tener (si no la tuviera, nunca producirá efectos, ya que nunca se habrá producido la condición suspensiva a la que está sujeto), y el segundo supuesto es uno de compraventa pura y simple, que surtirá sus efectos, llegue o no llegue a tener existencia el bien, caso –el de esta última modalidad– en el que tampoco se sabrá si es que el bien existirá o no. Consideramos que estos conceptos de-sarticulan aquellos de cosa esperada y esperanza incierta.

No obstante, y para distinguir ambas modalidades de contratación sobre bienes futuros, en la práctica se suele denominar el contrato aleatorio de compraventa de bienes futuros como *compraventa de esperanza incierta*, por la fuerza de la costumbre, mas no por la del rigor jurídico.

Sin embargo, resulta necesario subrayar lo anotado por Manuel De la Puente y Lavalle (p. 49), quien manifiesta que es indispensable que en el contrato se exprese la inexistencia actual del bien y la posibilidad de que cobre existencia. De la Puente piensa que en esta hipótesis el contrato, a semejanza de lo que ocurre en la venta de bien ajeno, sería rescindible solo a solicitud del comprador debido al mayor riesgo que existe en adquirir el bien dada su futuridad, desde que es necesario contemplar la eventualidad de que el comprador pueda continuar interesado en la adquisición del bien aun cuando este sea futuro.

Dentro de una perspectiva novedosa y muy interesante sobre el tema podríamos citar la opinión de María Isabel Vásquez Villacorta (pp. 14-23), para quien la futuridad de un contrato puede referirse tanto a los objetos autónomos de derechos de goce como a situaciones jurídicas en concreto, que se realizarán o concretarán *a posteriori.*

En ese sentido, anota que son dos las formas a través de las cuales se pueden celebrar contratos futuros o a futuro:

a) Que uno contrate respecto de un bien actualmente inexistente, pero susceptible de llegar a existir. Contratos respecto de bienes que aun cuando no ofrecen existencia real, la tienen en potencia.

b) Cuando uno conviene en preparar y asegurar situaciones jurídicas para el futuro, comprometiendo a las partes a la formalización o ejecución de un contrato posterior; cumpliendo una función de garantía o aseguramiento contractual. Es el caso de los contratos preparatorios.

En cuanto al primer punto, cuando las partes se ponen de acuerdo en contratar sobre un bien futuro y en que la prestación sea ejecutada cuando el bien exista, desaparece todo inconveniente al respecto.

Lo trascendental en un contrato sobre bienes futuros es que debe haber la posibilidad razonable de que el bien llegue a existir, o sea que el bien sea susceptible de tener existencia. En ese sentido, atendiendo a la posibilidad de existencia de dichos bienes, se pueden apreciar dos tipos de contratación sobre los mismos, según que el contrato sea válido aunque el bien no llegue a existir (las denominadas *emptio rei speratae* o venta de cosa esperada y *emptio spei* o venta de una expectativa, esperanza o chance).

En cuanto a aquellos contratos por los que las partes quedan obligadas a celebrar en el futuro un nuevo contrato, denominado definitivo o principal, apunta Vásquez Villacorta que la futuridad está dada en la celebración del contrato definitivo; y, utilizando las palabras de Manuel De la Puente y Lavalle (p. 32), agrega que los contratos preparatorio y definitivo no pueden darse simultáneamente, ya que en tal caso, el contrato preparatorio carecería de razón de ser; sin embargo, la necesaria futuridad del contrato definitivo no puede durar indefinidamente; así, junto a la idea de futuridad está en juego la de transitoriedad, entendida en el sentido de temporalidad racional y breve.

En el capítulo segundo del título relativo al contrato de compraventa, el Código Civil peruano de 1984 incluye tres normas: los artículos 1534, 1535 y 1536 en los que se hace mención a los bienes futuros.

Vale decir que el Código Civil peruano, siguiendo una tendencia legislativa mayoritaria, regula la contratación sobre bienes futuros en la parte general de los contratos y en la parte relativa al contrato de compraventa.

La contratación sobre bienes futuros y, en especial, la compraventa de bien futuro han sido admitidas desde el Derecho Romano, e invariablemente en el proceso codificador de los siglos XIX y XX. Creemos interesante apuntar que autores de las más diversas épocas han opinado favorablemente respecto de la contratación sobre bienes futuros en general (comprendiendo, para estos efectos, dentro de los bienes futuros a la llamada *esperanza incierta de que existan).*

1.2. Deslinde doctrinal entre la denominada compraventa de bien futuro y la llamada compraventa de esperanza incierta

A pesar de que el ámbito de la contratación sobre bienes futuros rebasa al contrato de compraventa, no cabe duda de que este contrato es aquel donde se han desarrollado las doctrinas en torno a la contratación sobre bienes futuros. Dentro de tal orden de ideas, debemos abordar el problema previo de si cuando estamos hablando de la compraventa de esperanza

incierta o *emptio spei,* lo estamos haciendo respecto de un contrato de compraventa de bien futuro o no. En realidad, lo que interesa es ver si el contrato de compraventa moderno tiene la suficiente elasticidad como para comprender en su seno una modalidad de elevado grado de aleatoriedad sin que dicho contrato se desvirtúe.

Por un lado, señala Rogel Vide (pp. 85 y ss.) "que existen determinados obstáculos, que Rubino considera insalvables, para incluir a la *emptio spei* dentro de la compraventa de cosa futura. En primer lugar, si la compraventa tiene por objeto un derecho, ¿cómo podría admitirse que el contrato está completo cuando no existe el objeto, el derecho que ha de transferirse? Se responde que el objeto existe ya y es la *spes*, el álea. No resulta convincente tal argumentación. En segundo lugar, y por su propia naturaleza, la compraventa es un contrato conmutativo".

Expresa que "en consecuencia, y para el sector doctrinal que Rubino representa, la *emptio spei* no puede configurarse como venta de cosa futura con cláusula aleatoria, constituyendo un contrato aleatorio con perfiles propios e independientes".

Por otro lado, contrapuesta con esta posición está aquella que considera que la compraventa de cosa futura es una figura unitaria y que resulta inútil la distinción tradicional entre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*. Según Rogel (pp. 85 y ss.), en opinión de Provenza, tal postura parte sobre la base de que "los contratantes toman en consideración a la cosa y la hacen objeto de la venta, en cuanto ha de tener existencia, el contrato solamente será eficaz si las partes hubiesen querido concluir un contrato aleatorio. Se daría entonces una cláusula añadida, un pacto que se suma –por voluntad de las partes– al contrato de compraventa y en virtud del cual el comprador se obliga a pagar el precio aun cuando falte la cosa futura".

En opinión nuestra, el Código Civil peruano sí distingue ambas figuras contractuales, por lo que deberíamos desechar la teoría que considera a los dos supuestos como una figura unitaria.

Pero esto no quiere decir, a nuestro entender, que en el caso de la *emptio rei speratae* el objeto de la prestación del vendedor sea un bien futuro y en el caso de la *emptio spei* sea algo distinto. Consideramos que ambos supuestos recaen sobre bienes futuros. Sin embargo, resulta indispensable anotar, en términos de Rogel Vide (p. 136) –que compartimos plenamente– la distinción fundamental entre ambos:

"Cuando yo compro la cosecha futura de un fundo, como cuando quiero adquirir los peces que caerán en las redes de Ticio (sean muchos, pocos o ninguno), invariablemente pago porque pretendo adquirir la propiedad de dichos bienes. Es así que por cuanto se refiere al objeto, no existe diferencia alguna entre ambas especies de compraventa de cosa futura.

Por consiguiente, han de considerarse incorrectas las teorías según las cuales la *emptio spei* se distingue nítidamente de la compraventa de cosa futura, en cuanto venta de cosa presente cuyo objeto idóneo viene identificado unas veces con el álea, otras con la esperanza y otras más con la actividad del vendedor o con la garantía del comprador".

2. Los contratos sobre bienes ajenos

El Código Civil peruano de 1936 solo se refería al tema de los bienes ajenos al legislar sobre el contrato de compraventa. Sin embargo, considerando que no existe motivo para no generalizar este concepto, el Código Civil de 1984 decidió establecer expresamente entre las disposiciones relativas al objeto del contrato en general, que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos, norma que consideramos

sumamente acertada, debido a que pone de manifiesto que los contratos en general –y no exclusivamente el contrato de compraventa– pueden versar sobre bienes ajenos.

Y es que fue posible otorgar a este precepto carácter general para todos los contratos, debido a que el artículo 1402 del actual Código establece que el objeto del contrato consiste en crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones.

Por ello, como anota Manuel De la Puente y Lavalle, es connatural a la contratación sobre bien ajeno la existencia de un plazo suspensivo inicial, computado a partir de la celebración del contrato, que permita al obligado adquirir la propiedad del bien, a fin de que este deje de ser ajeno, y pueda cumplir su obligación dando un bien propio.

2.1. Tipos de contratos sobre bienes ajenos

Cuando la doctrina aborda este tema, usualmente lo hace centrándose en la venta de bien ajeno. Consideramos que aquella suele ser una visión un tanto limitada del problema, dado que, además del contrato de compraventa, existen otros contratos que pueden versar sobre bienes ajenos. Entre ellos podemos citar los siguientes:

a) **El contrato de suministro.-** De conformidad con el artículo 1604, por el suministro el suministrante se obliga a entregar bienes en propiedad, uso o goce, de manera continuada o periódica.

   El suministro de bienes ajenos supone, por consiguiente, que el suministrante adquiera con posterioridad a la celebración del contrato, el título sobre los bienes que le permita entregarlos a nombre propio y como titular del derecho, transfiriendo la propiedad o cediendo el uso o el goce de los mismos.

b) **El contrato de arrendamiento.-** Según el artículo 1666 del Código Civil, por el arrendamiento, el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado, en el plazo, lugar y estado convenidos (argumento del artículo 1678). Es posible que el arrendador se obligue a ceder el uso de un bien ajeno, pero para ello será necesario que previamente a la ejecución de la obligación, el arrendador adquiera la disponibilidad de la cesión a fin de que pueda ejecutar –debidamente legitimado– la prestación de dar (entregar).

c) **Contrato de comodato.-** En virtud de este contrato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo y luego lo devuelva. De manera tal que el comodante se obliga, en primer término, a entregar el bien al comodatario, y además a cederle su uso por un periodo determinado. Por lo tanto, tratándose de bienes ajenos, el comodante debe adquirir previamente estos títulos para actuar frente al comodatario como titular no solo del derecho de entregar legítimamente el bien, sino también del derecho de ceder su uso.

d) **Contrato de renta vitalicia.-** El artículo 1923 del Código dispone que por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados. Dado que el obligado a entregar los bienes que constituyen la renta debe tener la disponibilidad de los mismos, cabe que esta obligación la adquiera respecto de bienes que son ajenos en el momento de celebrar el contrato.

e) **Contrato de depósito.**- De conformidad con lo establecido en el artículo 1814 del Código Civil, por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

En este contrato, el depositario no asume la obligación de entrega de un bien ajeno como si fuera propio, sino que asume la obligación de prestar un servicio: custodiar el bien ajeno y devolverlo (se trata de una obligación de hacer), por lo cual este contrato quedaría fuera del ámbito de los contratos sobre bienes ajenos.

f) **Contrato de permuta.**- Dada su similitud con el contrato de compraventa, y estando a lo dispuesto por el artículo 1603, serán aplicables a la permuta las normas relativas al contrato de compraventa –en este caso, las normas referidas a la venta de bien ajeno–, pues resultará posible que la permuta verse sobre bienes ajenos.

g) **Contrato de donación.**- Considerando que por medio de la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien, le son aplicables *mutatis mutandis* las consideraciones sobre el contrato de compraventa; esto significa que la donación también puede versar sobre bienes ajenos.

h) **Mutuo.**- En virtud de este contrato el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, en propiedad (argumento del artículo 1654 del Código Civil). Pero, por tratarse de bienes fácilmente intercambiables, difícilmente resultarán aplicables a este caso las doctrinas y teorías relativas a la venta de bien ajeno y a la contratación sobre bienes ajenos, en general.

Sin embargo, el tema de la contratación sobre bien ajeno ha sido desarrollado con mayor amplitud y claridad cuando se aborda el caso del contrato de compraventa.

2.2. La venta de bien ajeno

En primer lugar, debemos señalar que cuando hablamos de un contrato de venta de bien ajeno, estamos haciéndolo, precisamente, de un contrato de compraventa y no de una figura similar, parecida o afín. Es un contrato de compraventa común y corriente, siendo su único elemento distintivo –y el que le da el carácter de interés doctrinario– el hecho de que el bien objeto de la prestación del vendedor no le pertenece en propiedad al momento de la celebración del contrato. Por ello es que sostenemos la necesidad de robustecer esta idea: estamos hablando de un contrato de compraventa, con todas las obligaciones y efectos que genera esta figura típica, regulada, en el caso peruano, por los artículos 1529 a 1601 de su Código Civil.

En segundo término, queremos precisar que el tema de la contratación en general sobre bienes ajenos, y en especial el del contrato de venta de bienes de tal carácter, no tiene relevancia en todos los casos, ya que solo la tendrá cuando estemos ante bienes ciertos. Los supuestos de bienes indeterminados o de bienes fungibles no tendrán relevancia para nuestro análisis, aunque al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor de los mismos.

Nos explicamos. Supongamos que cierta persona se hubiera obligado a entregar un automóvil perfectamente delimitado, es decir, un bien cierto, o que esa persona se hubiera comprometido a entregar un automóvil de una determinada marca, sin especificarlo ni determinarlo, supuesto en el cual estaremos frente al caso de una obligación de dar un bien incierto o indeterminado.

No hay lugar a dudas de que el primer contrato (aquel de bien cierto) deberá regirse perfecta y completamente por las normas del contrato de venta de bienes ajenos, ya que al tratarse de un bien cierto o determinado al momento de la celebración del contrato, será verdaderamente relevante el hecho de que ese bien pertenezca o no al patrimonio de quien se obliga a transferirlo. Aquí se plantea plenamente el tema de la contratación sobre bienes ajenos y sus consecuencias teóricas y doctrinarias.

El bien no es de quien lo vende, y como se trata de un bien cierto que está en propiedad de un tercero, persiste la duda de qué pasará si es que el propietario del bien no transfiere la propiedad de dicho vehículo al vendedor del mismo, a fin de que este pueda transferirla al comprador, ya que de no lograr el vendedor obtener la propiedad del carro, simplemente no podrá ejecutar sus obligaciones.

Pero el segundo caso, vale decir aquel en el cual una persona vende a otra un vehículo indeterminado, pero determinable (solo determinado en su especie y en su cantidad), no va a plantearnos mayores problemas, ya que se trata, precisamente, de un bien indeterminado.

Es evidente que cuando uno celebra cualquier contrato por el cual se compromete a dar en propiedad o en otra condición o calidad, bienes indeterminados, usualmente dichos bienes no pertenecerán en propiedad a quien se obliga a transferirlos, dado que existe una razón fundamental para presumir ello: si no se ha efectuado una determinación o precisión de los mismos al momento de la celebración del contrato, esto será, en la mayoría de casos, porque las partes desconocen de qué bien de dicha especie se tratará, y este desconocimiento, a nuestro entender, podría justificarse –entre otras razones– en que dicho bien no es conocido por los contratantes o en que dicho bien no pertenece al patrimonio de ninguno de ellos (aunque pueda darse el caso de que los bienes pertenezcan al patrimonio del vendedor, pero este no haya decidido cuál transferir al momento de la celebración del contrato).

Es por tal razón que sostenemos que en el caso de los bienes inciertos, a pesar de que estos revistan el carácter de ajenos (y también podría tratarse de bienes futuros) deberá dárseles el tratamiento de bienes presentes y propios, es decir, que si se tratase, como en el ejemplo antes anotado, de un contrato de compraventa, no debería aplicársele ninguna de las normas de excepción respecto de los bienes ajenos o futuros, sino que deberá regirse –exclusivamente– por las normas generales del contrato de compraventa, siéndole de plena aplicación (lo que resulta evidente) las normas relativas a las obligaciones de dar bienes inciertos.

Similar opinión tenemos de los bienes fungibles que al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor, ya que se trata de bienes que por lo general no pertenecerán a aquel al momento de la celebración del contrato. Para el caso de dichos bienes fungibles, vale decir, aquellos en los que cada uno equivale al otro y son plenamente intercambiables, deberá ser de aplicación el tratamiento general (y no alguno específico) de las normas relativas al contrato de compraventa, además, naturalmente, de los preceptos relativos a dicho tipo de bienes, contenidos en los artículos 1142 a 1147, concernientes a las obligaciones de dar.

Todo lo antes expuesto reduce inmensamente el campo de la contratación sobre bienes ajenos, y –en especial– la del contrato de venta de bien ajeno. En conclusión, solo serán aplicables dichas normas para los supuestos de contratos sobre bienes ajenos que sean determinados (ciertos) al momento de la celebración del contrato.

Por lo tanto, entendemos por venta de bien ajeno, en estricto, a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor que no es propietario del bien que vende, y un comprador

común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

Ello requiere, como señalamos anteriormente, la existencia de un plazo suspensivo inicial, que permita al vendedor adquirir la propiedad del bien para luego transferirla, a su vez, al comprador.

Sencillamente, estas cuatro son las consecuencias a las que se somete quien venda lo ajeno ocultando esta condición.

3. Contratos sobre bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa

Como vimos anteriormente, el Código Civil peruano de 1984 establece en su artículo 1409, inciso 2), además de los bienes ajenos, a los bienes afectados en garantía, a los embargados y a los sujetos a litigio por cualquier causa como susceptibles de constituirse en objeto de una prestación derivada de una obligación contractual.

Si bien el mencionado cuerpo legal no incluye una norma expresa al respecto en lo relativo al bien materia de la venta, por ser un principio general, aquel es aplicable también al contrato de compraventa.

En síntesis, el Código Civil peruano de 1984 permite que se contrate sobre bienes que se encuentren en cualquiera de estas situaciones:

(a) Bienes afectados en garantía;

(b) Bienes embargados; y

(c) Bienes sujetos a litigio por cualquier causa.

A pesar de tratarse de tres supuestos distintos, la mayoría de legislaciones que se ocupan del particular, tal como lo hace el Código Civil peruano vigente, dan un tratamiento conjunto a los mismos.

En cuanto a la solución que los Códigos dan a los temas en cuestión, podemos decir lo siguiente:

- Respecto de la contratación sobre bienes litigiosos, existen algunos Códigos que la permiten, siempre y cuando el vendedor instruya al comprador sobre dicho carácter del bien (en algunos casos, sancionando el ocultamiento con la anulabilidad del acto).

- Respecto de la contratación sobre bienes gravados con algún derecho o que sobre los mismos pesare alguna limitación, adoptan similar solución, es decir, que dicho contrato es válido siempre y cuando se instruya al comprador sobre la situación (jurídica) en la que se encuentra el bien.

El Código Civil peruano de 1984 simplemente se limita a permitir este contrato, sin hacer ninguna salvedad al respecto. Asimismo, a nivel de la doctrina, esta se inclina mayoritariamente por señalar que es válida la contratación sobre bienes que se encuentren en cualquiera de las tres situaciones antes mencionadas (FALCÓN, p. 199; MACHADO, p. 479;

VALVERDE y VALVERDE, p. 240; LAFAILLE, pp. 197 y 198; SPOTA, p. 57; BORDA, p. 93; SÁNCHEZ ROMÁN, p. 556).

Respecto del tratamiento que el Código Civil peruano de 1984 otorga sobre el particular, Arias Schreiber (p. 68) sostiene lo siguiente:

> "Nada impide tampoco, dentro del principio de la autonomía de la voluntad, que se contrate respecto de bienes ajenos o afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa. En efecto y entre las partes esta contratación será válida, sin perjuicio de los derechos que pueda tener el propietario para reivindicar los bienes, si fuesen ajenos, o del acreedor o litigante para hacer efectiva la garantía otorgada o el embargo decretado o exigir el cumplimiento del fallo, si así sucediere. Se advierte, de lo dicho, que este tipo de contratación es igualmente aleatorio, en la medida en que existirá siempre el riesgo de que intervenga el propietario o aquellos que tengan algún derecho real, embargo o litigio pendiente.
>
> Desde luego que la situación entre las partes contratantes será distinta según se conozca o ignore que se está contratando respecto de bienes ajenos, afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio. El que adquiere o contrata en estas circunstancias a sabiendas de ello, nada tendrá que reclamar a la contraparte. No existe, en efecto, mala fe por el otro contratante. Distintos serán los efectos y consecuencias si existe dolo o engaño, pues en este caso funcionan las reglas sancionadoras de la mala fe contractual".

En torno al contrato sobre bienes litigiosos, quisiéramos agregar algunos comentarios en lo que se refiere a su propia naturaleza jurídica.

Este contrato puede, como señala José León Barandiarán (p. 15), refiriéndose al artículo 1395 del Código Civil peruano de 1936 (que permitía la compraventa de cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella), ser un contrato aleatorio:

> "Se reputa a esta venta como una esperanza incierta; siendo por lo tanto pura y de carácter aleatorio. El comprador debe pagar de todos modos el precio, asumiendo el riesgo derivado de la situación de incerteza inherente a la cosa, por hallarse en litigio (...).
>
> Advierte el dispositivo que debe haberse instruido al comprador del pleito sobre la cosa; es decir, que se trata de una cosa en litigio. El comprador debe, por lo tanto, comprar con conocimiento de que corre el álea acerca de lo que resuelve en definitiva, por concernir la cosa a una que se halla en estado de litigio. Si no fuera así, si el comprador no supiese que se trataba de una cosa litigiosa, ya no concertaría, desde su punto de vista, una *emptio spei;* habría actuado por error y, por ende, podría objetar el contrato, solicitando su anulación".

Pero también podría ser un contrato conmutativo, si es que las partes sujetan dicho acto a la condición suspensiva de que el bien, luego de terminado el litigio, quede libre de cualquier perturbación, la más importante de las cuales, evidentemente, sería la de si está en discusión si es o no de propiedad del vendedor.

En la duda extrema e insoluble, al igual que en los supuestos de compraventa de bien futuro y de esperanza incierta; y en la compraventa de bienes en peligro de dejar de tener existencia, debemos estar a que se trata de un contrato conmutativo, pues es este el carácter fundamental del contrato de compraventa, aunque nada impide que las partes puedan obligarse aleatoriamente.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En REVOREDO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo I. Lima, Okura Editores, 1985; BORDA, Guillermo A. Manual de Contratos. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1989; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato de compraventa. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998; FALCÓN, Modesto. Exposición doctrinal del Derecho Civil español común y foral. Tomo IV. Barcelona, Imprenta Cervantes, 1893; LAFAILLE, Héctor. Curso de contratos. Tomo VII, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, Talleres Gráficos Ariel, 1927-1928; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo III. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965; MACHADO, José Olegario. Exposición y comentario del Código Civil argentino. Tomo III. Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1889; ROGEL VIDE, Carlos. La compraventa de cosa futura. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Madrid, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1899; SPOTA, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil español. Tomo III. Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1920; VÁSQUEZ VILLACORTA, María Isabel. Contratos a futuro. Trabajo monográfico presentado como parte del curso de Comercio Exterior en la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Posgrado de la Universidad Particular San Martín de Porres, Lima, diciembre de 1999.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Bienes sobres los que se contrata

{E}l artículo 1409 del Código Civil establece que la prestación materia de la obligación creada por un contrato puede versar sobre bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa ***(Casación N° 4263-2015-San Martín).***

Contratos sobre bienes ajenos

{E}l artículo 1409 del Código Civil señala que la prestación materia de la obligación (objeto) puede versar sobre bienes ajenos, dicho dispositivo debe ser interpretado en el sentido de que únicamente es válida la venta de bien ajeno, cuando el comprador conoce tal circunstancia y el vendedor se compromete a obtener el consentimiento del verdadero propietario o adquirir el bien del verdadero propietario para luego transferir la propiedad al contrario; caso contrario, si se vende un bien ajeno como suyo y el propietario tiene conocimiento de ello o tiene la posibilidad de conocer que su vendedor en realidad no es propietario del bien, dicha venta es nula ***(Casación N° 443-2014-Lima).***

TÍTULO IV
FORMA DEL CONTRATO

La forma como requisito de validez

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 140, 143, 219 inc. 6), 1352, 1378, 1649

Derecho de exigir el cumplimiento de la formalidad

Artículo 1412.- *Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.*

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente. (*)

Concordancias:
C.C. arts. 144, 219 inc. 6); C.P.C. art. 546; LEY 26887 arts. 5, 15

Formalidad para la modificación del contrato

Artículo 1413.- *Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.*

Concordancias:
C.C. arts. 143, 144, 219 inc. 6)

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO

1. Introducción

1. El fundamento de la forma en el Derecho Privado descansa en razones existenciales. La forma es la manera de ser, de existir de los actos jurídicos y desde luego del contrato. Por consiguiente, si bien es verdad que detrás de la importancia de la forma se encuentran razones de seguridad del tráfico jurídico, existe un hecho de mayor relevancia que hace que la forma sea considerada en ciertos casos como un elemento del acto jurídico: sin la forma este no podría existir.

En el contrato, la forma es el continente y el objeto es el contenido; y dado que no es posible contenido sin continente, la forma constituye un componente en la estructura del contrato. No es posible hablar de un contrato privado sin forma, del mismo modo que no es posible hablar de persona natural si está privada de un cuerpo. Y es que la forma es la

(*) Texto del segundo párrafo según incorporación recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

exteriorización del contrato; sin ella la voluntad de las partes sería un puro acto espiritual irrelevante e indiferente para el Derecho.

2. Aproximación a la definición de forma

2. Es indispensable que la voluntad negocial se exteriorice para que pueda ser relevante jurídicamente; y ello solo es posible a través de una manifestación que desde nuestro fuero interno se haga perceptible para los demás. La Corte Suprema, en el IX Pleno Casatorio Civil, llegó a esbozar una similar idea: "El contrato (en general, el negocio jurídico) no es un fenómeno psíquico sino un fenómeno social, un hecho social y, como tal, precisa de señales externas que hagan reconocible el acuerdo. El acuerdo tiene siempre necesidad de un medio a través del cual pueda exteriorizarse (...)"[1]. Entonces, la manifestación de voluntad al salir de la esfera interna del sujeto que la emite, puede hacerse por distintos modos de comunicación: desde la manifestación ante un notario, que la redacta en un documento jurídico en presencia de testigos, rubricándolo las partes, los testigos y el propio notario, hasta el puro silencio o las declaraciones de voluntad presuntas[2].

Por tanto, la forma de un acto jurídico se define como la posibilidad objetiva de ser reconocida por los demás y que puede consistir en una declaración o en un comportamiento[3]. En este sentido Betti ha afirmado que la declaración es un trascender el pensamiento de sí mismo y volverse expresión objetiva, dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social[4].

Si bien es verdad que la forma es el vehículo por medio del cual se manifiesta la voluntad negocial, no debe confundirse dicha voluntad con la forma. En este sentido, debemos rechazar enfáticamente las posiciones que las identifican como una misma cosa. Refiriéndose al tema Díez-Picazo sostiene que la forma es un plus añadido a la voluntad, como vehículo necesario de expresión de esta o como necesario revestimiento de la misma[5].

Sumado a ello, hay que recordar que en ciertos casos, aun cuando la ley haya establecido indispensable el cumplimiento de una determinada forma, se permite que el acto no sea declarado nulo, pese al incumplimiento de la forma, pues el cumplimiento de esta estaba destinado a alcanzar un determinado fin, siendo posible renunciar a dicha forma si el fin se ha alcanzado. Tal es el caso del artículo 274 inciso 8) del Código Civil, que permite la convalidación del matrimonio que se celebró con prescindencia de las formalidades exigidas en los artículos 248 a 268. Esto ha conducido a un sector de la doctrina a afirmar que la forma no es un elemento del acto jurídico, sino que es la vestidura exterior de sus elementos, o los ritos o solemnidades que se deben observar para darles vida[6].

3. Sin embargo, si bien es verdad que la forma no es un elemento constitutivo del acto jurídico, sí puede llegar a serlo en ciertos actos. Así, la forma en términos generales no es un elemento de validez del acto jurídico, pero esto no es óbice para que tanto la ley como las

(1) Casación N° 4442-2015-Moquegua, fundamento 8.
(2) Cfr. GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil.* Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, p. 709.
(3) Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Contratos civiles y comerciales.* Tomo 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 389.
(4) Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico".* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 99.
(5) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial.* Tomo I. Civitas, Madrid, 1995, p. 248.
(6) ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico.* Bosch, Barcelona, 1993, p. 299.

partes contratantes puedan condicionar la validez de ciertos contratos al cumplimiento de una forma determinada.

4. A lo dicho conviene agregar la clasificación hecha por el profesor De Castro[7]: a) forma intrínseca o estructural; que se da cuando el negocio para su eficacia, ha de ahormarse a un tipo legal (*numerus clausus* de tipos); b) Las denominadas formas habilitantes, cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio; c) Formas de publicidad, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registro, puesta en posesión).

Y a ello añade que la forma, atendiendo al valor, puede distinguirse en: a) valor constitutivo *(ad substantiam).* La forma da lugar al negocio (sin ella no hay tal negocio), y basta la forma para que exista sin necesidad de otro requisito. Esta forma es propia del Derecho primitivo; actualmente este tipo de forma se debilita en favor del tráfico comercial; b) valor integrativo *(ad solemnitatem),* la forma es un requisito que se exige al lado de los demás esenciales del negocio; si ella falta el negocio será nulo o ineficaz; c) valor de publicidad, que implica su eficacia general o respecto de terceros; d) mayor valor relativo, o respecto de los negocios carentes de solemnidad (así, en la clasificación de créditos); e) valor probatorio *(ad probationem),* se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido).

Como puede constatarse, estas clasificaciones permiten afirmar que la forma tiene alcances distintos según la clase de negocio de que se trate. Sin embargo, la atención de la doctrina, como sostiene el propio De Castro, se ha centrado en el problema sobre la conveniencia o necesidad de las formalidades en los negocios del Derecho de Obligaciones.

5. Por otro lado, la forma no debe entenderse únicamente como la manera en que se manifiesta la voluntad en el momento culminante de la celebración del acto jurídico, como, por ejemplo en el Código Civil, la constitución de una fianza (artículo 1871), sino que abarca toda otra fisonomía que caracteriza al acto. Así, el testamento en escritura pública requiere de formalidades concomitantes a su celebración (artículo 696); el matrimonio requiere de formalidades previas y concomitantes a su consumación legal (artículos 248 y 259) y, el matrimonio *in extremis*, las requiere posteriores (artículo 268)[8].

6. Por último, en relación a este tema, no es inusual que se llegue a confundir forma y prueba, cuando en realidad se trata de dos cuestiones muy distintas. La forma y la prueba son requisitos extrínsecos del acto jurídico tan necesarios como los intrínsecos, pues sin aquellos no podría llegar a ser realizable el Derecho. La forma sirve para demostrar su existencia. Cuando se exige una forma determinada para la celebración del contrato, esta constituye el medio de prueba de su existencia. Uno y otro requisito están tan vinculados, que como muy bien observa Giorgi "la teoría de la forma se completa con la de la prueba y no puede estimarse expuesta la primera si no se le integra por medio de la segunda"[9].

Forma y prueba constituyen en efecto dos cuestiones distintas y complementarias, pero que en el terreno práctico no siempre es fácil distinguir; los juristas se esfuerzan por demostrar la existencia de un derecho independientemente de su prueba. Insisten sobre la posibilidad de la existencia de un derecho, aun cuando él no puede probarse. En terrenos teóricos, la tesis tiene pleno asidero, pero en el mundo real, la falta de prueba y la inexistencia del

(7) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico.* Civitas, Madrid, 1997, pp. 278-279.
(8) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico.* Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 132.
(9) Cfr. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico.* Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 304.

derecho son casi siempre lo mismo.. De ahí que se pueda afirmar, como lo hace León Barandiarán, que en el Derecho Civil todo reposa sobre la noción de prueba.

3. Forma y formalismo

7. Lo primero que hay que aclarar en relación a este punto es que no existen actos carentes de forma[10]; de manera que cuando nos referimos a actos formales y no formales no debe entenderse que puedan existir actos que prescindan de forma. Todos los actos, por tanto, tienen una forma; lo que sucede es que algunos tienen una impuesta, necesaria: los formales; y otros gozan de libertad de forma en el sentido de que pueden adoptar cualquiera. Precisamente, el 143 del Código Civil señala que "cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que estimen conveniente".

Por consiguiente, en los actos formales la voluntad deberá manifestarse de la forma exigida por la ley o por las partes; la inobservancia generará la invalidez del acto. Es este el caso en el que la forma se convierte en elemento constitutivo del acto.

8. Por otro lado, si bien es cierto que la superación de las formas exigidas por el Derecho primitivo ha traído como consecuencia el desarrollo jurídico, multiplicándose nuevas categorías jurídicas (hecho que se hace más evidente en el Derecho Contractual), no es menos verdad que sería impensable una ausencia total de formalidades. Los problemas principales se presentarían especialmente en los defectos de prueba y falta de certidumbre en las relaciones jurídicas, con un quebrantamiento en la seguridad del tráfico de los bienes.

Por tal motivo, puede advertirse un cierto renacimiento del negocio formal, aunque no con las características del Derecho primitivo, limitado entonces a modalidades muy concretas de la contratación o a determinados actos que socialmente tienen especial relevancia. Este resurgimiento del formalismo nos recuerda la sentencia de Ihering: "Esta propensión del Derecho hacia la forma parece descubrir una necesidad interna, una utilidad propia de la forma que responde al objeto del Derecho".

4. Libertad de forma

9. En el ordenamiento jurídico gobierna el principio de libertad de la forma[11], que es una expresión de la libertad contractual, que consiste en que la validez del contrato no se haya supeditada a que se verifique una determinada forma. En sintonía con lo expresado, rige en nuestro Derecho el principio de consensualidad consagrado en el artículo 1352 del Código Civil, que establece como regla general que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes. No obstante, conviene reiterar que libertad de forma no quiere decir ausencia de forma, pues el Derecho sencillamente es imposible privado de ella.

(10) "Todo negocio tiene una forma que lo haga socialmente recognoscible": PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "La calificación jurídica de la validez-eficacia negocial en los procesos de otorgamiento de escritura pública". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2017. Así también, "contrato y forma son datos inescindibles: todo contrato tiene una forma, porque si no la tuviera no existiría el acuerdo que es necesario para que exista contrato" (Fundamento 9 de la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4442-2015-Moquegua).

(11) "En el Derecho moderno rige el principio de la libertad de forma en mérito del cual las partes son libres de elegir la forma (la técnica comunicativa) por medio de la cual manifestarán su voluntad contractual" (Fundamento 11 de la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4442-2015-Moquegua).

De lo anterior se colige que en un sistema como el nuestro que ha consagrado el consensualismo, los contratos formales son la excepción[12]. Estos contratos son aquellos que se celebran cumpliendo una formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad (artículo 144). Sin embargo, la formalidad también puede ser una exigencia de las partes. Al efecto, la autonomía de la voluntad, particularmente la libertad contractual, permite a las partes autoimponerse una exigencia formal para que el contrato quede concluido o, como el Código señala, tenga validez (artículo 1411).

10. Con todo, el Derecho de los Contratos es el reino de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, el de la libertad de la forma, aunque desde luego con excepciones. Si aceptamos que el Derecho de los Contratos es un sistema de transacciones y como tal debe facilitar las operaciones en el mercado reduciendo sus costos, convendremos en que la libertad de la forma es un mecanismo idóneo para alcanzar estos propósitos. Sin embargo, calificado como sistema de transacciones, el contrato debe también permitir planificar y asegurar los negocios y, en este sentido, en ocasiones, es necesario recurrir a los negocios formales. De ahí que en el Derecho Contractual moderno conviven tanto el principio de libertad de forma como el contrato formal. En este sentido, la forma no coacta la libertad sino la encausa.

Para decirlo con expresiones de Ihering que aún guardan vigencia: "Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es en efecto, el freno que detiene la tentativa de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad (...). El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad"[13].

5. Función de la forma

11. En nuestra opinión pueden identificarse dos funciones complementarias que cumple la forma: una de carácter técnico, meramente instrumental que hace ostensible el contrato; y otra función de carácter social, vinculada por consiguiente a uno de los propósitos que persigue el Derecho: dar seguridad. En este último sentido, los requisitos formales, sean estos legales o convencionales, ofrecen certidumbre y seguridad no solo a las partes, sino a los terceros. Por tanto, dichas formalidades se implementan por razones de orden práctico.

En esta misma dirección Díez-Picazo[14] manifiesta que la forma contribuye a dotar de certidumbre al contrato en diversos sentidos: "Al quedar el contrato encerrado en el molde de una forma concreta, es posible aislar y determinar el verdadero contenido del contrato, separándolo respecto de los tratos preliminares o conversaciones previas. Mediante la forma se consigue también certidumbre en torno a la identidad de las personas contratantes, a su capacidad al tiempo de celebrarse el contrato y a las circunstancias de tiempo y de lugar de la celebración. La certidumbre alcanza igualmente al contenido de las declaraciones de voluntad, facilitando su prueba, preconstituyendo su contenido y evitando el tener que recurrir

(12) "Ante el silencio de la ley, las partes tienen plena libertad de escoger cualquier técnica de comunicación para exteriorizar su voluntad contractual. Podemos concluir, entonces, que la regla es la libertad de forma y que aquellas normas que imponen la observación de una determinada forma deben recibir el trato de normas excepcionales por lo que no podrán, por ejemplo, ser aplicadas vía analogía" (Fundamento 12 de la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4442-2015-Moquegua).

(13) IHERING, Rudolf von. *El espíritu del Derecho Romano.* Tomo 3. Bailly Baillire, Madrid, p. 180.

(14) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 250.

a reconstrucciones posteriores, siempre inciertas, confusas e inexactas, de suerte que puede decirse que la forma contribuye a evitar los litigios, y que cuando estos se suscitan permite a los jueces conocer con una mayor exactitud el contenido de las relaciones contractuales y facilitar la ejecución del contrato en vía judicial".

Finalmente, la certidumbre protege a los terceros extraños al contrato, ya que, al quedar indubitadamente expresado su contenido, los terceros pueden saber a qué atenerse evitándose de este modo que los contratantes se confabulen o defrauden a dichos terceros.

Por su parte, según Von Tuhr[15], muy variadas son las finalidades de la política legislativa y los efectos de la forma; esta comprueba la seriedad de la voluntad y distingue claramente la declaración negocial de otras manifestaciones no vinculatorias; permite que mediante las negociaciones exista la seguridad de que no se producirán sorpresas; las partes pueden estar tranquilas de que no serán consideradas como vinculatorias las declaraciones a las que no atribuyen ese carácter. La forma favorece la reflexión e impide decisiones inconsideradas; aumenta la claridad y precisión de la declaración; en particular, permite que una determinada voluntad jurídica, bien delimitada, se separe de los ulteriores propósitos de las partes para ser objeto de un convenio abstracto. Finalmente, la forma simplifica y asegura la prueba de la declaración de voluntad.

12. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, que considera al Derecho Contractual como un sistema de transacciones, la forma debe cumplir también un doble propósito; por un lado, debe facilitar la celebración de los contratos para que estos a su turno agilicen el tráfico comercial; y por otro, debe permitir seguridad y certidumbre, de suerte que los contratos cumplan con su fin de ser instrumentos de planificación. Desde esta óptica, parecería a primera vista que la plena libertad de forma favorece sus objetivos; sin embargo, el formalismo y su equilibrio con la libertad de forma favorecen la necesidad de la convivencia, en el Código, del principio de libertad de forma con el formalismo.

6. Formalidades *ad solemnitatem* y *ad probationem*

13. La ley, lo mismo que las partes, puede exigir alternativamente dos clases de forma: *ad solemnitatem* o *ad probationem;* tal lo que se desprende del artículo 144 del Código Civil. La forma *ad probationem* es aquella no exigida para la validez del acto jurídico, sino que se establece solo como medio idóneo para probarlo.

Para Albaladejo, semejante "forma", no tiene nada que ver con la forma verdadera, sino que solo tiene que ver con la prueba de los negocios. Prueba y forma son campos completamente distintos. De manera que el negocio existente y válido, tropiece, por cualquier orden de causas –y entre ellas por la de no haberse celebrado en forma apta para prueba– con dificultades para ser probado, es cosa que prácticamente tendrá toda la trascendencia que se quiera, pero que teóricamente no afecta para nada su existencia, validez y eficacia civilmente plenas[16].

En este sentido, según el autor citado es, preciso distinguir entre forma *ad probationem* y documento *ad probationem.* Al respecto sostiene que es posible que el acto se haya celebrado cumpliendo con la formalidad probatoria exigida por la ley o por las partes, y que esta se trate de documento escrito. ¿Qué sucedería si luego de celebrado el acto de tal manera, el

(15) VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil.* Depalma, Buenos Aires, 1947, pp. 177-178.

(16) ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., p. 311.

documento se destruyese? Pues sencillamente que el acto podría ser probado por cualquier otro medio de prueba, por ejemplo con testigos.

Sin embargo, esto no sería posible si el Derecho exigiese la prueba mediante el documento; destruido este, después de observada la forma el acto no puede probarse.

En suma concluye Albaladejo: forma *ad probationem* debería significar: no se admite prueba si no se ha observado la forma *ad probationem* al celebrar el negocio. Documento *ad probationem* debería significar: no se admite prueba si no es mediante el documento. 14. Por otra parte, la expresión formalidad *ad solemnitatem* alude a las formalidades constitutivas, esenciales; y su omisión priva al acto de validez, por más que el consentimiento en sí o su contenido se demuestren inequívocamente[17]. Por lo tanto, tales formalidades son consustanciales al acto, constituyendo en estos casos un elemento esencial de ellos.

Sin embargo, dado el carácter instrumental del Derecho y por consiguiente de todas sus figuras, existen casos en que no es posible sacrificar en el altar de la formalidad la realidad que el Derecho pretende regular. En otros términos, las nulidades generadas por el incumplimiento de la formalidad admiten excepciones. En este sentido, la doctrina alemana ha sostenido que no puede admitirse la tesis de que en el Derecho Obligacional, la inobservancia de la formalidad legal o convencional impuesta libera al deudor por vía de nulidad del convenio, máxime cuando sea precisamente el obligado quien impida el cumplimiento de la formalidad correspondiente[18].

En esta misma línea, Díez-Picazo admite tres supuestos en los que cualquiera de las partes no podría invocar la nulidad del negocio:

a) Cuando la contravención formal se hubiera producido dolosamente, porque una de las partes induce engañosamente a la otra de que el negocio no requiere formalidad alguna.

b) Cuando una de las partes, por culpa imputable a ella, ha dado lugar a la inobservancia de la forma.

c) Cuando quien invoca la nulidad ha cumplido voluntariamente el contrato conociendo el defecto formal y habiendo recibido a su vez la contraprestación prevista[19].

7. La forma contractual en el Código Civil

15. La forma del contrato está tratada en el Código Civil en tres artículos: artículo 1411, referido al convenio de formalidad; artículo 1412, que concierne a la facultad para compelerse recíprocamente a cumplir con la formalidad; y artículo 1413, relativo a la formalidad para la modificación del contrato.

16. Abordaremos en primer término los alcances del convenio de formalidad (artículo 1411). En primer lugar, esclarezcamos a qué clase de presunción se ha querido referir el legislador. Como sabemos, la presunción es una suposición basada en ciertos indicios, que es aceptada como válida por ministerio de la ley. En otros términos, es la consecuencia que la ley o el

(17) BORDA, Guillermo. *Manual de contratos*. Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 97.
(18) ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 2. Bosch, Barcelona, 1956, p. 200.
(19) Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 193.

juzgador deducen de un hecho conocido para indagar la existencia o necesidad de otro desconocido[20]. Existen dos clases de presunciones: *iuris tantum,* que produce prueba plena mientras no se demuestre lo contrario, y *iuris et de iure,* que no admite prueba en contrario. No vamos a ocuparnos aquí de las críticas que la doctrina ha formulado en relación a este último tipo de presunción, pues la presunción a la que se refiere el citado artículo es de la otra clase.

En efecto, del artículo se desprende que estamos ante una presunción *iuris tantum,* pues si es posible probar que las partes pactaron una forma determinada con carácter probatorio, la presunción pierde efecto y el contrato será plenamente válido.

Por otro lado, el convenio de formalidad que establece el artículo 1411 debe constar por escrito y anteceder en el tiempo al contrato. Refiriéndose al convenio anticipado, el profesor Manuel De la Puente[21] apoyado en la doctrina italiana justifica la necesidad de dicho convenio, ya que tiene, como dice Bianca, carácter normativo, quiere decir que es en previsión de la celebración de un futuro contrato. El convenio no obliga a celebrarlo, pero si ello ocurre, es decir, si se celebra el contrato previsto, este debe observar la forma convenida por las partes.

17. Con respecto a este tema, un autor tan autorizado como el profesor Lohmann[22] ha criticado el citado artículo, sosteniendo que no se justifica que el legislador haya optado por la presunción de que la inobservancia de la formalidad querida por las partes constituya causal de invalidez con sanción de nulidad. No hay razón legal por la cual el legislador adopte tan severa solución. (...). Lo lógico en las relaciones jurídicas es aliviar las exigencias y en tema de formalidades la presunción debió ser de la conservación del negocio, es decir, en favor de la formalidad *ad probationem.*

Del mismo modo sostiene que es más censurable aún, considerar que las partes pueden establecer un requisito de validez bajo sanción de nulidad. Esto constituye una gruesa desviación conceptual, porque las partes podrán, si quieren o si así resulta interpretado presuntivamente, establecer un requisito para la celebración del futuro negocio, pero no pueden hacer calificaciones jurídicas de valor (invalidez), ni de sanción (nulidad).

Compartimos parcialmente los criterios del profesor Lohmann. Estamos de acuerdo en cuanto a que la presunción debió orientarse hacia la preservación del acto y, por consiguiente, la forma que las partes convinieron debió estimarse que tenía carácter probatorio. Pero no participamos de su crítica referida a que las partes no pueden determinar la invalidez de un acto por incumplimiento de la forma convenida. Dos razones para esta disidencia: la primera, que no son las partes las que están sancionando la invalidez sino la ley, precisamente en el artículo bajo comentario. Lo que las partes harán será determinar la forma que tendrá dicho carácter esencial; además el artículo guarda coherencia con el artículo 219 inc. 6), que establece que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Dicha norma no dice que la forma prescrita deba ser necesariamente legal, por consiguiente, tranquilamente podría haber sido convenida por las partes. La segunda razón de nuestra discrepancia tiene que ver con la libertad contractual; en efecto, no hay que olvidar que esta libertad comprende la posibilidad de que las partes diseñen la figura contractual que las vinculará. Tal diseño se refiere a la estructura del contrato, continente y contenido, y sus

(20) Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa, México, 1995, p. 2517.
(21) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Tomo 3. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 467.
(22) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico.* Grijley, Lima, 1994, p. 140.

alcances legales. En este orden de ideas, les está permitido a las partes acordar que la forma convenida previamente sea requisito de validez.

18. En relación a la norma contenida en el artículo 1412, referida a la facultad de las partes para compelerse recíprocamente a llenar la formalidad, resulta claro que el artículo se refiere a la forma *ad probationem,* pues de otro modo, si se tratara de la forma *ad solemnitatem,* no habría manera de que las partes pudieran compelerse a cumplirla[23]. La razón es simple, el contrato no existiría. De esta manera, si la ley señala que determinado contrato debe sujetarse, bajo pena de nulidad, a una formalidad, las partes no pueden compelerse recíprocamente a cumplir tal formalidad, sencillamente porque la inobservancia de ella da lugar a la inexistencia del contrato.

En otros términos, si el contrato no existe, las partes no pueden compelerse a celebrarlo, de lo contrario se estaría transgrediendo el principio de libertad de contratar. Dado que solo el cumplimiento de la formalidad hace nacer el contrato, tampoco nace la obligación de celebrarlo; de no ser así, se estaría estableciendo una manera indirecta de obligar a una persona a celebrar un contrato, lo cual se encuentra reñido con los principios que en materia de contratación nuestro Derecho ha consagrado[24].

Queda entendido entonces que para que se pueda exigir el cumplimiento de la formalidad requerida por la ley o convenida por las partes, el contrato tiene que haberse ya celebrado, y que la formalidad a la que se alude debe ser *ad probationem.* Huelga decir que el artículo 1412 es aplicable tanto a la formalidad legal como a la convencional. De hecho, este es uno de los aspectos en los que más se incidió en del fallo del IX Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4442-2015-Moquegua, pues, de acuerdo al razonamiento de los magistrados, resultaba un imposible la procedencia del requerimiento de formalidad cuando esta representaba un elemento esencial del negocio jurídico, es decir, un requisito para su validez. Por eso, considerando que en el artículo 1412 se recogía el denominado "proceso de otorgamiento de escritura pública", la conclusión a la que se llegó fue que viabilidad de la demanda dependía de la circunstancia de que el contrato que daba pie al litigio fuese uno que no goce de formalidad *ad solemnitatem*: "Por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública se peticiona mutar la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina o permite la ley o porque así lo han acordado las partes y, en ambos casos, siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil en su primer párrafo (...)" (Fundamento 15).

También se procedió a considerar esta premisa en los precedentes vinculantes de esta sentencia casatoria plenaria: "La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible" (Precedente vinculante 5).

Ahora bien, dado que el cumplimiento de la formalidad por las partes es una conducta, resulta evidente que el artículo sujeto a escrutinio ha sancionado una obligación de hacer[25];

(23) "La 'escritura pública' es el revestimiento que merecen ciertos contratos en los que el documento no es un requisito de validez": MEJORADA CHAUCA, Martín. "Apuntes sobre el IX Pleno Casatorio Civil Supremo". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2016.

(24) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 473.

(25) Recurriendo nuevamente a la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil, Casación N° 4442-2015-Moquegua, se observa que la Corte Suprema considera que la ejecución de la formalidad de un contrato es una auténtica obligación,

por tanto el incumplimiento de la obligación por culpa del deudor faculta alternativamente al acreedor a: exigir la ejecución forzada, siempre que no sea necesario el empleo de la violencia; exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este; o dejar sin efecto la obligación (artículo 1150). Adicionalmente, si se tratara de un contrato con prestaciones correspectivas[26] el incumplimiento de la formalidad exigida franquea al acreedor la posibilidad de recurrir a la resolución por incumplimiento dispuesta en el artículo 1428 del Código Civil.

19. Sobre este tema también se ha pronunciado el profesor Lohmann[27], quien discrepa de la interpretación de que el artículo 1412 se aplica solo cuando la formalidad exigida es *ad probationem,* sosteniendo que el citado artículo contiene cuatro hipótesis distintas: a) que por mandato de la ley deba otorgarse escritura pública; o b) que por convenio que fluya del propio acto deba otorgarse escritura; o c) que por mandato legal deba cumplirse un requisito que no revista forma solemne prescrita legalmente; o d) que por convenio de las partes deba cumplirse otra formalidad impuesta voluntariamente bajo sanción de nulidad; y que en cualquiera de ellas las partes puedan compelerse al cumplimiento de la formalidad. Funda su tesis en dos razones: la primera en que el artículo contiene cuatro supuestos y no uno; la segunda, en que el artículo no prohíbe en absoluto compeler al cumplimiento de la formalidad reclamada legalmente por sanción de nulidad.

Es difícil compartir el planteamiento postulado por el profesor Lohmann, con independencia de que existan o no cuatro hipótesis en el artículo. En cualquiera de los casos, la conclusión siempre será la misma: no es posible exigir el cumplimiento de la formalidad si el contrato no existe y para que esto suceda es indispensable que dicha formalidad no sea *ad solemnitatem.*

Por ejemplo ¿cómo podríamos exigir el cumplimiento de la formalidad de una donación de un bien inmueble, si este contrato solo tendrá existencia jurídica una vez cumplida la formalidad legal?; ¿cómo hacer exigible un "contrato" que tiene como elemento constitutivo el cumplimiento de una formalidad que no se ha verificado?; ¿cómo obligar a cumplir la formalidad a la otra parte sin transgredir el principio de libertad de contratar? Cuál sería la utilidad de los contratos preparatorios si todo esto es posible, si es viable obligar a contratar sin

tanto así que, de configurarse con los demás presupuestos necesarios, podría gatillar la excepción de contrato no cumplido. Esto se vislumbra en varios pasajes del pronunciamiento: "es el cumplimiento de una de estas específicas obligaciones (la de formalizar el contrato) lo que constituye la pretensión más usual en los procesos de otorgamiento de escritura pública (...)" (fundamento 68); "la obligación de elevar a escritura pública el contrato puede derivar de la autonomía privada de las partes, en caso de que hayan previsto dicha obligación en el programa contractual, pero aun cuando las partes no la hayan previsto, tal obligación viene impuesta por ley, específicamente, por el artículo 1549 del Código Civil (...)" (fundamento 68); "en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, por lo que el cumplimiento de tal obligación puede suspenderse legítimamente en caso de que la contraparte haya a su vez incumplido una obligación principal a su cargo" (fundamento 88); "si el comprador (demandante) peticiona la formalización del contrato sin haber cumplido su obligación de pagar el precio, resulta legítimo que el vendedor (demandado) suspenda el cumplimiento de aquella obligación hasta que el comprador cumpla o garantice cumplir la obligación que le corresponde" (fundamento 88).

(26) Apoya la idea de que en estos escenarios existe una relación de reciprocidad o de correspectividad: RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. "El juez podrá declarar la nulidad del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2016; ID. "Comentarios a la sentencia del IX Pleno Casatorio". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 44, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2017.

(27) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 143.

que exista un previo contrato. Es verdad que el artículo no prohíbe literalmente que se pueda compeler al cumplimiento de la formalidad exigida bajo sanción de nulidad; sin embargo, aun cuando expresamente no lo prohíba, es un valor entendido que la interpretación de este, como de cualquier artículo de esta parte del Código Civil, debe realizarse en armonía con la doctrina contractual, respetando en primer lugar la libertad de contratación.

20. Finalmente, aun cuando parezca superfluo, por lo claro del artículo 1413, dedicaremos unas líneas a este precepto. Dicho dispositivo responde a una lógica elemental. Si el contrato se ha celebrado cumpliendo una determinada forma, sea esta *ad solemnitatem* o *ad probationem,* y posteriormente las partes desean modificar el contrato –en realidad la relación jurídica patrimonial creada–, es obvio que para alcanzar dicho propósito deberán cumplir con la misma formalidad que el contrato primitivo.

Pese a que el artículo no lo refiere expresamente, ha de entenderse que igual regla se aplicará si lo que quieren las partes no es modificar el contrato sino regular o extinguir una relación jurídico-patrimonial.

21. En la doctrina nacional Hugo Forno[28] ha planteado la siguiente pregunta: si acaso la oferta y la aceptación de contratos solemnes deben revestir la misma forma establecida para el contrato. Para el citado autor, en los contratos solemnes las declaraciones contractuales (oferta y aceptación), estando destinadas a concluir el contrato, deben cumplir con la misma formalidad que el contrato que pretenden configurar.

La tesis planteada es inexpugnable; si las declaraciones contractuales de un contrato formal se verifican de un modo informal el contrato nunca llegará a existir, pues como se ha sostenido en este trabajo, en los contratos formales la forma es un requisito existencial. De este modo, los elementos destinados a configurarlo deberán guardar la misma forma.

22. Por último, debemos preguntarnos si era necesario que el Código dedicara algunos artículos a la forma del contrato, si ya se había ocupado de ella en el Libro de Acto Jurídico. Nosotros creemos que sí. En primer término, porque precisamente la forma es común a todos los actos jurídicos y por esta razón el tema se trata de manera muy genérica en el Libro de Acto Jurídico. En segundo lugar, porque el Código dedica artículos específicos a la formalidad cuando se trata de derechos que considera de especial relevancia, tales como derechos de familia o derechos sucesorios. Y por último, porque en el Derecho de los Contratos siempre ha sido motivo de un arduo debate doctrinario –con evidentes alcances prácticos– la conveniencia o no de las formalidades. Era necesario, en ese sentido, que el Código adoptara una posición, como en efecto lo ha hecho, complementada con los requisitos formales que para cada contrato la ley exige.

23. Con relación a una de las normas generales, relativa a la forma, contenida en la parte de Acto Jurídico, el profesor Manuel De la Puente[29] ha sostenido que la forma *ad probationem* a la que se refiere el artículo 144 del Código Civil, tiene efectos similares a los de la forma *ad solemnitatem,* pues si bien no afecta al contrato de invalidez, sí lo convierte en ineficaz desde que no hay manera de probar la existencia del contrato. Por tanto, para el citado autor tanto la formalidad *ad solemnitatem* como la formalidad *ad probationem* son inderogables cuando son exigidas por la ley y en la práctica tienen el mismo efecto.

(28) FORNO FLOREZ, Hugo. "La oferta al público: razones para una discrepancia". En: *Derecho,* N° 45, PUCP, Lima, 1991, pp. 226-227.

(29) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 460.

Más adelante atenúa un tanto su posición indicando que: "Debe tenerse presente, sin embargo, que en el caso de la forma *ad probationem*, las partes pueden reconocer la existencia del contrato, con lo cual este produce todos sus efectos, pese a la falta de dicha forma. Ello no ocurre en el caso de forma *ad solemnitatem*, que debido a ser requisito necesario para la existencia del contrato, su falta no puede ser suplida de manera alguna".

No compartimos la conclusión a la que llega el profesor De la Puente, pues para arribar a ella, parte de la premisa de que ambas formas son inderogables por las partes. Esta tesis puede tener algún asidero en otras ramas jurídicas pero no en el Derecho de los Contratos, en donde gobierna el principio de libertad contractual y con él, el de libertad de forma. En otros términos, la interpretación de cualquier norma referida a la forma habrá de hacerse en armonía con esta regla y no en un sentido restrictivo formalista.

Además, puede advertirse que el texto legal dice que la formalidad *ad probationem* "constituye solo un medio de prueba", no el medio de prueba, es decir, el único que deba admitirse.

DOCTRINA

GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979; STIGLITZ, Rubén. Contratos civiles y comerciales. Tomo 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Tomo I. Civitas, Madrid, 1995; ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. Bosch, Barcelona, 1993; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Civitas, Madrid, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1998; LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "La calificación jurídica de la validez-eficacia negocial en los procesos de otorgamiento de escritura pública". En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2017; IHERING, Rudolf von. El espíritu del Derecho Romano. Tomo 3. Bailly Baillire, Madrid; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Depalma, Buenos Aires, 1947; BORDA, Guillermo. Manual de contratos. Perrot, Buenos Aires, 1987; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo I, Vol. 2. Bosch, Barcelona, 1956; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1998; Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa, México, 1995; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo 3. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Grijley, Lima, 1994; MEJORADA CHAUCA, Martín. "Apuntes sobre el IX Pleno Casatorio Civil Supremo". En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2016; RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. "El juez podrá declarar la nulidad del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública". En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2016; RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. "Comentarios a la sentencia del IX Pleno Casatorio". En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 44, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2017; FORNO FLOREZ, Hugo. "La oferta al público: razones para una discrepancia". En: Derecho, N° 45, PUCP, Lima, 1991.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Declaración de oficio de nulidad

La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes ***(Cas. N° 4442-2015-Moquegua. IX Pleno Casatorio. Precedente 3).***

CORTE SUPREMA

El contrato y la formalidad *ad solemnitatem*

{Los} contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos, constituyendo presunción jure et de jure que la forma que las partes convienen en adoptar anticipadamente y por escrito es requisito para la validez del acto, bajo sanción de

*nulidad; por lo que no habiéndose respetado la norma convenida por las partes para la perfeccionamiento del mutuo, este resulta nulo conforme a lo previsto en el artículo 1411 del Código Civil (**Casación** N° 850-2000-**Lambayeque**).*

El contrato y la formalidad ***ad probationem***

*{E}l otorgamiento de la escritura pública no es necesario para el perfeccionamiento de la transferencia, sino que constituye una formalidad cuando es exigida por la ley o se ha convenido en el contrato, según informa el primer párrafo del artículo mil cuatrocientos doce del Código Civil (**Cas. N° 95-1997-Lima**).*

Facultad de las partes de compelerse recíprocamente para llenar la formalidad

*{C}uando el artículo 1412 del Código Civil prescribe la facultad de las partes de compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida, siempre que dicho requisito no revista la forma solemne prevista por la ley o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, nos está indicando que el ejercicio de la acción de otorgamiento de escritura pública se orienta a dar formalidad a los actos jurídicos con la finalidad de otorgarles seguridad y afianzamiento, de modo tal que para el amparo legal del mismo se requiere indispensablemente de la existencia de un contrato cuya solemnidad se persigue (Cas. N° 692-2009-**Lima**).*

Modificación del contrato

*{De} acuerdo a lo establecido en el artículo 1413 del Código Civil la modificación de un contrato debe efectuarse respetando la forma prevista en el contrato original, por lo que, {si} el contrato se ha celebrado cumpliendo una determinada forma, sea esta ad solemnitatem o ad probationem, y posteriormente las partes desean modificar el contrato –en realidad la relación jurídica patrimonial creada–, es obvio que para alcanzar dicho propósito deberán cumplir con la misma formalidad que el contrato primitivo (**Cas. N° 113-2014-San Martín**).*

TÍTULO V
CONTRATOS PREPARATORIOS

Compromiso de contratar

Artículo 1414.- ***Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo.***

Concordancias:
C. art. 2 inc. 14); C.C. arts. 1148, 1354, 1415, 1416, 1417, 1418

VÍCTOR BOLAÑOS VELARDE

1. Los contratos preparatorios

Consideraciones de hecho o de derecho pueden determinar que los contratantes no puedan o no quieran celebrar el contrato en un momento determinado; pero, a pesar de ellas, quieran, en ese momento, asegurar su celebración futura. Este interés, la celebración futura del contrato, pueden satisfacerlo los contratantes, de acuerdo con lo regulado en el Código Civil, mediante la celebración, en el presente, de un contrato preparatorio.

Que la celebración del contrato definitivo se asegura, preparándolo, mediante la celebración de otro contrato, desde la perspectiva del Código Civil, es un tema fuera de debate. No cabe, entonces, a la luz del Código Civil, dudar sobre la posibilidad de tal preparación, ni sobre la naturaleza contractual del acto jurídico que la prepara.

La posibilidad de preparar la celebración de un contrato también fue admitida por el Código abrogado. Sin embargo, de acuerdo con lo regulado en sus artículos 1392 y 1393, solo se ocupó de esta posibilidad en el régimen de la compraventa. A diferencia del abrogado, el Código Civil vigente se ocupa del tema en el régimen del contrato en general, entendiendo que los contratos preparatorios pueden estipularse con la finalidad de preparar la celebración de cualquier contrato definitivo.

Sin embargo, al hacerlo solo regula dos contratos preparatorios típicos: el compromiso de contratar y el contrato de opción. Es decir que no encontramos una definición de lo que entiende el Código por los contratos preparatorios –básicamente prescindible–, sino que tampoco encontramos un régimen general que resulte aplicable tanto a los contratos típicos de los que se ocupa, como a los contratos preparatorios atípicos que, en ejercicio de su libertad de estipulación, las partes pueden celebrar.

Sin perjuicio de estas carencias, se puede sostener que el régimen de los contratos preparatorios típicos, acogidos por el Código Civil, supone que estos son acuerdos por los que se prepara la celebración de los contratos definitivos. Quienes no pueden o no quieren celebrar un contrato definitivo en un momento determinado, pueden asegurar su celebración futura, mediante la celebración presente de un contrato preparatorio. No parece haber mayor fondo común que el reseñado en el régimen de estos contratos típicos.

Esta celebración futura del contrato definitivo puede ser asegurada obligándose ambas partes a su celebración –como en el caso del compromiso de contratar–, o quedando vinculada, una o ambas partes, a su celebración –como en el caso del contrato de opción–, o de cualquier otra manera que las partes lo conciban.

Se puede advertir, entonces, que, aunque especies típicas de los contratos preparatorios –según el régimen adoptado por el Código Civil–, el compromiso de contratar y el contrato de opción son acuerdos que producen efectos jurídicos sustancialmente diferentes: obligatorios uno y vinculantes el otro; de modo tal que la relación entre el preparatorio y el definitivo varía significativamente en ambos casos.

Para concluir con estas notas introductorias, cabe agregar que el interés protegido en el contrato preparatorio –asegurar la celebración del contrato definitivo con efectos determinados–, puede ser realizado por las partes, desde un punto de vista práctico, sirviéndose de otras figuras jurídicas; ya, por ejemplo, mediante la formulación de la oferta con una vigencia determinada o mediante la celebración del definitivo con suspensión de sus efectos por un determinado plazo. El contrato preparatorio, en consecuencia, no es imprescindible; sin embargo, ello no es óbice para que los contratantes lo tengan a su disposición y lo usen de preferirlo. Es más, así el Código Civil no acoja la figura, las partes pueden celebrar válidamente un contrato preparatorio en el ejercicio de su libertad constitucional de estipulación.

2. Comentario al artículo 1414

La doctrina conoce esta figura con diferentes nombres: precontrato, contrato preliminar, antecontrato, contrato de contratar, etc. La Comisión Revisora del Código Civil la acogió, inicialmente, con el nombre de promesa de contratar, para, finalmente, denominarla, desde su primer Proyecto, como lo hace el artículo citado: compromiso de contratar.

2.1. La estructura del compromiso de contratar

El compromiso de contratar, y esta es la primera idea que cabe destacar sobre su concepción, es un contrato. Más allá de la expresión "compromiso" utilizada por el texto para designar a la figura, el contenido de este, atendiendo a que se trata de una de las especies de los contratos preparatorios, no puede ser otro que el del acuerdo de partes que produce efectos patrimoniales; y este, cualquiera sea la denominación que se le dé, es un contrato.

Para la celebración válida del compromiso de contratar, lo mismo que para el caso de cualquier otro contrato, entonces, deben concurrir –en el lenguaje del Código Civil– todos los requisitos de validez: consentimiento, capacidad, objeto, causa y forma.

El consentimiento viene a ser la manifestación de la voluntad común, de dos o más partes, de preparar, a través de este contrato, la celebración de un contrato definitivo determinado. En este caso, cabe destacar esto, el consentimiento se debe formar con la intervención en el preparatorio, de tantas partes como las que vayan a intervenir en el contrato definitivo. De otro modo el compromiso de contratar no podría realizar su finalidad: asegurar, mediante la obligación, la celebración del definitivo.

Los contratantes en el compromiso de contratar han de ser sujetos con plena capacidad de obrar. Esta capacidad debe ser similar a la exigida para celebrar el contrato definitivo. Sin embargo, no cabe, a nuestro entender, que personas con capacidad de ejercicio restringida, como la prevista en el artículo 1358 del Código Civil, puedan celebrar un contrato preparatorio, aunque tengan capacidad para celebrar un contrato definitivo; la excepcionalidad de esta norma que valida la actuación de dichas personas está prevista solo para contratos definitivos, que son los relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria. Los llamados "pequeños contratos" no son susceptibles de preparación.

El objeto es la específica relación obligatoria que las partes se proponen crear. Así, por el compromiso de contratar, los celebrantes se proponen crear una relación obligatoria –cuya naturaleza examinaremos más adelante–, por la cual todos queden obligados a celebrar un contrato definitivo. El compromiso de contratar, a diferencia del contrato de opción, entonces, es un contrato con efectos obligacionales. En consecuencia, los celebrantes del compromiso de contratar terminan obligándose a prestar su cooperación, para hacer posible la celebración del contrato definitivo.

La causa está dada por la finalidad lícita perseguida por los contratantes al preparar la celebración de un contrato definitivo determinado. Este último necesariamente lícito.

Y la forma, atendiendo a lo regulado en el artículo 1425 del Código Civil, dependerá del contrato definitivo. Si el contrato definitivo debe adoptar una forma determinada para su celebración válida, una solemnidad; la validez del compromiso de contratar estará supeditada a la adopción de similar solemnidad. En cambio, cuando el contrato definitivo sea de forma libre, también lo será el preparatorio.

Desde el punto de vista estructural, entonces, el compromiso de contratar es un contrato, un acto jurídico plurilateral, que se forma válidamente cuando, como en el caso de cualquier otro contrato, concurren los cinco requisitos enunciados. Sin embargo, cabe agregar que, además de los requisitos de validez, hay dos componentes que son fundamentales en la definición de la estructura del compromiso de contratar: el contenido y el plazo; sobre ellos nos ocuparemos al comentar los artículos correspondientes.

2.2. La función del compromiso de contratar

Desde el punto de vista funcional, y esta es la segunda idea contenida en el texto, el compromiso de contratar, como lo señalamos al referirnos a su objeto, produce efectos obligacionales. La relación jurídica patrimonial que se crea por el compromiso de contratar, entonces, es, a diferencia de la creada por el contrato de opción, una de naturaleza obligacional. Por su celebración todos los contratantes se obligan a ponerse de acuerdo, en el futuro, para formar el contrato definitivo. Se obligan, en suma, a prestar su cooperación para hacer posible el definitivo.

En tanto que contrato, también el definitivo es un acto jurídico plurilateral con efectos patrimoniales. Su celebración válida, entonces, es el resultado del concurso, satisfactorio, de los cinco requisitos de validez. Todas las partes del compromiso de contratar se obligan a cooperar para que concurran estos cinco requisitos y se forme válidamente el contrato definitivo.

Es particularmente destacable la cooperación de los obligados en la formación del consentimiento. Y, aunque no es el único requisito de validez respecto del que cabe exigir su cooperación, este es el que se presta para examinar con mayor claridad la clase de prestación asumida por los obligados.

El consentimiento, sabemos, se forma por el concurso de la oferta y la aceptación. Toda vez que, por el compromiso de contratar las partes se obligan a ponerse de acuerdo para la celebración del contrato definitivo, esta implicará tanto la declaración de la oferta como la de la aceptación.

Ahora bien, la declaración de oferta, con la que se inicia el proceso de formación del consentimiento en el contrato definitivo, es la que hace exigible la ejecución de la prestación a la que se han obligado los contratantes. La declaración de oferta no se emite en vía

de ejecución de una prestación debida, sino como satisfacción de un requisito que permite al contratante que se ha convertido en oferente, exigir el deber de cooperación al que se ha obligado el otro u otros.

En efecto, la cooperación debida por los deudores solo es tal si hay un proceso de formación del consentimiento, y este supone la declaración de oferta. La oferta, entonces, será el resultado de un acto de libertad por parte de aquel contratante del compromiso de contratar, que se dispone a exigir al otro u otros, el cumplimiento del deber de cooperación. En consecuencia, desde la perspectiva de la formación del consentimiento, la prestación a la que se obligan los contratantes de un compromiso de contratar es a aceptar una oferta para celebrar el contrato definitivo; es decir, se obligan a ejecutar una prestación de hacer.

El compromiso de contratar, entonces, origina una relación obligatoria por la que todas las partes del contrato se comprometen a ejecutar una obligación con prestación de hacer. Toda vez que se ha suprimido la clase de los contratos reales, entre nosotros, el deber de cooperación que crea el compromiso de contratar siempre importa ejecutar una prestación de hacer. Y esto no solo en el caso de la obligación de aceptar una oferta para hacer posible la formación del consentimiento, sino también en la cooperación para el concurso de los demás requisitos del contrato, como por ejemplo, en el caso del otorgamiento de la solemnidad.

2.3. La relación obligatoria creada por el compromiso de contratar

Ya hemos visto que la oferta es el resultado de un acto de libertad; quien la formula no lo hace en ejecución de una prestación debida. Es más, no cabe exigirse la formulación de la oferta, porque los contratantes del compromiso de contratar se obligan a cooperar para permitir la celebración del contrato definitivo, y si no hay oferta no hay cooperación que sea necesaria.

Si la oferta no es una prestación, la aceptación tampoco es una contraprestación.

La afirmación precedente permite introducirnos en el análisis de la naturaleza de la relación obligatoria que crea el compromiso de contratar. Al respecto, lo primero que cabe destacar es que todos los contratantes se obligan a ejecutar la prestación de hacer necesaria para formar el contrato definitivo. En consecuencia, desde este punto de vista, no cabe concebir a esta relación obligatoria como una con prestación unilateral. Desde luego que no hay ningún impedimento jurídico para que los contratantes preparen la celebración de un contrato definitivo, quedando solo uno de ellos obligado a prestar su cooperación. Pero, de conformidad con el régimen adoptado por este artículo, el contrato preparatorio que crea una relación obligatoria con prestación unilateral no es un compromiso de contratar. Será un contrato preparatorio atípico, al que, por razones de analogía, le serían de aplicación las reglas del compromiso de contratar.

La relación obligatoria creada por el compromiso de contratar tampoco es una con prestaciones recíprocas. En el caso de un contrato con prestaciones recíprocas, por haberlo acordado así los contratantes, quien ejecuta la contraprestación lo hace a cambio de la prestación recibida de la otra parte. Y, por cierto, tanto prestación como contraprestación resultan exigibles.

En el caso de la relación obligatoria creada por el compromiso de contratar, no es posible identificar una contraprestación. No califica como tal el deber de aceptación; esto en la medida en que no se tiene que ejecutar esta prestación de hacer porque se ha recibido o porque se vaya a recibir a cambio otra prestación. Se debe la prestación de aceptar por el hecho de haberse puesto en marcha, libremente, el proceso de formación del contrato definitivo.

Habida cuenta que este deber de cooperación, aceptar la oferta, es uno al que quedan obligados todos los contratantes, es más, cooperación que resulta exigible sin que reciban algo a cambio, entonces, la relación obligatoria creada por el compromiso de contratar, nos parece, es una con prestaciones plurilaterales autónomas. En consecuencia, operan en el compromiso de contratar todos los efectos de los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas; por ejemplo, los referidos por el artículo 1434 del Código Civil.

Cabe hacer una precisión respecto de la obligatoriedad de la prestación de hacer para todos los contratantes. Efectivamente esto es así en el momento de la celebración del compromiso de contratar: todos quedan obligados a prestar su cooperación para celebrar el contrato definitivo, todos quedan obligados a aceptar la oferta que se les formule con ese fin. Sin embargo, la parte que se dispone a exigir el cumplimiento de la obligación contraída, formulando la oferta se libera de su deuda; se libera porque ya no se necesita cooperación suya, a pesar de que ofertar no importe realizar una conducta de pago. Quedan, entonces, como efectivamente obligados a cooperar los destinatarios de la oferta. Esto sin perjuicio de la posibilidad de que se formule, válidamente, una contraoferta, en cuyo caso el inicialmente oferente deviene en obligado a aceptar.

2.4. La relación entre el compromiso de contratar y el contrato definitivo

Lo que fluye directamente del artículo que estamos comentando, y empezamos este acápite destacándolo, es que el contrato definitivo es, respecto del compromiso de contratar, un hecho necesariamente futuro. Resulta, entonces, un imposible jurídico el que ambos sean hechos contemporáneos. La contemporaneidad afectaría el objeto del compromiso de contratar acarreando su nulidad; mas no la nulidad del, en este caso, impropiamente, contrato definitivo.

El compromiso de contratar y el contrato definitivo son, entre sí, contratos autónomos. No hay entre ellos una relación de accesoriedad. Es más, el primero no es una etapa previa de la formación del segundo; y este no es un requisito de eficacia del primero. Cada uno, entonces, tiene su propio iter contractual.

Siendo autónomos, sus vicios no son transmisibles entre sí. Por ejemplo, la nulidad o anulabilidad del compromiso de contratar no hace, por ello, nulo o anulable al contrato definitivo. Y viceversa.

Sin embargo, el contrato definitivo se celebra en vía de cumplimiento del compromiso de contratar. Este hecho, sin perjuicio de su autonomía, los comunica necesariamente.

La naturaleza del contrato definitivo, aunque un hecho futuro en el momento de la estipulación del compromiso de contratar, determinará diversos elementos de este. En primer término, el contenido. Como se verá en el comentario al artículo siguiente, la celebración del compromiso de contratar requiere de un contenido determinado; y este está dado por la estipulación de los elementos esenciales del contrato definitivo. Por otro lado, en el caso de la forma, de acuerdo con lo regulado por el artículo 1425 del Código Civil, el compromiso de contratar deberá observar la del contrato definitivo. Otro tanto cabe decirse respecto de la capacidad de obrar; solo pueden preparar el contrato definitivo, obligándose, quienes tienen capacidad para celebrarlo.

La comunicación del compromiso de contratar respecto del contrato definitivo es más fuerte aún. En efecto, a diferencia de cualquier otro contrato, el definitivo se celebra en cumplimiento de una obligación. Su celebración, entonces, no constituye un acto de libertad. Los

contratantes del definitivo lo celebran porque están obligados a hacerlo; y la obligación que cumplen nace del compromiso de contratar. Esto con la salvedad que hemos comentado en el acápite anterior respecto del oferente.

Sin embargo, el que el contrato definitivo sea el resultado de un acto de cumplimiento de una obligación, de un pago, y no el resultado de un acto de libertad, no es óbice para poner en duda de que este sea el resultado, como en cualquier contrato, del ejercicio del poder de autorregulación de los contratantes, de la autonomía privada. Para advertir la presencia de este poder no se puede considerar aisladamente el contrato definitivo; tiene que ser considerado en relación al compromiso de contratar. Desde esta perspectiva, el contrato definitivo es celebrado obligatoriamente, porque libremente lo han querido así los contratantes.

2.5. Normativa aplicable al compromiso de contratar

Siendo un contrato, aunque esta resulte una verdad de Perogrullo, le es de aplicación toda la normativa aplicable a los contratos.

En consecuencia, en el compromiso de contratar puede estipularse cualquiera de los pactos regulados en la Sección Primera del Libro Sétimo del Código Civil, que sean compatibles con su finalidad. Así, por ejemplo, es posible estipularlo con un pacto de persona a nombrar.

Sin embargo, el pacto característico del compromiso de contratar, y que justificaría su utilidad práctica, es el de arras de retractación.

Por otro lado, son de aplicación al compromiso de contratar las normas previstas en la Sección Primera del Libro Sétimo del Código Civil, aplicables a las clases de contrato en las que este puede ser incorporado. De estas clases hemos destacado anteriormente su pertenencia a la de los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, por lo que surten respecto de él los efectos previstos en el artículo 1434 del Código Civil. Así, por ejemplo, el régimen para el caso de incumplimiento, que lo comentaremos al ocuparnos del artículo 1418.

Otro tanto cabe decirse respecto de la aplicación al compromiso de contratar del régimen de la excesiva onerosidad de la prestación y del de la lesión. Aunque excede los límites de este comentario analizar estos extremos, nos limitamos a señalar que participamos de la opinión que considera aplicables estos regímenes al caso; y fundamos nuestra opinión en la antes señalada comunicación de efectos entre el compromiso de contratar y el contrato definitivo.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997; ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Torino, Utet, 1997; ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995; BENABENT, Alain. Droit Civil. Les contrats speciaux civils et commerciaux. Paris, Montchrestien, 2001 ; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo III. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. Lima, Palestra Editores, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima, Cultural Cuzco, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Madrid, Editorial Civitas,1996; GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; HUET, Jerome. Traite de Droit Civil. Les principaux contrats speciaux. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2001; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1993; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo III. Torino, Utet, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá, Universidad

Externado de Colombia, 1996; STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Tomo II. Paris, Litec, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Compromiso de celebrar un contrato definitivo

Conforme lo señala el artículo 1414 del Código Civil: "Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo". El compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa crea la obligación de celebrar este contrato, el cual, a su vez, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien y la obligación de pagar su precio en dinero; por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato preparatorio, en el que existen los elementos inherentes a la contratación, como son el concierto de voluntades, el consentimiento, el objeto y la causa; se trata de un verdadero contrato, cuya finalidad consiste en el compromiso de celebrar otro a futuro (Cas. N° 1659-2014-La Libertad).

Efectos del contrato definitivo

{E}l compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa crea la obligación de celebrar este contrato, el cual, a su vez, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien y la obligación de pagar su precio en dinero. Cuarto.- Que, en consecuencia, el pago de una parte del precio importa la ejecución del contrato definitivo, por cuanto en el contrato preparatorio solo se determinan los elementos esenciales del contrato definitivo. Quinto.- Que, además las partes en un compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa no se denominan comprador ni vendedor, por lo que su referencia en la sentencia impugnada no hace sino reafirmar la tesis de que en el caso de autos se está ante un contrato definitivo de compraventa y no ante un contrato preparatorio (Cas. N° 1751-1997-Junín).

Contrato preparatorio: elementos y finalidad

{E}l artículo 1414, establece que por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo, y entendiéndose como un contrato preparatorio, en el que existen los elementos inherentes a la contratación, como son el concierto de voluntades, el consentimiento, el objeto y la causa, se trata de un verdadero contrato, cuya finalidad consiste en el compromiso de celebrar otro a futuro (Cas. N° 1097-1995-Lima).

Contenido del compromiso de contratar

Artículo 1415.- ***El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo.***

Concordancias:
C.C. arts. 1359, 1414, 1416, 1417, 1418, 1422

VÍCTOR BOLAÑOS VELARDE

Por el compromiso de contratar las partes preparan la celebración de un contrato definitivo singular. La determinación del contrato definitivo, justamente, forma parte del contenido del compromiso de contratar. En efecto, quienes celebran el compromiso de contratar deben estipular, por lo menos, sobre los elementos esenciales del contrato definitivo.

No cabe entonces celebrar un compromiso de contratar acordando que las partes quedan obligadas a celebrar en el futuro un contrato de compraventa o un contrato de arrendamiento, sin precisión alguna sobre estos. La obligación de celebrar el contrato definitivo, pues, no puede ser estipulada genéricamente, del modo en que se presenta en los ejemplos anteriores. La estipulación debe ser relativa a un contrato de compraventa singular o a uno de arrendamiento también singular.

La razón para que la ley imponga la determinación del contrato definitivo a celebrarse en el futuro, radica en el efecto obligatorio del compromiso de contratar. Si el contrato definitivo que las partes se obligan a celebrar no fuera uno determinado, no habría razonabilidad para que el destinatario de la oferta estuviera obligado a aceptarla; lo está, porque en el compromiso de contratar consintió en los términos esenciales de ella. Es más, si faltara esta determinación, no sería posible, conforme a lo previsto por el inciso 1) del artículo 1418 del Código Civil, exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación: que se acepte la oferta. La determinación del contrato definitivo, entonces, hace posible el cumplimiento de la obligación contraída de celebrarlo.

1. Los elementos esenciales del contrato definitivo

De acuerdo con lo normado por el artículo 1415, lo que permite singularizar al contrato definitivo es la estipulación, por lo menos, sobre sus elementos esenciales.

Por cierto que no hay obstáculo jurídico para que en el compromiso de contratar se estipulen todos los términos del contrato definitivo. En este caso, la oferta que se formule para celebrarlo no hará más que reproducir la totalidad de los términos previamente estipulados.

Sin embargo, la ley no impone como contenido del compromiso de contratar tamaña determinación del contrato definitivo. Su contenido quedará satisfecho cuando se estipulen los elementos esenciales. En este caso, queda abierta la posibilidad para que la oferta de celebrar el definitivo contenga más términos que los acordados al celebrar el preparatorio. Pero el análisis de este extremo lo reservamos para el comentario del artículo 1418.

Ahora bien, sabemos que basta con estipular, en el compromiso de contratar, los elementos esenciales del contrato definitivo, para considerarlo determinado; pero, ¿qué debemos entender por elementos esenciales de este contrato?

El artículo que comentamos no responde a la pregunta que nos hemos hecho. En rigor, tampoco encontramos una respuesta directa en alguna otra parte del Código Civil. Por ejemplo,

no la encontramos en el artículo que pudo haberse ocupado del tema: el 1359. En efecto, al regularse el principio de la integralidad del contrato, el Código Civil ha hecho tabla rasa de la distinción doctrinaria entre elementos esenciales y elementos secundarios del contrato. El Código Civil ha optado, en el caso de la formación del contrato, por darles el mismo valor a todos los elementos; de allí que la discrepancia sobre cualquiera de ellos sea suficiente para que el consentimiento no quede formado.

Necesitamos explorar el tema desde otra perspectiva para encontrar un contenido idóneo del concepto elementos esenciales de un contrato. Y esta perspectiva no las aporta el análisis de la tipicidad.

Desde este punto de vista, los contratos pueden ser clasificados en: típicos, atípicos con tipicidad social y atípicos puros.

Los contratos típicos, que el Código Civil prefiere llamar nominados, son los recogidos por un cuerpo normativo escrito, generalmente con rango de ley. No es, empero, la mención nominal del contrato por la norma la que hace de él un tipo. El tipo está formado, necesariamente, por un conjunto de normas que regulan, esencialmente, una relación contractual en abstracto. Estas normas, a veces, se complementan con otras que se ocupan del acuerdo que origina tal relación contractual. Además, ordinariamente, la mayoría de las normas que forman el tipo son de naturaleza dispositiva.

Así concebido el tipo –o tipo legal si lo preferimos–, resulta entendible su función esencial: suplir la voluntad de las partes. Sin embargo, para que opere el tipo en un contrato determinado, es indispensable que este se celebre estipulando las partes algunos elementos, que no están previstos en él, y que son necesariamente concretos. Sin la estipulación sobre estos elementos concretos no cabe la celebración de un contrato típico.

Por ejemplo, en el caso de la compraventa, es impensable la relación contractual sin la determinación del bien que se vende y el precio que se paga a cambio. De ordinario, la celebración de un contrato de compraventa requiere de la estipulación sobre el bien y el precio. Por excepción, conforme a lo previsto por el artículo 1547 del Código Civil, el precio no requiere ser estipulado para la formación del contrato; en ese caso estaríamos frente a un vacío susceptible de ser llenado por una norma dispositiva del tipo. Al celebrarse la compraventa las partes son libres de estipular los términos que estimen convenientes a sus intereses; pueden, desde luego, estipular en contra de las normas dispositivas del tipo, dejándolas sin efecto para su caso. Lo que no pueden hacer las partes que celebran la compraventa es, empero, dejar de estipular sobre el bien y el precio o, en todo caso, sobre el bien.

Otro ejemplo: el del arrendamiento. Tratándose, en este caso, del préstamo de uso oneroso, no es concebible esta relación contractual, sin el bien cuyo uso se cede, sin la renta que se paga a cambio y sin el plazo que durará la cesión. Empero, para la celebración de un contrato de arrendamiento determinado, basta con que los estipulantes acuerden bien y renta, porque el plazo, indispensable para la relación contractual, es un vacío que puede ser suplido por una norma dispositiva del tipo.

Digamos que no hay contrato de compraventa sin estipulación sobre bien y precio y contrato de arrendamiento sin estipulación sobre bien y renta; estipulados estos elementos, los tipos respectivos pueden integrar todos los vacíos dejados, y hacer viables las relaciones contractuales. Así las cosas, podemos concebir las estipulaciones mencionadas como los elementos esenciales de estos contratos.

En el caso de los contratos típicos, con tipicidad legal, entonces, elementos esenciales son aquellos que de no estipularse sería imposible la celebración del contrato definitivo; es más, elementos esenciales, en el caso de los típicos, son aquellos cuya estipulación es suficiente para la celebración del contrato definitivo.

Identificados los elementos esenciales de un contrato típico, cabe preguntarnos ahora respecto de los elementos esenciales de un contrato con tipicidad social.

Tratándose de los contratos atípicos con tipicidad social –o, si lo preferimos, típicos con tipicidad social–, el conjunto de normas que regulan la relación contractual, y que forman el tipo respectivo, tienen por fuente la costumbre. El que estas normas se sustenten en la costumbre, y no en la ley, pone en evidencia las limitaciones del tipo social para jugar la función supletoria de la voluntad de las partes.

Sin embargo, debemos admitir que el tipo social, necesariamente abstracto, puede llenar vacíos dejados por los contratantes al celebrar el contrato respectivo. Esta posibilidad es inequívoca cuando los propios contratantes lo estipulan así, acordando la aplicación, de las normas que forman el tipo social, a la relación contractual que crean. También es posible fundar esta función supletoria de los tipos sociales en el principio de la buena fe que, por mandato del artículo 1362 del Código Civil, rige en la relación contractual.

De jugar el tipo social la función supletoria de la voluntad de las partes en un caso determinado, la celebración de ese contrato, del mismo modo que en el caso de los contratos típicos, requerirá de la estipulación de algunos términos concretos. Estos términos, entonces, serán indispensables para la celebración del contrato con tipicidad social; y serán suficientes. Al igual, pues, que en el caso de los contratos típicos, en este, estos términos, indispensables y suficientes, constituirán los elementos esenciales del contrato y formarán el contenido mínimo de un compromiso de contratar un determinado contrato con tipicidad social.

Finalmente ¿cuáles son los elementos esenciales en los contratos atípicos puros? Aquí, el tema de la función supletoria de la voluntad de las partes es todo un problema para la legislación y la doctrina, que no vamos a abordar en este comentario, pero que debemos seguir tomándolo como criterio para identificar los elementos esenciales del contrato definitivo. Entonces, en este caso, al igual que en los dos anteriores, se constituirán en elementos esenciales del contrato aquellos términos que es indispensable que las partes estipulen, y a su vez suficientes, para originar la relación contractual atípica que se proponen crear. Por el tema de la función supletoria de la voluntad de las partes, en el caso del contrato atípico puro, podrían constituirse en elementos esenciales todos los elementos del contrato, y este tendría que ser el contenido mínimo del correspondiente compromiso de contratar.

2. Ausencia de estipulación de todos los elementos esenciales del contrato definitivo

El artículo que estamos comentando impone el deber de estipular, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo. En consecuencia, la norma que radica en él es una de naturaleza imperativa. Las partes no tienen la facultad de disponer este extremo del compromiso de contratar. Si pretenden asegurar la celebración de un contrato definitivo mediante un compromiso de contratar, entonces tienen el deber de estipular los elementos esenciales de ese contrato definitivo.

Pero, ¿qué pasa si al celebrarse un compromiso de contratar determinado las partes no observan el deber que les impone el artículo 1415?

El artículo 1415, se infiere de su texto, no impone el deber que estamos comentando como un requisito para la celebración válida del compromiso de contratar. Frente a la inobservancia del deber, en consecuencia, no cabe predicarse la nulidad del compromiso de contratar.

La sola naturaleza imperativa de la norma –extremo que nos parece indiscutible– no basta para que su infracción acarree la nulidad del contrato. Esto en razón a que no es posible advertir la existencia de un interés público que se busque tutelar mediante la imposición de esta norma. Imperativa es; pero el interés que se tutela con ella es uno de orden privado. No cabe, entonces, la predica de la nulidad para el acto infractor, porque la hipótesis no ha sido prevista como tal por el artículo 219 del Código Civil.

El que la infracción no acarree la nulidad no implica que sea jurídicamente indiferente. En este caso, la ley dispensa su tutela al interés de asegurar, vía relación obligatoria, la celebración de un contrato definitivo, siempre que el compromiso de contratar sea estipulado en los términos imperativos previstos por ella. De no adecuarse el compromiso de contratar a lo impuesto por el Código Civil, de no estipularse los elementos esenciales del contrato definitivo, el efecto obligatorio perseguido por los contratantes al celebrarlo no merecerá tutela del ordenamiento jurídico. En suma, la inobservancia de este deber acarrea la ineficacia del compromiso de contratar.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997; ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Torino, Utet, 1997; ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995; BENABENT, Alain. Droit Civil. Les contrats speciaux civils et commerciaux. Paris, Montchrestien, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo III. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. Lima, Palestra Editores, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima, Cultural Cuzco, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Madrid, Editorial Civitas,1996; GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; HUET, Jerome. Traite de Droit Civil. Les principaux contrats speciaux. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2001; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1993; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo III. Torino, Utet, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Tomo II. Paris, Litec, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

En el contrato preparatorio solo se determinan los elementos esenciales del contrato

{E}l compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa crea la obligación de celebrar este contrato, el cual, a su vez, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien y la obligación de pagar su precio en dinero. Cuarto. Que, en consecuencia, el pago de una parte del precio importa la ejecución del contrato definitivo, por cuanto en el contrato preparatorio solo se determinan los elementos esenciales del contrato definitivo. Quinto. Que, además las partes en un compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa no se denominan comprador ni vendedor (Cas. N° 1751-1997-Junín).

Plazo del compromiso de contratar

Artículo 1416.- ***El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, este será de un año. (*)***

Concordancias:
C.C. arts. 183, 1414, 1415, 1417, 1418, 1423

VÍCTOR BOLAÑOS VELARDE

El texto vigente del artículo 1416 ha sido establecido por la Ley Nº 27420, que modificó el texto originario, que establecía lo siguiente: "El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo".

Ya hemos visto que por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Toda vez que el contrato definitivo es necesariamente futuro, el plazo constituye un elemento esencial de la relación obligatoria creada por el compromiso de contratar. No es pensable esta obligación sin un plazo de vigencia.

1. Naturaleza jurídica del plazo

El plazo, sabemos, es una modalidad del acto jurídico; del contrato en especial. Como tal, en consecuencia, constituye un requisito de eficacia del mismo. Cabe identificarse como conformantes del plazo un término inicial, desde el que empieza a computársele, y un término final, con el que concluye el cómputo.

Por otro lado, puede tener una naturaleza suspensiva o una resolutoria. En el primer caso, el acto jurídico, el contrato, aunque celebrado válidamente, es ineficaz; tendrá que verificarse el plazo estipulado como suspensivo para que surtan sus efectos. En el segundo caso, la verificación del plazo resolutorio, el vencimiento de su término final acarrea la ineficacia, la extinción, de la relación jurídica creada por el acto.

El plazo del que se ocupa el artículo que estamos comentando, entendiéndolo como elemento esencial de la relación obligatoria creada por el compromiso de contratar (no así del contrato mismo), es uno que tiene naturaleza resolutoria. En consecuencia, la obligación de celebrar el contrato definitivo, la de cooperar mediante la aceptación de la oferta que se reciba, resulta exigible hasta antes del vencimiento del plazo.

Una vez vencido el término final del plazo, entonces, se resuelve la relación obligatoria. Ya no cabe exigirse la celebración del contrato definitivo. Y toda vez que en este caso, la resolución de la relación obligatoria se produce por la verificación de una modalidad resolutoria del contrato, esta no produce efectos retroactivos.

La relación obligatoria creada por el compromiso de contratar tiene, necesariamente, un plazo resolutorio que, como veremos luego, puede o no haberse estipulado en el momento de la celebración del contrato. Sin embargo, esto no es óbice para que también tenga un plazo suspensivo.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley Nº 27420 del 07/02/2001.

La existencia de un plazo suspensivo, sin embargo, depende de su estipulación en el momento de celebrarse el compromiso de contratar; o por un acto posterior modificatorio del mismo. De mediar tal estipulación, entonces, no resultará exigible el cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino desde el momento en que se verifique el plazo suspensivo. Tal exigibilidad, en este caso, procede desde el momento de verificado el plazo suspensivo y hasta antes de que se verifique el plazo resolutorio.

El contrato definitivo, entonces, puede quedar celebrado en cualquier momento del periodo de exigibilidad de la obligación. En efecto, en cualquier momento de este periodo, cualquiera de los contratantes que esté interesado en el cumplimiento del compromiso de contratar, puede formular su oferta y exigir al otro u otros contratantes que cumplan con aceptarla.

2. La estipulación del plazo

De acuerdo con el texto del artículo que estamos comentando, el plazo, entiéndase el resolutorio, puede ser determinado o determinable. Esto es, el término final del plazo puede estar establecido en el momento de la celebración del compromiso de contratar, o puede definirse por un evento posterior al contrato; evento que, al determinar un plazo, necesariamente se verificará. En el segundo caso, el plazo resolutorio determinable, al celebrar el compromiso de contratar, los contratantes tendrían que estipular el evento que permitirá establecer su término final.

Este aspecto, sin embargo, no es lo que caracteriza al texto vigente del artículo 1416. Lo que lo caracteriza es su regulación del tema de la duración. En este sentido, el texto derogado establecía un límite a la autonomía de los particulares. Estos, al celebrar el compromiso de contratar, podían estipular la duración del plazo que estimaran más conveniente para sus intereses. Pero su libertad contractual tenía por límite un año; una estipulación que excediera ese límite devenía, en cuanto al exceso, en ineficaz.

Tal limitación a la libertad contractual de estipular la duración del plazo, cuestionada por inconveniente para la finalidad económica que se persigue con este contrato, ha sido suprimida por el texto vigente. En consecuencia, las partes pueden estipular, válida y eficazmente, la duración que estimen más conveniente a sus intereses.

3. Falta de estipulación sobre el plazo

Ya hemos dicho que la relación obligatoria creada por el compromiso de contratar es impensable sin el plazo resolutorio. Ello, sin embargo, no implica que su celebración, válida o eficaz, importe una necesaria estipulación sobre el plazo.

De no acordar los contratantes este extremo estaríamos frente a un vacío; circunstancia que le permite a la norma dispositiva recogida por el artículo 1416 jugar su función supletoria de la voluntad de las partes. En este caso, el plazo resolutorio tendría una duración determinada de un año.

De no mediar estipulación, entonces, el plazo será necesariamente determinado. En consecuencia, para que la relación obligatoria creada por el compromiso de contratar tenga una duración indeterminada, es indispensable que los contratantes estipulen sobre el plazo en esos términos.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997; ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Torino, Utet, 1997; ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995; BENABENT, Alain. Droit Civil. Les contrats speciaux civils et commerciaux. Paris, Montchrestien, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo III. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. Lima, Palestra Editores, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima, Cultural Cuzco, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Madrid, Editorial Civitas,1996; GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; HUET, Jerome. Traite de Droit Civil. Les principaux contrats speciaux. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2001; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1993; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo III. Torino, Utet, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Tomo II. Paris, Litec, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Celebración del contrato definitivo en el plazo fijado

{E}l título que ostenta la demandante es de fecha posterior al contrato privado a favor de la demandada, veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y nueve de fojas cincuenta y ocho, no es menos cierto que el aludido contrato, de conformidad con el artículo 1414 del Código Civil, genera solamente una obligación de hacer; vale decir, dicha prestación consiste en celebrar el contrato definitivo dentro del plazo fijado por las partes o dentro del máximo legal de un año, siendo que cualquier exceso se reducirá a este plazo, tal como lo prevé el artículo 1416 del Código Civil, contrato que se caracteriza por ser autónomo y distinto al definitivo, entendiéndose que al vencimiento del plazo máximo o al convenido por las partes, el compromiso de contratar se extingue definitivamente ***(Cas. N° 1751-1997-Junín).***

Fenecimiento del contrato por no haber sido renovado

El contrato de promesa de compraventa que ostenta la demandada ha fenecido, pues no ha sido renovado ni se ha extendido el contrato definitivo; por lo que la posesión de esta deviene en precaria, de conformidad con el artículo 911 del Código Civil ***(Cas. N° 1741-2014-Lima).***

Contrato de promesa de venta y caducidad

{E}l contrato de promesa de venta es una modalidad del compromiso de contratar, en virtud del cual se celebra un contrato preparatorio que solamente genera una obligación de hacer, de ser celebrado dentro del plazo fijado convencionalmente por las partes o dentro del plazo máximo legal no mayor de un año, teniendo este plazo el carácter de resolutorio, pues en caso de no celebrarse el contrato definitivo caducará el derecho de las partes para obligarse a celebrar este contrato, y la situación será igual a la que existiría si no se hubiera celebrado el contrato preparatorio de compromiso de contratar ***(Cas. N° 1418-2001-Lima Cono Norte).***

Renovación del compromiso de contratar

Artículo 1417.- ***El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.***

Concordancias:
C.C. arts. 1416, 1424

VÍCTOR BOLAÑOS VELARDE

Lo regulado por este artículo cobraba sentido en función de lo regulado por el texto originario del artículo 1416; no así con el texto vigente de ese artículo.

Sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo anterior, este artículo da pábulo para comentar el tema de la renovación del compromiso de contratar. En tal sentido, podemos afirmar que el compromiso de contratar, como cualquier otro contrato, puede ser libremente renovado por los contratantes; y esto no porque el artículo 1417 prevea la renovación ni tampoco dentro de sus límites.

Como en el caso de cualquier otro contrato, reiteramos, y en el ejercicio de su libertad de estipulación, los contratantes pueden renovar el compromiso de contratar, en los mismos términos en los que lo celebraron o variando estos.

En lo que se refiere al plazo, la renovación puede ser estipulada dentro de los alcances del artículo 1416. Es decir que las partes tienen total libertad para fijar la duración del plazo del contrato renovado o pactarlo como uno de duración indeterminada. Esta libertad no se ve afectada por la duración que hayan estipulado para el contrato originario; ni siquiera por la falta de estipulación sobre el plazo en este.

Es más, las partes pueden renovar el contrato sin estipular nada sobre el plazo. En este caso el vacío será suplido por el artículo 1416; en cuyo caso, el plazo del contrato renovado será de un año.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997; ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Torino, Utet, 1997; ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995; BENABENT, Alain. Droit Civil. Les contrats speciaux civils et commerciaux. Paris, Montchrestien, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo III. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. Lima, Palestra Editores, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima, Cultural Cuzco, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Madrid, Editorial Civitas,1996; GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; HUET, Jerome. Traite de Droit Civil. Les principaux contrats speciaux. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2001; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1993; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo III. Torino, Utet, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Tomo II. Paris, Litec, 1998.

Negativa injustificada de celebrar el contrato definitivo

Artículo 1418.- *La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:*

1. *Exigir judicialmente la celebración del contrato.*
2. *Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.*

En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Concordancias:
C.C. arts. 1150, 1152

VÍCTOR BOLAÑOS VELARDE

El escenario de este artículo es el de la celebración del contrato definitivo. Esta celebración se inicia con la formulación de una oferta que, como se dijo al comentar el artículo 1414, torna exigible la obligación nacida del compromiso de contratar: aceptar la oferta. Los otros contratantes pueden dar cumplimiento a su obligación, aceptando la oferta que se les ha formulado, con lo que queda celebrado el contrato definitivo. O pueden negarse a aceptarla; en cuyo caso podrían incurrir en incumplimiento.

Este artículo, justamente, se ocupa de regular la hipótesis del incumplimiento y los efectos jurídicos que produce.

1. El incumplimiento del compromiso de contratar

En términos generales, el incumplimiento de la obligación se configura por la inejecución, entiéndase total, de la prestación debida. También se configura por la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación debida.

En el caso del compromiso de contratar la prestación a la que se obligan los contratantes es una de hacer, consistente, básicamente, en aceptar la oferta que se les formula. Para establecer la hipótesis de incumplimiento verificable en este caso, debemos tener presente que la aceptación es la declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta que, cuando menos, debe hacerse oportunamente y conforme con los términos de la oferta. La declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta que no reúna los requisitos mencionados, simplemente, no tiene el valor jurídico de una aceptación.

En consecuencia, la declaración de voluntad es o no aceptación. No cabe que la declaración sea parcial, tardía o defectuosamente una aceptación. En todos esos casos la declaración de voluntad no es aceptación; del mismo modo que en el caso en que no se emita declaración de voluntad alguna.

El incumplimiento en el compromiso de contratar, en principio, se configura necesariamente como la inejecución total de la prestación debida. No es posible que se presenten como incumplimiento, en este caso, las hipótesis de la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación debida.

Decimos en principio porque, en el caso del compromiso de contratar, el solo hecho de la inejecución total de la prestación debida no basta para que se configure la hipótesis del incumplimiento. Conforme a lo regulado por el artículo que estamos comentando, la inejecución de la prestación tiene que ser injustificada para que se configure el incumplimiento.

Podrían, entonces, presentarse hipótesis de inejecución de la prestación, de negativas a aceptar la oferta que se formula, y, a pesar de la existencia de la obligación, no configurarse como incumplimientos. En efecto, si hay justificación para la negativa, aunque no se acepte la oferta no se incurre en incumplimiento.

¿Cuándo se entiende que es justificada la negativa de aceptar la oferta del contrato definitivo? La respuesta a esta pregunta es casuística. Sin embargo, a pesar de que su determinación tendrá que hacerse en el caso concreto, podemos advertir la presencia de un común denominador: la aplicación del principio de la buena fe.

Así, podemos imaginar el caso del compromiso de contratar celebrado estipulándose solo los elementos esenciales del contrato definitivo, en el que la oferta contiene, además, elementos secundarios. Si el destinatario de la oferta considera, de buena fe, que esos elementos secundarios realmente se apartan del contrato que habían proyectado al celebrar el compromiso de contratar, su negativa a aceptarla sería justificada y no incurriría en incumplimiento. No es así en el caso que la presencia de los elementos secundarios en la oferta sean utilizados, por el destinatario, como pretexto para la negativa.

También cabe imaginar la posibilidad de una negativa justificada de aceptar la oferta aun en el caso que todos los elementos del contrato definitivo se hayan estipulado en el compromiso de contratar. Así, imaginemos una hipótesis de lesión en el compromiso de contratar. No es razonable pensar, en este caso, que el destinatario de la oferta, en el entendido que se trate del lesionado, carezca de justificación para rehusar la aceptación, aun en el caso que no haya demandado la rescisión del compromiso de contratar. Otro tanto cabe predicar respecto de las hipótesis de la excesiva onerosidad y de la imposibilidad sobrevivientes a la celebración del compromiso de contratar; entendemos que en estos casos también es justificada la negativa a aceptar la oferta.

2. La exigencia judicial del cumplimiento

Frente al incumplimiento, es decir, frente a la negativa injustificada de aceptar la oferta, el contratante fiel, el oferente, tiene, como primera alternativa, la opción de pretender judicialmente el cumplimiento del contrato.

El artículo que estamos comentando, con toda precisión, dispone que la pretensión del contratante fiel es la de *exigir judicialmente la celebración del contrato.*

Desde un punto de vista lógico no podría ser de otro modo. Del compromiso de contratar nace la obligación de celebrar, en el futuro, un contrato definitivo; esta obligación tiene por contenido una prestación de hacer, que tiene por objeto un servicio: la aceptación. El incumplimiento se presenta porque el servicio no es prestado; en consecuencia, el acreedor está facultado para pretender judicialmente la prestación de este servicio, la aceptación, vale decir, la ejecución en especie de la prestación de hacer debida.

El oferente, entonces, demanda judicialmente la aceptación. No cabe, en principio, que, en vez de la aceptación, el contratante fiel, en el entendido que la aceptación no puede ser rehusada, demande directamente el cumplimiento de los efectos del contrato definitivo. Para que estos efectos existan, cualquiera sea su naturaleza (obligacional, real, etc.), primero debe existir el contrato que los origina; y esto no es posible si la oferta no es aceptada.

Sin embargo, de ser posible en el caso, no vemos ningún obstáculo jurídico para que se pueda pretender, accesoriamente, los efectos del contrato definitivo. Desde luego, la pretensión

principal, en este caso, tendría que ser la de cumplimiento del compromiso de contratar, teniéndose por celebrado el contrato definitivo. De ampararse esta pretensión, su consecuencia, ordinariamente, sería la eficacia del contrato definitivo; la exigibilidad, por ejemplo, de las obligaciones que él cree. Por ejemplo, la pretensión principal de tenerse por celebrado el contrato de compraventa, a la que se le acumularía, en calidad de pretensión accesoria, la de entrega del bien vendido. Admitir tal acumulación de pretensiones no puede menos que redundar en beneficio de la economía procesal.

Ahora bien, en rigor la pretensión que le asiste al contratante fiel es la de aceptación de la oferta. La sentencia que acoja esta pretensión, entonces, condenaría al infiel a aceptar la oferta; de modo tal que el contrato definitivo quedaría celebrado en vía de ejecución de sentencia, en el momento en que, voluntaria o forzosamente, se declare la aceptación.

Habida cuenta que, a pesar de tratarse de una obligación con prestación de hacer, la sentencia condenatoria puede ser ejecutada forzosamente –en cuyo caso el juez se sustituye en la persona del obligado aceptando la oferta por él–, no vemos obstáculo jurídico válido para que desde un inicio el contratante fiel pretenda tal sustitución. De ser esta la pretensión, la sustitución operaría por imperio de la sentencia, deviniendo en una sentencia constitutiva del contrato definitivo.

3. La resolución del compromiso de contratar

La negativa injustificada a aceptar la oferta del contrato definitivo, por parte del obligado, puede hacer perder, legítimamente, el interés que tenía el contratante fiel en la celebración de este contrato. Su nuevo interés, provocado por el incumplimiento injustificado, es que se deje sin efecto el compromiso de contratar.

Al amparo del artículo 1434, norma aplicable al compromiso de contratar atendiendo a la naturaleza jurídica de la relación obligatoria que este crea, según lo comentado respecto del artículo 1414, el interés del contratante fiel de dejar sin efecto el contrato preparatorio merece tutela del ordenamiento jurídico: tutela que origina en su favor el derecho a la resolución del contrato por incumplimiento.

El inciso 2) del artículo que estamos comentando, con un vocabulario diferente, no se ocupa de otra cosa que no sea del derecho a la resolución del contrato por incumplimiento. Este derecho, según el caso, puede ser ejercido, por el contratante fiel, de cualquiera de las maneras previstas en los artículos 1428, 1429 y 1430.

Así, en el caso que se haya celebrado el compromiso de contratar sin estipularse cláusula resolutoria, de sobrevenir el incumplimiento injustificado, nace el derecho a la resolución del contrato que solo puede hacerse valer a través de la vía judicial. Pero, en este caso, si a pesar del incumplimiento injustificado subsiste el interés del contratante fiel en la celebración del contrato definitivo, siempre que esta se produzca perentoriamente, optará por el emplazamiento con este propósito, apercibiendo al infiel con la resolución de no aceptar la oferta en el plazo conferido.

Finalmente, no hay ningún obstáculo jurídico para que el compromiso de contratar sea celebrado estipulándose una cláusula resolutoria. Sostenemos esto a pesar de que el texto del inciso 2) del artículo que comentamos sugiere a la judicial como la única vía para resolver el contrato. En este caso, entonces, de sobrevenir el incumplimiento injustificado, el contratante fiel dará por resuelto el compromiso de contratar sirviéndose de la cláusula resolutoria.

4. La indemnización por los daños y perjuicios

La negativa injustificada de aceptar la oferta es sustento suficiente para que, según el interés que pretenda hacer valer el contratante fiel, pueda exigir judicialmente el cumplimiento o la resolución del compromiso de contratar.

Para que proceda la pretensión indemnizatoria no basta con el incumplimiento injustificado de la obligación. Es indispensable el daño. Ciertamente que, en este caso, el daño tiene por causa específica la inejecución de la prestación debida.

El daño, en este caso, se configuraría como la lesión del interés negativo del acreedor, del contratante fiel que ha formulado su oferta sin que sea seguida por la aceptación. De sobrevenir este, como consecuencia del incumplimiento injustificado de la obligación, el contratante infiel incurriría en responsabilidad civil contractual.

En este caso, daño, el contratante fiel tendrá expedito su derecho a la indemnización; pretensión que puede acumularla a la del cumplimiento o a la de resolución del contrato.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Vol. I. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997; ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Torino, Utet, 1997; ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995; BENABENT, Alain. Droit Civil. Les contrats speciaux civils et commerciaux. Paris, Montchrestien, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo III. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. Lima, Palestra Editores, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima, Cultural Cuzco, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Madrid, Editorial Civitas,1996; GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990; HUET, Jerome. Traite de Droit Civil. Les principaux contrats speciaux. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2001; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1993; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo III. Torino, Utet, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Tomo II. Paris, Litec, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Exigencia judicial del cumplimiento del contrato preparatorio

(E)l artículo 1418, inciso 1, faculta a exigir el cumplimiento del contrato preparatorio judicialmente, norma que no resulta aplicable al caso de autos por no haberse acreditado la existencia del citado contrato ***(Cas. N° 1097-1995-Lima).***

El compromiso de contratar como contrato que asegura situaciones jurídicas para el futuro

(E)l compromiso de contratar en sí constituye un contrato, que se reduce a preparar y a asegurar situaciones jurídicas para el futuro, donde se compromete a las partes a la celebración de un contrato posterior, además en estos actos confluyen el acuerdo de voluntades, el objeto y demás elementos del contrato definitivo, por lo que jurídicamente no es posible negarle la categoría de contrato. Y ante un eventual incumplimiento e irrogación de daños, las reglas aplicables serían las de inejecución de obligaciones, como ha sucedido en el presente caso ***(Cas. N° 5211-2007-Lima).***

El plazo mantiene la promesa en el contrato

(E)l plazo es solo para el mantenimiento de la promesa, mas no para la exigencia de su cumplimiento, el cual puede ejercerse en cualquier momento dentro de dicho plazo; y de recibirse como respuesta una negativa, el contratante perjudicado puede hacer uso de la vía judicial, conforme lo prevé el artículo 1418 del Código Civil ***(Cas. N° 24-T-1997-Piura).***

Contrato de opción

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.***

Concordancias:
C.C. arts. 1420, 1421, 1422, 1423, 1424, 1425, 2019 inc. 2), 2023; D.S. 014-92-EM art. 165; D.S. 03-94-EM arts. 133, 134.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. El contrato de opción: panorámica, enfoque conceptual y su diferenciación con figuras afines

La norma recoge expresamente lo que en el desarrollo doctrinal se ha venido denominando **contrato de opción**. Obviamente, la codificación toma la posición según la cual la figura reseñada tendría naturaleza contractual, y esto es muy importante pues permite clarificar las consecuencias jurídicas idóneas para el caso concreto.

Al margen del perfil aplicativo, refirámonos un momento a la posición de muchos autores que –desde hace tiempo atrás– han pretendido configurar la figura abordada como una propuesta (oferta) irrevocable. Desde ya es importante aclarar que la irrevocabilidad de la oferta puede derivar a) de una declaración unilateral del oferente, que se obliga a mantenerla firme por un cierto tiempo; por lo demás, en apariencia, el efecto de la oferta nace: b) de un verdadero contrato (pacto de opción), en virtud del cual se ha solido sostener que una parte se compromete a no revocar una oferta de contrato y la contraparte permanece libre de adherir o no a la declaración ajena. Se trata, en realidad, de un procedimiento –cuando llega a término– conformado por la secuencia de dos contratos –uno preparatorio (opción) y otro final– coligados entre sí.

A veces está coligada a un contrato (en relación con la cual es accesoria), otras veces está prevenida en forma autónoma (BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI p. 784). En el marco de una relación contractual de arrendamiento, se puede insertar una cláusula que contenga la opción a favor del arrendatario de adquirir el bien arrendado, o, puede ser que el arrendador prometa –de forma no contextual– mantener firme la oferta de venta durante un plazo para su ejercicio por el arrendador.

Pero la cuestión no queda en ello.

Y es que también se ha señalado enfáticamente, parece abonando a la primera posición, que la opción es un contrato a través del cual una parte emite irretractablemente la propuesta de concluir un ulterior contrato, pudiendo la contraparte perfeccionar con la propia (y unilateral) aceptación el contrato definitivo. En términos generales sobre la tesis de la oferta irrevocable (SACCO-DE NOVA pp. 90-94).

Las diferencias existentes entre opción y propuesta irrevocable pueden ser expuestas, muy convincentemente, a través de dos argumentos, a saber:

1. La opción (contrato) y la propuesta irrevocable, aunque destinadas a producir consecuencias prácticas idénticas, difieren en su estructura, porque la primera figura es un contrato y la segunda es una declaración unilateral; aunque hay autores que

sostienen que por oferta en sentido propio debe entenderse al acto prenegocial esencialmente unilateral (BENEDETTI, pp. 141-142). Es pacífico asumir que, en la mayoría de casos, la opción es un contrato unilateral en tanto genera una situación de desventaja (y no una obligación) en la esfera de la parte optada: esta tendrá que asumir los efectos de la declaración del optante de acuerdo a la reglamentación asumida por las partes.

2. La situación jurídico-subjetiva que nace de la opción, a diferencia de aquella que nace de la propuesta irrevocable, se trasluce en un derecho potestativo: es cedible y oponible a los terceros. Se determina, con eficacia inmediatamente dispositiva, una situación jurídica instrumental, caracterizada, no por la pretensión, sino por un poder determinante del optante de perfeccionar el contrato sin que al optado, de cualquier manera, se le permita actuación alguna, encontrándose en una situación de mera sujeción (BENEDETTI, p. 143). En la opción, se verifica, entonces cómo el derecho potestativo del optante asume naturaleza instrumental estrictamente en el ámbito señalado por la dinámica del procedimiento formativo del contrato final, frente al cual ostenta una autónoma entidad jurídico-patrimonial.

La consecuencia práctica más importante de considerar a la opción como un contrato y no como propuesta irrevocable radica en que la muerte o la incapacidad sobreviniente de uno o de ambos contratantes no podría eliminar el derecho potestativo conferido ni la situación de vinculación porque tales situaciones derivan de un contrato, mientras que estos hechos podrían afectar tales situaciones jurídico-subjetivas si se tratase a la opción como una propuesta irrevocable que haya sido dirigida al optante por el optado. Ello, en tanto, el artículo 1387 CC preceptúa que la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina su caducidad. También es interesante señalar que, desde un punto de vista empírico, la opción es algo más que una propuesta irrevocable: en este caso, la propuesta ya fue apreciada por el destinatario a propósito de la aceptación de la oferta (de opción) y, por lo tanto, son mayores las probabilidades de que las partes celebren el contrato definitivo.

Con bastante agudeza se ha señalado que la tesis de la irrevocabilidad de la oferta como efecto del contrato de opción apenas describe el fenómeno de manera aproximativa. Más persuasiva es la tesis del otorgamiento al beneficiario de la opción de poder celebrar el contrato coligado con una declaración de voluntad unilateral (CESARO, pp. 565).

Según nuestro parecer, y en este punto coincidiendo con la decisión del legislador, debemos señalar que es viable, y hasta más conveniente para la sistemática asumida, que la opción sea tomada como una *fattispecie* contractual, unilateral o bilateral, según se trate de la llamada opción gratuita o de la llamada opción onerosa, como pacto en el cual es previsto un correspectivo y en el cual se inserta, cual momento sinalagmático, una más amplia regulación de intereses, siendo, en este sentido configurable, en efecto la opción gratuita figura en la que visualizan obligaciones solo a cargo del proponente (BENEDETTI p. 147).

Se vincula a una parte (optada) a la conclusión de un contrato posterior (final) que se producirá cuando la otra (optante) emita su declaración ejerciendo el derecho a ella conferido en virtud del acuerdo contenido en la opción. Es obvio que en la llamada opción onerosa pueden actuarse, verificados sus requisitos de operatividad, todos los remedios previstos para los contratos con prestaciones recíprocas, tales como la excepción y la resolución por incumplimiento previstos en los artículos 1426 y ss. del Código Civil.

Tal perspectiva no excluye la posibilidad de que utilizando el poder regulatorio de la autonomía privada se utilice el esquema de la oferta irrevocable (negocio unilateral), con las consecuencias que deriven de tal decisión, frente a las hipótesis de muerte o incapacidad, según hemos anotado, y otras que se pudieran suscitar en la práctica.

Una cuestión que queda por aclarar es la diferenciación de la opción con el compromiso de contratar, ambas especies del contrato preparatorio, según se desprende de la codificación. Desde perspectiva propia, el compromiso de contratar (arts. 1414 y ss), se configura como una figura contractual de aplicación concreta mediante la cual las partes se obligan a concluir en el futuro un ulterior contrato, ya enteramente determinado en sus elementos esenciales.

El carácter obligatorio es central, constituye un índice tipológico del compromiso de contratar, pues se exige que las partes deben de prestar un nuevo consentimiento en cumplimiento de las obligaciones asumidas; en cambio, en el contrato de opción, extraño a los efectos obligatorios, la parte optada, sometida a sujeción, no tendría que realizar ninguna otra declaración para la celebración del contrato definitivo; esta parte habría tenido la oportunidad de efectuar una valoración final de sus intereses, entendiéndose estar lista a asumir la autorregulación generada por la sola declaración del optante.

En lo que se refiere al perfil consecuencial, es clara la distinción entre el contrato de opción y el compromiso de contratar; tanto porque falta la previsión de una obligación recíproca de celebrar un contrato posterior, como porque –aun en el caso del compromiso "unilateral"– el contrato definitivo, o final, como también se le puede denominar, presupone una declaración de voluntad posterior de la parte obligada a celebrarlo, no siendo suficiente –como en el contrato de opción– la declaración de aceptar proveniente de la contraparte (BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI p. 764).

En otros términos, en el compromiso de contratar el promisario no tiene ningún poder de constituir directamente la relación contractual definitiva-final por medio de una manifestación propia y unilateral de voluntad, ni puede pensarse en una sujeción correlativa del promitente, como sí sucede en la opción. En este sentido, existe una diferencia muy clara existente entre el contrato de opción y el compromiso de contratar dentro del género de los contratos preparatorios, en tanto poseen cada uno una naturaleza intrínseca diversa, hecho que resulta vital para su separación conceptual y normativa.

2. Estructura y categorización de los efectos del contrato de opción en la teoría de las relaciones y situaciones jurídico-subjetivas. Algunos matices aplicativos

Es momento de efectuar una aclaración trascendental que tiene como objetivo propender al adecuado entendimiento de la función del contrato de opción, a través de sus efectos. A tales fines es absolutamente imprescindible recurrir a la teoría de las situaciones jurídico-subjetivas.

La realidad normativa, convenientemente valorada y ordenada con las construcciones teóricas destinadas a darle orden y sistematicidad, nos revelan que, fuera del marco acotado, existen casos de figuras distintas de las situaciones jurídico-reales y de las relaciones obligatorias, las que pueden ser configuradas como relaciones o situaciones jurídico-patrimoniales autónomas: una de ellas es precisamente el contrato de opción.

Sin más preámbulo debemos precisar que la relación jurídico-patrimonial generada por el contrato de opción sirve como ejemplo perfecto para demostrar lo absurdo de la afirmación

de algún autor peruano según la cual las relaciones jurídicas creadas, o reguladas, modificadas o extinguidas mediante el acto jurídico pueden ser patrimoniales (ej., la relación entre arrendador y arrendatario) o extrapatrimoniales (por ej., la relación entre marido y mujer) y que a las relaciones jurídico-patrimoniales se les denomina "relaciones obligacionales" o simplemente "obligación" (TORRES VÁSQUEZ p. 137).

La demostración palmaria de esta inexactitud sistemático-conceptual se constata solo atendiendo a que la opción –como ha quedado evidenciado– no produce una relación obligacional (al no generarse una correlación de carácter material entre un derecho de crédito y un débito obligacional) sino una relación patrimonial distinta compuesta por un derecho potestativo, en el lado activo, y por un estado de sujeción, en el lado pasivo. Es claro que del sujeto optado (sujeto pasivo) no depende ni puede depender la satisfacción del interés del optante (sujeto activo), por lo que su eventual actuación se convierte en irrelevante con respecto a la formación del contrato, a cuyas consecuencias queda inexorablemente vinculado tan solo por la declaración del optante; desprendiéndose tal parecer de la propia redacción del artículo bajo comentario cuando preceptúa que mediante el contrato de opción una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo.

Sin embargo, no debe olvidarse que el contrato de opción, de manera accesoria, hace nacer, a cargo del concedente, una obligación negativa (consistente en no impedir o hacer nugatoria la formación del contrato final; por ejemplo, enajenando el bien a terceros o destruyéndolo) y crea a favor del beneficiario un derecho cuya naturaleza es controvertida (es extendida la opinión de que se trata de un derecho potestativo) ((BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI p. 785). Así, se ha señalado, que la posición del concedente implica a su cargo el deber de no lesionar el interés, más bien, el derecho, del opcionario a la celebración del contrato final: como sucedería si antes del vencimiento de la opción de adquisición la cosa que forma su objeto fuera por él destruida o enajenada a terceros (ROPPO, p. 170). El contenido complejo del contrato de opción genera deberes contractuales, también de salvaguarda del interés del optante en orden al contrato final; su violación da lugar a responsabilidad contractual, en línea de principio extendida al resarcimiento del interés positivo. Parece que nos encontramos ante un deber de protección que está vinculado con el contenido del contrato y que ello, parece ser, en efecto, la característica que justifica la naturaleza contractual de la responsabilidad por su transgresión. En particular el deber de salvaguarda representa una actividad dirigida a la mejor ejecución del contrato y tiende –como se ha evidenciado– a la realización de un interés jurídicamente protegido.

Se ha señalado, con bastante énfasis, que, en correlación, el optante tiene, también en cuanto a la formación del contrato final, el deber de comportarse según buena fe. Puede darse que el no ejercicio de la opción resulte contrario a la buena fe y lo exponga a responsabilidad, no siendo un criterio que obsta a su surgimiento la propia naturaleza potestativa de su derecho (ROPPO, p. 171). No debemos olvidar que, en un sentido objetivo, se corrobora la buena fe cuando el comportamiento de un sujeto, inserto en una relación contractual, es expresión del deber de comportarse recta y honestamente con relación a la contraparte. La buena fe al imponer "deberes" más allá del contenido específico contrato, ya que sería absurdo pretender que ellos se encuentran "implícitos" en él, asume, en nuestra óptica particular, una innegable función integrativa, junto a aquella interpretativa que cumple en el desentrañamiento del sentido atribuible al contenido preceptivo de un negocio jurídico.

La opción se visualiza, entonces, como un acuerdo enderezado a vincular a una de las partes a un contrato futuro desde sus comienzos, remitiendo la decisión sobre la celebración al criterio de la contraparte.

El hecho de que se considere a la opción como un contrato conlleva además la posibilidad de asegurar que el poder conferido a la parte optante pueda ser sustentado en algún tipo de ventaja conferida a la parte optada. Se considera, en este caso, como un contrato (se entiende bilateral) basado en un sinalagma, al que se le aplicarían, según lo dicho, las reglas de la categoría de los contratos con prestaciones correlativas, regulado por nuestro Código Civil, al menos en sus consecuencias prácticas, en los artículos 1426 y ss. que regulan positivamente a los contratos con prestaciones recíprocas.

El contrato de opción resulta bastante útil en tanto permite efectuar un aseguramiento sobre una operación negocial futura, cuando no se tiene, por ejemplo, liquidez económica para su conclusión instantánea. Así, piénsese en el caso de una persona que adquiere, vía una compraventa, un departamento que cubre en espacio las necesidades de su familia, y que, por falta de dinero, deja de adquirir el departamento contiguo, que le serviría para ampliar su nuevo hogar, el que recién podría adquirirlo efectivamente luego de tres meses, ya que cuenta con un depósito a plazo fijo que le permitirá tener la solvencia necesaria. Para efectos de asegurar la adquisición podría conectar ambas operaciones, incluyendo en la negociación, y luego en el contrato respectivo, evidentemente otorgando una ventaja determinada, un contrato de opción (dentro de una específica cláusula), para que, dentro del plazo de tres o más meses, con su sola declaración de voluntad pueda celebrar el contrato final de compraventa sobre el departamento de su interés.

DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BENEDETTI, Giusseppe. Dal contratto al negozio unilaterale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1969; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CARAVAGLIOS, Raffaele. "Il contratto per persona da nominare (artt. 1401-1405)". En: Il Codice civile. Commentario directo da Piero Schlesinger y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CESARO, Ernesto. Voz "Opzione nel contratto". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XXX, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1980, pp. 561-573; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FAVALE, Rocco. "Opzione (art. 1331)". En: Il Codice civile. Commentario directo da Piero Schlesinger (+) y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009; GABRIELLI, Giovanni Il rapporto giuridico preparatorio. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale. Volumen III, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; GIUSTI, Alberto y PALADINI, Mauro. Il contratto preliminare. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1982. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III.

Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979 (ambas son traducciones del italiano efectuadas por Santiago Sentís Melendo); PALERMO, G. Contratto preliminare. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, 1991; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: I contratti in generale. Tomo primo, al cuidado de Enrico Gabrielli, en Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; ROPPO, Vincenzo El contrato. Traducción de Nélvar Carreteros al cuidado de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; RUBINO, Doménico. "La compravendita". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni e da Schlesinger, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di Diritto Civile, Tomo II, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto jurídico. Editorial San Marcos, Lima, 1998; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción del contrato de opción

{E}l contrato de opción es un contrato preparatorio por el cual una de las partes, el optante, tiene la facultad de elegir entre la celebración o no del contrato definitivo en las condiciones prefijadas, y la otra, el opcionista, queda vinculada a su obligación de celebrar en un futuro dicho contrato, obligación de la cual solo podrá librarse en el supuesto que el titular de la opción renuncie a la misma o que transcurra el plazo pactado, o en su defecto el establecido por la ley, para el contrato de opción sin que este ejercite su opción. si el ejercicio de dicha opción de contratar definitivamente se hallare supeditado al cumplimiento de una determinada condición por parte del opcionista, se entenderá que el plazo señalado empezará a correr desde el momento en que se cumpla dicha condición, la cual, de no cumplirse dará lugar a que el optante pueda exigir al opcionista la celebración del contrato definitivo **(Cas N° 2627-2005-Lima).**

Efectos jurídicos del contrato de opción

{A}mbas partes pactaron en forma válida un contrato preparatorio de opción de transferencia de participaciones sujeto a condición suspensiva que fue cumplida, lo que conllevó a que el optante ejercite su derecho de opción, configurándose así el contrato definitivo, al estar acreditado el consentimiento, el precio y la cosa, de conformidad con el artículo 1529 del Código Civil, motivo por el cual, corresponde que dicho acto sea perfeccionado a través de la suscripción de la minuta y su escritura pública, de acuerdo a lo regulado en los artículos 1412 y 1549 del Código Civil **(Cas. N° 505-2016-Lima).**

Contrato de opción recíproca

Artículo 1420.- ***Es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes.***

Concordancias:
C.C. arts. 1354, 1419, 1422, 1423, 1424, 1425; D.S. 014-92-EM art. 165.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Las modalidades del contrato de opción: la opción recíproca

Es momento de afrontar el estudio de las que he preferido denominar modalidades del contrato de opción. Comencemos con la opción recíproca.

Sobre la *fattispecie* bajo comentario se pueden realizar similares aseveraciones a las efectuadas en el análisis del artículo precedente al encontrarnos –según lo señalado– frente a una modalidad "típica" del contrato de opción; por ello, en aras de la concreción, no reiteraremos el desarrollo general efectuado con anterioridad.

No obstante, sí podemos referirnos a lo específico de la figura, cabiendo en este sentido acotar que en la modalidad abordada el derecho potestativo que permite el perfeccionamiento unilateral del contrato se haya inserta de la esfera jurídico-patrimonial de cada uno de los contratantes: así, cualquiera de ellos –con su sola declaración dirigida al ejercicio de la opción– podría dar lugar a la formación del contrato definitivo. Es obvio, también que las dos partes se encuentran sometidas a un estado de sujeción frente a la declaración de la otra parte.

Ambos son optantes, ambos son optados.

Una cuestión de orden sistémico-dogmático, sin embargo, resulta además necesaria y se contrae a advertir que la catalogación de la opción como recíproca supone que ambas partes puedan ejercer el derecho potestativo conferido i) en una unicidad, tanto de circunstancias o de plazo y ii) con idénticas consecuencias, lo que se contrae a que, sin importar cuál de las partes lo haya ejercido, en cualquier caso, se genere un solo contenido contractual definitivo vinculante.

Me explico.

En el contrato de opción –así como en todo contrato– pueden, vía autonomía privada, pactarse elementos accidentales (condición, plazo o cargo) los que, aunque insertos en el nivel estructural, otorgan relevancia a hechos o circunstancias (factores externos) que están orientados a incidir sobre su eficacia; pues bien, si en un contrato de opción recíproca se autorregulase una condición suspensiva (por ejemplo, cuyo hecho futuro e incierto sería la caída en bolsa de las acciones de una empresa) esta tendría que afectar al derecho potestativo que incumbe a cada una de las partes, impidiendo su ejercicio, y no solo al derecho atribuido a alguna de ellas ya que, de darse el caso, no nos encontraríamos frente a un solo contrato de opción recíproca sino frente a dos contratos de opción simples con sus reglas autónomas de operatividad. Similar razonamiento se tendría que aplicar al plazo de ejercicio del derecho de los dos optantes-optados que debe ser idéntico en su actuación contractual: no sería viable que, por ejemplo, se plantee la posible duplicidad de plazos diferenciados aplicables a cada parte en tanto ello nos conduciría inevitablemente a una calificación negocial que apunta a discernir la presencia de dos contratos de opción, como en el caso anterior.

Tampoco puede, dentro de esta modalidad, encuadrarse el supuesto de un plazo (determinado o determinable) que se disgregue en dos momentos diversos dentro de los que cada parte optante-optada, sucesivamente, podría ejercer la opción. Por ejemplo, si se pactase, ante un plazo total de un año, que uno de los optantes pueda ejercitar la opción durante los seis primeros meses, mientras que el otro pueda hacerlo en los seis meses siguientes. Es aquí –más pertinente– referirse a una opción sucesiva, como ahora me permito denominarla, excluyéndose tal hipótesis de los parámetros conceptuales propios de la opción recíproca.

En la línea asumida, recálquese, por demás, que el ejercicio de la opción por cualquiera de los contratantes debe provocar la instauración de una sola regulación contractual definitiva dado que ella deriva de un único contrato preparatorio: si se pactase una particular regulación contractual definitiva que establezca diferencias en base a cuál de los contratantes ejerce la opción, nuevamente nos encontraríamos sustancialmente frente a dos contratos de opción simple.

Otra cuestión, que se conecta a lo expuesto en el punto anterior, es advertir que una vez ejercida la opción por uno de los optantes-contratantes se extingue el derecho potestativo del otro al desaparecer su justificación material-sustancial en razón de la consecución de la función a que se encontraba dirigido. Si ambas partes ejercen en un solo momento la opción, supuesto de difícil verificación, la consecuencia sigue siendo exactamente idéntica: la formación del contrato definitivo.

A ello debe agregarse que la así llamada opción recíproca establece, al margen de su consideración como una modalidad, la posibilidad de un tratamiento tipológico diferenciado para el contrato de opción. Así, podremos distinguir, siempre dentro del paradigma contractual, a la opción unilateral, en la que una parte tiene el derecho potestativo de optar, frente a la opción bilateral en la que este surge en ambas partes, sin perjuicio de los casos en que la atribución del derecho potestativo de opción sea parte de un sinalagma que contempla una contraprestación patrimonial en la que se aprecia también una opción bilateral.

Más allá de todo, la norma no encuentra una mayor utilidad en el aspecto práctico, en cuanto la opción recíproca podría ser incorporada al contenido negocial de un contrato de opción independientemente de que exista una norma que lo permita, o incluso lo declare válido, en virtud del principio de libertad contractual (o configurativa) –basado en la autonomía privada– que inspira a nuestro ordenamiento; por otro lado, no debe olvidarse, que su función calificadora no puede verse regida ni parametrada por una declaración de validez anticipada en razón de que la *fattispecie* se refiere al esquema abstracto de la opción bilateral, en el sentido de que este puede ser insertado en un contenido negocial, mas no se refiere a que cualquier pacto de opción recíproca sea persé válido pues, en el caso concreto, podrían presentarse anomalías estructurales específicas (por ejemplo, imposibilidad del objeto, defecto de causa, vicios de voluntad, etc.) o casos de ilicitud que bajo ninguna óptica pueden ser saneados por norma alguna.

Por último, nótese que el pacto de opción recíproca puede ser incorporado contextualmente (al momento en que se celebra el contrato de opción), pero también de forma posterior (como se tiene cuando esta modalidad de adopta en una cláusula adicional).

DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas

Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BENEDETTI, Giusseppe. Dal contratto al negozio unilaterale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1969; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CARAVAGLIOS, Raffaele. "Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)". En: Il Codice Civile. Commentario directo da Piero Schlesinger y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FAVALE, Rocco. "Opzione (art. 1331)". En: Il Codice civile. Commentario directo da Piero Schlesinger (+) y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009; GABRIELLI, Giovanni Il rapporto giuridico preparatorio. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale. Volumen III, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; GIUSTI, Alberto y PALADINI, Mauro. Il contratto preliminare. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979; (ambas son traducciones del italiano efectuadas por Santiago Sentís Melendo); PALERMO, G. Contratto preliminare. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, 1991; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I contratti in generale". Tomo primo, al cuidado de Enrico Gabrielli. En: Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; ROPPO, Vincenzo. El contrato, traducción de Nélvar Carreteros al cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; RUBINO, Doménico. "La compravendita". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni e da Schlesinger, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di diritto civile. Tomo II, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 2012; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

Contrato de opción con reserva de propiedad

Artículo 1421.- *Es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo.*

Concordancias:
C.C. arts. 1473 y ss.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Las modalidades del contrato de opción: la opción mediatoria

Sigamos con las modalidades del contrato de opción: analicemos la opción mediatoria. Esta constituye, es clarísimo, otro pacto típico muy interesante en el plano teórico pero también con bastante operatividad en el aspecto práctico.

Esta modalidad del contrato de opción encuentra asidero en la innegable viabilidad de observar que el derecho potestativo inserto en la opción pueda ser calificado como materia negocial, susceptible de tomarse como un bien negociable para la obtención de una ventaja o utilidad económica (lo mismo, como no, acontece con toda entidad inmaterial proyectada como un "derecho" o situación jurídico-subjetiva de ventaja que tenga carácter patrimonial. Es un ejemplo, que en la praxis sobresale, el denominado "derecho" de crédito cuyo valor resulta transferible a través de una cesión de créditos o por intermedio de un título valor).

La opción mediatoria también se apoya, según opinamos, en la propia sustentación dogmática de la opción onerosa –es decir, aquella en que existe un correspectivo equivalente–: así, el beneficiario de la opción (el optante) podría encontrar otro adquirente dispuesto a pagar un precio superior por el bien materia del contrato final. En tal situación puede serle conveniente al beneficiario asegurar la opción, así sea a título oneroso, como ya dijimos, con el fin de especular con el producto de una transacción comercial posterior del bien (BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 785). Se puede además, y aquí viene en estricto la fenomenología de la opción mediatoria, convenir que el optante pueda transferir, ya no solamente la titularidad del bien que adquirirá de todas maneras –si así lo decide– a través del contrato final, sino directamente las consecuencias del ejercicio del particular derecho de opción designando a un tercero con quien se entenderá celebrado el contrato definitivo, hipótesis en la que la especulación comprendería la diferencia entre la suma pagada para adquirir el derecho de opción y la suma obtenida de la cesión de ese derecho a un tercero (BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI p. 785).

Interesante podría parecer el planteamiento según el cual en la opción mediatoria, tomada como fenómeno jurídico, se detectan dos titulares del derecho de opción: uno inmediato (el contratante optante originario) el otro mediato (el tercero por nombrar) (FAVALE, p. 108). No compartimos tal postura por la sencilla razón de que es el optante el único titular y el que siempre ejerce la opción, pues el tercero, al ser designado, no actúa propiamente como tal sino en su posición de sucesor en la posición del optante.

La diferencia sustancial de carácter operativo-aplicativo entre, por ejemplo, una compraventa celebrada con posterioridad al ejercicio de la opción traslativa de la titularidad de un determinado bien inmueble, y la operatividad de la opción mediatoria, es que, en este último caso, el contrato final se celebra directamente entre el optado y el tercero nombrado por el optante, siempre que se haya puesto en conocimiento de la otra parte que dicho tercero ha sido

designado y que ha expresado su asentimiento frente a tal decisión, antes de que el optante ejerza la opción. Se evidencia la concreción del principio de economía negocial en la consecución de la finalidad perseguida por las partes por medio de una sola operación contractual.

Ciertamente, llegados a este punto, se abren una serie de vicisitudes aplicativas de variada naturaleza, sobre todo en lo que concierne a la temporalidad en que se produce la designación y la aceptación del tercero con relación al ejercicio del derecho potestativo de opción por su titular.

Para la solución de tales hipótesis, y sin un ánimo exhaustivo que agote la casuística, estimo que se deben de adoptar las siguientes reglas:

i) La designación y asentimiento del tercero deberán ser comunicados a la parte optada –al tener tales declaraciones carácter recepticio– antes o coetáneamente con el ejercicio de la opción. Caso contrario, en caso su ejercicio se realice por el optante a fin de evitar la pérdida de su derecho –y aquí no es relevante el propósito práctico del declarante– el contrato definitivo vinculará inexorablemente a las partes originarias del contrato de opción: el optante y el optado.

ii) La designación y asentimiento del tercero pueden ser realizadas con antelación al momento del ejercicio de la opción, aunque en la práctica suela hacerse de manera coetánea.

iii) El solo asentimiento del tercero comunicado a la parte optada, aunque seguido del ejercicio de la opción por este, no puede servir por sí solo para que el contrato definitivo se entienda con él celebrado, pues este supone una designación anterior que lo legitime en su actuación.

iv) La sola designación, seguida del ejercicio de la opción, tampoco produce la consecuencia típica de la mediatoria, en cuanto el asentimiento del tercero otorga certidumbre acerca de la asunción de los efectos del contrato definitivo en su esfera jurídica y confianza al optado sobre la vinculación asumida, aunque podría pensarse en una aceptación tácita (ex art. 141 C.C).

Recuérdese que en estas dos últimas hipótesis patológicas se entenderá no celebrado el contrato definitivo entre el optante y el optado.

v) Es obvio que el no ejercicio de la opción, aunque exista designación y asentimiento del tercero, produce la extinción del derecho potestativo y la no consumación del contrato definitivo.

vi) Una vez designado el tercero, este resulta siendo el único legitimado para brindar su asentimiento, si no lo hace, simplemente se excluiría la propia existencia del contrato definitivo, ni siquiera entre las partes originarias.

Todas las declaraciones reseñadas (designación, asentimiento, ejercicio, etc.,) deberán ser puestas en conocimiento del optado antes que decaiga la eficacia de la opción, es decir, antes que venza el término pactado o el legal, por defecto; y tener la misma forma adoptada para el contrato de opción en una aplicación analógica del artículo 1475 C.C.

La lógica de las reglas aplicables, sean las detalladas u otras que se pudieran derivar de la problemática expuesta, no debe contradecir los principios dispuestos para la formación del consentimiento (artículos 1373 y ss del Código Civil).

2. Opción mediatoria y contrato por persona a nombrar

Se podría considerar que la opción mediatoria se identifica con la inserción en el contenido del contrato de opción de una cláusula que contenga sustancialmente un contrato por persona a nombrar (artículos 1473 y ss. del Código Civil).

Este posicionamiento no resulta del todo correcto en cuanto dicha cláusula opera solo en el ámbito de un contrato que habiendo sido celebrado (como lo sería el contrato de opción), genera una **modificación contractual sucesiva de carácter subjetivo**. Nítidamente ello no ocurre en la opción mediatoria ya que, en esta, no hay ninguna modificación de ningún orden en la parte que determina su celebración: solamente se constata la concesión de una facultad de designar al tercero que celebrará el contrato final con la otra parte (optada), verificándose ello en que es siempre el optante, y no un tercero, el que ejerce la opción y concluye el definitivo.

Sin embargo, tal razonamiento no excluye la posibilidad de que una cláusula que contenga el contrato por persona a nombrar pueda ser insertada en un contrato de opción. Así se ha dicho –recordando pronunciamientos jurisprudenciales– y esto ayuda a diferenciar mejor, que no hay razón de hacer excepción al principio general que admite la estipulación del contrato por persona a nombrar en relación a cualquier tipo de contrato preparatorio o definitivo, siempre y cuando el objeto de la prestación lo consienta (CARAVAGLIOS p. 113) y el término para el nombramiento sea inferior a aquel fijado para la opción; es admitida la aceptación de la propuesta irrevocable (según esta concepción) solo y directamente por parte de la persona nominada (TAMBURRINO p. 93). La naturaleza contractual de la opción justifica la variante de la estipulación por persona a nombrar en la medida que el tipo de contrato y el objeto de la prestación no resulten obstativo a su funcionalidad (FAVALE, p. 107).

En términos prácticos se debe recordar, según lo anotado en el punto anterior, que tanto la designación como el asentimiento del tercero deben ser efectuados antes del ejercicio de la opción por el optante –al margen de que todas ellas sean puestas en conocimiento del optado– ya que si ello no sucede así, en conjunto, el contrato final-definitivo se formaría entre las mismas partes del contrato de opción. Por demás, se debe siempre considerar la secuencialidad en las declaraciones del optante y del tercero, así por ejemplo, considerar que una vez designado el tercero, este resulta siendo el único sujeto legitimado para asentir, y si no lo hace simplemente no habría contrato final-definitivo, ni siquiera entre las partes originarias de la opción.

Sobre el tema la casuística es inmensa y estará a cargo de los operadores y de la jurisprudencia científica el extraer los principios que puedan dar lugar a una aplicación coherente de la figura reseñada.

DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BENEDETTI, Giusseppe. Dal contratto al negozio unilaterale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1969; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CARAVAGLIOS, Raffaele. "Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)". En: Il Codice Civile. Commentario directo da Piero Schlesinger y ahora

por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FAVALE, Rocco. "Opzione (art. 1331)". En: Il Codice civile. Commentario directo da Piero Schlesinger (+) y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009; GABRIELLI, Giovanni Il rapporto giuridico preparatorio. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale. Volumen III, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; GIUSTI, Alberto y PALADINI, Mauro. Il contratto preliminare. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979; (ambas son traducciones del italiano efectuadas por Santiago Sentís Melendo); PALERMO, G. Contratto preliminare. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, 1991; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I contratti in generale". Tomo primo, al cuidado de Enrico Gabrielli. En: Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; ROPPO, Vincenzo El contrato, traducción de Nélvar Carreteros al cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; RUBINO, Doménico. "La compravendita". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni e da Schlesinger, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di diritto civile. Tomo II, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 2012; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

Contenido del contrato de opción

Artículo 1422.- ***El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.***

Concordancias:
C.C. arts. 1359, 1415; D.S. 014-92-EM art. 165.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. El contrato de opción y el contrato definitivo: la autosuficiencia

Siguiendo los lineamientos asumidos para todos los contratos preparatorios (y también para la oferta) la norma estatuye –a través de un mandato imperativo– que el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato final-definitivo que vinculará a las partes; esto a diferencia de lo que ocurre con el compromiso de contratar que, según el artículo 1415 CC, debe contener solo los elementos esenciales del definitivo.

Realmente, lo que se está plasmando en la norma bajo comentario no es otra cosa sino la exigencia de que el contenido del contrato de opción sea **autosuficiente** o **completo** (ROPPO, p. 170) para la formación del contrato definitivo-final, no requiriéndose en lo absoluto intervención posterior de las partes. En otras palabras, el contenido del contrato de opción debe, por sí mismo, permitir la realización del denominado "derecho al contrato", es decir, el derecho a la introducción de una determinada regulación de intereses (GABRIELLI, p. 32 y ss.), tutelándose el interés instrumental a la realización de la *fattispecie* definitiva: asume significativa importancia la tutela del interés final que el ordenamiento no puede sustraer a su atención (FAVALE, pp. 34-35).

Ciertamente, se denota una aproximación sustancial a los requisitos de la oferta pues, como sabemos, para ser calificada como tal, requiere ser también autosuficiente. Sin embargo, ello no puede resultar decisivo para afirmar, en sintonía con cierto sector doctrinal, que la opción tiene la naturaleza de una oferta irrevocable, como hemos visto con anterioridad, en tanto la autosuficiencia resulta siendo solamente una exigencia de orden notoriamente teórico-práctico relevante cuando la validez y eficacia de una determinada autorregulación dependen del asentimiento de uno de los sujetos que conformarán una relación contractual, pero que no sirve para desentrañar la naturaleza del acto a la que se refiere.

Esta exigencia puede ser tenida como intrínseca a la propia naturaleza del contrato de opción. Si el contrato final va a ser configurado, en su última etapa, tan solo por la declaración de la parte que ostenta el derecho de opción, es lógico requerir de antemano, es decir en el propio contenido del contrato de opción, que se haya predeterminado la estructura y función del contrato definitivo, puesto que la parte optada no podrá intervenir bajo ninguna forma en la fase final de formación de este "nuevo" contrato, y si así lo hiciera, no nos encontraríamos ya en los parámetros de la opción sino que, más bien, se visualizaría solamente una fase sucedánea de negociaciones preliminares o, incluso, podría considerarse que la parte optante habría efectuado una renuncia al derecho potestativo cuya titularidad le corresponde al permitir la intervención de la otra en la configuración del contenido y perfeccionamiento-conclusión del contrato final.

Es pertinente precisar que tal exigencia, aunque también aplicable al contrato preliminar (o compromiso de contratar), se inspira en el principio de correspondencia. Se entiende,

claramente, que el contrato de opción debe de ser "completo" en relación con el contrato final: en ello radica su operatividad en el plano del ordenamiento jurídico.

De tal argumento se puede fácilmente deducir que el fenómeno de la formación progresiva del contrato, entendido como el procedimiento de elaboración gradual de las estatuiciones negociales, no tiene mayor incidencia, ni guarda punto de contacto alguno, con la materia del artículo bajo comentario.

En síntesis, nos encontramos ante una anticipada composición de los intereses de las partes, la que asume indiscutiblemente un carácter de orden determinativo de los particulares componentes particulares del específico esquema negocial.

DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BENEDETTI, Giusseppe. Dal contratto al negozio unilaterale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1969; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CARAVAGLIOS, Raffaele. "Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)". En: Il Codice Civile. Commentario directo da Piero Schlesinger y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FAVALE, Rocco. "Opzione (art. 1331)". En: Il Codice civile. Commentario directo da Piero Schlesinger (+) y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009; GABRIELLI, Giovanni Il rapporto giuridico preparatorio. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale. Volumen III, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; GIUSTI, Alberto y PALADINI, Mauro. Il contratto preliminare. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979; (ambas son traducciones del italiano efectuadas por Santiago Sentís Melendo); PALERMO, G. Contratto preliminare. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, 1991; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I contratti in generale". Tomo primo, al cuidado de Enrico Gabrielli. En: Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; ROPPO, Vincenzo El contrato, traducción de Nélvar Carreteros al cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; RUBINO, Doménico. "La compravendita". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni e da Schlesinger, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di diritto civile. Tomo II, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 2012; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

Plazo del contrato de opción

Artículo 1423.- *El plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, este será de un año.* (*)

Concordancias:
C.C. arts. 183, 1424; LEY 26702 art. 295 inc. 1) ; D.S. 014-92-EM art. 165 D.S. 03-94-EM art. 133.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. El plazo para el ejercicio de la opción. Matices aplicativos

La *fattispecie* aborda la cuestión referida a la extensión del plazo de los efectos del contrato de opción, lo que se contrae, en términos más directos, a circunscribir a un marco de temporalidad su legítimo ejercicio por parte del optante como sujeto titular del derecho potestativo conferido.

Sobre el particular, es muy importante revelar, ante todo, la presencia de dos diversas funciones que, en términos generales, se plasman a raíz de la necesidad de la inserción de un plazo de eficacia en el contenido del contrato de opción: la primera se refiere a evidenciar el interés de diferir la conclusión del contrato definitivo-final a un momento futuro (deviniendo en irrelevantes las circunstancias objetivas y demás motivaciones que indujeron a las partes a su específica inserción): en suma, se plasma concretamente un momento conveniente para la conclusión del negocio final; mientras que la segunda, en conexión con la anterior, se refiere a la prevención de las partes a efectuar la conclusión del contrato definitivo-final dentro de un arco de tiempo más allá del cual podría extinguirse el interés económico que había inducido a la originaria predisposición de un proyecto negocial, limitando en el tiempo la efectividad del derecho potestativo y el estado de sujeción originados por el contrato de opción.

A partir de lo señalado se puede, a su vez, deducir que el plazo es un componente negocial, referido al aspecto temporal, que no puede faltar en el contrato de opción, corroborándose esto en el propio artículo comentado cuando dispone supletoriamente que en el caso de que no se determine o no se puedan extraer las pautas para su determinación, este será de un año. Tal impostación, en suma, deja abierta la posibilidad de que las partes puedan pactar el plazo que estimen oportuno para la duración de los efectos del contrato de opción.

Se dejan así de lado las consideraciones atinentes a que el contrato de opción debe tener un plazo máximo de vigencia (legalmente establecido), pues de otro modo quedaría perjudicada la circulación de la riqueza y el libre juego de la voluntad contractual y a que, teniendo un plazo legal máximo se tenga que cualquier plazo que exceda al tope señalado por la ley se considerará como no puesto, sin que afecte, claro está, la validez del pacto. En dicha postura, que avalaba el tenor de la norma antes de la modificación instaurada por el artículo único de la Ley N° 27420 del 7 de febrero del 2001, se destacaba que tal dispositivo era imperativo o de orden público, y que no admitía, en consecuencia, pacto en contrario, destacándose que, como en el caso de la promesa de contratar, no existirá impedimento para que una vez finalizado el contrato de opción, las partes vuelvan a celebrar libremente una nueva opción, en los mismos términos o en términos diferentes.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 27420 del 07/02/2001.

Volviendo a la norma bajo comentario tenemos que su tenor, al exigir por lo menos una determinabilidad del plazo, concuerda con la naturaleza necesariamente temporal de las situaciones jurídico-subjetivas provenientes del contrato de opción. Tanto el derecho potestativo como el estado de sujeción no pueden extenderse, en su eficacia, indefinidamente en el tiempo, ya que comprometen la propia iniciativa negocial de uno de los sujetos contractualmente vinculados. De lo contrario, se establecería una perpetua, y por ende inaceptable, incertidumbre sobre todo en detrimento de la parte optada. Por lo demás, así se sustrae la hipótesis comentada a la posibilidad de que, ante la ausencia de estipulación al respecto, pueda el juez fijar el plazo submateria (artículo 182 del Código Civil).

La decadencia del plazo y sus efectos extintivos con respecto a las situaciones generadas por el contrato de opción, descritas en el artículo 1419 CC, solo puede ser adecuadamente explicada si consideramos a este como un plazo resolutorio del negocio jurídico, pues al verificarse se marca la cesación de los efectos producidos según se extrae del primer párrafo del artículo 178 CC Ello significa que la utilización del derecho potestativo conferido al optante debe de verificarse antes de la expiración del plazo para dar lugar a la formación del contrato definitivo-final, claro está, dejar de tener presentes los mecanismos de actuación de este derecho (por ejemplo, que el ejercicio de la opción sea debidamente puesto en conocimiento del optado y que se designe al tercero, en el caso de opción mediatoria, dentro del plazo establecido). Es obvio, además que la verificación y/o conteo del plazo es una cuestión notoriamente ajena al contrato definitivo-final en vista a que este adquiere una independencia funcional una vez que el optante ejercita el derecho potestativo a él conferido.

La determinación del plazo por las partes intervinientes en el contrato de opción puede, al margen de que se pacte cualquier extensión para este, realizarse en forma directa y precisa (plazo determinado) o en forma indirecta, estableciendo pautas y/o parámetros certeros de verificación para que, a través de una operación deductiva, pueda ser efectivamente determinado (plazo determinable) a través de lo que se conoce como un mecanismo de determinación.

DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BENEDETTI, Giusseppe. Dal contratto al negozio unilaterale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1969; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZIGERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CARAVAGLIOS, Raffaele. "Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)". En: Il Codice Civile. Commentario directo da Piero Schlesinger y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FAVALE, Rocco. "Opzione (art. 1331)". En: Il Codice civile. Commentario directo da Piero Schlesinger (+) y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009; GABRIELLI, Giovanni Il rapporto giuridico preparatorio. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale. Volumen III, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; GIUSTI, Alberto y PALADINI, Mauro. Il contratto preliminare. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1982;

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979; (ambas son traducciones del italiano efectuadas por Santiago Sentís Melendo); PALERMO, G. Contratto preliminare. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, 1991; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I contratti in generale". Tomo primo, al cuidado de Enrico Gabrielli. En: Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; ROPPO, Vincenzo El contrato, traducción de Nélvar Carreteros al cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; RUBINO, Doménico. "La compravendita". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni e da Schlesinger, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di diritto civile. Tomo II, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 2012; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

Renovación del contrato de opción

Artículo 1424.- ***Al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.***

Concordancias:
C.C. arts. 1417, 1423

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. La renovación de la eficacia de la opción, reproducción e identidad sustancial. Perfiles aplicativos y ambigüedad normativa

Desde nuestra perspectiva, el estado de sujeción impuesto al optado obviamente constituye una situación jurídico-subjetiva de desventaja bastante limitativa de su esfera patrimonial. Entonces resultará lógico, en salvaguarda de posibles abusos de una posición material dominante, que no se permita, en todos los casos, una absoluta libertad de configuración del plazo del contrato de opción: se impone la clara necesidad de que, por lo menos, se norme expresamente su renovación otorgándose a la parte optada la posibilidad de que en cada uno de estos negocios renovatorios se merite la continuación de aquella situación de desventaja, de carácter estrictamente pasivo sobre su patrimonio. Por ello, es menester realizar unas breves reflexiones sobre el particular.

La renovación del plazo resolutorio inserto en el contrato de opción inexorablemente supone la conclusión de un nuevo negocio jurídico con contenido idéntico al anterior pero que no resulta siendo obviamente el mismo debido al diverso lapso de eficacia que tienen respectivamente el contrato de opción originario y el renovado; en este orden de ideas, la renovación del plazo no puede coincidir, bajo ningún aspecto, con el fenómeno de la **reproducción del contrato** que, como sabemos, se contrae a la actividad sucesiva de las partes para rehacerlo con forma diferente (ROPPO, p. 244) conllevando no solo una equivalencia estructural y funcional total, sino una única sustancialidad regulatoria.

Para los fines de la renovación del plazo la norma, aunque no muy claramente, deja de lado el plazo originalmente pactado en el contrato de opción originario que, según el artículo anterior, puede ser de cualquier extensión (otorgándose un marco de actuación muy amplio a la autonomía privada) e incluso determinable. Sobre esto último, es menester incidir sobre la exigencia práctica que se contrae a que, en el caso de que el plazo sea determinable, previamente a su renovación este tiene que ser efectivamente determinado acudiendo a los parámetros establecidos. Es obvio que no podrá haber renovación si es que no se ha determinado anticipadamente el plazo del contrato de opción originario, aunque no fuere tomado en cuenta para tales efectos. Aunque sea ocioso señalarlo, la renovación se debe producir cuando el plazo original está por vencerse; efectuar una renovación anticipada podría dar lugar a cuestionamientos al contrato por infracción de norma imperativa o ilicitud.

Lo que hace la norma bajo comentario, al parecer, es tomar como límite de renovación temporal de la opción el plazo supletorio legal de un año impuesto por la norma anterior.

Precisemos un poco más el planteamiento conclusivo y cómo es que llegamos a él. Veamos.

La norma formalmente preceptúa que al vencimiento de la opción las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente, lo que implica, en un primer momento, una seria ambigüedad sobre la extensión máxima del

nuevo plazo, ya que el plazo del contrato original –que es regulado primordialmente por el artículo acotado– no tiene limitación alguna en su duración, por lo que su sentido significativo no puede ser *in abstracto* directamente obtenido de la remisión efectuada. No obstante, y si se quiere salir del atolladero en que se coloca al operador jurídico, podría, aunque no sin dejar la estricta técnica interpretativa, argüirse que el plazo a que se refiere la norma es el que corresponde al plazo legal supletorio descrito en el artículo 1423 CC, es decir, al de un año. Como ya se ha advertido, ello se aleja de la regla general de la renovación del contrato referida a la identidad de contenido, en tanto un contrato de opción cuyo plazo de eficacia era, por decir, de dos años, podría solo ser renovado por un máximo de un año.

En suma, pareciera que no se ha efectuado la coordinación con la modificación realizada al artículo 1423 CC, resultando oportuno que ello se verifique en vista a tener una regulación coherente.

Finalmente, las partes con el fin de excluir la limitación impuesta por la norma podrían modificar cualquier punto (incluso accesorio) del contrato original, más allá del plazo, a efectos de evitar la restricción temporal de la renovación configurada por este artículo, con lo que la nueva celebración sería libre, al no existir ya identidad, conllevando a que el nuevo plazo, del nuevo contrato modificatorio (no renovatorio), no tenga limitación alguna.

DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1965; BENEDETTI, Giusseppe. Dal contratto al negozio unilaterale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1969; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CARAVAGLIOS, Raffaele. "Il contratto per persona da nominare (Artt. 1401-1405)". En: Il Codice Civile. Commentario directo da Piero Schlesinger y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FAVALE, Rocco. "Opzione (art. 1331)". En: Il Codice Civile. Commentario directo da Piero Schlesinger (+) y ahora por Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009; GABRIELLI, Giovanni Il rapporto giuridico preparatorio. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale. Volumen III, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; GIUSTI, Alberto y PALADINI, Mauro. Il contratto preliminare. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979; (ambas son traducciones del italiano efectuadas por Santiago Sentís Melendo); PALERMO, G. Contratto preliminare. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, 1991; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I contratti in generale". Tomo primo, al cuidado de Enrico Gabrielli. En: Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; ROPPO, Vincenzo. El contrato, traducción de Nélvar Carreteros al cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; RUBINO, Doménico. "La compravendita". En: Trattato di Diritto Civile e Commérciale, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni e da Schlesinger,

seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di diritto civile. Tomo II, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 2012; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

Formalidad de los contratos preparatorios

Artículo 1425.- ***Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.***

Concordancias:
C.C. arts. 143, 144, 219 inc. 6), 1352, 1413; LEY 26887 art. 41

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

El principio que rige la formalidad de los contratos preparatorios es el de libertad de forma. No obstante, la norma bajo análisis establece como excepción que siempre que el contrato definitivo deba observar una formalidad esencial o *ad solemnitatem*, este requisito de validez resulta igualmente aplicable al contrato preparatorio, bajo sanción de nulidad. Este artículo, por su expresa referencia a los contratos preparatorios, resulta aplicable tanto al contrato de opción como al compromiso de contratar que regula el Código Civil.

El fundamento de la norma en reseña "responde a la necesidad de que para futuros contratos de carácter solemne no se utilice en la promesa de contratar ni en el contrato de opción una forma distinta y pueda así caerse en una precipitación que se trata de evitar mediante la formalidad exigida por la ley" (DE LA PUENTE, p. 166). En idéntico sentido, Ripert y Boulanger (citados por DE LA PUENTE, p. 168) refieren que cuando la solemnidad es requerida para proteger el consentimiento de quien se obliga, la promesa no es válida más que si reviste la forma prevista para el mismo contrato. Cuando, en cambio, la solemnidad no es impuesta sino para asegurar una mejor redacción a un contrato que debe ser sometido a publicidad, la promesa es válida, aun cuando esté desprovista de forma.

Ello resulta plenamente justificado puesto que a la identidad de intereses o unidad funcional que existe entre el contrato preliminar y el contrato definitivo, corresponde lógicamente la unidad del régimen formal.

El precepto bajo estudio tiene entre sus principales fuentes al artículo 1351 del Código Civil italiano. Comentando esta norma, Messineo (p. 540) refiere que el contrato preliminar tiene la fuerza de obligar a las partes a estipular el contrato definitivo, de ahí que la forma deba ser la misma. Adicionalmente, la solemnidad se justifica en la finalidad de llamar la atención de las partes sobre la importancia de la obligación que se asume por el contrato definitivo.

En efecto, la necesaria reflexión y prudencia que nuestro ordenamiento ha previsto para la celebración de un contrato solemne se aplica justificadamente al contrato preparatorio, habida cuenta que este contiene todos los elementos esenciales del contrato definitivo, cuya celebración resulta ser la ejecución del contrato previamente celebrado. De este modo, si tenemos en cuenta que el compromiso de contratar deja vinculadas a las partes para que puedan llegar en un momento posterior a la consecución del proyectado contrato definitivo, se puede advertir que, permitir el compromiso de contratar que no cumpla con la formalidad requerida para celebrar un contrato formal, supondría vulnerar la finalidad de las normas que impone la forma en el ordenamiento jurídico.

Esta regla resulta concordante con los artículos 1415 y 1422 del Código Civil en cuanto establecen que el compromiso de contratar y el contrato de opción, respectivamente, deben contener todos los elementos esenciales del contrato definitivo. Por tratarse de un contrato solemne, dentro de tales elementos esenciales se encuentra, sin duda, la forma.

En este punto, es menester destacar la teoría de Montesano, posteriormente secundada por Mirabelli y otros (citados por SCOGNAMIGLIO, p. 117), que basándose en los artículos 1351 y 2932 del Código Civil italiano, trata de privilegiar la importancia del contrato preliminar por encima del contrato definitivo. De acuerdo con esta posición, el contrato preliminar es de por sí la fuente de los efectos definitivos y, por ende, de la transferencia del derecho que pudiera estar comprometido, en cuanto contiene todos los elementos necesarios a ese fin. En tal sentido, la contraposición tradicional entre contrato preliminar y contrato definitivo debe considerarse completamente injustificada, dado que no solo el contenido, sino también la forma de ambos actos debe ser idéntica.

Según refiere esta doctrina, la posición reseñada se confirma porque en caso de que alguna de las partes no prestara su consentimiento para celebrar el contrato definitivo, ello importaría un incumplimiento del contrato preliminar. Consecuentemente, podría procederse a la ejecución forzada de la obligación asumida en el precontrato, a fin de obtener una sentencia con pronunciamiento sobre el fondo que, condenando a la celebración del contrato definitivo, haga las veces del consentimiento faltante. En este orden de ideas, la celebración del contrato definitivo en verdad constituiría la ejecución del contrato preliminar.

Sobre esta base se llega a afirmar que el contrato preparatorio es el que crea realmente el vínculo entre las partes y el contrato definitivo solo constituye el instrumento legal para dar eficacia a ese vínculo. Es por este motivo que la formalidad que la ley exige para el contrato definitivo debe requerirse también para el contrato preparatorio en el cual, en la realidad de los hechos, se modela el contenido de aquel (citado por DE LA PUENTE, p. 169).

Como consecuencia de lo expuesto, la teoría esbozada sostiene que los requisitos subjetivos del contrato deben examinarse con relación al momento de la estipulación del contrato preliminar. Respecto de la prestación del consentimiento para el contrato definitivo, todo se reduce a establecer si la obligación asumida en el precontrato (de celebrar un contrato definitivo) fue o no cumplida exactamente.

Dentro de esta perspectiva, Díez-Picazo y Gullón (p. 75) nos refieren que la jurisprudencia española cambió la óptica con que se contemplaba la figura, negando la división absoluta entre precontrato y contrato definitivo, y viendo en aquel una relación jurídica única conformada ya en sus elementos esenciales y pendiente de ejecución o exigencia, se admite la sustitución de la voluntad rebelde por la del juez. De este modo, se puede exigir directamente el cumplimiento del contrato proyectado, y no la prestación de un nuevo consentimiento para dar vida al mismo, si en el precontrato han quedado determinados de manera total y completa todos los elementos y circunstancias de aquel.

Esta teoría es rechazada por Scognamiglio (p. 118), atendiendo a que la posibilidad de recurrir a la ejecución forzada del consentimiento solo constituye un remedio frente a la hipótesis patológica de que una de las partes se muestre renuente a estipular el contrato definitivo. Ante este escenario, bien puede admitirse que la ley conceda un mecanismo extraordinario para obtener los mismos efectos del consentimiento faltante, con el fin de dar mayor fuerza al contrato preliminar. Sin embargo, ello no es suficiente para sostener que el contrato preliminar es el verdadero origen del vínculo entre las partes.

En efecto, no puede dudarse que los efectos del contrato preliminar solo se producirán luego de celebrado el contrato definitivo, caso contrario se llegaría a comprometer la propia función inherente al contrato preliminar. De acuerdo con el autor citado, la distinción entre

contrato preliminar y contrato definitivo no tiene por qué ser negada, puesto que una cosa es obligarse a celebrar un contrato y otra celebrarlo inmediatamente.

Es por ello que contrariamente a la tesis de Montesano, Scognamiglio sostiene que los elementos de cada contrato deben analizarse de manera independiente. Por tanto, la valoración de los vicios subjetivos deberá hacerse con relación a la celebración del contrato definitivo, mientras que el examen de todos los vicios que puedan aquejar al contrato preliminar debe analizarse respecto de dicho contrato.

Esta opinión es complementada por Rascio (citado por MURILLO, p. 369), quien afirma que la comunicación del requisito formal entre el contrato preliminar y el contrato definitivo se explica por el propio carácter instrumental que distingue a dicha institución jurídica, y no solamente depende de la posibilidad de su ejecución judicial.

En concordancia con las opiniones citadas, más que hablar de una división entre contrato preliminar y definitivo, nos encontramos ante distintos momentos de un mismo negocio. Se trata en buena cuenta de dos momentos continuados que guardan identidad funcional.

Tales fundamentos resultan perfectamente aplicables a nuestro ordenamiento, habida cuenta que el contrato preliminar siempre estará subordinado al contrato definitivo. Así, en el caso peruano también existe una norma que permite la ejecución forzada de la obligación de celebrar un contrato definitivo. Nos referimos al artículo 1418, inciso 1 del Código Civil, el cual establece que la negativa injustificada del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte el derecho a exigir judicialmente la celebración del contrato. Pero, como indica el texto de la norma, la negativa deberá ser injustificada.

Esta exigencia permite abundar en la posición de que el contrato preliminar no es el que establece el vínculo entre las partes, sino que requiere necesariamente de una segunda etapa (el contrato definitivo) para surtir efectos. En efecto, una negativa razonable a celebrar el contrato definitivo elimina la posibilidad de solicitar su ejecución forzada. En este supuesto, el contrato preliminar no llega a establecer ningún vínculo entre las partes, temperamento que permite confirmar la tesis de que se trata de un contrato subordinado a que se concrete el contrato definitivo, que es el único que activa las obligaciones propias del negocio que las partes se comprometieron a celebrar en el precontrato.

Conforme se ha indicado, la posibilidad de solicitar la celebración forzada del contrato definitivo no es más que un remedio frente a la negativa de alguno de los obligados. Esta facultad no permite, en nuestra opinión, otorgar efectos vinculantes al contrato preliminar, más allá de la obligación de celebrar el contrato definitivo.

De otro lado, debe quedar sentado que la inobservancia de la forma en el contrato preliminar no puede ser subsanada por la adopción de la formalidad debida al momento de la celebración del contrato definitivo. En efecto, si no se cumple con la forma prevista para el contrato definitivo, el contrato preliminar será nulo. En consecuencia, es claro que la celebración posterior del contrato que se había previsto como definitivo no se haría en virtud de dicho precontrato, sino que estaríamos más bien ante la celebración de un contrato independiente. Se trataría de un simple contrato celebrado entre las partes.

Como último punto, hemos considerado pertinente analizar si la regla contenida en el artículo bajo estudio resulta aplicable a los supuestos en que las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, hayan establecido que los contratos que celebren deben observar determinada forma, bajo sanción de nulidad. Dicho en otros términos, ¿cuando las partes han dispuesto

que, para su validez, determinado contrato debe observar una formalidad no impuesta por ley, dicho requisito también resulta indispensable para la validez del contrato preliminar que se celebre respecto de aquel contrato?

Como se sabe, nuestro ordenamiento jurídico faculta a los particulares a establecer formalidades esenciales para la validez de los contratos que posteriormente se celebren. Así lo dispone el artículo 1411 del Código Civil, el cual establece la presunción de que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.

Sobre este punto, consideramos que la regla establecida en la norma bajo análisis resulta perfectamente aplicable para los supuestos en que la solemnidad no venga impuesta por ley, sino por la voluntad de la partes. En consecuencia, en los supuestos en que las partes hayan establecido la observancia de una formalidad solemne para la celebración de un contrato, dicha formalidad también deberá ser respetada por el contrato preliminar. Caso contrario, dicho contrato sería nulo.

Por tanto, la norma en reseña deberá ser leída en el sentido de que los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley **o la voluntad de las partes** prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

Esta opinión encuentra sustento en el objetivo perseguido al requerir de manera privada la observancia de una determinada forma para la celebración del contrato. En efecto, si aun cuando la ley no lo exija, las partes han decidido que es conveniente efectuar un análisis reflexivo y meditado de su decisión de contraer determinada obligación y para ello se han autoimpuesto la observancia de determinada formalidad, resulta lógico que dicha exigencia también se aplique al contrato preliminar, en la medida en que este contiene los elementos esenciales del contrato definitivo. Caso contrario, el pacto por el que la formalidad se vuelve esencial no tendría sentido.

DOCTRINA

BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Franceso y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Tomo I. Volumen 2. Hechos y Actos Jurídicos. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda Parte. Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Sétima Edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1995; MESSINEO, Francesco. El contrato en general. Tomo I. Giuffrè, Milán, 1973; MURILLO, María Luisa. Forma y nulidad del precontrato. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

TÍTULO VI
CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

Excepción de incumplimiento

Artículo 1426.- *En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.*

Concordancias:
C.C. art. 1335

EVER A. MEDINA CABREJOS

1. Premisa

Bajo el texto del artículo 1351 del Código Civil, el contrato debe entenderse como "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Ahora bien, la relación jurídica de contenido patrimonial que podría surgir una vez confabuladas la oferta y la aceptación sería una de carácter obligatoria ("relación jurídica obligatoria"), es decir, una que vincula dos situaciones jurídicas subjetivas contrapuestas: el crédito y el débito. El primero brinda a su titular (acreedor) la posibilidad de exigir una conducta ajena capaz de lograr su interés. El segundo viene a imponer a su portador (deudor) un deber de actuación –o en ciertos casos, omisiones– a favor del agente que tiene para sí el derecho de crédito[1]. Es justamente este último aspecto el que caracteriza a los nexos intersubjetivos de naturaleza obligatoria: la presencia de una "actividad" –o de una "no actividad"– que debe ser desplegada –o no desplegada– por el deudor bajo la premisa de ver satisfecho el interés de su contraparte, el cual suele ser identificado bajo la denominación de "prestación", que no viene a ser más que el objeto de la obligación.

Lo enunciado en el párrafo anterior quedaría corroborado a través del artículo 1402 del Código Civil, pues este prescribe que la herramienta contractual permite llevar adelante la creación, regulación, modificación o extinción de obligaciones. De esta manera, podría postularse que el referido artículo 1402 es una especificación de lo consignado en el artículo 1351, esto es, que la "relación jurídica patrimonial" de la que hace alusión este último dispositivo legal tiene necesariamente que ser una de contenido "obligatorio", no incluyendo, por lo tanto, otras formas de conexión jurídica (u efectos jurídicos en general). Concurre en esta idea, por ejemplo, De la Puente y Lavalle:

> "Al ubicarse al contrato en el Código Civil dentro del Libro correspondiente a las fuentes de las obligaciones, es evidente que la relación jurídica creada por el contrato es una relación obligacional, que se produce necesariamente entre dos o más personas. (...)

(1) *Vide* TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 24ª edición. Giuffrè Editore, Milano, 2019, p. 375; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 12ª edición. Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 107.

> [N]o es posible que la relación jurídica patrimonial que se crea, regula, modifica o extingue por el contrato sea otra cosa que la obligación"[2].

Nosotros no participamos de dicha óptica, más bien somos tributarios de aquella que vislumbra en el contrato un instrumento que va más allá de la simple producción de efectos jurídicos operantes en el plano de las relaciones obligatorias[3], de ahí que consideremos que el campo de acción de los contratos abarca todos aquellos vínculos en los que se pueda identificar la existencia de un elemento de corte patrimonial. Al respecto conviene traer a colación las palabras esbozadas por Forno Flórez:

> La definición que contiene el artículo 1351 del Código Civil suministra una idea no solo de su estructura –acuerdo de dos o más partes–, sino también de su función, es decir, indica que este instrumento sirve para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La referencia a un concepto amplio como es el de "relación jurídica patrimonial" permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias, sino a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial[4].

Por lo tanto, cuando en los lineamientos normativos que regulan la temática contractual (en las que se encuentran, desde luego, los mecanismos de tutela) se ubican las voces "prestación" o "prestaciones" (que, como ya mencionamos con anterioridad, es un elemento caracterizador de las relaciones de tipo obligatorias), debe entenderse que en realidad se está haciendo referencia a las atribuciones patrimoniales (sean o no prestaciones propiamente dichas) que los sujetos intervinientes buscan alcanzar por medio del contrato. Entonces, la expresión "prestación", al menos en materia contractual, tiene que ser equiparada con la de "sacrificio patrimonial"[5].

2. Los contratos con prestaciones correspectivas

Dentro del estudio de los contratos es muy común apelar al recurso de la clasificación, ya sea atendiendo a su estructura, función o algún otro aspecto relevante, esto con el objetivo de apreciar de mejor manera las particularidades y contornos de cada tipo contractual para, a partir de allí, buscar el empleo adecuado de las disposiciones que ulteriormente las reglamentarán, tanto en su etapa fisiológica como patológica.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. 3ª edición. Palestra, Lima, 2017, pp. 62-63.

(3) El caso del contrato de opción (artículo 1419 del Código Civil) es suficiente para aseverar que los convenios contractuales no solo producen relaciones obligacionales, dado que las situaciones jurídicas vinculadas son el "derecho potestativo" y el "estado de sujeción". Como bien refiere Escobar Rozas: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1419 del Código Civil, el contrato de opción es aquel por el cual una de las partes ('concedente') queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo, mientras que la otra ('optante') tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no. Comentado esta clase de relación jurídica que surge de este contrato, la doctrina reconoce que aquí se está ante una típica relación de cooperación 'no actuada', en donde uno de los 'polos' se traduce en un derecho potestativo y el otro en un estado de sujeción". ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Contribución al estudio de la relación jurídica –intersubjetiva–". En: *Themis*, Tomo N° 38. PUCP, Lima, 1998, p. 27.

(4) FORNO FLÓREZ, Hugo. "El contrato con efectos reales". En: *Ius et Veritas*. Tomo N° 7. Año IV. PUCP, Lima, 1994, p. 77.

(5) "La referencia a las prestaciones recíprocas no indica, de por sí, que los efectos del contrato sean obligatorios. Prestación, de modo genérico, indica todo sacrificio patrimonial". SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano*. Traducción de Leysser León Hilario. 2ª edición. ARA, Lima, 2004, p. 944.

Es en este cuadro de la taxonomía contractual que surgen los llamados "contratos con prestaciones correspectivas" (también conocidos como de "prestaciones recíprocas"). En términos generales, estos contratos se caracterizan por expresar el principio según el cual cada atribución patrimonial encuentra su causa justificante en otra que le es opuesta, de modo que la falta de ejecución (o inexacta ejecución) de la primera, determinará, inmediatamente, la ausencia de ejecución (o inexacta ejecución) de la segunda(6).

Entonces, de un primer avistamiento a la categoría bajo análisis tendremos que, mediante un contrato con "prestaciones correspectivas", las partes sumarán y restarán bienes y/o utilidades a su patrimonio por medio de la operación económica resultante del acuerdo, siendo que las atribuciones que a cada uno de los contratantes les correspondan gozarán de un imprescindible nexo de interdependencia funcional entre sí(7).

La vinculación que media entre las prestaciones es la que juega un rol fundamental en la concreción de la causa del contrato(8). Dicho de otro modo, será el cumplimiento de las reglas de "correspectividad" la que volverá posible que las partes intervinientes vean satisfechos los intereses que ponen en juego a través de esta modalidad contractual.

Lo señalado con anterioridad es relevante para dejar sentado que la "correspectividad" es un elemento que no depende del mero hecho de que cada parte tenga a su cargo la obligación de cumplir con los deberes nacientes del contrato; por el contrario, la "correspectividad" exigirá, para su adecuada configuración, de un lazo de funcionalidad entre las atribuciones patrimoniales y, por sobre todo, que ellas permitan la materialización de todo aquello que comprende la operación económica creada por los contratantes. Incluso podría sostenerse que la relación de interdependencia entre las prestaciones viene de la calificación positiva de su capacidad para alcanzar la causa contractual. Sobre el particular, y en opinión que compartimos, se pronuncia Silva:

> "[E]l vínculo de correspectividad, cuando se verifica, consiste, en realidad, en el análisis cualitativo de la relevancia de determinadas prestaciones para la promoción de la causa de un específico contrato. En otras palabras, el sinalagma permanece configurado siempre que haya prestaciones que sean igualmente relevantes para la concreción del resultado útil del contrato"(9).

En la doctrina italiana se ha expresado que, para alegar la presencia de un "contrato con prestaciones correspectivas", lo más relevante yace en la importancia de las prestaciones como medios para obtener el resultado esperado por los contratantes. Así, lejos de dar prioridad

(6) *Vide* GABRIELLI, Enrico. "Appunti sulle autotutele contrattuali". En: *Rivista di Diritto Privato*, Tomo N° 4. 2016, p. 496.

(7) *Vide* BIANCA, C. Massimo. *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 508; CATAUDELLA, Antonino. *I contratti. Parte Generale*. 2ª edición. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 167.

(8) Actualmente la causa viene siendo entendida como la "función económica-individual" que las partes procuran alcanzar al momento de concertar un contrato. Al respecto, Ferri indica: "[D]ado que el contrato expresa, precisamente, una regulación privada de intereses, la causa resulta ser el indicio de cómo dicha regla privada constituye la expresión objetivada de las finalidades subjetivas que los autores del contrato pretenden realizar. (...) En compendio, la causa, como función económica-individual, pretende expresar la dimensión racional y razonable de la específica regla contractual, a través de la cual, las partes han regulado sus específicos y concretos intereses, teniendo en cuenta, justamente, la especificidad que en concreto los caracteriza". FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. ARA, Lima, 2002, p. 44.

(9) SILVA, Rodrigo da Guia. "Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual". En: *Revista de Direito Privado*, Tomo N° 78. Año 18. 2017, pp. 58-59.

a la calidad de la prestación (principales o accesorias) o a la fuente de la que podría emanar (voluntad de las partes o la ley), la "correspectividad" o "reciprocidad" existe si entre ellas hay una conexión sobre el proyecto final del contrato, en el sentido de hallarse dirigidas a garantizar el mayor logro y la realización plena de los efectos típicos del programa contractual[10].

Ahora bien, lo central de destacar los perfiles que caracterizan a los "contratos con prestaciones correspectivas" radica en el hecho de fijar los alcances, operatividad y eficacia de los mecanismos de tutela que el ordenamiento jurídico prevé para, de ser el caso, tratar de mantener o restablecer el equilibrio de los intereses de las partes cuando se observa un acontecimiento que frustra la operación económica emergente del negocio contractual. Es dentro de este cúmulo de instrumentos de protección en el que se ubica la "excepción de incumplimiento", la misma que puede ser entendida como aquella facultad que se brinda a un contratante para paralizar el reclamo de cumplimiento de su contraparte cuando esta no ha ejecutado (o ha ejecutado incorrectamente) la prestación a su cargo[11].

3. La excepción de incumplimiento como mecanismo de autotutela contractual

Se suele admitir que "vendría a menos un ordenamiento jurídico que simplemente se decantara por reconocer la titularidad abstracta de los derechos y, en cualquier caso, el mérito de ciertos tipos de intereses, pero que, a su vez, no se molestara en garantizar la protección de tales derechos o la satisfacción de dichos intereses"[12]. Es por esta razón que se impone la necesidad de disponer de un catálogo de remedios o mecanismos de tutela capaces de salvaguardar la integridad de las situaciones jurídicas que atribuyen a su titular las prerrogativas suficientes para complacer sus necesidades cuando estas son amenazadas o vulneradas.

En el campo de los contratos con prestaciones correspectivas, las tutelas se enfocan principalmente en el aseguramiento del equilibrio de las esferas jurídicas de los contratantes, dado que esta es la única manera en la que la causa del contrato podría ser realizada. En esta línea, un acontecimiento que resquebraja los cimientos sobre los que se sostienen los contratos con prestaciones recíprocas es el incumplimiento –o el mal cumplimiento– del programa contractual por alguna de las partes. Ante ello, el sistema normativo reacciona brindado al otro sujeto interviniente el poder de decidir la suerte del contrato, es decir, si se mantiene vigente o si, contrariamente, le pone fin, ello de acuerdo a lo que resulte ser su interés en dicho momento.

(10) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 29-30; GABRIELLI, Enrico. Ob. cit., p. 497.

(11) *Vide* BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., p. 19; GABRIELLI, Enrico. Ob. cit., p. 499; CATAUDELLA, Antonino. Ob. cit., pp. 192-193; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Ob. cit., pp. 678-679; BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5. La responsabilità*. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 344; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*. Tomo I. Volumen II. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 1086; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 275; ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 901; LILLO, Carlo. "Eccezione d'inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimento". En: *I Contratti*, Tomo N° 11. 2013, pp. 982-983; MORENO CRUZ, Pablo. "Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la 'buena', la 'mala' y la 'fea' excepción de contrato no cumplido". En: *Revista de Derecho Privado*, Tomo N° 24. 2013, pp. 134-135. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II. 3ª edición. Palestra, Lima, 2017, p. 42; MORALES HERVIAS, Rómulo. "Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Tomo N° 33. 2003, p. ix.

(12) DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4ª edición. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 1.

Sin embargo, para que la contraparte pueda reaccionar con tales mecanismos de tutela se vuelve imprescindible que esta se encuentre en estado de cumplimiento, esto es, que haya ejecutado fielmente la prestación comprometida. Si no se está en estado de cumplimiento, es impensado la utilización de estas herramientas de protección (piénsese en la demanda de cumplimiento, si es que aún hay interés en el contrato, o en la demanda de resolución, cuando ya no existe interés alguno en el contrato). Ahora, si ambas partes se hallan en incumplimiento y una indebidamente hace valer algún remedio de exigencia o destrucción del contrato, la otra tendrá a su favor la potestad de paralizar el avance de tales reclamos denunciando su ilegitimidad, justamente por la circunstancia del no cumplimiento de lo acordado.

La potestad[13] de la que nos encontramos hablando es la conocida "excepción de incumplimiento". Se trata pues de "un remedio autónomo que puede ejercerse de acuerdo con el interés del acreedor en no ejecutar el contrato por el incumplimiento de la otra parte"[14], lo que se traduce en "una negativa de cumplir la propia obligación cuando, en los contratos con prestaciones correspectivas, la otra parte no ha cumplido o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia"[15]. Por consiguiente, "el interés del acreedor tutelado con la excepción de incumplimiento se especifica como uno que se caracteriza por el hecho de no materializar la prestación sin obtener la ventaja de la prestación contraria, es decir, no ponerse en una situación de falta de igualdad respecto de la otra parte"[16].

Así, la excepción de incumplimiento viene a ser un instrumento de "autotutela privada"[17], una especie de "legítima defensa contractual", dado que a través de ella se alcanza a justificar un incumplimiento como reacción de la inejecución de la otra parte del contrato[18]. Entonces, estamos frente a un medio de protección que surge para mantener el equilibrio propio de la correspectividad entre las prestaciones contractuales cuando se vislumbra un supuesto de incumplimiento.

4. La excepción de incumplimiento en el Código Civil (artículo 1426)

La excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) se encuentra regulada en el artículo 1426 del Código Civil bajo los siguientes términos:

> **Artículo 1426.-** En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

A continuación, detallaremos los aspectos más relevantes de los elementos que integran el supuesto de hecho de la excepción de incumplimiento.

(13) Y hablamos de "potestad" como auténtica situación jurídica subjetiva, esto es, como aquel poder de provocar de manera unilateral una consecuencia jurídica en la esfera de otro sujeto sin que este pueda hacer algo para evitarlo. El polo contrario a la "potestad" es el "estado de sujeción".

(14) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5. La responsabilità.* Ob. cit., p. 344.

(15) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462.* Ob. cit., p. 19.

(16) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5. La responsabilità.* Ob. cit., p. 344.

(17) Betti califica a la excepción de incumplimiento como una "autotutela pasiva": "[E]l individuo puede ser autorizado para protegerse de forma pasiva, a través de un comportamiento negativo, resistiendo la pretensión de alguien más. (...) [U]na autotutela pasiva limitada a las relaciones de obligación con prestaciones correspectivas es la reacción que la función sinalagmática de tales relaciones justifica contra el incumplimiento adverso y que acompaña al poder de resolver el vínculo contractual: esta reacción toma como nombre la de excepción de incumplimiento (*exceptio inadimpleti contractus*)". BETTI, Emilio. "Autotutela (Diritto Privato)". En: *Enciclopedia del Diritto.* Volumen IV. Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 531.

(18) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462.* Ob. cit., p. 23; GABRIELLI, Enrico. Ob. cit., p. 491.

4.1. Contrato con prestaciones correspectivas (continuación)

Ahora bien, el primer elemento que debe tenerse a la vista para intentar activar la excepción de incumplimiento es un contrato con prestaciones recíprocas o, como hemos venido denominándolo, con prestaciones correspectivas. Sobre esa temática ya nos hemos ocupado en el punto 2, empero, creemos conveniente resaltar algunos aspectos adicionales que han sido materia de discusión en la doctrina.

En los contratos con prestaciones correspectivas se entiende que el carácter interdependiente de las atribuciones patrimoniales sirve para el cabal desenvolvimiento de la operación económica que nace una vez concluido su proceso de formación. Si nos ubicamos, por ejemplo, en un contrato de compraventa, la correspectividad o sinalagma será evidente entre la obligación de pagar el precio y la obligación de entregar el bien, por lo que la excepción de incumplimiento será procedente si el comprador evade el pago del precio porque el vendedor no le entrega ni le ofrece entregar el bien mueble materia de contrato. Aquí nos encontramos frente a una "correspectividad perfecta", en la que la invocación a la excepción de incumplimiento no admite mayor discusión.

No obstante, se cuestiona si es que la excepción de incumplimiento puede ingresar a la palestra cuando se está en presencia de contratos con "correspectividad imperfecta", esto es, contratos en los que "se vinculan prestaciones que son 'interdependientes', pero que no son inmediatamente equivalentes"[19], dicho de otra manera:

> "(...) obligaciones conectadas (...) de contenido accesorio dentro del programa contractual, pero que completan la protección de los intereses directos e indirectos de los contratantes. (...) [P]restaciones que giran en torno a aquellas principales, pero que, por lo tanto, desempeñan un papel menor o secundario con miras al cumplimiento pleno del contrato o, si se desea, el logro total y completo del conjunto de intereses crediticios subyacentes en las obligaciones contractuales"[20].

La respuesta que se ha brindado ha sido positiva, en el sentido de que puede utilizarse la excepción de incumplimiento ante una correspectividad imperfecta. Sobre el particular, Gabrielli anota que "la excepción de incumplimiento también se admite en el caso de las prestaciones accesorias de las obligaciones principales, pero siempre que en tal vínculo exista una particular relevancia en el conjunto general de intereses regidos por el contrato"[21]. De la misma forma Benedetti:

> "Se requiere que la excepción de incumplimiento se ubique en el contexto de un 'contrato con prestaciones correspectivas', pero la negativa a ejecutar, en la cual se llegará a incorporar la excepción, puede referirse genéricamente a las 'obligaciones' que pesan sobre las partes: todas las obligaciones, tanto aquellas que encuentran correspondencia directa en una contraprestación, como aquellas que, aunque careciendo de dicha correspondencia, pueden lograr ubicarse dentro del marco de la economía del contrato (...) en el que desempeñan la función que los contratantes o la ley (a través de las fuentes supletorias o integrativas, incluida la buena fe) les ha asignado"[22].

(19) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 29.
(20) Ibídem, p. 30.
(21) GABRIELLI, Enrico. Ob. cit., p. 497.
(22) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 30. Se suele ofrecer como ejemplo de este supuesto al contrato de mandato, en el cual el mandatario no lleva adelante su actividad como manifestación de la excepción de incumplimiento porque el mandante no lo ha dotado de los medios adecuados

A pesar de ello, se advierte que, "a diferencia de las prestaciones colocadas en una relación de correspectividad perfecta, las obligaciones que quedan fuera de esta dimensión (imperfectas) deben someterse a un juicio que determine, caso por caso, su pertenencia al marco económico del contrato, para así justificar la proposición de la excepción de incumplimiento en el supuesto que estas obligaciones no se hayan ejecutado"[23].

Por lo tanto, se puede concluir que las obligaciones llamadas "secundarias" o "accesorias" no podrán gatillar la excepción de incumplimiento si es que la ausencia de su ejecución no tiene incidencia negativa en la magnitud de la operación económica del contrato. Contrariamente, si es que esa obligación "secundaria" o "accesoria" sí altera la operación económica, justamente porque desestabiliza la interdependencia funcional que hay entre las prestaciones contrapuestas, entonces la excepción de incumplimiento podría ser bien aprovechada.

4.2. Prestaciones de cumplimiento simultáneo

Bajo una interpretación estrictamente literal del artículo 1426 del Código Civil, no existiría problema alguno en negar el uso de la excepción de incumplimiento si el contrato sobre el cual busca operar no cuenta con prestaciones de ejecución simultánea.

De la Puente y Lavalle, citando a Taranto, refiere que "el presupuesto de la excepción de incumplimiento es que las obligaciones de las partes deban cumplirse simultáneamente, en un mismo momento, a la par, mano a mano, como consecuencia de su nacimiento en relación recíproca (sinalagma genético) que se debe mantener en el momento de la ejecución (sinalagma funcional), ínsita en los contratos bilaterales"[24]. No obstante, añade seguidamente lo siguiente:

> "Cuando las prestaciones no deben cumplirse simultáneamente, es lógico que quien deba cumplir primero no pueda oponer la excepción de incumplimiento, pues la otra parte, o sea la que debe cumplir en segundo lugar, aún no está obligada a ejecutar su prestación. Pero, (...), la excepción cumplirá todos sus efectos si, una vez exigible la obligación posterior, esta es reclamada sin haberse cumplido la obligación anterior"[25].

Lo que quiere decir De la Puente y Lavalle es que, en presencia de un contrato en el que las prestaciones no deban ser concretadas en un mismo momento, sino que tienen tiempos de ejecución distintos, la excepción de incumplimiento podría ser utilizada por el contratante que, gozando de la oportunidad de materializar su prestación en segundo lugar, se ve compelido al cumplimiento por su contraparte cuando este no realizó su obligación a pesar

---

para la ejecución del contrato. En el marco de nuestra normativa, el artículo 1796.1 del Código Civil consigna que es deber del mandante "facilitarle los medios necesarios [al mandatario] para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto". A su vez, el artículo 1797 establece que "el mandatario puede abstenerse de ejecutar el mandato en tanto el mandante estuviera en mora frente a él en el cumplimiento de sus obligaciones", con lo cual se denotaría que la omisión al cumplimiento por parte del mandatario sería una consecuencia de la mora y no así de la excepción de incumplimiento; sin embargo, ello puede resultar cuestionable a propósito del artículo 1335 del Código Civil: "En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá". Por ende, si en los contratos con prestaciones correspectivas (bajo los lineamientos que nosotros hemos considerado) ninguna de las partes ha cumplido, la mora tendría que quedar descartada, por lo que no sería admisible que el mandatario constituya en mora a su mandante por no haberlo proveído de las herramientas suficientes para el cumplimiento de la prestación a su cargo. Entonces, todo parecería indicar que la suspensión que realiza el mandatario sería más bien un efecto del ejercicio de la excepción de incumplimiento, mas no de la mora.

(23) BENEDETTI, Alberto María. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 31.

(24) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. Tomo II, p. 48.

(25) Ibídem, p. 49.

de tener el deber de ejecutar primero. Y, en efecto, así es como debería entenderse la excepción de incumplimiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de reducir los alcances de esta forma de tutela; es más, en la Exposición de Motivos se decreta que, si bien se tiene que respetar el requisito de la ejecución contemporánea, "nada obsta para que el incumplimiento sea previo y no simultáneo"(26).

La excepción de incumplimiento en el *Codice Civile* está regulado en el artículo 1460, prescribiendo:

> "En los contratos con prestaciones correspectivas, cualquiera de los contratantes puede negarse a cumplir su obligación mientras que el otro no cumpla o no ofrezca cumplir, contemporáneamente, su propia obligación, salvo que las partes hubieran fijado plazos distintos para el cumplimiento, o si estos resultaran de la naturaleza misma del contrato (...)". Véase cómo en este cuerpo legal se posibilita el uso de la excepción de incumplimiento en casos en los que el desarrollo de las prestaciones no es simultáneo, ya sea por estipulación de las partes o por la esencia propia del contrato. Sobre este punto se ha resaltado que "el artículo 1460, en consideración de la *ratio* que lo justifica, puede ser aplicado también en la hipótesis en las que las dos obligaciones venzan en tiempos sucesivos y el deudor de la vencida primero, aun persistiendo en su incumplimiento, pretenda que la contraparte respete puntualmente la obligación al momento del vencimiento posterior"(27).

En la doctrina española se ha replicado sin mayores problemas esta idea:

> "La excepción de incumplimiento también podrá ser alegada en aquellos contratos en los que una de las partes se ha obligado a cumplir primero, pero entonces solo por la parte a la que se concedió cumplir con posterioridad, y para el caso de que la otra le reclame la prestación sin haber adelantado la suya"(28).

En Brasil, de igual manera:

> "La aplicación de la excepción de incumplimiento está condicionada a la exigibilidad simultánea de las prestaciones. La interdependencia funcional autoriza la suspensión. Por lo tanto, si ambas prestaciones tienen que ser realizadas sucesivamente, está claro que no cabe invocar la excepción por parte de quien debe cumplir en primer lugar, ya que la otra prestación todavía no es debida; pero, aquel que tiene que ejecutar en un segundo momento, tiene la posibilidad de utilizarla si el primero no llegó a cumplir"(29).

Por consiguiente, además de los casos de ejecución simultánea, la órbita de acción de la excepción de incumplimiento se extiende a favor del contratante que tenía que cumplir su obligación en segundo lugar, siempre que su contraparte, que debía ejecutar primero, no llegara a realizarla.

(26) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil VI. Exposición de Motivos y comentarios*. Grafotécnica Editores, Lima, 1988, p. 87.
(27) BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 1087.
(28) RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 95.
(29) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 4: Contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 5ª edición. Atlas, São Paulo, 2015, p. 575.

5. El incumplimiento

Para la puesta en marcha de la excepción sustantiva del artículo 1426 del Código Civil se requiere de un "incumplimiento". Ante ello cabe preguntarnos: ¿qué se entiende por incumplimiento?

Pues bien, partiendo de nuestro marco normativo podemos afirmar que se está frente al "cumplimiento" de una prestación cuando esta ha sido realizada de manera plena y bajo el respeto irrestricto de los lineamientos consagrados por las partes al interior del contrato. Efectivamente, el artículo 1220 del Código Civil establece que se entiende efectuado el pago (sinónimo de cumplimiento) solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

Si tenemos en cuenta lo anterior, el incumplimiento vendría a ser el incorrecto desenvolvimiento de la prestación, el mismo que puede consistir en una omisión total de la ejecución comprometida o en una inapropiada ejecución del programa contractual(30). A grandes rasgos, entonces, "el deudor incumple, o no cumple, siempre que infringe el deber jurídico que le atañe"(31), o, como dice Roppo, incumplimiento es "la objetiva no actuación o defectuosa actuación de la prestación contractual"(32).

Así, es el incumplimiento (omisión total o actuación defectuosa) de uno de los contratantes el que alcanza a realizar la apertura del empleo de la autotutela contractual por su contraparte.

Estas premisas en nuestro medio no son del todo aceptadas, puesto que algún sector de la doctrina entiende que el "incumplimiento" depende de la efectiva constitución en mora del deudor, por lo que sin mora no habría incumplimiento, y sin incumplimiento, como lógica consecuencia, tampoco habría excepción de contrato no cumplido.

Al respecto, Barboza Beraún, partidario de dicha noción, manifiesta que "la intimación en mora es precisamente la forma de colocar al deudor en situación de incumplimiento"(33). Luego, amplía su idea:

> "Cuando el plazo de una obligación vence y esta no es cumplida oportunamente por el deudor, se produce una situación de retraso. Sin embargo, el retraso en sí mismo es jurídicamente intrascendente, pues para que produzca efectos legales se requiere además que el acreedor constituya en mora al deudor. (...) En otras palabras, vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta, y por tanto, su comportamiento "avala" la conducta de su correspondiente deudor (el supuesto incumplimiento)"(34).

(30) Cuando no hay una ausencia de ejecución, sino una ejecución incorrecta, se habla más bien de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, sujeta igualmente a los mandatos del artículo 1426 del Código Civil.

(31) DÍEZ-PICAZO, Luis. "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos". En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo N° 2. Volumen 22. 1969, p. 387.

(32) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 877. Doctrina portuguesa es de idéntico parecer: "No tenemos cumplimiento (...) siempre que el deudor no realice, de acuerdo a las reglas aplicables, la prestación adeudada, (...) [es decir], el incumplimiento es la no realización, por el deudor, de la prestación debida, siempre que esa no realización corresponda a la violación de la norma que le era específicamente dirigida y le conminaba el deber de prestar. Esto es, el incumplimiento es la no ejecución de la prestación debida en cuanto era debida". CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações*. Tomo IV: Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantías. Almedina, Coimbra, 2010, pp. 103-105.

(33) BARBOZA BERAÚN, Eduardo. "¿Excepción de incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?". En: *Advocatus*, Tomo N° 9. Lima, 2003-II, p. 392.

(34) Ibídem, p. 393.

Todo ese discurso le permite sostener que "el artículo 1426 faculta a una parte a suspender el cumplimiento de su prestación hasta que su contraparte cumpla con la suya; no obstante, constituye requisito para su invocación que la parte contra la cual se excepciona haya sido constituida en mora"[35].

Lo esgrimido por este autor no debe ser compartido. A decir verdad, pensamos que la equivocación se debe a la no delimitación exacta del campo de acción de la mora, que se vincula directamente con la tutela de carácter resarcitoria, concretamente con los posibles perjuicios que un acreedor puede padecer cuando el deudor no cumple su prestación en el tiempo previsto[36], y no así con las tutelas enlazadas con el sinalagma que media entre las partes de un contrato con prestaciones correspectivas, como en este caso la excepción de incumplimiento. Por esta razón compartimos lo expresado por Moisset de Espanés:

> "Las obligaciones recíprocas están tan íntimamente ligadas que una de ellas no puede vivir si no subsiste la otra; y si una de las partes no cumple con la prestación a su cargo, la otra parte tiene derecho a no ejecutar la prestación correspectiva.
>
> En el ámbito de esas relaciones el 'simple retardo' en el cumplimiento de una prestación, (...) es decir, aunque no haya mora, faculta a la otra parte a ejercitar los derechos que surgen del artículo 1031 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina (...) y 1426 del Código peruano, es decir, hacer valer la excepción de contrato incumplido"[37].

Entonces, no es un requisito para la eficacia de la excepción de incumplimiento que el excepcionante constituya[38] en mora a su contraparte, dado que aquel mecanismo de tutela necesita simplemente de un incumplimiento en estrictos términos objetivos. Como anotan Torrente y Schlesinger, "independientemente de la 'mora', el acreedor podría (...) plantear la excepción de incumplimiento"[39].

Aclarado lo anterior, la pregunta a resolver ahora es si el incumplimiento que abre paso a la excepción debe ser inexorablemente "grave". El cuestionamiento tiene lugar, sobre todo, por lo que acaba de acontecer en Francia con la reforma del *Code Civil* (en materia de obligaciones y contratos) a través de la *Ordonnance* N° 2016-131. Así, en el actual artículo 1217 se establece que "la parte en cuyo detrimento no se haya cumplido el compromiso, o lo haya sido imperfectamente, podrá: suspender el cumplimiento de su propia obligación (...)", más adelante, en el artículo 1219 se especifica que "una parte podrá rehusar cumplir su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra no cumple la suya y si dicho incumplimiento es

(35) BARBOZA BERAÚN, Eduardo y MIRANDA GÓMEZ, Jaime. "La 'mora del deudor' y el Proyecto de Reformas al Libro de Obligaciones". En: *Themis*, Tomo N° 60. PUCP, Lima, 2011, p. 282.

(36) De acuerdo al artículo 1336 del Código Civil, los efectos de la mora son (salvando los supuestos de excepción plasmados en dicho dispositivo legal): i) el resarcimiento que paga el deudor a favor del acreedor por los daños ocasionados en razón de la demora en el cumplimiento; y, ii) la consignación del riesgo por la pérdida de la prestación en la esfera jurídica del deudor. Así lo hace saber también Moisset de Espanés: "Los principales efectos de la mora son dos: en primer lugar, la obligación del deudor de indemnizar en dinero los daños y perjuicios ocasionados por la demora en cumplir la obligación, o sea una indemnización de carácter pecuniario. En segundo lugar, el deudor es responsable de los riesgos de la cosa, es decir, lo que se llama el *periculum*". MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La mora. Estudios teórico y legislativo con referencia al Derecho peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 17.

(37) Ibídem, p. 85.

(38) Decimos "constituir" porque el régimen actual de la mora en nuestro Código Civil (artículo 1333, primer párrafo), por regla general, es de carácter *ex persona*, es decir, de imprescindible intimación al deudor. Por lo tanto, salvo pacto o circunstancias particulares, sin acto intimatorio por parte del acreedor, el deudor no se hallará en estado de morosidad.

(39) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Ob. cit., p. 458.

suficientemente grave". Como se aprecia, en el ordenamiento jurídico galo, la gravedad en la no ejecución de la prestación es un requisito fundamental de la excepción de incumplimiento.

Sin embargo, la consagración de la "gravedad" ha merecido fuertes rechazos, fundamentalmente por atacar "la autonomía que tiene la excepción frente a la resolución por incumplimiento, pues tanto la resolución como la excepción compartirían los mismos requisitos de aplicación"[40]. Sobre el particular se ha señalado:

> "En efecto, se identifica la gravedad del incumplimiento como causa de resolución, puesto que la resolución es un remedio radical y destructivo. El incumplimiento debe ser idóneo de modo que pueda romper el vínculo entre las partes: un incumplimiento definitivo, esencial, que ponga en crisis de manera irremediable al contrato. Por el contrario, en la excepción de incumplimiento no tiene por qué ser necesario: la *exceptio non adimpleti contractus* es un remedio no destructivo de tipo suspensivo de las prestaciones de las partes, por lo cual basta solo alegar el simple incumplimiento objetivamente verificable y tal de justificar la suspensión del cumplimiento de parte del *excipiens*, no debe ser indispensable requerir un incumplimiento imputable ni uno que derive de una imposibilidad sobrevenida no imputable. Por lo anterior, determinar que el incumplimiento grave sea la causa que legitima la excepción de incumplimiento y también la resolución, tal como hace la reforma, solo generaría igualar los presupuestos de ejercicio de ambos remedios, desconociendo la función protectora y conservadora del vínculo característica de la excepción"[41].

Y, por si lo anterior no bastase, la aproximación entre la excepción de incumplimiento y la resolución, en términos de supuesto de hecho, podría acarrear una posible pérdida de terreno de la primera en comparación con la segunda[42].

Por lo tanto, no es aconsejable estimar que la gravedad en la inejecución sea un requisito *sine qua non* para el correcto uso de la excepción de incumplimiento.

6. La buena fe en el ejercicio de la excepción de incumplimiento

Una vez constatada la presencia de un contrato con prestaciones correspectivas, en la que una de las partes no haya ejecutado su prestación a pesar de que tenía el deber de llevarla a cabo simultáneamente o con anterioridad a la materialización de la prestación a cargo de su contraparte, y con todo ello exige el cumplimiento, el otro sujeto de la relación jurídica podrá ejercer de forma válida la potestad consagrada en el artículo 1426 del Código Civil, esto es, suspender de manera legítima la realización de las obligaciones derivadas del contrato. Efectivamente, a través de la excepción de incumplimiento se permite que uno de los contratantes se abstenga de ejecutar su prestación a causa de la no ejecución de la prestación contraria.

No obstante, se vuelve imprescindible, para que la excepción de incumplimiento pueda desplegar su efecto típico, que el titular de esta prerrogativa se comporte de acuerdo a la buena fe. Aunque nosotros no contamos con un dispositivo como el previsto en el segundo párrafo

(40) CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. "La excepción de incumplimiento contractual en la reforma del Código Civil francés: un análisis a partir de los límites a la excepción". En: *Civilística*. Volumen 6. N° 1, 2017, p. 15. Disponible en: <http://civilistica.com/la-excepcion-de-incumplimiento-contractual/>.

(41) Ibídem, p. 17.

(42) BENEDETTI, Alberto Maria. "Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi 'criptorisolutori' e 'costituzionalmente orientati'". En: *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*. Società Editrice il Mulino, Bologna, 2018, p. 232.

del artículo 1460 del *Codice Civile*, que a la letra señala: "no puede negarse la ejecución [derivada de la excepción de incumplimiento] si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa es contraria a la buena fe", lo cierto es que tenemos al artículo 1362, el cual ordena que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, dentro de los cuales se puede incluir sin problema alguno al ejercicio de los mecanismos de tutela como la excepción de incumplimiento(43). Aunado a ello, en la Exposición de Motivos se consagró que "la suspensión permitida por el artículo 1426 exige, como condiciones ineludibles: (...) la buena fe de quien la invoca"(44).

Entonces, "como canon de seguridad, la buena fe impone al acreedor el ejercicio de su potestad de forma discrecional con la finalidad de resguardar la utilidad que favorece a la contraparte de manera compatible con sus propios intereses"(45). En esa línea, la buena fe se comporta como un límite al uso de la excepción de incumplimiento, puesto que "el ejercicio de la excepción que no se ajusta a la buena fe no será fructífero para el excepcionante, quien, en este caso, deberá enfrentar ante su contraparte las consecuencias de un incumplimiento propio y verdadero"(46). Por lo tanto, se trata de una "buena fe que desenmascara, reprime (y previene) el abuso de la excepción por parte de un contratante que, lejos de querer estimular el cumplimiento de los demás, trata de cubrir su propio incumplimiento, disfrazándolo con una justificación que el juicio de corrección se encarga de revelar como inconsistente"(47).

Un escenario en el que se puede afirmar la transgresión al principio de la buena fe por parte del excepcionante ocurre cuando la inejecución de su prestación resulta ser irremediable. Por ende, "el contratante que ejerza la excepción de incumplimiento sabiendo que la prestación a su cargo es imposible por causa a él imputable constituye un comportamiento sin justificación, pues dilataría el cumplimiento del contrato que ha perdido su función y evadiría la responsabilidad contractual que le es atribuible. No se puede utilizar el remedio suspensivo con el fin de disfrazar el propio incumplimiento en realidad no justificado"(48). Benedetti anota que:

> "La excepción suspende un cumplimiento aún posible, que difiere en el tiempo en el cual la otra parte tenía que haber cumplido; por ende, no justifica un incumplimiento definitivo e irreversible que, por un lado, no podría superar el juicio de proporcionalidad (ya que, como definitivo, no tendría el propósito de estimular la ejecución de la otra parte, sino el de colocar a la relación contractual en una situación de crisis invariable) y, por el otro, comprometería el equilibrio contractual de una forma traumática e irreparable, abriéndose, en todo caso, un supuesto de resolución debido a la culpa del contratante que lo puso en práctica (...)"(49).

(43) Galgano opinaba que una violación al deber de buena fe en la etapa de ejecución del contrato gestaba un supuesto de abuso cuando la parte fiel ejercía ante su deudor derechos o remedios provenientes de la ley o del contrato con el objetivo de obtener resultados diferentes a los que realmente les corresponden. GALGANO, Francesco. "Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto". En: *Persona & Danno*, 2010, p. 30.

(44) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Ob. cit., p. 87.

(45) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5. La responsabilità*. Ob. cit., p. 349.

(46) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 50.

(47) Ibídem, p. 51. Lillo detalla que la buena fe, en esta hipótesis, "no constituye (...) la expresión de un deber genérico o la fuente de específicas obligaciones integrativas, sino más bien un criterio destinado a contener las consecuencias perjudiciales resultantes de la aplicación rigurosa del *ius strictum* en términos de conciliación entre intereses colisionantes (...)". LILLO, Carlo. Ob. cit., p. 985.

(48) CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 21.

(49) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 69.

Por otro lado, la buena fe también resulta mellada por el excepcionante al momento en el que se comprueba que el incumplimiento legitimador es de baja importancia en contraste con el incumplimiento legitimante que se piensa oponer. Sobre este punto no existe mayor discusión en la doctrina, pues se ha dicho con toda claridad que "el fundamento de la excepción debe evaluarse de acuerdo con un criterio de equivalencia y proporcionalidad entre el cumplimiento que se solicita y el que no se ha llevado a cabo. Por lo tanto, en principio, un incumplimiento de menor importancia o que se deriva del incumplimiento de la otra parte no inicia la excepción"(50). Es por este motivo que la buena fe representa "una evaluación de la proporcionalidad entre los incumplimientos que se enfrentan entre sí (el legitimante, contra el cual se invoca la excepción, y el legitimado, que manifiesta la excepción) con el objetivo de verificar (...) que la defensa (el incumplimiento legitimado) es equivalente al ataque (incumplimiento legitimador)"(51). Se trata de "un juicio comparativo que confronta los incumplimientos, pero a partir de una indagación que no puede dejar de considerar la relación económica y el valor de las prestaciones recíprocas deducidas en el contrato"(52).

Además, aceptando que la buena fe utiliza distintos criterios para decidir si el autor del incumplimiento-respuesta está aprovechando legítimamente la excepción, o si, por el contrario, se está extralimitando en su manejo, se tiende a verificar, en aras de obtener su eficacia plena, si es que el uso de este mecanismo de autotutela puede llegar a agredir ciertos derechos fundamentales del contratante que sufriría las consecuencias suspensivas de la excepción de incumplimiento. Así, el examen de proporcionalidad de la no ejecución del excepcionante incluye la estimación de los posibles perjuicios que se pueda causar a la otra parte, más aún en aquellos casos en los que la prestación suspendida era importante para la satisfacción directa o indirecta de un interés perteneciente a su esfera personal o respecto de necesidades esenciales. Por lo tanto, aun cuando la paralización de la prestación pudiera considerarse objetivamente proporcional, si se logra evidenciar secuelas nocivas en los derechos fundamentales o personales del otro contratante, el juez no debería tener de otra que considerar que la excepción de incumplimiento no fue legítimamente planteada y, por tal motivo, clausurar sus efectos(53).

Como estos, varios otros podrían ser los supuestos en los que la buena fe llegaría a restringir el incorrecto empleo de la excepción de incumplimiento, todo ello dependerá de la justa ponderación de los intereses involucrados en los contratos con prestaciones correspectivas.

(50) GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 959.

(51) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 51.

(52) Ibídem, p. 52.

(53) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Ob. cit., p. 72. Un ejemplo de esta medida es la prohibición que generó la Ley N° 29947 (Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados) a las instituciones de educación superior de no privar al estudiante de recibir clases o rendir sus evaluaciones por el hecho de haber omitido el pago de las cuotas correspondientes. El artículo 2 de dicha ley prescribe que: "Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso". Y es que, como lo expresa su Exposición de Motivos, las instituciones de educación superior supeditaban la impartición y evaluación de los cursos programados en el ciclo lectivo al "pago de las cuotas", lo que no representaba otra cosa que una clara expresión de la excepción de incumplimiento, pero que se transformaba, a los ojos del legislador, en una vulneración directa al derecho fundamental a la educación consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Política.

7. Apuntes finales

Para culminar es conveniente forjar un breve repaso de todo lo dicho: constatada la existencia de un contrato con prestaciones correspectivas, una de las partes podrá incoar la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil) siempre que el otro contratante le exija la ejecución[54] de la prestación a pesar de no haber realizado la obligación contraria que estaba a su cargo.

Sumado a ello, resulta importante que el momento para el cumplimiento de las prestaciones haya sido fijado de forma simultánea o, de ser el caso, que la obligación a cargo del excepcionante sea de ejecución posterior respecto de aquella que debe llevar adelante su contraparte.

Asimismo, la excepción de incumplimiento debe adecuarse a los parámetros de una actuación leal, acorde a los lineamientos de la buena fe, lo que se traduce en no avalar comportamientos tendientes a entorpecer los reclamos contractuales por inejecuciones inocuas o baladíes, o que podrían generar algún tipo de menoscabo en los derechos fundamentales del otro contratante.

Si se obedecen todos estos requisitos, la excepción de incumplimiento desplegará su efecto típico: lograr la suspensión[55] legítima de la prestación a cargo del contratante al que se le exigía la ejecución[56].

DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del proceso civil. Jurista Editores, Lima, 2003; BARBOZA BERAÚN, Eduardo. "¿Excepción de incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?". En: Advocatus, Tomo N° 9. 2003-II; BARBOZA BERAÚN, Eduardo y MIRANDA GÓMEZ, Jaime. "La 'mora del deudor' y el Proyecto de Reformas al Libro de Obligaciones". En: Themis, Tomo N° 60. PUCP, Lima, 2011; BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462. Giuffrè Editore, Milano, 2011; BENEDETTI, Alberto Maria. "Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi 'criptorisolutori' e 'costituzionalmente orientati'". En: La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti. Società Editrice il Mulino, Bologna, 2018; BETTI, Emilio. "Autotutela (Diritto Privato)". En: Enciclopedia del Diritto. Volumen IV. Giuffrè Editore, Milano,

(54) La excepción de incumplimiento también puede frenar la pretensión de resolución del contrato, dado que esta requiere que el solicitante se encuentre en estado de cumplimiento.

(55) Aunque admite que la consecuencia de la excepción de incumplimiento es la suspensión de la ejecución del contrato, De la Puente y Lavalle estima que sería más aconsejable que el magistrado obligue a ambas partes a cumplir sus prestaciones: "[P]ienso que la excepción (...) tiene muy pobres resultados, pues estos se limitan a postergar simplemente la ejecución de la prestación a cargo del demandado, creando una situación de estancamiento, de recíproca inejecución. Más positivo hubiera sido legislar la excepción de incumplimiento dándole carácter reconvencional, en el sentido que, al resolverla, el juez ordene que ambas partes ejecuten simultáneamente sus respectivas prestaciones, o al menos garanticen su ejecución". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Tomo II. Ob. cit., p. 46.

(56) Si la ejecución es reclamada en sede judicial, el correcto uso de la excepción de incumplimiento por parte del contratante demandado determinaría la desestimación de la pretensión (demanda infundada). Ariano Deho explica este aspecto con suma claridad, pues menciona que en estos casos el demandado no niega la existencia del hecho constitutivo del derecho del actor (la presencia del contrato), sino que le opone un hecho impeditivo (el incumplimiento), el mismo que viene a ser un hecho capaz de paralizar la eficacia del elemento fáctico sobre el cual se erige la pretensión del actor. En este contexto –prosigue la autora– la *quaestio facti* se vio ampliada al incumplimiento del actor. Por lo tanto, si al final del proceso el juez considera que tal hecho impeditivo no se ha verificado, estimará la demanda; caso contrario, si considera que el actor no ha cumplido con su prestación, simplemente la desestimará. ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil.* Jurista Editores, Lima, 2003, p. 147. Hacemos esta aclaración porque en la Casación N° 4442-2015-Moquegua (sentencia del Noveno Pleno Casatorio Civil), se dispuso, erróneamente, la improcedencia, y no así la infundabilidad de la demanda por el uso correcto de la excepción de incumplimiento en los procesos de otorgamiento de escritura pública. En efecto, en el precedente vinculante número seis se lee lo siguiente: "En los procesos de otorgamiento de escritura pública el juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar".

1959; BIANCA, C. Massimo. Diritto Civile 5. La responsabilità. Giuffrè Editore, Milano, 1994. BIANCA, C. Massimo. Derecho Civil 3. El contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Tomo I. Volumen II. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte Generale. 2ª edición. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000; CORDEIRO, António Meneses. Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações. Tomo IV: Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantías. Almedina, Coimbra, 2010; CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. "La excepción de incumplimiento contractual en la reforma del Código Civil francés: un análisis a partir de los límites a la excepción". En: Civilística. Volumen 6. N° 1, 2017. Disponible en: <<http://civilistica.com/la-excepcion-de-incumplimiento-contractual/>>; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomos I y II. 3ª edición. Palestra, Lima, 2017; DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti. 4ª edición. Giuffrè Editore, Milano, 2003; DÍEZ-PICAZO, Luis. "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos". En: Anuario de Derecho Civil. Volumen 22. N° 2, 1969; ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Contribución al estudio de la relación jurídica –intersubjetiva–". En: Themis, Tomo N° 38. PUCP, Lima, 1998; FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 4: Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 5ª edición. Atlas, São Paulo, 2015; FERRI, Giovanni Battista. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser L. León. ARA, Lima, 2002; FORNO FLÓREZ, Hugo. "El contrato con efectos reales". En: Ius et Veritas, Tomo N° 7. Año IV. PUCP, Lima, 1994; GABRIELLI, Enrico. "Appunti sulle autotutele contrattuali". En: Rivista di Diritto Privato, Tomo N° 4. 2016; GALGANO, Francesco. "Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto". En: Persona & Danno, 2010; LILLO, Carlo. "Eccezione d'inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimento". En: I Contratti. N° 11, 2013; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La mora. Estudios teórico y legislativo con referencia al Derecho peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 2017; MORALES HERVIAS, Rómulo. "Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento". En: Revista Peruana de Jurisprudencia, Tomo N° 33. PUCP, Lima, 2003; MORENO CRUZ, Pablo. "Los límites a la exceptio inadimpleti contractus: la 'buena', la 'mala' y la 'fea' excepción de contrato no cumplido". En: Revista de Derecho Privado, Tomo N° 24. 2013; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil VI. Exposición de Motivos y comentarios. Grafotécnica Editores, Lima, 1988; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. Resolución y sinalagma contractual. Marcial Pons, Madrid, 2013; ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano. Traducción de Leysser León Hilario. 2ª edición. ARA, Lima, 2004; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SILVA, Rodrigo da Guia. "Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual". En: Revista de Direito Privado, Tomo N° 78. Año 18, 2017; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato. 24ª edición. Giuffrè Editore, Milano, 2019; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. 12ª edición. Giuffrè Editore, Milano, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción del contrato de opción y sus requisitos

{E}l artículo 1426 del Código Civil regula la llamada excepción de incumplimiento, sustentada en la siguiente premisa: en los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que la otra satisfaga la contraprestación o garantice su cumplimiento. Se tiene entonces que para que se verifique dicha excepción se requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: I.- que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, II.- que haya pactado la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones, III.- que uno de los obligados incumpla la ejecución de la prestación debida, y IV.- que el otro obligado recíprocamente suspenda la prestación a su cargo. La ausencia de alguno de estos requisitos conlleva a que la excepción invocada no resulte amparable ***(Cas. N° 5566-2017-Lima).***

Contratos sinalagmáticos

{L}a regla del artículo 1426 del Código Civil es aplicable a los contratos sinalagmáticos, en los que como consecuencia de la formación del contrato surgen obligaciones para cada una de las partes; se refiere a aquellas obligaciones que deben cumplirse simultáneamente, y concede a cada parte el derecho de suspender el cumplimiento de la contraprestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento ***(Cas. N° 2988-1998-Lima).***

Excepción de caducidad de término

Artículo 1427.- ***Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.***

Concordancias:
C.C. arts. 1335, 1426

Ever A. Medina Cabrejos

1. Delimitación del campo de aplicación

Como hemos tenido oportunidad de detallar al comentar el artículo 1426 del Código Civil, la excepción de incumplimiento tiene cabida en aquellos contratos que son calificados como de prestaciones correspectivas (o recíprocas), pero que además cumplen con una peculiaridad en lo concerniente al plazo en el que dichas prestaciones deben ser ejecutadas:

a) Simultaneidad, en el sentido que las obligaciones se lleguen a cumplir en la misma oportunidad, es decir, de mano contra mano.

b) Momento diferido, siempre que el excepcionante sea el que tiene que ejecutar la prestación en segundo lugar respecto de su contraparte.

En el primer caso, si las prestaciones deben cumplirse de forma simultánea, cada contratante se podrá rehusar a ejecutar su prestación si la otra parte no hace lo propio o no garantiza hacerlo. En el segundo caso, el contratante que debía cumplir de manera posterior podrá suspender la ejecución de la prestación a su cargo, si es que su contraparte le reclama el cumplimiento sin haber ejecutado la obligación que le correspondía y que debía materializar en primer lugar.

En ambos escenarios se puede desplegar la excepción de incumplimiento. Contrariamente, esta forma de autotutela no se encuentra diseñada para salvaguardar los intereses de la parte que debe cumplir primero cuando logra advertir que su contraparte ingresa en un estado en el que pone en peligro el desenvolvimiento adecuado de su prestación (que se ejecuta en segundo lugar). Para este particular supuesto se tiene al artículo 1427 del Código Civil, conocido en nuestro medio como la "excepción de caducidad en el plazo", aunque en otros sistemas jurídicos se habla más bien de la "excepción por mutación en las condiciones patrimoniales de los contratantes" o sencillamente de la "excepción por riesgo de incumplimiento".

2. Excepción por riesgo de incumplimiento

El artículo 1427 del Código Civil permite que el contratante que debe ejecutar en primer lugar su prestación, la suspenda si es que tiene la sospecha fundada de que su contraparte no hará lo mismo en el plazo que le corresponde, esto debido a una variación negativa de sus condiciones patrimoniales. Y es que dicho contratante no podría utilizar ni la excepción de incumplimiento ni la resolución del contrato, pues estos remedios reclaman que la no ejecución de la prestación ya se haya verificado. En sentido contrario, el mecanismo de tutela que venimos desarrollando reclama que la obligación a cargo de la parte que debe cumplir en segundo lugar aún no sea exigible, por lo que propiamente no podría mediar incumplimiento alguno. Como explica Benedetti, esta excepción se destaca porque: "i) no presupone

la inejecución, sino el mero peligro futuro de la misma; y, ii) puede ser activado por el contratante cuyo crédito aún no se debe (pero que tiene razones suficientes para desconfiar respecto del logro futuro de la contraprestación una vez que esta resulte exigible)"[1].

Entonces, queda claro que la facultad del artículo 1427 del Código Civil, análoga a la excepción de incumplimiento en cuanto a su eficacia, "puede emplearse por el contratante que debe cumplir frente a su contraparte que todavía no está obligada a hacerlo (por la expiración posterior del plazo para su prestación), y tiene por efecto hacer legítima la suspensión del cumplimiento hasta cuando haya cesado el peligro o se preste una garantía idónea"[2].

Indispensable para la invocación de esta excepción, entonces, es que el contratante que tendría que cumplir en segundo lugar ponga en riesgo la materialización de su prestación por una repentina inestabilidad patrimonial. Ahora bien, lo correcto sería comprobar que dicho riesgo es de naturaleza concreta y objetiva, pero sin la necesidad de llegar al punto de tener que acreditar la insolvencia del deudor. Así, "para que se active el remedio, la alteración de las condiciones patrimoniales de la contraparte debe ser bastante seria e irreversible como para crear no un genérico riesgo, sino un 'peligro evidente' de perder la contraprestación. Ello no significa que deba tener los caracteres de la insolvencia en sentido técnico"[3]. La *Corte di Cassazione*, por ejemplo, estableció que "la existencia de la situación de peligro no es suficiente para solicitar la suspensión si lo que hay es un mero temor subjetivo de que la contraparte no pueda realizar su prestación, o que el otro contratante tenga deudas con terceros que no han sido satisfechas en la fecha de su vencimiento"[4], en cambio, "sí hay riesgo de incumplimiento si median protestos cambiarios o procesos ejecutivos en contra del deudor, también en la posibilidad de que el obligado sea llevado a un procedimiento concursal, o en el hecho de que el bien prometido por virtud de la compraventa sea pasible de ser reivindicado por un tercero"[5].

Prosiguiendo con el asunto del peligro en el cumplimiento, se sostiene en doctrina, casi de forma unánime, que esta no puede tener cabida cuando proviene de la mera voluntad del contratante de no querer ejecutar su prestación. Cataudella refiere que "el instrumento de la suspensión no puede ser utilizado cuando el riesgo de incumplimiento depende de la mala intención del obligado"[6]. Gabrielli, de idéntico parecer, señala que la excepción por la mutación de la condición económica del otro contratante "no podrá ser actuada si obedece solamente a la negativa voluntad de los obligados"[7]. La justificación a estos planteamientos se hallaría en el principio de "responsabilidad patrimonial"[8], es decir, la regla por la cual los

(1) BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*. Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 91-92. En el mismo sentido, CATAUDELLA, Antonino. *I contratti. Parte generale*. 2ª edición. G. Giappichelli, Torino, 2000, 194.

(2) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 276.

(3) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 905. Comparte esta idea BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., p. 99.

(4) GABRIELLI, Enrico. "Appunti sulle autotutele contrattuali". En: *Rivista di Diritto Privato*, Tomo N° 4, 2016, p. 516.

(5) Ibídem, p. 517.

(6) CATAUDELLA, Antonino. Ob. cit., p. 194.

(7) GABRIELLI, Enrico. Ob. cit., p. 516.

(8) A diferencia del sistema español (artículo 1911 del Código Civil) e italiano (artículo 2740 del *Codice Civile*), en el nuestro no existe un dispositivo legal que recoja dicha regla, no obstante, autorizadamente se ha mencionado que el principio de responsabilidad patrimonial del deudor se encuentra implícito en el ordenamiento jurídico peruano. Así: ARIANO DEHO, Eugenia. *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 23.

deudores se hacen cargo de sus obligaciones con todo su patrimonio, tanto presentes como futuros, ya que si el incumplimiento no depende de las condiciones económicas del obligado, la parte que lo sufre podría promover con éxito la venta forzada de sus bienes, de modo que el cumplimiento previo de la prestación no presentaría peligro sustancial alguno[9].

Por otro lado, surge la duda de si el debilitamiento patrimonial debe ser imprescindiblemente posterior a la celebración del acuerdo contractual. El artículo 1427 del Código Civil indica con claridad que la excepción se podrá activar si el riesgo acaece "después de concluido el contrato", lo cual permitiría aseverar la imposibilidad de hacer valer el remedio si la disminución económica ya se encontraba presente en la etapa de formación del negocio[10].

A pesar del texto expreso de la ley, la discusión ha sufrido un cambio sobre el rasgo que debe tomarse en cuenta en el examen de procedencia de la excepción, pues en la actualidad los argumentos pasan del plano de la "ocurrencia del riesgo" al del "conocimiento del riesgo". Entonces, ya no parece ser muy importante si el peligro, como acontecimiento, se produce en la génesis del contrato o en el de la realización de las prestaciones, sino más bien, si había sido notado o no por el excepcionante al momento de la culminación del programa contractual.

Sobre el particular se ha postulado que, si el peligro de incumplimiento dependía de una situación patrimonial del obligado subsistente al momento de la conclusión del contrato, y de la cual la otra parte tenía pleno conocimiento, este último, al aceptar tales condiciones (dado que celebra el acuerdo), no hacía más que asumir todos los riesgos implícitos a dicho contexto, por lo que más adelante, en la fase de ejecución, no debería tener expedito el mecanismo suspensivo. De igual manera si es que no se tenía noticias del adverso estado patrimonial del obligado, pues de lo contrario se estaría premiando al contratante que operó negligentemente, la evaluación de idoneidad de su contraparte para el cumplimiento de sus deberes[11].

En cuanto al primer escenario no existen argumentos en contra, esto es, nadie discute la inoperancia de la excepción por riesgo cuando el contratante conoce de las pocas cualidades de su contraparte para dar cumplimiento a la prestación que está a su cargo. Respecto del segundo escenario sí median opiniones divergentes a la ya esbozada, puesto que se plantea que la inestabilidad económica previa a la celebración del contrato también puede ser relevante si el contratante que invoca la excepción se entera de ella con posterioridad, así como también si no pudo llegar a determinarla con el uso normal de la diligencia en el periodo de formación[12]. Según Roppo, esta solución ha sido adoptada por la jurisprudencia italiana:

> "Si la situación que amenaza la contraprestación fuera anterior al contrato, la parte que la ignoraba, y que toma conocimiento después del contrato, tendría el remedio de la anulabilidad por error. Pero la jurisprudencia no va por lo fino, y declara al artículo 1461

(9) CATAUDELLA, Antonino. Ob. cit., p. 195.

(10) De la Puente y Lavalle refiere que "según el artículo 1427 el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, solo justifica la suspensión de la prestación que debe ejecutarse en primer lugar cuando sobreviene después de concluido un contrato recíproco. Consecuentemente, no es posible aplicar la regla contenida en dicho artículo cuando el riesgo existe en el momento de celebrarse el contrato, eventualidad en la cual la parte perjudicada sufre las consecuencias del riesgo (...)". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo II. 3ª edición. Palestra, Lima, 2017, p. 76. Por otro lado, afirma que la falencia económica de uno de los contratantes en la etapa de construcción del contrato podría ser causal de anulación por error en los motivos (artículo 205 del Código Civil) o por dolo (artículo 210 del Código Civil), siempre que se observen los demás requisitos para su admisibilidad.

(11) CATAUDELLA, Antonino. Ob. cit., p. 195.

(12) BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., pp. 100-101.

aplicable también en este caso: evidentemente para dar a la parte tutelada un remedio de más pronta y fácil actuación"[13].

Efectivamente, en la *Cass., sez.* II, del 20 de febrero de 2008 (N° 4320), se dictaminó lo siguiente:

> En los contratos con prestaciones correspectivas, la excepción dilatoria a que se refiere el artículo 1461 del *Codice Civile* [artículo 1427 del Código Civil peruano] (mutación en las condiciones patrimoniales de los contratantes) puede ser opuesta por una de las partes cuando la situación patrimonial de su contraparte venga deteriorada de manera tal que resulte evidente una puesta en peligro de la consecución de la prestación a la cual tiene derecho el contratante *in bonis*. También, para su aplicación no es necesario que tal modificación patrimonial sea sobrevenida respecto de la celebración del contrato, siendo suficiente que el contratante que invoca la suspensión de su prestación no la haya conocido o podido conocer empleando la normal diligencia.

Entonces, todo parece indicar que, cuando la situación lo amerite, es decir, cuando sea imperante brindar tutela al contratante que debe ejecutar su prestación en primer lugar, será posible actuar la excepción por riesgo aun si el estado de peligro ya se encontraba presente en la celebración del contrato, pero siempre que esta no haya podido ser descubierta a través de una actividad diligente. Contrariamente, si se corrobora una conducta teñida de negligencia, el intento suspensivo tendría que ser denegado.

Para culminar esta parte creemos conveniente forjar una precisión: cuando nos hemos referido a una depreciación del "patrimonio" del deudor como aspecto categórico para la configuración de la excepción por riesgo de incumplimiento, no se alude únicamente a aquello que se puede medir en términos monetarios, es más, ello ni siquiera se desprende del propio artículo 1427 del Código Civil, dado que la suspensión puede darse en contratos en los que no esté de por medio el pago de una suma de dinero. Por lo tanto, "las contingencias se pueden presentar no solo en las condiciones económicas o patrimoniales en sentido estricto, sino también en aquellas de corte organizativo y funcional, siempre que representen factores necesarios e importantes para el cumplimiento de la prestación debida por la otra parte"[14].

3. Neutralización de la excepción por riesgo de incumplimiento

A través de la excepción por riesgo de incumplimiento se detiene la materialización de la prestación de aquel contratante que debía proceder en primer lugar[15]. Sin embargo, la parte que se encuentra inmersa en el riesgo de no lograr ejecutar su prestación podrá finiquitar dicho efecto por medio de dos vías: i) cumpliendo adelantadamente lo que debe; o, ii) garantizando el cumplimiento de lo que debe.

(13) ROPPO, Vincenzo. Ob cit., p. 906.

(14) BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., p. 102. De la misma manera ROPPO, Vincenzo, Ob. cit., pp. 905-906.

(15) La jurisprudencia italiana considera que, para la eficacia de este mecanismo de tutela, no es imprescindible una comunicación previa por parte del contratante que piensa hacerla valer. Así, "la suspensión de la prestación contractual, en los casos del artículo 1461, no requiere para su validez de ninguna comunicación o declaración previa a la contraparte (...)" (*Cass.* del 10 de agosto de 2007, N° 17632). Se oponen a esta premisa, teniendo como base a la buena fe, BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., pp. 104-106; y, ROPPO, Vincenzo, Ob. cit., p. 906.

El *Codice Civile*, en su artículo 1461, no propone como freno a la excepción que el deudor cumpla su prestación, empero, la doctrina acepta este supuesto sin mayores inconvenientes[16]. Y es que no se puede negar que esta alternativa se presenta como saludable, pues se encarga de eliminar de raíz cualquier rastro de peligro de incumplimiento. Así, el contratante que ejecuta lo que debe sencillamente extingue su obligación en virtud del pago, por lo que se descartaría el supuesto de hecho del incumplimiento; y, suprimido el riesgo de que esto ocurra, la suspensión no podría operar.

Sobre el segundo método para excluir las consecuencias de la excepción por riesgo de incumplimiento, "no es necesario que la garantía otorgada posea requisitos formales especiales, o que asuma la envestidura de una garantía legal o económicamente tipificada: basta que el deudor brinde garantías suficientes y objetivas en cuanto a su verificación para demostrar la irrelevancia del cambio de las condiciones patrimoniales, dando seguridad así del futuro cumplimiento de la obligación"[17].

Por último, "no parece absurdo plantear la hipótesis de que el deudor puede demostrar *per tabulas* que las condiciones para la excepción no existen y que, por lo tanto, la suspensión de la ejecución no tiene razón de ser: mostrando, por ejemplo, cierta prueba de su consistencia patrimonial actual, que evidencia ser idéntica o mejor que las condiciones de capital existentes en el momento de la celebración del contrato"[18]. Entonces, no ofreciendo garantías, sino negando los hechos y las deducciones relacionadas a esta excepción suspensiva, también se podrá obtener su neutralización.

4. Apuntes finales

El riesgo de que el contratante que debe ejecutar su prestación en segundo lugar no pueda hacerlo, faculta a su contraparte, que tiene la obligación de cumplir en un primer momento, a suspender la concreción de la prestación puesta a su cargo. Esto es el efecto típico de la "excepción por riesgo de incumplimiento" (artículo 1427 del Código Civil).

Dicho riesgo debe ser objetivo, es decir, que el patrimonio del contratante que ejecuta en segundo lugar se halle en condiciones de inestabilidad. Sin embargo, no es necesaria la acreditación de un estado total de insolvencia. Asimismo, la excepción por riesgo de incumplimiento no podrá ser utilizada si el peligro resulta de la simple negativa del deudor de no querer cumplir.

De acuerdo con las coordenadas legislativas, la forma en la que se puede detener la suspensión en la ejecución es que la otra parte cumpla adelantadamente su prestación o, al menos, que la llegue a garantizar eficazmente. Empero, también se permite que el deudor demuestre que goza de plena solvencia patrimonial.

(16) "El deudor puede neutralizar la excepción –y, por lo tanto, terminar el efecto suspensivo– proporcionando una garantía adecuada, y más aún, si cumple su prestación de forma anticipada". BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., p. 107.

(17) BENEDETTI, Alberto Maria. Ob. cit., p. 107.

(18) Ídem.

DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia. Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462. Giuffrè Editore, Milano, 2011; CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte generale. 2ª edición. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo II. 3ª edición. Palestra, Lima, 2017; GABRIELLI, Enrico. "Appunti sulle autotutele contrattuali". En: Rivista di Diritto Privato, Tomo N° 4, 2016; ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Resolución del contrato por incumplimiento

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.***

Concordancias:
C.C. arts. 1219, 1228, 1429; D.S. 003-97-TR art. 35

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Introducción: consideraciones generales acerca de la resolución contractual. El modelo resolutorio

Un acercamiento panorámico a los tratamientos doctrinales dedicados a la resolución contractual, que encuentran su punto central en la resolución por incumplimiento, nos muestra la tendencia a desarrollar el fenómeno resolutorio, en general, bajo una visión de conjunto que revelaría una irresistible tendencia a la unificación (AMADIO, p. 3). Esto sin perjuicio de que, en un afán sistemático mayor, se haya tentado también a llegar a dar mayor amplitud al tratamiento colocando a la resolución contractual dentro de la categoría de los remedios sinalagmáticos (SACCO - DE NOVA, p. 609 y ss). De allí que hayamos optado por abordar la figura recurriendo primero a las construcciones que abarcan sus cimientos teóricos con la finalidad de extraer los principios que le resultan incontestablemente aplicables pero que lamentablemente son olvidados por los intérpretes y por los propios órganos jurisdiccionales.

El objetivo de nuestro esfuerzo es lograr un mayor acercamiento a una correcta aplicación del remedio de tutela contractual que genera la resolución contractual, forma de ineficacia muy utilizada en la práctica habitual de los operadores del Derecho, respecto a la cual se han escrito interesantes trabajos en aras de explicar principalmente sus requisitos de actuación, la funcionalidad inmanente a su inserción en el ordenamiento y las reglas genéricas-específicas que le resultan aplicables. La problemática de orden medular que encierra la figura en cuestión constituye una oportunidad para su replanteamiento, y para, como no, cuestionarnos sobre la viabilidad práctica de los postulados que se han formulado para explicarla, alcance que no supone olvidar que nuestro sistema jurídico, por su pertenencia a la familia romano-germánica, tiene un carácter esencialmente dogmático, que se convierte en un instrumento para el ejercicio de la profesión del jurista (CARNELUTTI, p.17).

Se desea ante todo sistemática y coherencia en la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico. En dicho sentido, optamos por construir una posición personal, tal vez personalísima, derivada de la observación de nuestro sistema respecto a la actuación de la **ineficacia sucesiva** denominada resolución en el más importante tipo negocial: el contrato. Se proyecta así la metodología asumida no solo a la figura analizada aisladamente, sino también a su operatividad práctica, correlacionada con todo el sistema de ineficacias que, como veremos, resulta una consecuencia necesaria en una concretización importante de la dogmática jurídica en nuestra realidad, lo que, ciertamente, resulta innegable.

Así, como punto previo, muy brevemente, nos referiremos al denominado sistema de ineficacias negociales, y ubicar allí a la resolución contractual, como una forma de ineficacia. Esto directamente supone también tomar en cuenta que el ordenamiento jurídico valora los

intereses de los sujetos y, según sea su posicionamiento concreto, les atribuye diversas situaciones jurídico-subjetivas (efectos) –solo cuando ha considerado como relevantes dichos intereses– a fin de tutelarlos o mediatizarlos para la tutela, por lo que dichas situaciones pueden ser de ventaja o de desventaja para el sujeto.

Esta disquisición es fundamental en el análisis del tema propuesto ya que coadyuvará al encuadramiento sistemático de la operatividad de la resolución contractual como consecuencia de la imposibilidad sobreviniente, de la excesiva onerosidad y del incumplimiento: se logra nítidamente entender como ella se produce *ex lege* o mediante la actuación de un derecho potestativo-poder jurídico susceptible de modificar la realidad jurídica preexistente, dentro del esquema de la situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, facilitando una exposición ordenada no solo de la *fattispecie* normativa, sino también de las derivaciones de tal posicionamiento y que no se evidencian, de manera clara, en la disciplina del Código Civil sobre el particular.

Luego, ya propiamente, abordaremos la temática de los mecanismos de resolución por incumplimiento confiados a comentario: la resolución judicial y la resolución por intimación (o por autoridad del acreedor), resultando oportuno, en este segundo estadio, una mirada acuciosa, pero también sistemática, a las normas que regulan la resolución contractual, lo cual no significa que nos limitaremos a su análisis estrictamente positivo, pues consideramos que, en todo caso, ellas deben servir solo como punto de partida para una posterior profundización sobre el tema elegido.

Es preciso advertir que recurriremos primordialmente al método dogmático, es decir, al estudio conceptual de las normas jurídicas y a su reconstrucción, vía los principios inmanentes a ellas, en vista de su mejor comprensión y entendimiento, así como de su correcta aplicación a la casuística derivada de la realidad social.

2. Cuestiones en torno a la resolución en general y a la resolución por incumplimiento. Fundamento y ámbito de aplicación. La cláusula de irresolubilidad

Es variada la fenomenología que contempla nuestro ordenamiento que puede servir como sustento para que se verifique la resolución de un contrato. Así tenemos que la resolución contractual puede ser una consecuencia de la imposibilidad sobrevenida (art. 1431 CC), la excesiva onerosidad (art. 1440), o el incumplimiento en general (arts. 1428, 1429 y 1430), que a su vez permite la utilización de diversos instrumentos alternativos colocados en defensa del interés de la parte perjudicada con la **inexactitud** de la prestación debida (exacto-inexacto cumplimiento), desde el enfoque que nos brinda el derecho de las relaciones obligacionales. Nótese, en tal sentido, como la fórmula "exacto-inexacto cumplimiento" representa una oportuna elección de política legislativa, no solo en el sentido de rechazar una enumeración puntual de las varias figuras de incumplimiento, pues se evidencia la connatural imposibilidad de una adecuación perfecta de cualquier estructura estática y/o esquemática a una variedad de casos concretos; sino también, y sobre todo, en lo que concierne a la adopción, en lugar de una genérica referencia al incumplimiento *tout court*, de una cláusula general de responsabilidad que asumiendo como regla la "exactitud" del cumplimiento y calificando, al contrario, el incumplimiento en términos de inexactitud de la prestación, aparecería idónea a comprender en su valoración sistemática la vasta gama tipológica en la cual puede concretarse la **inactuación** de la relación obligatoria, abarcando, tanto la hipótesis límite de la inejecución de la prestación debida por el deudor (el llamado incumplimiento absoluto), como cualquier

otra anomalía de dicha prestación en la que se ponga de manifiesto su deformidad respecto al modelo asumido en el contenido de la obligación (TURCO, pp. 20-21).

Para los fines aplicativos cualquier supuesto de inexactitud prestacional –sin ningún adjetivo– podrá ser valorada como presupuesto material para operar la resolución. Es oportuno advertir, para evitar confusiones, que se asume la conceptuación de la prestación en una acepción amplia que engloba toda la significación de la codicística, en el sentido de que ella involucra cualquier aporte de utilidad derivada de un acto jurídico o de un comportamiento material de un sujeto (sea este la ejecución de un servicio o de otra actividad, la abstención del ejercicio de un derecho, la entrega de un bien y así por el estilo) (CHECCHINI, p. 2), lo que explica que sea perfectamente aplicable el remedio de la resolución i) a los contratos de intercambio, típicos o atípicos, dirigidos a constituir o modificar derechos reales (SICCHIERO, p. 28) y ii) a los contratos dirigidos a constituir o modificar otras situaciones jurídico-subjetivas que no se encuadran dentro de las relaciones obligacionales o de las situaciones jurídico-reales (por ejemplo, el contrato de opción).

Sin embargo, es también posible un acercamiento dogmático desde la teoría general del negocio jurídico, en tanto el contrato es una subcategoría que pertenece a dicho paradigma negocial que puede ser utilizada para dar asidero al "negocio" en ordenamientos que expresamente no lo recogen a nivel normativo positivo. En este orden de ideas, dentro del ámbito señalado, podemos advertir que al referirnos a la resolución (resolubilidad) nos encontramos frente a una manifestación concreta del tipo de **ineficacia sucesiva-funcional** (o ineficacia en sentido estricto), cuya configuración dogmática presenta tres caracteres fundamentales:

1) No afecta la estructura del contrato,

2) Es sobrevenida con respecto a la formación (conclusión o celebración) del contrato, y,

3) Es susceptible que, en lo particular, sus causales puedan ser pactadas (por ejemplo, condición resolutoria, cláusula resolutoria) o incluso excluirse (pacto de irresolubilidad) no estando por ello vinculada al principio de legalidad que, por el contrario, informa todas las formas de invalidez o ineficacia estructural. Esto no quiere decir, sin embargo, que los particulares puedan modificar **internamente**, por ejemplo, los mecanismos de resolución por incumplimiento configurados por el derecho positivo, lo que, una vez asumidos durante el *iter* **contractual** resultan inalterables.

Centremos ahora nuestro interés en la resolución por incumplimiento.

En términos sistemáticos, podemos advertir, según se ha señalado, que la resolución por incumplimiento tiene un fundamento que se vislumbra en la exigencia de tutelar los intereses de la parte cumplidora a no permanecer más vinculada a un contrato ahora ya inactuable o que, de cualquier manera, no está ya en grado de satisfacer las expectativas a causa del grave incumplimiento de la contraparte; ella genera la desaparición de la relación contractual y permite evitar que se produzca la agravación natural del daño debido a la perduración del vínculo incumplido (BISCONTINI, p. 43).

En tal orientación, un buen sector doctrinal ha resaltado, como un carácter de la resolución en general, que en ella se presenta una alteración de la **causa** del contrato, en su aspecto dinámico; esto en atención a que el intercambio programado de las partes en la autorregulación de sus intereses no puede actuarse o, al menos, no puede tener lugar en las condiciones

programadas, plasmándose, al respecto, un defecto funcional de la causa, que evidencia la circunstancia de que el equilibrio estaba presente al momento de la formación del contrato, pero no lo es más al momento de su ejecución (TAMPONI, pp. 1478 y 1479). Frente a tal posicionamiento se ha señalado que cuando un remedio es previsto en términos generales por la ley, no hay necesidad alguna de recurrir a otros institutos jurídicos para explicarlo (SCALFI, p. 4), a partir se construye una posición **agnóstica** según la cual bastaría simplemente reconocer que la resolución no es sino otra cosa que una de las formas de reacción predispuestas por el ordenamiento contra el incumplimiento contractual: cuya función es aquella de remover la composición de intereses inserta en el contrato, restableciendo la composición cualitativa del patrimonio del contratante fiel (tutela restitutoria) (LUMINOSO, p. 15). Su peculiaridad consiste en que ella depende de una valoración discrecional del contratante no incumpliente, en orden a la eficiencia de la forma de tutela (satisfactiva) a ella alternativa, representada por la demanda de cumplimiento coactivo (AMADIO, p. 20).

En nuestro parecer, todavía es correcto acudir a la idea del defecto funcional de la causa contractual, para explicar el fenómeno resolutorio, en tanto no se encuentra otro fundamento que pueda resultar idóneo para explicar tanto las patologías del acto (invalidez) como los vicios de la relación (resolución), lo que importa acercarse a la construcción de causa estática y dinámica.

Lo que sí queda evidenciado es cómo siendo el derecho a la resolución uno de carácter potestativo íntimamente vinculado a la posición de parte inserta en una relación contractual –y más precisamente un instrumento de tutela que surge con el objetivo de proteger el equilibrio entre dos esferas que se ven vinculadas por su autonomía teniendo como asidero la correspectividad y la equivalencia– resulta necesario considerar que su concreto operar pueda ser objeto de calificación según los criterios que presiden la valoración del comportamiento de la partes de la relación (SMIROLDO, pp. 201-202).

Siendo, ahora sí, más específicos, precisemos como el fundamento del mecanismo de la resolución por incumplimiento se puede encontrar analizando la praxis, en la que se detecta la existencia de una variedad de contratos en los que cada una de sus atribuciones patrimoniales se apoya precisamente en la otra (prestaciones correlativas, no necesariamente solo recíprocas como señala la codificación). Se revela entonces que la causa (función-finalidad) reside en el intercambio y que, generalmente se concreta en el binomio *prestación/contraprestación*, existiendo, según se avizora, un nexo de correspectividad entre la prestación a la cual se constriñe un contratante y aquella a la cual se constriñe el otro: la prestación de cada uno de ellos encuentra justificación en la prestación del otro; así tales contratos toman el nombre de **contratos con prestaciones correspectivas** y se caracterizan por el llamado **sinalagma**, que supone una situación de reciprocidad y/o interdependencia (TAMPONI, p. 1477), entre atribuciones patrimoniales, cabiendo señalar que esta categoría de contratos, conjuntamente con los contratos asociativos (por ejemplo, contrato de sociedad), constituyen una especie de los contratos onerosos. En tal orden de ideas, se ha concluido que la figura de la resolución encontraría operatividad en los contratos con finalidad común (asociativos) e incluso en los contratos a título gratuito (TAMPONI, p. 1481), cuyo ejemplo lo encontraríamos, supuestamente, cuando en una donación se produce el incumplimiento (inobservancia) del cargo.

En nuestro parecer la resolución no podría ser aplicada al último caso reseñado, en tanto la pérdida de efectos se produce por la "subordinación" de los mismos a la verificación del cargo y no porque exista una interdependencia funcional en un único esquema

contractual. En cambio, la resolución puede ser aplicada coherentemente a los contratos plurilaterales, es decir, en aquellos contratos en los que existe un interés que apunta hacia una finalidad común (por ejemplo, contrato de sociedad, contrato asociativo, contrato de consorcio). Así piénsese en la posibilidad que se prive de efectos al contrato de sociedad con respecto a uno de los socios –según se infiere a partir del principio contenido en el artículo 223 CC– o cuando expresamente se incluye alguna causal de exclusión de alguno de ellos (resolución subjetiva parcial).

No existe, por ende, una imposibilidad estructural de hipotizar la resolución por incumplimiento también fuera de los contratos de intercambio; se debe dar relevancia que para estos contratos la resolución es indiscutible, mientras que, para los otros, se debe verificar: la fórmula legal no es entendida en sentido de exclusión, cuanto de eventual compatibilidad del remedio colocado para los contratos sinalagmáticos también para otras categorías contractuales.

En cuanto a los contratos aleatorios, adviértase que en líneas generales está negada la resolubilidad por incumplimiento para dichos contratos, que serían solo objeto de conservación, poniéndose como ejemplo el supuesto del asegurado que no reciba la indemnización, quién no tendría interés a la resolución en cuanto este no tendría tiempo para estipular un contrato con otra compañía, por el siniestro se ha ya verificado (MOSCO, p. 138). Esta tesis ha sido abandonada y calificada como errada (MIRABELLI, p. 635)

Recordemos que el contrato aleatorio se caracteriza porque una de las prestaciones es esperada, pero no es cierta, y precisamente por ello se le sustraería al campo de actuación del remedio de la resolución, siendo, por el contrario, oportuno considerar que una vez existente la prestación esperada o el presupuesto para la contraprestación, el contrato aleatorio deberá ser ejecutado como cualquier otro contrato y será pasible de resolución si el sujeto constreñido a la prestación, incierta al momento de la conclusión pero no después, incumple. En suma, los contratos aleatorios son susceptibles de ser resueltos por incumplimiento si se materializa el incumplimiento de una prestación debida. No serán materia de resolución, en cambio, si la prestación esperada no llega a concretarse (SICCHIERO, pp. 5-6). Sobre este parecer acotar que lo que se discute, en el fondo, no es la resolución por incumplimiento del contrato aleatorio, sino su propia calificación después de la concreción de la prestación esperada.

Es pertinente entonces concluir en esta parte que el ámbito de aplicación de la resolución por incumplimiento se centra en los contratos onerosos, al caracterizarse estos por el equilibrio presente en su celebración (momento del perfeccionamiento estructural), cuya afectación derivada de la inexactitud prestacional, daría lugar a la posibilidad de que ellos puedan ser privados de eficacia, vía el remedio de la resolución.

De lo dicho, en forma preliminar, puede constatarse que la resolución por incumplimiento –tal y como conocemos a este mecanismo de tutela– está prevista para velar por el interés particular de cada uno de los contratantes, lo que indirectamente llevaría a la problemática, aún no resuelta, de si es posible, por ejemplo, incluir en un contrato una cláusula de irresolubilidad.

En un parecer que compartimos, la respuesta pareciera ser negativa, en cuanto, dadas dos promesas recíprocas, la cláusula de "irresolubilidad" las volvería autónomas, de modo que ellas tenderían a comportarse como si fueran dos promesas abstractas o gratuitas. En general, efectuar una atribución patrimonial con el fin de obtener un correspectivo estableciendo

que el contrato no pueda resolverse significa aumentar la probabilidad de un enriquecimiento a favor de la parte que no cumple (SACCO, p. 885 y ss), por lo que entraríamos a la lógica de la gratuidad.

Plasmando lo expuesto, pero más precisamente, la resolución por incumplimiento puede ser conceptuada como una consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo (de resolución) y catalogada como un mecanismo de tutela que brinda el ordenamiento para provocar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato ante una situación de incumplimiento *in genere* derivándose la eliminación de los efectos que habría producido.

Es importante aquí enfatizar que, en nuestro parecer, para la operatividad de la resolución **no es necesario que el incumplimiento sea imputable al obligado**, en la medida que –ante la posible confusión con las otras maneras de actuar de la resolución: imposibilidad sobrevenida, excesiva onerosidad, condición resolutoria que también suponen un incumplimiento objetivo o *tout court*– ella podría ser diferenciada por su no operatividad automática (por ejemplo, condición resolutoria) o *ex lege* (por ejemplo, imposibilidad sobrevenida). Y es que la resolución por incumplimiento opera siempre como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo inserto en la relación contractual, de lo que se desprende que su actuación depende de la valoración particular del sujeto afectado. La existencia de este derecho potestativo de resolución demuestra que la relación obligatoria (o mejor, para algunos, contractual, en este caso, para abarcar todos los supuestos) es una relación compleja en la que no solo coexisten el crédito y el débito sino otros derechos conexos que coadyuvan al aseguramiento de la relación obligatoria en su desenvolvimiento.

Desde ya es pertinente señalar que, como se puede inferir de la nomenclatura utilizada en nuestro discurso, es presupuesto indispensable de la resolución por incumplimiento *in genere* el hecho de que se presente un incumplimiento, como se ha dicho, la inexacta ejecución de la prestación a cargo de una de las partes vinculadas por un contrato oneroso. Lo que ha resultado discutible, tema ya advertido, es sostener la necesidad que dicho incumplimiento sea imputable o no. En tal orden se sostiene que la imputabilidad del incumplimiento es el factor que permite diferenciar coherentemente los supuestos de resolución por incumplimiento y por imposibilidad sobrevenida (TAMPONI, p. 1486). A ello se puede objetar lo dicho más arriba, en el sentido de que la resolución por incumplimiento se diferencia de los otros supuestos de resolución básicamente en su carácter potestativo, frente a una operatividad automática o *ex lege* que se presenta en los otros casos acotados. Además nótese que la parte no incumplidora tiene interés, yo diría derecho, a desligarse del vínculo contractual que permanece incumplido por la frustrada ejecución de la prestación, independientemente de cualquier indagación sobre la imputabilidad de tal inejecución: el frustrado incumplimiento del contrato es suficiente para perturbar el equilibrio sinalagmático aunque el contratante no pueda ser, sobre el plano subjetivo, imputado por dicho incumplimiento, lo que sin duda marca una diferencia plausible con la imposibilidad sobreviniente que resuelve (extingue) los efectos contractuales, pues para esta se constate se **requeriría además que el deudor no haya podido resistirse al evento que impide la ejecución de la prestación.**

Oportunísimo es indicar que un presupuesto material de operatividad –aunque no legalmente reconocido en nuestro ordenamiento– para que se ejerza el derecho potestativo de resolución es que el incumplimiento/cumplimiento inexacto **no sea de escasa importancia**, criterio que se ha venido afianzando en la doctrina y jurisprudencia contemporánea, y que –en parecer propio– nos resulta vinculante, máxime cuando este ha sido reconocido

en el ordenamiento italiano (artículo 1455 Codice Civile Italiano) que –sin lugar a dudas– constituye el antecedente legislativo más importante en materia contractual de nuestra codificación civil.

Se trata, con tal requisito, de verificar la efectiva alteración provocada por el incumplimiento sobre el equilibrio total de la operación contenida en el contrato, teniendo específica atención a la situación jurídica lesionada en la cabeza del titular de la pretensión creditoria que permanece en todo o en parte inactuada: a la escasa importancia viene en efecto reconocida una **función de elemento impeditivo** de la resolución. Aunque la normativa, no enuncia las características del incumplimiento que da lugar a la posibilidad de resolución del contrato, este requisito, en lo puntual, podría ser deducido –encontrando, una vez más– a partir una aplicación de la cláusula normativa general de buena fe (art. 1362 CC) –que, en este caso actuaría como un límite al ejercicio de los derechos– pudiendo, además, tomarse en cuenta –a manera de atemperamiento– cuando se contrapone el impedimento ahora relevado con la lesión del interés del acreedor, que deviene también como un parámetro de referencia prevalente en la decisión final ante el eventual conflicto de intereses. Se piensa, en este sentido, en la relevancia que puede asumir la **tolerancia** de la parte cumplidora. Así, de la extracción de los elementos preponderantes de dicho impedimento se ha señalado, en un esfuerzo de sistematización, que su aplicación debe esencialmente basarse sobre dos criterios:

a) El criterio cuantitativo o de medida (es decir sobre la escasa o no escasa importancia del incumplimiento); y,

b) el criterio cualitativo (que se refiere a la valoración del interés de la parte no incumpliente) (TAMPONI, p. 1493).

Como el asunto no encuentra contornos demasiado claros en el Código Civil es pertinente que su consideración se realice gradualmente, en el sentido de que a nivel jurisprudencial se vayan construyendo sus bases de desenvolvimiento, considerando, entre otras cosas, que el impedimento comentado podría ser excluido cuando se haya pactado expresamente que un determinado incumplimiento, precisado con toda claridad, dará lugar a la resolución automática, a través de una cláusula resolutoria expresa (art. 1430 C.C.).

3. Los mecanismos de actuación de la resolución por incumplimiento en el Código Civil: la resolución judicial. Aspectos sustantivos y procesales

Nuestro ordenamiento jurídico contempla varias formas de actuación de la resolución por incumplimiento. En nuestro Código Civil dichos mecanismos se identifican con la resolución judicial (art. 1428 CC), la resolución por intimación o por autoridad del acreedor (art. 1429 CC) y la resolución por cláusula resolutoria expresa (art. 1430 CC); asimismo, se ha sostenido con bastante argumento la necesidad de incluir en el articulado pertinente a la llamada **resolución por vencimiento de plazo esencial** por tratarse de una hipótesis que completaría el elenco de los mecanismos generales de tutela resolutoria y que ciertamente está regulada en los modelos legislativos de los que se valió el legislador en su momento para preparar esta parte del Código Civil; pudiendo ella ser pactada en un contenido contractual concreto a través de una cláusula que incorpore esta modalidad resolutoria cuando el plazo que las partes estipulan es uno que tiene carácter esencial cuando ello no resulta (objetivamente) de la propia prestación o de las circunstancias incluidas en el programa negocial (FORNO FLÓREZ, p. 919 y ss.).

La resolución judicial –mejor sería referirse a la demanda judicial de resolución– según se infiere del artículo 1428 CC, supone una suerte de portada general de la resolución por incumplimiento, es decir, aparece como el mecanismo general mediante el que una parte frente al incumplimiento de la contraparte respecto de una prestación exigible, tiene la posibilidad de recurrir, mediante una demanda judicial, ante el juez competente con la finalidad que el órgano jurisdiccional declare la resolución del contrato (sentencia constitutiva). Estrictamente, la tipología de la resolución judicial, en este caso, se desprende del último párrafo del artículo bajo comentario, en el que expresamente se hace alusión a la demanda de resolución.

Lo primero que resulta necesario entender es que la resolución judicial implica someter al juez la controversia generada por el incumplimiento de una las partes en detrimento de la situación de equivalencia que rige en el contrato; ello habilita al juez a evaluar la totalidad de la cuestión fáctica y jurídica que se le presenta, es decir, la fuente de la relación contractual, la ausencia o inexactitud del comportamiento debitorio y su imputabilidad (solo para los efectos resarcitorios) e incluso la posible connotación del comportamiento de la parte afectada en el desenvolvimiento de la relación, entre otras cuestiones, que formarán parte de materia controvertida, materializada en el contenido de las pretensiones de las partes. Al final del *iter procesal* el juez culminará emitiendo una **sentencia constitutiva**: una declaración de certeza a partir de cuya emisión se considerará extinguido el vínculo, vía resolución, **desde el momento en que se planteó la demanda, y no necesariamente desde el momento en que se produjo el incumplimiento**, cuestión importante en la práctica, por ejemplo, cuando se determina la adquisición de los frutos, pues hasta ese momento –refiriéndome a los contratos traslativos de la propiedad– el adquirente/contratante incumpliente fue considerado propietario.

Pero más interesante es la disyuntiva que se plantea cuando se le otorga al contratante, frente al incumplimiento de su contraparte, la elección de pedir judicialmente el cumplimiento **forzado** o la resolución del contrato, a lo que se adiciona, en ambos casos, el resarcimiento del daño correspondiente.

Pedir el cumplimiento significa pedir al juez una sentencia con la cual se condene a la parte incumplidora al **cumplimiento exacto**, propiciándose la denominada manutención del contrato, lo cual resulta aplicable, según lo señalado, no solo al llamado incumplimiento total o absoluto sino también a los cumplimientos inexactos.

Esta posibilidad responde a la lógica de la tutela del interés del afectado por el comportamiento de la parte incumpliente; precisa y puntualmente, a los casos en que se tenga todavía interés en la prestación. La consecuencia jurídica inmediata de esta opción –que constituye un acto jurídico en sentido estricto– supone, en razón de la *fattispecie* del artículo 1333 CC colocar al contratante requerido en mora.

De manera sucesiva el contratante afectado puede solicitar una sentencia de resolución, según los términos anotados, es decir, una sentencia constitutiva que elimina el contrato: es lo que se ha denominado como *ius variandi* que viene tomado como un poder de naturaleza sustancial pero que al ser incoado dentro de un proceso deberá ejercitarse dentro de los términos perentorios previstos por los esquemas procesales, pero sobre todo de manera coordinada con el sistema de preclusiones (TARUFFO, p. 296 y ss.) y el respeto al principio constitucional del contradictorio, pues como se ha recordado, **el objeto del proceso es reconocer la razón a quién la tenga** (SICCHIERO p. 312), pero todo ello sin olvidar que nos podemos encontrar ante situaciones de confrontación de intereses, como por ejemplo, cuando estando frente a un incumplimiento que no ha sido aún saneado se

ofrece la prestación antes que la demanda de cumplimiento sea mutada en una de resolución, por lo que se debería preferir el interés del contratante desilusionado antes que el interés del contratante infiel (SICCHIERO p. 312).

La interacción entre ambas alternativas mayormente se plasma en la práctica, dentro de la lógica de la codificación, en la **prohibición** de cumplir luego que se haya interpuesto la demanda de resolución, ante lo que se abren ciertamente posibilidades que deberán ser resueltas apelando a la lógica del interés, pero no solo del afectado, sino del propio contratante incumpliente, en el sentido que, por ejemplo, la prohibición de cumplir no podrá ser alterada ni siquiera por el contratante tutelado con el mecanismo resolutorio, en tanto, no podría exigírsele al contratante infiel mantener los medios materiales para cumplir en espera de la posible decisión contraria de la contraparte, con lo que se evidenciaría un supuesto de transgresión a la buena fe contractual, en lo que concierne al deber de corrección y lealtad; por ende, la decisión del resolver genera automáticamente la prohibición de retrotraer la situación, neutralizando la posibilidad de solicitar el cumplimiento siendo tal circunstancia oponible a ambas partes.

Analizada, en términos aislados, se ha dicho que la prohibición de cumplir ha sido colocada preeminentemente en tutela del interés del sujeto (deudor incumpliente) en cuyos límites actúa la resolución (DELLACASA, p. 225 y DALMARTELLO, p. 130 y ss), en tanto la reversibilidad conduciría a un excesivo agravamiento de su posición al tener que mantenerse listo para cumplir por un tiempo indefinido, pudiéndose entrever la posibilidad de una situación de especulación por parte del contratante afectado con base en las posibles fluctuaciones del mercado: se piensa en un imprevisto e inesperado aumento de valor de la mercadería adquirida y no recibida (CARNEVALI p. 81). El efecto del carácter irreversible de la elección efectuada por el acreedor consiste en que el contratante incumpliente –considerando la decadencia del interés de su contraparte por el cumplimiento– no tendrá ya que estar preparado a cumplir y podrá, por tanto, ofrecer en el mercado la prestación no cumplida, preparándose a soportar el resarcimiento del daño, organizando las propias fuerzas y actividad en tal dirección.

Sin embargo, no se toma en cuenta que el sustrato, la *ratio*, de esta postura se encuentra en la exigencia de certeza de las posiciones jurídicas; la imposibilidad de mutar la decisión adoptada, en efecto, está destinada a garantizar mayor seguridad en cuanto las partes permanecen vinculadas al momento inicial del procedimiento con prescindencia de cualquier acontecimiento posterior, de donde se puede extraer, en una visión más puntual, el propio **principio de la confianza**, expresada en la convicción de 1) la carencia del interés de la contraparte afectada por el incumplimiento en la continuación de la relación contractual; y, 2) la libre disponibilidad del bien.

Ahora bien, si la **confianza** es el presupuesto de la irreversibilidad, la prohibición tendrá que ser considerada inoperante cuando ella falte o no sea tutelable. Se piensa, por ejemplo, en el caso que el deudor legítimamente niegue el propio incumplimiento o solicite el cumplimiento de la contraprestación, demostrándose un interés tutelable en la continuación de la relación, con lo que la irreversibilidad corre el riesgo de permanecer privada de fundamento, o mejor, termina con estar justificada solo en presencia de una hipótesis de confianza (*affidamento*) en el contratante incumpliente que fundamente la paralización de su actuación al hacer relevante su interés.

Una solución más cercana a nuestro ordenamiento la tenemos cuando se intenta dar a la prohibición una justificación más amplia y comprensiva apoyada en la buena fe contractual.

Desde este punto de vista la irreversibilidad no sería sino la codificación del deber de corrección que debe guiar a las partes, acreedor y deudor, en su relación contractual, a partir de las tratativas hasta la ejecución del contrato. A la luz del principio de la buena fe objetiva, el comportamiento del contratante que peticione –directa e incondicionadamente– la resolución es valorado por la ley como manifestación de carencia del interés a la consecución del cumplimiento tardío, de lo que se podría deducir que la valoración efectuada por la ley en torno a la carencia sobreviniente de interés en la prestación es suficiente para determinar la extinción de la obligación aun cuando el juez no se haya pronunciado sobre la resolución del contrato (ALESSI, p. 67)

Obviamente, como ya se anotó, la solución es diversa cuando se trata de una demanda de cumplimiento **forzado** de la prestación, pues, ante el quiebre de la expectativa del contratante afectado de manera inexorable, tendrá que otorgársele la posibilidad de mutar la demanda, mejor la pretensión (que debería ser planteada en forma alternativa), con el fin de hacer valer la resolución, en un supuesto que se podría denominar como de decadencia sobrevenida contractual del interés. Sobre este punto, el juez es el llamado a establecer el esquema procesal idóneo y su conveniente desarrollo en concordancia con el derecho sustantivo.

En suma, se tiene que indicar que ella ha recogido el mecanismo de la resolución judicial por incumplimiento, a cuya utilización se encontraría legitimado el contratante afectado por el incumplimiento y que, a su vez, habría cumplido con la prestación (o atribución patrimonial) a su cargo; no interesando si este es parte originaria o sucesiva en la relación contractual (por ejemplo, cuando se produce una cesión de posición contractual, ex artículo 1435 CC). El objetivo de la interposición de una demanda, o de ser el caso, de una reconvención, dirigida a la resolución, es la obtención de una sentencia constitutiva que tenga efectos *ex nunc*: la sentencia, una vez constatada la concurrencia de los requisitos en cuestión, tendrá como finalidad el desvanecer los efectos contractuales. Ello importa que tal acto procesal decisorio –que pone fin a la instancia o al proceso– deba ser expedido por el juez competente, en consideración a los argumentos sistémicos antes planteados.

Recalquemos algunos aspectos procesales.

La norma coloca al contratante afectado en una alternativa para satisfacer, mejor tutelar, su interés lesionado: o puede solicitar el cumplimiento, en el caso de que la prestación/atribución resulte posible y de interés para él; o, bien, en todo caso, la resolución del contrato cuando no tenga ya interés en el cumplimiento, siendo entonces lógico que inste a la disolución del vínculo. Del análisis de lo expuesto podremos inferir que ambas pretensiones, utilizando el término procesal, son de índole contrapuesta, es decir, no pueden ser planteadas en forma acumulativa, conjunta o accesoria, ya que ambas expresan un interés distinto en la cabeza del sujeto titular del derecho potestativo de resolución; sin embargo, ellas podrían ser parte de una demanda acumulándolas de manera alternativa o subordinada, en cualquier orden, utilizando los criterios de acumulación objetiva vigentes en nuestra normativa (artículo 87 del Código Procesal Civil). No hay mayor problema en el orden de planteamiento de las pretensiones, por ejemplo, aduciendo que injustamente se perjudicaría al contratante que ha incumplido, al constreñirlo a mantener la posibilidad de cumplir, ya que nos encontramos ante un caso en el que, desde un inicio, dicha parte tendría pleno conocimiento de la situación a la que se atiene, con la eventual posibilidad de que posteriormente haga valer su derecho a la indemnización por los daños generados.

Es claro que cada una de ellas puede ser el único contenido de una demanda judicial.

Otro problema procesal está en la posibilidad de que se varíe la pretensión en el transcurso del proceso, lo que, en su momento, fue discutido por algún sector de la doctrina italiana (BARBERO, pp. 649-650). No obstante ello, el tema no es relevante en nuestro ordenamiento, ya que el artículo 428 del Código Procesal Civil expresamente indica que el demandante puede modificar la demanda antes de que esta sea notificada, puesto que la excepción expuesta en la segunda parte del citado artículo se refiere a las pretensiones accesorias, que no resultan aplicables a la cuestión, de acuerdo con lo anotado. Entonces, el problema puede ser convincentemente abordado si se considera la existencia de dos posibles demandas sucesivas, una que plantee la resolución frente a otra que lo haga con respecto al cumplimiento. En este caso se debe señalar que, en parecer propio, es posible que luego de planteada la demanda de cumplimiento se incoe, claro luego de declararse ineficaz el proceso precedente, una demanda de resolución. No es posible hacer lo contrario, por lo dicho antes, es decir, por la contraposición del interés cuando se solicita la resolución y el cumplimiento: se entiende que el sujeto incumplidor no espera ya la posibilidad de cumplir, por lo que de acuerdo con la buena fe no es legítimo el pretender exigirle dicha actuación satisfactiva después de iniciado un proceso resolutorio.

Ello se confirma con el sentido expreso del último párrafo de la norma sub-materia que señala que, a partir de la fecha de la citación de la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación (nosotros diríamos "atribución").

Al establecer la norma comentada las alternativas que tiene la parte cumplidora, expresamente determina que conjuntamente a ambas pretensiones puede ser también solicitada la indemnización por daños y perjuicios, la misma que indefectiblemente deberá ser planteada, conjuntamente con las pretensiones de cumplimiento o resolución, bajo una acumulación objetiva de tipo accesorio.

Asimismo, cabe señalar que no es posible, en este caso, que la indemnización de daños y perjuicios sea inicial y autónomamente planteada, puesto que, en tal hipótesis, la parte afectada no habría dado señal en torno a la actualidad de la lesión infringida a su interés, al no recurrir a los mecanismos dispuestos para ello, propiciándose, según nos parece, si se diera tal situación, una ausencia de legitimidad para obrar en el demandante.

La antedicha posibilidad marca la diversidad asentada entre la tutela satisfactiva, la tutela liberatoria y la tutela resarcitoria, que el ordenamiento conjuntamente reconoce al afectado en este supuesto. No cabe mayor discusión en que el resarcimiento, de índole clarísimamente contractual (o por inejecución de obligaciones), aquí se refiere a la lesión del interés positivo. Esto quiere decir, en especial, que si la pretensión (accesoria) de resarcimiento se acumula a la demanda de resolución, la parte tendrá derecho a obtener una suma igual a las expensas eventualmente necesarias para preparar su cumplimiento, como también a la ventaja patrimonial que habría derivado de la ejecución del contrato (daño emergente y lucro cesante); en cambio, si la solicitud de resarcimiento se acumula a la demanda de cumplimiento, el daño resarcible será equivalente a la diferencia entre una ejecución exacta y una ejecución inexacta.

DOCTRINA

ALESSI, Rosalba. "Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto". En: Rivista Critica del Diritto Privato. Diretta da Stefano Rodotà. Jovene Editore, 1984; ALPA y BESSONE, Guido y Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; AMADIO, Giuseppe. Inattuazione

e risoluzione: la fattispecie in trattato del contratto. Diretto da Vincenzo Roppo. Volumen V. Rimedi-2. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2006; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA.), Buenos Aires, 1965; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969 (existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; BISCONTINI, Guido. Assenza di corrispettivitá e risoluzione en Violazioni del contratto. Danni e rimedi. A cura di Enrico del Prato, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2003; CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Derecho. Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; CARNEVALI, Ugo. Della risoluzione per inadempimento en Commentario Scialoja-Branca. Libro IV, Delle Obbligazioni, I, 1, (art.1453-1454), Zanichelli Editore, Bologna, 1990; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; DALMARTELLO, Arturo. Voz "Risoluzione del contratto in Novissimo Digesto Italiano". Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), XVI, Torino, 1969; DELLACASA, Matteo. Inattuazione e risoluzione: i rimedi in Trattato del Contratto. Diretto da Vincenzo Roppo. Volumen V. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2006; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FORNO FLÓREZ, Hugo. "El plazo esencial y la tutela resolutoria". En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano. ARA Editores, Lima, 2002; LUMINOSO, Angelo. "Della risoluzione per inadempimento. Libro Quarto - Delle obbligazioni (artt. 1453 - 1454)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1990; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979 (ambas son traducciones del italiano); MIRABELLI, Giusseppe. "Delle Obbligazioni. Dei contratti in generale (artt. 1321-1469), en Commentario del Codice Civile, Libro IV, tomo secondo (titolo II)". Terza edizione interamente riveduta e aggiornata, UTET, 1980; MOSCO, Luigi. La risoluzione del contratto per inadempimento. Dott. Eugenio Jovene Editore, Milano, 1950; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano. Traducción de Leysser León Hilario, ARA Editores, Lima, 2002; SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di Diritto Civile. Dirigido por Rodolfo Sacco. Tomo II. Terza edizione, UTET, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa). Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; SCALFI, Gianguido. Voz "Risoluzione del contratto I) Diritto civile". En: Enciclopedia giuridica Treccani. Volumen XXVII. Istituto della Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, S.p.A., Roma, 1991; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; SICCHIERO, Gianluca. "La risoluzione per inadempimento (artt. 1453 - 1459)". En: Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger (+), diretto da Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2007; SMIROLDO, Antonino. Profili della risoluzione per inadempimento. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1982; TAMPONI, Michele. "La risoluzione per inadempimento". En: I contratti in generale. Tomo secondo, al cuidado de Enrico Gabrielli, en Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno. UnioneTipografico - Editrice Torinese, (UTET), Torino, 1999; TARUFFO, Michele. "Le preclusioni nella reforma del proceso civile". En: Rivista di Diritto Processuale, I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), 1992; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983; TURCO, Claudio. "L'adempimento del terzo (art. 1180)". En: Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger (+) e ora Diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

En caso de incumplimiento del contrato se puede solicitar su cumplimiento o su resolución

Para el caso del incumplimiento de la obligación, el artículo 1428 del Código Sustantivo, faculta a la parte perjudicada a solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato y en este caso se ha optado por lo segundo y dicho dispositivo no exige la declaración de mora, por lo que también se ha interpretado erróneamente este artículo, dado que la interpretación correcta es en caso del incumplimiento de lo pactado, se puede plantear directamente ante el poder judicial la resolución del contrato, sin requerir la intimación previa (*Cas. N° 2366-1997-Lima Cono Norte*).

Resolución de pleno derecho

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.

Concordancias:
C.C. arts. 1371, 1428, 1559; D.S. 003-97-TR art. 35

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Los mecanismos de actuación de la resolución por incumplimiento en el Código Civil: la resolución por intimación o por autoridad del acreedor

Dentro de la denominada resolución extrajudicial, se encuentran dos subcategorías expresamente reguladas por la codificación: la resolución por intimación (*diffida*) y la resolución por cláusula resolutoria expresa.

Vayamos en orden.

La resolución por intimación (o resolución por autoridad del acreedor), regulada en el artículo 1429 CC recoge, en nuestro parecer, un procedimiento resolutorio de orden "privado", es decir, a cargo de la parte afectada con el incumplimiento/cumplimiento inexacto, imponiendo ciertas pautas que, de acogerse el esquema, tendrán que ser estrictamente observadas por esta –asumiendo un carácter **cuasi imperativo**– en cuanto el apartamiento de las mismas podría dar lugar a la inoperatividad del procedimiento, que deberá ser detectada por el juez al que se le someta la cuestión –de ser el caso, por decir, ante un posible cuestionamiento por la parte incumpliente a la inexactitud prestacional a ella atribuida– emitiendo, luego de verificada la observancia de la *fattispecie* –lo que implica respetar minuciosamente sus requisitos procedimentales y al contrario de lo que sucede en el caso anterior– una sentencia de carácter declarativo sobre una situación resolutoria debidamente constatada.

Por ejemplo, como cuestión de orden práctico debe enfatizarse que el defecto de forma del requerimiento (por ejemplo, un requerimiento verbal) impide la consecuencia resolutoria, pero puede crear (al menos hasta la decadencia del término verbalmente concedido) una tolerancia capaz de neutralizar la demanda de resolución judicial, esto en aplicación del principio de calificación jurídica inherente a cualquier ordenamiento romano-germánico. Otra cuestión relevante es la absoluta relevancia de que estrictamente se constate en la comunicación notarial, todos y cada uno de los requisitos previstos, no debiéndose olvidar sobre todo el llamado **apercibimiento** que consiste en la amenaza de resolver el contrato si es que no se verifica el cumplimiento intimado.

En lo que respecta al plazo otorgado no nos parece que este pueda ser materia de control utilizando la buena fe (art. 1362 CC) –analizando si el plazo mayor a quince (15) días es **suficiente**– pues la parte **incumpliente** ha lesionado objetivamente la situación de su contraparte al encontrarse ya en una situación de inexactitud prestacional.

Donde en sí me parece oportuna la aplicación de la buena fe es en los supuestos donde se presenta un incumplimiento de escasa importancia. Enfaticemos, al igual que en el punto anterior, lo propio de verificar la efectiva alteración provocada por el incumplimiento/cumplimiento inexacto sobre el equilibrio total de la operación contenida en el contrato, teniendo específica atención a la situación jurídica lesionada en la cabeza del titular de la pretensión creditoria que permanece en todo o en parte inactuada: a la escasa importancia viene en efecto reconocida una **función de elemento impeditivo** de la resolución: la cláusula normativa general de buena fe actuaría como un límite al ejercicio del Derecho.

No podría pretender resolver un contrato, mas sí exigir su cumplimiento integral, cuando falte la ejecución de una prestación accesoria que no es imprescindible para la determinación de la función contractual (piénsese en el color de la pared de uno de los dormitorios de un departamento objeto de una compraventa).

Interesa evidenciar como esta subcategoría de resolución se inscribe en los remedios previstos por la ley que pueden ser activados a instancia de la parte (no incumpliente) y cuyo propósito es inducir a la otra parte al cumplimiento con la amenaza de la resolución (de derecho) del contrato. Se ha denominado a esto como el efecto **dilatorio** de la intimación ya que en pendencia de ella el contratante no puede pedir al juez el cumplimiento ni la resolución del contrato (SACCO, p. 654; DI MAJO, p. 181). La forma de tutela aquí no es aquella resarcitoria, y ni siquiera, en vía directa, la resolución del contrato. El ordenamiento tiene en cuenta el interés de la parte no incumpliente al cumplimiento y, con relación en aquello, faculta a tal parte a ponerle nuevos términos a la parte incumpliente, con la amenaza de la resolución si los términos impuestos no han tenido éxito. La resolución prevista por la norma bajo comentario es aquella de derecho, operativa *ex lege*, donde la novedad del remedio propiamente está en el hecho que, a través de este mecanismo no se hace necesaria, salvo lo señalado, la intervención del juez.

En función de los presupuestos indicados se explica la relevancia del término para cumplir cual elemento tipológico de la intimación y del carácter conminatorio de la resolución (DI MAJO, p. 181).

Así, tenemos cómo el contratante afectado puede intimar por escrito, mediante carta por vía notarial, a la contraparte incumpliente para que proceda al cumplimiento dentro de un término no menor de quince (15) días calendario, con el expreso apercibimiento que transcurrido inútilmente dicho término el contrato se resolverá de pleno derecho (*ex lege*) por la sola autoridad del acreedor, revelándose nítidamente en este mecanismo, mejor que en los otros, la situación de poder del acreedor en la relación contractual y la consecuente preponderancia de su interés. Al igual que el mecanismo judicial estudiado en el punto anterior, es obvio que el solo requerimiento (intimación) es suficiente para colocar en mora a la contraparte y que –de acuerdo al artículo 1336 CC– asuma los daños que irrogue su retraso y las consecuencias integrales de la imposibilidad sobreviniente.

Con relación a esto último y, en cuanto a la naturaleza de la intimación, se ha señalado que ella viene calificada como un acto negocial recepticio, basándose principalmente en la comparación entre constitución en mora e intimación para cumplir. Se releva, en efecto, que mientras en la constitución en mora los efectos provienen directamente de la ley no siendo necesaria una precisa determinación de la voluntad del acreedor, en la intimación el efecto resolutivo sería una consecuencia directa de la volición del intimante. En suma, se señala que la intimación es un acto negocial en función de autotutela del acreedor contra el incumplimiento (BIANCA, p. 306).

Frente a ello se ha advertido que la intimación es un acto en sentido estricto. La diferencia entre acto de constitución en mora e intimación no sería tan clara. Si bien no se pone en duda que la puesta en mora del deudor tenga las consecuencias que se producen independientemente de la existencia o no de una real voluntad del acreedor, no se puede sin más afirmar que el efecto de la disolución del contrato encuentre su fuente en la intimación para cumplir. El hecho que la ley prescriba como condición de eficacia de la intimación la amenaza expresa del efecto resolutorio podría no ser un elemento decisivo. La resolución del contrato, en efecto, no puede decirse exclusivamente vinculada a la iniciativa del contratante no incumplimiento, sino depende de la concomitancia de otros factores, tales como la gravedad y, para quién lo considera presupuesto esencial de la *fattispecie* resolutiva, la imputabilidad del incumplimiento: elementos todos sustraídos a la disponibilidad del intimante (COSTANZA, p. 441).

A nuestro parecer, claramente el requerimiento para cumplir con el que se inicia el procedimiento resolutorio tiene la naturaleza de un acto en sentido estricto, es decir, no se trata de un acto negocial, en tanto los efectos jurídicos que produce son aquellos estrictamente asignados por la ley, sin más, y no aquellos que pudieran responder al intento práctico de las partes; se evalúa, a diferencia de los negocios jurídicos, solo la materialidad de una declaración de voluntad regularmente emitida –y no el contenido de dicha declaración de voluntad– para la asignación de los efectos jurídicos correspondientes.

Es conveniente, desde el inicio, puntualizar una diferencia fundamental con el mecanismo de la resolución judicial, reflejada en una consecuencia práctica innegable, que consiste en que en la resolución "judicial" la parte incumpliente no siempre puede cumplir (solo en el caso en que así lo elija inicialmente la parte afectada), mientras que, en la resolución por intimación, se tiene necesariamente que otorgar la oportunidad para que la parte requerida pueda cumplir con la prestación a su cargo, aun cuando la parte afectada no tenga ya interés en el cumplimiento, de lo que se colige claramente la presencia de una **carga** que podría, en algún caso, generar un cambio en la elección del mecanismo escogido, dada la evidente incompatibilidad de dicha exigencia con el interés de la parte afectada con el incumplimiento. La víctima del incumplimiento, que se encuentre fuertemente motivada a liberarse del contrato, encuentra en la resolución judicial un remedio que le asegura con más certeza este resultado (ROPPO, p. 965). No olvidemos que la carga individualiza igualmente un comportamiento necesario, pero al que no corresponde ningún derecho. A diferencia del débito, el comportamiento debido sobre la base de una carga es impuesto por la ley no para satisfacer el interés específico de otro sujeto, sino para la tutela de intereses de carácter general: en suma, quien está constreñido a un comportamiento sobre una carga de carácter legal incurre, en caso de inobservancia, en la pérdida de un poder que, contrariamente, el ordenamiento le consentiría ejercitar en caso observe la carga a él impuesto (MAJELLO, p. 71)

Sentado el absoluto formalismo de este procedimiento, se tiene congruencia cuando se exige que el apercibimiento (amenaza legítima) de resolver el contrato sea claro e unívoco, pues el destinatario del requerimiento debe saber que no ha recibido una genérica solicitud de que verifique el cumplimiento, que tendría solo un efecto moratorio –según se ha visto– sino un acto idóneo para provocar la destrucción del contrato (ROPPO, p. 966), quedando claro que el efecto moratorio se produce aun cuando dicho acto sea parte de la fattispecie resolutoria.

Queda solo por asentar que el automatismo de la consecuencia resolutoria se empareja con su total irreversibilidad, y además, también con las consecuencias innatas al procedimiento: decaído el término, el incumpliente no puede salvar el contrato cumpliendo tardíamente, y el afectado no puede prorrogarlo ni tampoco renunciar a las normales consecuencias resolutorias.

2. Los mecanismos de actuación de la resolución por incumplimiento en el Código Civil: la cláusula resolutoria expresa

Es menester ahora, –solo con el fin de expresar brevísimamente nuestro posicionamiento y aunque ello corresponda al artículo 1430 CC– referirnos a la cláusula resolutoria expresa, que puede conceptuarse como un mecanismo **negocial** de determinación del interés relevante a efectos de otorgar a una de las partes el derecho de resolver unilateralmente el contrato cuando se produzca objetivamente el incumplimiento/cumplimiento inexacto de alguna prestación, debidamente precisada, a cargo de la otra parte. Se revela así el por qué la cláusula resolutoria expresa es catalogada como una manifestación de la autonomía privada. Y es que, en este caso, las partes seleccionan, mediante su incorporación al contenido contractual concreto, el **incumplimiento puntual** que va a generar un desmedro de tal naturaleza a la posición de una de las partes que justifica la resolución automática del contrato.

Una característica importante de la cláusula resolutoria expresa, y en esto existe un símil con las otras **formas** de actuación de la resolución por incumplimiento, se encuentra en que el ejercicio del **derecho potestativo** de resolución unilateral depende de la parte a la que se le ha conferido dicha situación de ventaja –de naturaleza activa– en tanto su operatividad no tiene un sustento *ex lege* ante un acontecimiento meramente factual, como sí ocurre cuando nos encontramos frente a una condición resolutoria. No es el momento de discutir a profundidad la diversidad existente entre la cláusula resolutoria expresa y la condición resolutoria, basta con indicar que ella se encuentra en que el incumplimiento puntual que presupone la operatividad de la cláusula resolutoria no puede ser colocado, sin menoscabar las básicas directrices del pensamiento racional, dentro de la conceptuación de la condición resolutoria pues el hecho futuro e incierto debe ser, por definición, ajeno a la estructura y función del contrato particular. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa el **hecho** del cumplimiento de la obligación del pago del precio por parte del vendedor no puede ser tenido como una condición resolutoria, ni siquiera implícita, ya que ella misma supone el desenvolvimiento de la función de intercambio a la que apunta el contrato de compraventa, más aún cuando el precio podría ser considerado también como objeto (materia social) de dicho contrato y, como tal, parte de su estructura, específicamente como un presupuesto.

En síntesis, siempre será necesario que la parte favorecida con tal derecho declare a la otra que pretende valerse de la cláusula resolutoria, que incluso puede ser considerado también como una carga inherente al ejercicio del acotado derecho, tal y como se tiene en el caso de la resolución por intimación cuando para lograr optar por el remedio se impone la concesión formal de un término para cumplir el apercibimiento de que el contrato quede resuelto.

Sobre tal aspecto, debe estarse a la claridad del comportamiento integral de la parte que utiliza la cláusula resolutoria expresa impuesta a su favor, puesto que si dicho comportamiento es equívoco –en el sentido de que, en un caso concreto, no se sabe a ciencia cierta si es que se pretendía valerse de la cláusula resolutoria expresa o conceder un plazo adicional a la parte incumpliente– el procedimiento podría ser tomado como ineficaz. De allí que sea importantísimo recurrir a la utilización de lo que nosotros denominamos **interpretación sistemática externa**. La interpretación sistemática supone que las cláusulas de un contrato, o negocio, deben interpretarse teniendo presente que ellas constituyen una unidad (totalidad) y que suponen intrínsecamente una funcionalidad sistemática de vinculación entre las estipulaciones del negocio concreto. Para determinar el significado integral del negocio, será necesario relacionar cada una de las disposiciones (partes o cláusulas) y la totalidad de sentido que en su conjunto poseen. Es decir, interesará la vinculación recíproca entre la unidad de sentido de todos los elementos involucrados en el negocio. Esta técnica de interpretación va más allá

que la interpretación literal o textual de un negocio (MORALES, p. 282). Sin embargo, se debe precisar que la interpretación sistemática tiene por objeto todo tipo de comportamientos, declaraciones y documentos que posibiliten una certeza del sentido total de las cláusulas insertas en el texto del negocio en concreto. Por ejemplo, esta interpretación se aplica a las cláusulas sin importar que hagan parte del reglamento originario, o que por el contrario, se trate de declaraciones agregadas para regularizar por escrito un acuerdo verbal que haya tenido ejecución y constituya un elemento integrante del documento negocial. Entonces, de la regla acotada puede indubitablemente extraerse que los comportamientos anteriores, coetáneos y posteriores a la conclusión del negocio tendrán que ser analizados conjuntamente con los otros **elementos de interpretación**, lo que supone un reconocimiento implícito de que materia de interpretación es la totalidad de las **conductas significativas** de las partes.

Solo nos queda por establecer el contenido que debe tener la cláusula resolutoria expresa, como reflejo de la autocomposición de intereses contractuales que ella emana y que se condice con el tipo de ineficacia funcional –la resolubilidad– que genera, según el planteamiento efectuado en el artículo anterior.

Así, es evidente que la autonomía privada de las partes debe determinar claramente el incumplimiento que dará lugar a la utilización de este mecanismo de resolución. La cláusula resolutoria refuerza la tutela contra la inobservancia del contrato al proteger un **interés preponderante** de una de las partes, demostrándose así que no basta una genérica referencia a cualquier anomalía contractual, sino que es necesario que dicha cláusula especifique el incumplimiento con relación a la singular o singulares prestaciones contractuales, siendo, en tal orden de ideas, imperativo que expresamente venga previsto su funcionamiento ante una hipótesis puntual (PISCIOTTA, p. 232). Esta posición no es casi discutida en la doctrina

Tal parecer no es una arbitraria imposición, sino que encuentra sustento en la protección especial del interés particularizado de las partes: si las partes no incorporan una cláusula resolutoria expresa, o lo hacen en forma genérica, ello no quiere decir tampoco que se vean privadas de tutela, ya que pueden recurrir a los otros mecanismos de resolución por incumplimiento analizados con anterioridad.

Lo que sí puede ser materia de discusión es el control de este mecanismo recurriendo nuevamente al denominado límite derivado de la buena fe consistente en que el incumplimiento/cumplimiento inexacto pactado como desencadenante de la resolución no sea de escasa importancia, para lo cual nos remitimos a los puntos anteriores.

DOCTRINA

ALESSI, Rosalba. "Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto". En: Rivista Critica del Diritto Privato. Diretta da Stefano Rodotà. Jovene Editore, 1984; ALPA y BESSONE, Guido y Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; AMADIO, Giuseppe. Inattuazione e risoluzione: la fattispecie in trattato del contratto. Diretto da Vincenzo Roppo. Volumen V. Rimedi-2. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2006; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1965; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969 (existe una nueva reimpresión de la primera edición con prólogo de José Luis Monereo Pérez efectuada por la Editorial Comares en su Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; BISCONTINI, Guido. Assenza di corrispettivitá e risoluzione en Violazioni del contratto. Danni e rimedi. A cura di Enrico del Prato, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2003; CARNELUTTI, Francesco. Teoría General

del Derecho. Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; CARNEVALI, Ugo. Della risoluzione per inadempimento en Commentario Scialoja-Branca. Libro IV, Delle Obbligazioni, I, 1, (art.1453-1454), Zanichelli Editore, Bologna, 1990; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; COSTANZA, Maria. "Dell risoluzione per inadempimento, Libro Quarto - Delle obbligazioni (art.1454"). En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1990; DALMARTELLO, Arturo. Voz "Risoluzione del contratto in Novissimo Digesto Italiano". Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), XVI, Torino, 1969; DELLACASA, Matteo. Inattuazione e risoluzione: i rimedi in Trattato del Contratto. Diretto da Vincenzo Roppo. Volumen V. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2006; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Volumen I. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; FORNO FLÓREZ, Hugo. "El plazo esencial y la tutela resolutoria". En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano. ARA Editores, Lima, 2002; LUMINOSO, Angelo. "Della risoluzione per inadempimento. Libro Quarto - Delle obbligazioni (artt. 1453 - 1454)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1990; MAJELLO, Ugo. "Situazioni soggettive e rapporti giuridici". En: Istituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone, Giappichelli Editore, Torino, 2004; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979 (ambas son traducciones del italiano); MIRABELLI, Giusseppe. "Delle Obbligazioni. Dei contratti in generale (artt. 1321-1469), en Commentario del Codice Civile, Libro IV, tomo secondo (titolo II)". Terza edizione interamente riveduta e aggiornata, UTET, 1980; MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico. ARA Editores, Lima, 2002; MOSCO, Luigi. La risoluzione del contratto per inadempimento. Dott. Eugenio Jovene Editore, Milano, 1950; PISCIOTTA, Giuseppina. "La risoluzione per inadempimento". En: Il diritto privato oggi, al cuidado de Paolo Cendon, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2000; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROPPO, Vincenzo. "Il contratto". En: Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En: Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano. Traducción de Leysser León Hilario, ARA Editores, Lima, 2002; SACCO, Rodolfo y DE NOVA Giorgio. "Il contratto". En: Trattato di Diritto Civile. Dirigido por Rodolfo Sacco. Tomo II. Terza edizione, UTET, 2004; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile. Nona edizione (ristampa). Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; SCALFI, Gianguido. Voz "Risoluzione del contratto I) Diritto civile". En: Enciclopedia giuridica Treccani. Volumen XXVII. Istituto della Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, S.p.A., Roma, 1991; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; SICCHIERO, Gianluca. "La risoluzione per inadempimento (artt. 1453 - 1459)". En: Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger (+), diretto da Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2007; SMIROLDO, Antonino. Profili della risoluzione per inadempimento. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1982; TAMPONI, Michele. "La risoluzione per inadempimento". En: I contratti in generale. Tomo secondo, al cuidado de Enrico Gabrielli, en Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno. UnioneTipografico - Editrice Torinese, (UTET), Torino, 1999; TARUFFO, Michele. "Le preclusioni nella reforma del proceso civile". En: Rivista di Diritto Processuale, I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), 1992; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Sesta edizione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983; TURCO, Claudio. "L´adempimento del terzo (art. 1180)". En: Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger (+) e ora diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Las cartas notariales deben contener intimidación

(N)o es cierto que las instancias de mérito no se hayan pronunciado sobre las Cartas Notariales denominadas "resolución de contrato", pues se ha determinado que estas no surten efecto legal al no cumplirse las disposiciones del artículo 1429 del Código Civil, es decir, de requerir mediante Carta Notarial para que satisfaga su prestación, de un plazo no menor de quince (15) días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto. Las cartas enviadas no contienen la intimación, la resuelven de "pleno derecho" como si fueran una condición resolutoria expresa, y del contrato materia de nulidad se advierte que esta no contiene la cláusula resolutoria, por tanto, no surte efectos (Cas. N° 446-2016-Lima Norte).

Resolución del contrato invocada judicial y extrajudicialmente

(L)a resolución puede ser invocada judicial o extrajudicialmente, en ambos casos los efectos de la sentencia se retrotraen en el momento que se produce la causal que lo motiva, salvo pacto en contrario; pues bien, de la citada norma, se extrae la idea inequívoca y expresa que la resolución no requiere indispensablemente de una resolución judicial, pues cabe el caso de que las partes puedan pactar cláusulas resolutorias que dejen sin efecto un contrato ante un eventual incumplimiento de la resolución o cuando se trata de prestaciones recíprocas y una parte sea perjudicada con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato, tal como lo prevé el artículo 1429 del Código Sustantivo **(Cas. N° 1867-1997-Lambayeque).**

Resolución de pleno derecho

(L)a resolución de pleno derecho operó de acuerdo a ley conforme al artículo 1429 del Código Civil, toda vez que "(...) queda evidenciado que la demandada ha cumplido con señalar la producción de causales de incumplimiento del contrato, y haber comunicado este hecho y la resolución por conducto notarial, por lo que al haber actuado cumpliendo las normas contractuales no se puede calificar como resolución arbitraria del contrato, acto que supone un acto inexistente, incausado, injustificado; el cual no se ha producido por lo que la resolución no puede ser calificada como arbitraria y pretender la indemnización a partir de esta calificación (...)" **(Cas. N° 2293-2009-Loreto).**

Resolución del contrato requerida por vía notatrial

(E)l artículo 1429 del Código Civil establece la Resolución de pleno derecho, señalando que en el caso del artículo 1428 del precitado Código, 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. SEXTO. Que, siendo ello así y habiendo invocado los recurrentes como uno de los agravios de su recurso de casación que no se ha aplicado de manera idónea la citada norma, es de advertirse que las instancias de mérito ya han establecido claramente que, si bien la demandante ha optado por cursar la carta notarial, también es cierto, que ello es facultativo, por lo que no se le impide accionar judicialmente ante el incumplimiento de la obligación por parte de la demandada, máxime si desde la fecha de notificación de la carta notarial cursada a la demandada a la presentación de la demanda, ha transcurrido también en exceso el plazo de quince días a que hace referencia la norma acotada, en ese sentido este Supremo Colegiado advierte que el mencionado agravio deviene en desestimable **(Cas. N° 1864-1994-Huánuco).**

Cláusula resolutoria expresa

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.***

Concordancias:
C.C. art. 1371

JHOEL CHIPANA CATALÁN

1. Concepto

Resulta claro que "la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras, la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación"(1). De esta manera, "la resolución designa la extinción del contrato por un evento que impide la relación; así, la resolución puede ser definida, sin más, como la disolución de la relación contractual"(2).

Dentro de la legislación nacional se regulan no solo el concepto, sino también los efectos, de la figura de la resolución contractual en dos preceptos legales: el artículo 1371 y el artículo 1372. Debe quedar claro, sin embargo, que lo se resuelve es la relación obligacional(3) y no el contrato propiamente dicho.

Así las cosas, dentro de las diversas clasificaciones que la doctrina ha esbozado para analizar esta figura, se tiene una que parte por dividir las clases de resolución en aquellas que son judiciales y las que son extrajudiciales, siendo el caso del artículo 1430 del Código Civil un tipo de resolución extrajudicial. Asimismo, para otra clasificación, existen las resoluciones que se pueden realizar sin que el propio contrato las regule (pues allí son de aplicación supletoria las normas del Código Civil), y aquellas que exigen una regulación expresa en el propio contrato, perteneciendo a este último grupo la figura regulada en el artículo 1430.

En torno a la naturaleza de este mecanismo resolutorio, la Exposición de Motivos del Código Civil ha señalado que "no se trata, como afirman algunos autores, de una sanción impuesta a quien no satisface sus obligaciones. En realidad, es una manera de liberar a quien ha cumplido el contrato, sin que incurra por ello en responsabilidad"(4). Asimismo, se ha sostenido que "el objetivo de esta cláusula es crear una prevención psicológica en el deudor, a fin de que no incurra en un particular tipo de incumplimiento"(5).

(1) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 859.
(2) BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 754.
(3) *Cfr.* ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Contratos. Parte general. 2ª edición. Normas Legales, Lima, 2011, p. 198.
(4) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*. REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora). Tomo VI. 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015, p. 123.
(5) NAVARRETTA, Emanuela. Citada por MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011, p. 269.

En doctrina[6] se señala que la cláusula resolutoria expresa parece hacer innecesaria la interpelación, es decir, el requerimiento al que hace referencia el artículo 1429 del Código Civil[7], pues de manera antelada las partes han integrado en el contrato una cláusula especial, en la cual declaran que, si una de ellas no cumple con la prestación determinada a su cargo, el contrato quedará resuelto automáticamente, de pleno derecho. Así, a diferencia de la intimación a cumplir, que reposa totalmente en la voluntad unilateral de la víctima del incumplimiento, en nuestro caso el mecanismo resolutorio se funda en la acorde previsión de las partes[8].

Como veremos, una de las particularidades de la denominada "cláusula resolutoria expresa" (conocida también como "pacto comisorio") es que, como su propio nombre lo indica, tenga que estar estipulada de manera clara en el contrato, a través de una cláusula que cumpla con determinados requisitos que más adelante señalaré. Ello significa que una parte no podrá resolver un contrato en virtud de lo establecido por el artículo 1430 del Código Civil, si es que dicho contrato no posee una cláusula resolutoria expresamente incluida en él.

En ese sentido, debe existir un acuerdo expreso entre las partes, a efectos de que se permita resolver el contrato recurriendo a esta figura, a diferencia de lo que sucede con las otras maneras de resolver un contrato y que se encuentran contenidas en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil (y en otras normas de dicho Código), pues para que estas se puedan aplicar no es necesario que en el contrato se haga referencia a las mismas, debido a que ellas serán de aplicación supletoria a todos los contratos[9].

Sin duda, el mecanismo resolutorio contenido en el artículo 1430 del Código es la forma más eficaz, directa y potente para resolver un contrato, ya que al ser extrajudicial y no prever la exigencia del otorgamiento de plazo alguno para que la parte que no cumple sí lo haga, se está ante una resolución inmediata, bastando para ello el envío de una comunicación (que deberá contener determinada información) a la parte que ha incumplido.

(6) *Cfr.* ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los contratos en el Código Civil peruano. Teoría general de los contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425).* Tomo II. Editora Fecat, Lima, 1999, p. 69.

(7) Código Civil:
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".

(8) *Cfr.* ROPPO, Vincenzo. *El contrato.* Ob. cit., p. 884.

(9) A estos efectos, es importante recordar lo establecido por el artículo 1356 del Código Civil, que establece:
Artículo 1356.- "Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

En doctrina se discute la naturaleza de la resolución contractual, en el sentido de diferenciarla[10] de la condición resolutoria[11] (que "es aquella cláusula que, al cumplirse, produce la revocación o ineficacia de la obligación o institución, con la consecuencia de reponer las cosas en el estado que tenían antes del acto o contrato donde fue inserta")[12], pues en la figura objeto de estudio estamos ante un derecho potestativo. Así, Forno[13] sostiene que "la resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela puesto en interés del acreedor como una alternativa a su derecho al cumplimiento y por ello se configura frecuentemente como un derecho potestativo cuya actuación debe quedar librada a su entero arbitrio".

Lo señalado tiene sentido cuando estamos frente al artículo 1430 del Código Civil, pero existirán casos en donde la resolución operará de pleno derecho (dejando de ser un derecho potestativo), como es el supuesto del artículo 1431 del Código Civil[14] que establece que cuando la prestación deviene en imposible de ser cumplida sin culpa de las partes, el contrato queda resuelto "de pleno derecho", es decir, allí no existirá voluntad alguna en cabeza de la parte fiel para ejercer derecho alguno, puesto que es la propia ley la que hace que la resolución contractual opere.

Es claro, por lo demás, que este mecanismo resolutorio se puede pactar a favor de ambas partes del contrato o únicamente a favor de alguna de ellas. Ello estará determinado en las causales que permitirán iniciar este mecanismo resolutorio, pues usualmente se tiene como causal de resolución a la inejecución de determinada prestación, la misma que recaerá en

(10) De la Puente y Barboza enumeran las diferencias:
- La condición resolutoria opera en todos los actos jurídicos, mientras que la cláusula resolutoria expresa solo puede presentarse en contratos con prestaciones recíprocas.
- La condición resolutoria se funda en un hecho futuro e incierto que puede incluso depender de la voluntad del deudor, mientras que la cláusula resolutoria expresa se activa ante el incumplimiento de un deudor imputable.
- En caso se verifique la condición resolutoria, los efectos no se dan automáticamente, ya que se requiere un pronunciamiento del juez que declare la ineficacia del acto jurídico. En cambio, la cláusula resolutoria expresa solo requiere de la comunicación del acreedor ejercitando su derecho.
- Los efectos de la condición resolutoria son irretroactivos, mientras que los de la cláusula resolutoria expresa son parcialmente retroactivos, pues estos se retrotraen al momento en que se verifica la causal que motiva la resolución.
- La condición resolutoria no califica como incumplimiento en caso se verifique en la realidad. En cambio, en la cláusula resolutoria expresa puede surgir una obligación resarcitoria por daños y perjuicios. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. "Cláusula resolutoria expresa y condición resolutoria". En: *Incumplimiento contractual.* Jurivec, Lima, 2016, pp. 208 y 209).

(11) Código Civil:
Artículo 173.- "Pendiente la condición suspensiva, el adquiriente puede realizar actos conservatorios.
El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente esta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.
El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria".

(12) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Tomo II. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989, p. 270.

(13) FORNO FLÓREZ, Hugo. "El plazo esencial y la tutela resolutoria". En: AA.VV. *Estudios sobre el contrato en general.* Leysser León (traductor). ARA Editores, Lima, 2004, p. 998.

(14) Código Civil:
Artículo 1431.- "En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.
Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor".

alguna de las partes. Por lo demás, tener una cláusula resolutoria expresa que solo faculte a una de las partes a resolver a través de ese mecanismo, no significa que se deje a la otra parte sin la posibilidad de resolver el contrato, en vista de que dicha parte tendrá los otros mecanismos resolutorios a su disposición (principalmente, los contenidos en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil).

2. Requisitos

A continuación, voy a comentar los requisitos que se deben presentar para que este tipo de resolución contractual opere, teniendo como base el contenido del ya citado artículo 1430 del Código Civil:

2.1. Estar ante un contrato con prestaciones recíprocas

En primer lugar, debemos estar ante contratos con prestaciones recíprocas. Es decir, ante negocios jurídicos en los que las partes sean acreedores y, a su vez, deudores de una prestación entre sí. El típico ejemplo será el de un contrato de compraventa, en donde una parte es acreedora del precio y, a su vez, deudora del bien objeto de la venta; y la otra parte es acreedora del bien y deudora del precio.

Cabe anotar que este requisito debe encontrarse en todos los tipos de resolución contractual y no solo en el que es materia de análisis.

Por otro lado, queda claro que este remedio no podría operar, por ejemplo, en un contrato de donación pura y simple, puesto que allí no existen prestaciones recíprocas.

2.2. Subsistencia de prestaciones por ejecutar

Las prestaciones del contrato, o al menos una de ellas, no deben haberse ejecutado. En este caso, podremos estar ante contratos con prestaciones cuya ejecución ha sido diferida por acuerdo de las partes, o prestaciones que tengan la naturaleza de ser ejecutadas de manera periódica o continua. Ello se explica debido a que es la inejecución de esa prestación que aún subsiste la que va a gatillar la activación del mecanismo resolutorio contenido en el artículo 1430 del Código Civil.

2.3. La "parte fiel" y la "parte infiel"

En doctrina se denomina "parte fiel" a aquella que se encuentra facultada a resolver el contrato porque es la perjudicada con el incumplimiento de su contraparte. Empero, se debe precisar que para que la "parte fiel" pueda resolver el contrato, deberá encontrarse al día en la ejecución de las prestaciones que tiene a su cargo (ser fiel en su cumplimiento), pues, de lo contrario, no tendrá legitimidad para activar el mecanismo resolutorio, debido a que ella misma también se encuentra en situación de incumplimiento[15].

Por otro lado, la denominada "parte infiel" es aquella que ha incumplido con su prestación, facultando con dicho acto a la otra parte a que pueda resolver el contrato. En este

(15) Sobre este particular, la jurisprudencia nacional ha señalado que: "(...) para el ejercicio legítimo de esta cláusula se requiere que la parte que haga uso de ella haya cumplido a su vez con sus obligaciones; en consecuencia, para determinar si resulta legítimo el ejercicio de la cláusula resolutoria expresa, se requiere verificar el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de ambas partes (...)". (Casación N° 2522-1997-Lima, de fecha 31 de agosto de 1999, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República).

punto, se debe precisar que el incumplimiento de esta parte debe obedecer a causas imputables a ella misma (es decir, dolo o culpa), ya que, si ello no es así, se abriría la posibilidad para que dicha parte pueda alegar alguna causa que la exima de responsabilidad por la inejecución de su obligación.

2.4. Existencia en el contrato de una cláusula resolutoria expresa

En el contrato debe encontrarse incluida una cláusula resolutoria expresa, pero ella debe cumplir con algunos requisitos que paso a mencionar.

En primer lugar, se debe hacer referencia expresa a las causales que van a originar la resolución de pleno derecho, es decir, detallar –con toda precisión– el incumplimiento de qué prestación va a originar la resolución[16].

En este punto es recomendable que se enumeren dichas causales, a efectos de poder identificarlas e invocarlas de manera clara cuando alguna de ellas se presente.

Asimismo, resulta importante que se tenga en cuenta que no podrán considerarse como causales que permitan la resolución contractual, aquellas que sean genéricas, ambiguas, latas, laxas o generales, pues de lo que se trata es de que exista absoluta certeza de que el incumplimiento de una prestación previa y claramente determinada en el contrato, es el que originará la facultad resolutoria en la parte que no está en situación de incumplimiento. En ese entender, frases como "el incumplimiento de cualquier prestación contenida en este contrato", o "el incumplimiento de alguna prestación contenida en este acto jurídico", entre otros, no servirán para los efectos que prevé el artículo 1430 del Código Civil, pues dichas frases no señalan de manera expresa cuál será la causal por la que se podría resolver el contrato utilizando dicho mecanismo.

Por otra parte, también se presenta en la práctica las denominadas cláusulas por referencia, es decir, aquellas que en su texto no mencionan expresamente la causal que originaría la aplicación del artículo 1430, sino que tienen textos como "el incumplimiento de la prestación contenida en el numeral X de este contrato".

Si bien es cierto que se podría señalar que estas cláusulas sí cumplen con el objetivo de lo que persigue una cláusula resolutoria expresa, en la práctica estas podrían ser cuestionadas porque –según quienes optan por dicha posición– estos supuestos no establecen expresamente la causal de resolución, sino que de manera referencial desvían la causal a otra cláusula, con lo que, en realidad, no se está ante esa característica de "mención expresa" que exige este mecanismo resolutorio.

Sin perjuicio de este argumento, a mí me parece que el mayor problema con este tipo de cláusulas por referencia es que muchas de ellas nos van a llevar a una cláusula que puede contener varias prestaciones, cayendo en esa generalidad que este mecanismo resolutorio quiere evitar. Además, podríamos encontrarnos ante un caso en el que en esa cláusula (a la que la cláusula resolutoria expresa me lleva) puedan existir prestaciones importantes y secundarias, y se proceda a la resolución por el incumplimiento de una prestación secundaria, con lo que la finalidad de este mecanismo resolutorio se estaría desvirtuando, puesto que el sentido de resolver un contrato es que se haya incumplido la ejecución de una obligación esencial.

(16) En este mismo sentido: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo II. Instituto Pacífico, Lima, 2012, p. 1196.

Por lo demás, Sacco[17] advierte que la cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución. Si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se entiende como cláusula de estilo[18] y se tiene por no puesta.

Sin embargo, y contrariamente a la posición que asumo en este tema, existe quien señala que "en este ámbito la autonomía de la voluntad es soberana, pues no se enfrenta con ninguna norma de orden público que pueda recomendar su limitación. Así, mientras la cláusula no deje lugar a duda que las partes han querido reservarse con ellas la facultad de resolver el contrato de pleno derecho, una referencia al incumplimiento de las obligaciones o a la inejecución de las prestaciones en general hubiera sido suficiente para que tal cláusula fuera susceptible de producir plenos efectos".[19] En esa misma línea también se ha indicado que "parece ilógico que no se respete la libertad contractual de las partes, ya que si los contratantes desean pactar, y así lo declaran expresamente en el contrato, que este se resolverá de pleno derecho cuando se incumpla cualquiera de las obligaciones, no queda la menor duda de que ambas partes están acordando libre y voluntariamente que el incumplimiento de una obligación, sea principal o accesoria, importante o no, dará lugar a la resolución del contrato"[20].

Discrepo con estas opiniones por una razón muy importante que se suma a la interpretación y aplicación textual del artículo 1430 del Código Civil (que menciona que "puede convenirse expresamente"), ya que, si se optara por permitir hacer referencia de manera general a un incumplimiento, se permitiría resolver el contrato por la inejecución de cualquier prestación (sea esta importante, o no). Con ello se estaría desnaturalizando la funcionalidad de esta forma de resolver el contrato, ya que la misma tiene como finalidad el que las partes hayan previsto su uso para supuestos de incumplimientos contractuales que revistan relevancia. Además, se estaría yendo en contra del principio de conservación del acto y también se estaría abriendo la puerta para un ejercicio abusivo de un derecho de resolver el contrato lo cual llevaría consigo, qué duda cabe, un actuar de mala fe de la parte que resuelva (lo cual contravendría el contenido del artículo 1362 del Código Civil)[21].

Los casos pueden ser diversos, como sería aquel en el que un acreedor resuelve el contrato debido a que su deudor no ha terminado con la construcción a la que se obligó quedándose en un 99 % de ejecución de la obra. Si se aceptara la tesis descrita en el párrafo anterior, ese acreedor podría resolver este contrato, pero yo me pregunto ¿tiene sentido este proceder? ¿Cuál es la funcionalidad no solo jurídica, sino más bien económica de resolver un contrato que ya ha sido ejecutado en un 99 %? ¿No sería mejor que el acreedor reclame los daños por la demora en la ejecución de la obligación y permita a su deudor entregar el 100 % aunque sea con ese retraso?

Para evitar supuestos como el descrito es que considero que las causales para proceder a resolver el contrato en los términos del artículo 1430 deben encontrarse expresamente

(17) *Cfr.* SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002).* ARA Editores, Lima, 2003, p. 910.

(18) En este mismo sentido: MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato.* Ob. cit., p. 270.

(19) FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por incumplimiento". En: AA.VV. *Temas de derecho contractual.* Manuel de la Puente y Jorge Muñiz (directores). Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 117.

(20) SOTO COAGUILA, Carlos. "Cláusula resolutoria expresa y cláusulas de estilo". En: *Incumplimiento contractual.* Jurivec, Lima, 2016, pp. 221 y 222.

(21) Código Civil:
Artículo 1362.- "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

mencionadas en la cláusula resolutoria. Además, el sentido común nos dice que las partes van a incluir en ella únicamente prestaciones importantes, dejando de lado aquellas que revistan poca relevancia económica, de ahí que la tesis que sostengo logre la funcionalidad que esta figura persigue: resolver directamente el contrato cuando se haya verificado la presencia de una causal expresamente acordada por las partes.

Teniendo en cuenta lo señalado, un ejemplo de cómo es que no se debería redactar una cláusula resolutoria expresa, lo tenemos en el siguiente modelo:

Cláusula X.- Cláusula resolutoria expresa

"Queda expresamente convenido que el contrato se resolverá de pleno derecho, al amparo del artículo 1430 del Código Civil, cuando alguna de las partes incumpla alguna de las prestaciones a las que se ha obligado en el presente contrato".

En el citado ejemplo, la generalidad es clara, de tal manera que si es que una parte quiere valerse del contenido de esta cláusula para resolver el contrato según el mecanismo contenido en el artículo 1430 del Código Civil, cuando el tema sea analizado por un juez o árbitro, es probable que se determine que dicha resolución no se ha realizado de manera válida, debido a que la puerta (es decir, la cláusula del propio contrato) que abría a dicho mecanismo resolutorio adolece de un vicio, pues no cumple con uno de sus requisitos esenciales: establecer con total claridad la causal que va a originar la resolución.

En ese entender, este tipo de cláusula sería de estilo y con ella se hace referencia a la figura de la resolución en general, razón por la cual, si se quiere resolver ese contrato, habrá que activar los mecanismos contenidos en los artículos 1428 o 1429 del Código Civil, relativos a la resolución judicial y a la resolución extrajudicial, respectivamente.

Por otro lado, un modelo válido de cláusula resolutoria expresa que sí cumple con los requisitos que la ley señala y sí podría generar una resolución extrajudicial válida, si es que esta se realiza de manera adecuada, sería el siguiente:

Cláusula X.- Cláusula resolutoria expresa

"Queda expresamente convenido que el contrato se resolverá cuando:

1. El comprador no entregue el bien en el plazo de dos meses, contado a partir de la suscripción del presente contrato.
2. El vendedor no pague el precio pactado dentro del plazo de un mes, contado a partir de la suscripción del presente contrato.

La resolución operará de manera automática cuando la parte perjudicada con el incumplimiento comunique a la contraparte su decisión de resolver el contrato en virtud de la presente cláusula resolutoria expresa y al amparo del artículo 1430 del Código Civil".

Como se aprecia, en este modelo sí se identifican con absoluta claridad las causales que podrían originar la resolución contractual.

Asimismo, en el modelo de cláusula resolutoria expresa se establece que la potencial resolución contractual se realizará al amparo de esa cláusula y de lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil.

Por otro lado, es recomendable señalar quién es el que gozará de esa facultad, pues puede ocurrir que el diseño contractual prevea que solo una de las partes podrá acceder a dicho

mecanismo resolutorio, de manera que la titularidad de esa facultad debe estar establecida de manera clara. En el modelo citado, la facultad resolutoria la tienen ambas partes, pero nada obsta para que solo una de ellas tenga expedito su derecho para proceder a resolver el contrato a través de ese mecanismo

Resulta claro, por lo demás, que es común que en los contratos se establezcan causales de resolución directa por el incumplimiento de determinadas prestaciones, de forma que bastará identificar quién es el obligado a dicha prestación para, de ahí, entender quién es el que tiene la facultad de resolver el contrato en los términos de dicha cláusula.

Finalmente, no está demás señalar que las partes que hayan celebrado un contrato que no incluya una cláusula resolutoria expresa, podrán suscribir una adenda en donde sí la regulen, a efectos de valerse de este mecanismo en el futuro.

2.5. La comunicación

Quien resuelva el contrato deberá comunicarlo, es decir, la parte interesada (fiel) deberá comunicar a la otra parte (infiel) que quiere valerse de la cláusula resolutoria. En ese sentido, no debe entenderse que basta que el incumplimiento (o la causal de resolución) se produzca para que, de manera automática, el contrato quede resuelto, sino que en todos los casos se requerirá el envío de una comunicación que manifieste una voluntad de resolver el contrato, la misma que podrá realizarse desde que la contraparte se encuentre en situación de incumplimiento, esto es, desde que el plazo para que ejecute su prestación haya vencido, pues, de lo contrario, si es que se envía alguna comunicación antes de que dicho plazo venza, esta no servirá para resolver el contrato, sino que únicamente estaremos ante una manifestación de voluntad sin consecuencias jurídicas y será un mero recordatorio de que el plazo para la ejecución de la prestación está próximo a cumplirse.

En ese entender, Barbero[22] señala que el incumplimiento como tal no despliega por sí el efecto resolutorio, sino que deja subsistir siempre la facultad de la opción, en la otra parte, entre el cumplimiento o la resolución. Dicha facultad solo desaparece con la efectiva elección realizada por medio de la declaración de servirse de la cláusula. De este modo, para dicho autor, el efecto resolutorio se encuentra propiamente ligado a esa declaración que sustituye a la sentencia.

Para estos efectos, se deberá tener en cuenta la aplicación del artículo 141 del Código Civil[23], pues allí se regulan las formas de manifestación de voluntad, siendo que esta puede ser expresa o tácita. Así, la manifestación de voluntad contenida en la comunicación de la resolución contractual puede ser de cualquiera de estas formas, siempre que se entienda de manera indubitable que el remitente quiere resolver el contrato en los términos del artículo

(22) Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 443.

(23) Código Civil:
Artículo 141.- Manifestación de voluntad
"La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.
Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.
No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario".
(Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 4 de setiembre de 2018).

1430 del Código Civil. Empero, reconozco que traerá algunos problemas prácticos el estar ante un caso en el que se pueda emitir manifestación de voluntad tácita para resolver el contrato en estos términos, pues allí podrían originarse cuestionamientos a esa "voluntad tácita" del sujeto. Por ello es recomendable que, en todos los casos, la voluntad de resolver sea expresa.

Otro aspecto relacionado a la comunicación reside en la equivocada idea que, para enviarla, de manera previa se debe intimar en mora al deudor, pues "como la intimación en mora, cuando esta no es automática, es lo que da valor jurídico al incumplimiento, lo que lo hace nacer para la vida del Derecho, el incumplimiento precisado en el pacto comisorio (cláusula resolutoria expresa) no cobraría realidad, sino por medio de la constitución en mora a la parte infiel, que es lo que la colocaría en condición de incumplidora"[24]. Nada más equivocado. Ello, porque "la cláusula resolutoria expresa no tiene como eje ni base el interés en mantener la relación ante el incumplimiento, sino, por el contrario, se fundamenta en la situación de desinterés del acreedor en continuar dentro de ella en caso su deudor incumpla prestaciones específicas, por lo que esta cláusula gira en torno a la resolución automática (una vez comunicada al deudor) en cuanto ocurra el incumplimiento establecido por las partes en pacto expreso y en base a la autonomía privada"[25].

No debe olvidarse que cuando estamos frente a la mora del deudor, la prestación aún es deseada por el acreedor, de ahí que intime a su contraparte a que cumpla. Empero, en el caso de la resolución regulada por el artículo 1430 del Código Civil, el acreedor quiere liberarse y poner fin a la relación obligacional, de ahí que no tenga sentido intimar en mora a su deudor.

Ahora bien, la norma es clara al no establecer alguna formalidad que la comunicación debe cumplir. No estamos ante un caso como el planteado en el artículo 1429 del Código Civil, en donde la norma claramente establece que se deberá enviar una carta notarial. En nuestro caso, la norma señala que esa voluntad de resolver se deberá "comunicar" y yo entiendo que esa referencia resiste la más amplia variedad de supuestos, desde cartas manuscritas simples hasta correos electrónicos o, incluso, una comunicación verbal.

Sin perjuicio de ello, y desde un punto de vista práctico, es recomendable que una resolución contractual de esta naturaleza sea realizada a través del envío de una carta notarial. Ello, debido a que esta alternativa otorga la fecha cierta que será fundamental tener de nuestra parte, a efectos de que posteriormente la contraparte no cuestione no solo la existencia de dicha comunicación, sino también la fecha en que esta fue notificada.

Por lo demás, si bien la norma es general y dentro de su supuesto cabría una comunicación verbal, es claro que para efectos probatorios resolver un contrato verbalmente en virtud de una cláusula resolutoria expresa sería lo mismo que no resolver contrato alguno, pues la contraparte podría, sin mayor esfuerzo, negarse a reconocer que ha tomado conocimiento de dicha resolución. Sin embargo, precisamos que teóricamente sí es posible resolver un contrato de manera verbal, en los términos establecidos en el artículo 1430 del Código Civil.

En este punto quiero poner de manifiesto que la resolución se produce de plano, con la sola notificación de la comunicación. Aquí hay otra diferencia con el mecanismo resolutorio

(24) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Tomo II. 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 457.

(25) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "La intimación en mora como requisito para resolver una relación obligatoria. ¿Se extiende a la cláusula resolutoria expresa?". En: *Incumplimiento contractual.* Jurivec, Lima, 2016, p. 232.

contenido en el artículo 1429 del Código Civil, ya que en él se exige que quien va a resolver otorgue un plazo mínimo de quince días, a efectos de que su contraparte tenga la posibilidad de cumplir. En el caso del artículo bajo estudio, no existe tal plazo, por lo que la resolución operará de manera inmediata una vez que la comunicación que la contiene sea notificada.

Por otra parte, en torno al contenido de la comunicación, es recomendable que esta tenga, cuanto menos, la siguiente información:

- La fecha.
- La identificación del destinatario (que es la parte que ha incumplido con la prestación que tenía a su cargo).
- La identificación de la causal que origina la resolución y que está contenida en la cláusula resolutoria expresa del contrato(26).
- Señalar con absoluta claridad que dicha causal se ha presentado en la realidad, es decir, que se ha incumplido con esa prestación.
- Invocar la resolución del contrato en virtud de dicha cláusula resolutoria expresa y al amparo del artículo 1430 del Código Civil.
- Notificar de manera adecuada dicha comunicación, es decir, que sea enviada al domicilio contractual de la parte que ha incumplido.
- Consignar los datos de identificación y el domicilio del remitente.

Es claro que esta comunicación debe caracterizarse por su precisión y debe evitar consignar información que nada tenga que ver con su verdadero objetivo, esto es, resolver el contrato.

Cabe anotar que esta comunicación no tiene la naturaleza de ser una constitución en mora, sino simplemente una notificación de resolución contractual. Por lo demás, si la comunicación no se da, es como si la parte que tiene derecho a hacerla mantenga en suspenso dicha potestad; el contrato no se disuelve y el derecho y el deber de ejecución de los contratantes subsisten(27).

Un caso que merece comentario se produjo cuando un reconocido exjugador de futbol de la selección nacional negó que se haya resuelto su contrato, debido a que la comunicación de resolución contractual (que debió originar que tenga la calidad de poseedor precario y, por ende, faculte el desalojo) nunca le fue notificada.

Los hechos más resaltantes de dicho caso, que sirven para poder entender el tema tratado en este subacápite, los resumo a continuación:

(26) Se discute si esta referencia debe incluirse en la comunicación que se vaya a cursar, por cuanto se afirma que bastará con que se haga mención a un incumplimiento, sin más. Esta es la posición que asume el IV Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011-Ucayali), que establece que "bastará con que el juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, **sin decidir la validez de las condiciones** por las que se dio esa **resolución**". (El resaltado es mío).
Considero que por un aspecto práctico y que refleja un actuar de buena fe de la parte fiel, esta deberá identificar cuál es la prestación que no se ha ejecutado y que le permite resolver el contrato directamente. Además, ello servirá en un momento posterior, en el que se evalúe la legalidad de dicha resolución, máxime si en la cláusula resolutoria expresa existen varias prestaciones previstas como causales de resolución. Así, creo que no solo debe hacerse mención al incumplimiento, sino que además se debe mencionar en qué causal recae el mismo.

(27) *Cfr.* MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. ARA Editores, Lima, 2007, p. 726.

- El juez de primera instancia declaró infundada la demanda, señalando que de la certificación notarial se aprecia que la carta notarial no fue entregada al destinatario, pues al realizarse la diligencia e ir a la dirección que correspondía, se presentó una persona manifestando que el señor Nolberto Solano ya no domiciliaba en el inmueble. Por tal motivo, de acuerdo a la regla 5.1 del Cuarto Pleno Casatorio Civil, el juez refirió que no podía existir posesión precaria si la resolución extrajudicial no se realizó de manera adecuada.

- Apelada la sentencia, la Sala Civil revocó el fallo de primera instancia y, reformándolo, declaró fundada la demanda de desalojo al sostener que Nolberto Solano consignó en el contrato un domicilio ubicado en el distrito de La Molina, Lima. Así, al verificarse que la carta notarial fue diligenciada a esa dirección, el contrato de compraventa se debía tener por resuelto y, consecuentemente, correspondía señalar que había una posesión precaria.

- Nolberto Solano interpuso recurso de casación. La Corte Suprema amparó el recurso y, actuando en sede de instancia, declaró infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria. Ello, debido a que si bien no se puso en duda la existencia de una cláusula resolutoria expresa en el contrato, para la Corte Suprema sí se generaron inconvenientes para determinar la validez de la comunicación notarial por medio de la cual se dejó sin efecto el contrato. La Sala aseveró que de la certificación de la carta se podía advertir que, al momento del diligenciamiento en la dirección indicada, "se presentó una persona sin identificarse, manifestando que el señor Nolberto Solano ya no se encuentra domiciliando en el inmueble", situación que no permitió la entrega del documento. Por lo tanto, la Corte concluyó que, al no haber certeza plena sobre la correcta comunicación de la resolución extrajudicial, la demanda de desalojo por ocupación precaria no podía prosperar.

De los hechos narrados se puede apreciar que, en realidad, no se cuestiona la existencia de una cláusula resolutoria expresa en el contrato celebrado entre las partes, ni mucho menos se cuestiona el contenido de la comunicación enviada por la parte fiel.

El tema pasa por analizar la existencia de la notificación de la comunicación en virtud de la cual la parte fiel resuelve el contrato, pues esa resolución (si se hubiera realizado) modificaba la situación jurídica del exjugador, quien asumía la calidad de poseedor precario porque su título feneció por habérsele resuelto el contrato.

Sobre el particular, se debe recordar que es responsabilidad de las partes el contenido de la información que consignan en los contratos que celebran. En ese sentido, el exjugador es responsable por el domicilio que ha fijado en el contrato que ha suscrito, y el hecho de que se haya mudado, o no viva más en dicho inmueble, no justifica el que no se le pueda remitir comunicaciones. En estos casos será de plena aplicación el contenido del artículo 40 del Código Civil[28].

(28) Código Civil:
Artículo 40.- "El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.
El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a este el cambio de su domicilio.
La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable".

Ahora bien, en el caso en el que la parte infiel no se encuentre en el domicilio, hubiera sido suficiente con que se realice una notificación por debajo de la puerta, a efectos de que la resolución que la parte fiel realizó sea válida. Ello, debido a que el primer párrafo del artículo 1374 del Código Civil, que establece que "cualquier declaración contractual dirigida a determinada persona se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla", sería de plena aplicación. Lo reitero, no es responsabilidad de la parte fiel el que el exjugador esté o no en el domicilio contractual que consignó, ya que lo único que importa es que se le notifique a dicha dirección la comunicación que contiene la resolución contractual.

Empero, y de la información que se tiene, no queda claro si es que, al margen de que el destinatario no se encontraba en dicho domicilio, la carta fue o no fue dejada en dicha dirección.

Así, si la carta fue dejada en el domicilio (pese a que se haya probado que el exjugador ya no vivía allí), resulta claro que la misma sí tendría los efectos que busca, esto es, resolver el contrato.

Sin embargo, si es que la carta no fue dejada en el domicilio, entonces no podría aplicarse el ya citado primer párrafo del artículo 1374 del Código Civil, justamente porque no hubo notificación, con lo que no se habría producido una resolución en los términos del artículo 1430 del Código Civil. Ello es así por la sencilla razón de que la comunicación nunca se realizó, es decir, hubo una intención de notificarla, pero ello efectivamente no ocurrió. De esta forma, no se habría cumplido con lo que la norma exige de manera clara, esto es que haya una comunicación por la que la parte interesada ponga en conocimiento de su contraparte que quiere valerse de la prerrogativa de resolver el contrato.

Con todo, para efectos de una comunicación válida y eficaz, se debe tener muy en cuenta los domicilios que las partes han consignado en el contrato, así como las normas que regulan su cambio y su oponibilidad.

Otro tema que gira en torno a la comunicación de la resolución del contrato, se encuentra relacionado a si esta puede ser realizada a través de una invitación a conciliar. Esta interrogante fue resuelta en la sentencia de vista del 14 de octubre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de Lima (Expediente N° 1441-2014), en la que se señaló que "si bien la resolución no ha podido operar automáticamente, esta se ha verificado con la notificación de la invitación a conciliar"[29].

Si bien es cierto que algunos de los efectos de la invitación a conciliar tienen naturaleza procesal (como requisito para plantear una demanda), también es cierto que no siempre se va a iniciar una *litis*. Por ello es que considero que si es que en la invitación a conciliar se menciona claramente que el contrato se ha resuelto de pleno derecho por la inejecución de determinada prestación, dicho documento sí podría servir para resolver un contrato en los términos del artículo 1430 del Código Civil.

(29) En ese mismo sentido (de aceptar la resolución en virtud de una invitación a conciliar) se pronuncia la Casación N° 4238-2014-Lima Este, de fecha 10 de marzo de 2016, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.6. La resolución opera sin necesidad de la intervención de un juez o árbitro

La resolución del contrato opera por voluntad de la parte que ejercita ese derecho, es decir, nada tiene que ver en este supuesto la intervención del juez o árbitro, pues quien resuelve no son ellos, sino la parte fiel.

Sin embargo, creo que es importante detenernos en el análisis de cuándo esa resolución es válida y cuándo es eficaz, pues en la doctrina se discute el momento en que ello ocurre. Así, existen las siguientes alternativas:

a) La resolución es válida y eficaz en el momento en que se produce la inejecución de la prestación contenida en la cláusula resolutoria expresa.

b) La resolución es válida en el momento en que se produce la inejecución de la prestación contenida en la cláusula resolutoria expresa, pero es eficaz cuando la parte infiel la conozca.

c) La resolución es válida y eficaz en el momento en el que la parte infiel la conozca.

d) La resolución es válida cuando la parte fiel emite su manifestación de voluntad de resolver el contrato y es eficaz cuando la parte infiel la conozca (si ambas partes se encuentran en comunicación directa; artículo 1373 *in fine*), o le sea notificada dicha comunicación (si estamos en un caso de contrataciones entre ausentes, donde se aplicaría el artículo 1374 del Código Civil).

Considero que el cuarto supuesto es el correcto, en vista de las siguientes consideraciones:

- **Supuesto a):** este supuesto es negado por el propio artículo 1430 del Código Civil, en vista de que dicho precepto legal hace referencia a que el contrato queda resuelto de pleno derecho cuando se comunica la voluntad resolutoria.

- **Supuesto b):** se debe considerar que en el lapso que existe entre el incumplimiento y la notificación de la voluntad resolutoria, puede ocurrir que la parte fiel no emita voluntad alguna, o decida resolver el contrato mediante el artículo 1429 del Código Civil, o incluso intime en mora al deudor. En todos estos casos no se podría sostener que existe una resolución válida pero ineficaz, ya que se aprecia una voluntad distinta del acreedor que nada tiene que ver con resolver el contrato al amparo del artículo 1430.

- **Supuesto c):** esta alternativa omite tener en cuenta que existe un proceso de manifestación de voluntad en la parte fiel que va a iniciar el camino resolutorio. En efecto, se pueden identificar tres momentos: la inejecución de la prestación, la emisión de la manifestación de voluntad contenida en la comunicación por la que se va a resolver el contrato y la notificación de dicha comunicación. Queda claro que con la sola inejecución de la prestación no hay resolución, pero tampoco podría decirse que cuando la comunicación es notificada hay una resolución que sea válida y eficaz, puesto que no se tiene en cuenta la formación de la voluntad de la parte fiel y la comunicación de dicha voluntad, que son dos momentos distintos.

- **Supuesto d):** creo que esta es la alternativa correcta que, además, ha adoptado el Código Civil, puesto que la inejecución de la prestación constituye un presupuesto para que el actor pueda emitir manifestación de voluntad en una comunicación que tenga como finalidad resolver el contrato. Así, considero que es recién con la existencia de una voluntad de resolver el contrato que nos encontraremos ante una

resolución contractual válida, la misma que será eficaz únicamente cuando la parte infiel la conozca o le sea notificada, según sea el caso.

Tener claro el momento en el que la resolución contractual es válida y eficaz es importante, pues es a partir de él que se van a generar todas las consecuencias liberatorias que trae consigo esta figura.

2.7. La importancia del incumplimiento lo determinan las partes

Es importante tener en cuenta que la magnitud o importancia del incumplimiento no se discute en los casos de una resolución que se produce por la aplicación de una cláusula resolutoria expresa.

Ello, debido a que el valor de la predeterminación del supuesto de incumplimiento lo determinan las partes en el acuerdo contenido en la cláusula, de tal manera que nada tiene que evaluar el juez o árbitro sobre el particular, pues hacerlo importaría una intervención ilegal en el contenido del contrato celebrado.

Naturalmente, creo que dentro del diseño contractual que las partes vayan a elaborar, será probable que únicamente se establezcan como causales de resolución al amparo del artículo 1430 del Código Civil, supuestos de especial importancia y no prestaciones menores que abran la puerta a este mecanismo resolutorio. Así, debe quedar claro que esto siempre debe ser acordado por las partes, pues la ley[30] nada dice sobre el particular.

En ese sentido, De la Puente[31] ha sostenido que "la resolución de pleno derecho es una medida excepcional, que solo debe ser aplicable para el caso de aquellas prestaciones que las partes consideran de importancia determinante para la celebración de un cierto contrato, de tal manera que su incumplimiento (inejecución) lesiona gravemente los intereses que motivaron tal celebración. No cabe pensar que todas las prestaciones pactadas en un contrato tienen esta importancia determinante, pues la experiencia de la contratación pone de manifiesto que ello no es así. No debe desconocerse, desde luego, que muchas prestaciones consideradas secundarias, cobran especial interés en las circunstancias particulares de cada contrato, pero de allí a afirmar que todas las prestaciones, sean a cargo de una de las partes o de ambas, son determinantes hay un abismo".

Como se puede apreciar, son varios los elementos que se deben tener en cuenta y que tienen que presentarse en el caso concreto para estar ante una resolución válidamente realizada al amparo de lo establecido por el artículo 1430 del Código Civil.

No debe olvidarse que una vez activado este mecanismo resolutorio no debería pensarse en la posibilidad de activar ni iniciar otro, o mezclar entre sí distintos tipos de resolución que

(30) Por ejemplo, la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", sí establece la posibilidad de resolver un contrato por un incumplimiento esencial:
Artículo 49
"1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:
a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; (...)".
Artículo 64
"1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:
a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; (...)".

(31) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Ob. cit., p. 446.

regula la ley. Es importante analizar cuidadosamente los pros y contras de resolver un contrato, ya que, una vez activado el camino de la resolución, cualquier otra acción que se tome podría traer serios riesgos.

3. Funcionalidad de la cláusula resolutoria expresa y su relación con la resolución por vencimiento del plazo esencial

Dadas las características que posee la resolución bajo estudio, es importante tener en cuenta que su funcionalidad radica en la posibilidad de resolver un contrato bastando para ello la notificación de la comunicación que posee dicha intención.

Al tener ese grado de efectividad, es claro que su previsión obedece a incumplimientos que resultan importantes para las partes que han suscrito un contrato previendo dicho mecanismo. Queda claro, sin embargo, que esa "importancia" es completamente subjetiva, ya que son las propias partes quienes van a decidir la inejecución de qué obligación es la que va a permitir resolver el contrato. Así, a diferencia de otros mecanismos resolutorios, donde se puede entrar a analizar la importancia del incumplimiento y en donde existe un estándar objetivo para medirla, en el caso bajo estudio esa importancia la determinan las partes, quedando excluido todo análisis que sobre ella se pueda realizar.

En ese sentido, ese derecho potestativo para resolver el contrato que posee la parte fiel, le va a permitir no solo resolver el contrato, sino también optar por otras alternativas que el propio contrato o la ley le otorgan, como sería el caso de otorgarle un plazo adicional al deudor para que cumpla a través de la celebración de una adenda, intimarlo en mora, resolver el contrato en virtud de los artículos 1428 o 1429, solicitar judicialmente la ejecución de la prestación, o, simplemente, no realizar acción alguna; entre otras.

Esta efectividad se asemeja, en algunos aspectos, a la figura de la resolución contractual por vencimiento del plazo esencial, la misma que no se encuentra regulada en nuestro Código Civil,[32] pero que sí lo menciona, por ejemplo, el Código Civil italiano en su artículo 1457:

> **Artículo 1457.- "Plazo esencial para una de las partes**
>
> Si el plazo fijado para la prestación de una de las partes debe considerarse esencial en interés de la otra, esta, salvo pacto o uso en contrario, si pretende exigir su ejecución a pesar del vencimiento del plazo, deberá comunicar ello a la otra parte dentro de tres días.
>
> En su defecto, el contrato se entiende resuelto de pleno derecho aun cuando no se hubiera pactado expresamente la resolución"[33].

(32) En el año 2019, el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, constituido por Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, presentó su Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984, en el que se propuso incluir la figura de la resolución por vencimiento del plazo esencial en los siguientes términos:
Artículo 1429-A.- Resolución por vencimiento del plazo esencial
"En el caso del artículo 1428, la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra, puede resolver el contrato, sin necesidad de intimación, cuando el plazo previsto para el cumplimiento haya sido esencial para el acreedor. Para tal efecto, será necesario que este comunique su decisión de resolver el contrato".

(33) También lo regula, entre otros, el Código Civil japonés:
Artículo 542.- Derecho de resolución por retraso en el cumplimiento de prestación con plazo
"Si el objeto del contrato, por su propia naturaleza o por voluntad de las partes, exigiera que el cumplimiento se efectuara en un momento concreto o dentro de un plazo determinado y la parte obligada no cumpliera en el tiempo previsto, la contraparte podrá resolver de inmediato el contrato sin necesidad de efectuar el requerimiento a que se refiere el artículo anterior".

Como se aprecia, este mecanismo resolutorio exige (aparte de todos los requisitos que todo supuesto de resolución necesita) la existencia de un plazo esencial ya vencido (o por vencerse, cuando se tiene conocimiento de que la prestación no se va a ejecutar) y la comunicación de la parte perjudicada para resolver el contrato. Sin embargo, al margen de que este podría considerarse un tipo de resolución mucho más específico que no solo toma en cuenta determinada prestación, sino el plazo para ejecutarla, creo que a la misma solución se podría llegar pactando una cláusula resolutoria expresa.

En efecto, nada impide que las partes puedan incluir en su cláusula resolutoria expresa la referencia a que determinada prestación posee un plazo esencial para que sea ejecutada, y vencido el mismo sin que se cumpla la parte fiel puede proceder a resolver el contrato. La efectividad, en ese caso, sería exactamente la misma que la que se logra a través de una resolución por vencimiento de plazo esencial.

Así, no compartimos la opinión de quienes señalan que "nuestro elenco de mecanismos resolutorios se encuentra incompleto, por lo que a efectos de resolver aquellos casos en donde el momento en que deba recibirse la prestación es tan importante como la prestación misma, resulta necesario incorporar en nuestro Código Civil el mecanismo de la resolución por vencimiento del plazo esencial",(34) puesto que, como mencioné, lo mismo se puede conseguir diseñando de manera adecuada una cláusula resolutoria expresa, en los términos del artículo 1430 del Código Civil.

Sin embargo, debo reconocer que un argumento que sí resulta atendible para incluir en nuestro Código una figura de este tipo, radica en que su aplicación al caso concreto se daría sin necesidad de que se haya pactado, puesto que sería de aplicación supletoria, cosa que no ocurre con la cláusula resolutoria expresa. Pero lo reitero, si es que las partes poseen una adecuada asesoría que entienda la importancia en la oportunidad de la ejecución de determinada prestación, incluirán una cláusula resolutoria expresa que nos permitirá conseguir exactamente lo mismo.

4. Cláusula resolutoria patológica

Un caso muy interesante se resolvió en la Casación N° 2299-2012-Lima, en el que la Corte Suprema analizó qué figura debería primar cuando en el contrato se menciona a la figura de la rescisión, pero una de las partes, alegando dicho extremo, procede a resolver (y no a rescindir) dicho contrato. En otras palabras, ¿esa "resolución contractual" es válida pese a que en el contrato se había redactado el término "rescisión"?

Algunas consideraciones esbozadas en la citada sentencia se pueden resumir de la siguiente manera:

- En torno al contrato de compraventa suscrito por la sociedad demandante con el recurrente, ninguna de las partes ha cuestionado que no se haya querido suscribir el referido contrato, ni ha expresado que el programa contractual allí detallado no haya sido al que se comprometieron. Por consiguiente, siendo que se trata de un hecho no controvertido, se tiene que ese acto jurídico fue el que, de común

(El artículo 541 establece que: "Si una de las partes no cumple su obligación, la otra parte podrá requerirle el cumplimiento fijando para ello un plazo razonable y resolver el contrato si, transcurrido el mismo, no cumple").

(34) *Cfr.* RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *La resolución de los contratos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 193.

intención y buena fe, negociaron, celebraron y deben ejecutar las partes, pues tal es el mandato que emana de lo prescrito en el artículo 1362 del Código Civil.

- Si bien es cierto no existen problemas con respecto a la estructura propia del contrato, sí los hay con respecto a su funcionamiento, en tanto la sociedad demandante ha alegado que un hecho posterior a la celebración del acto jurídico perjudica su operatividad. Se alega, entonces, un caso de ineficacia funcional, y siendo que el impasse es posterior a la celebración del contrato, se está ante un problema de resolución contractual, dado que este implica dejar sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, conforme lo dispone el artículo 1371 del Código Civil.

- Es verdad que en el contrato de compraventa suscrito por las partes no se hace mención a la resolución, sino a la rescisión contractual, pero sobre tal punto debe mencionarse que no son las denominaciones que dan las partes, sino su naturaleza, la que califica al contrato.

- En esa perspectiva, se tiene que la cláusula tercera del referido contrato de compraventa señala que: "la falta de pago de dos letras consecutivas, o alternadas, originarán la rescisión del contrato". Si bien dicha estipulación menciona el término "rescisión", a criterio del Tribunal Supremo (en uso del principio de irrelevancia del *nomen juris,* por el cual los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son) el concepto jurídico que se está utilizando es el de "resolución", desde que la compraventa se deja sin efecto por hecho sobreviniente (el no pago de dos letras), que es precisamente la forma en que es definida la resolución en el artículo 1371 del Código Civil. Por el contrario, la rescisión es siempre un hecho coetáneo a la celebración del acto jurídico (como en el típico caso de la lesión contractual), circunstancia que aquí no ocurre, de manera que se descarta que las partes hayan querido hacer referencia a dicho instituto.

- Con la cláusula tercera del contrato al que se ha hecho referencia, se diseña una forma de resolución convenida por las partes. Se trata de una designación específica de prestaciones no cumplidas, a lo que debe agregarse que mediante un documento actuado en el proceso se informa a la parte demandada que se va a hacer uso de la cláusula resolutoria. En tal sentido, se cumple con los requisitos consignados en el artículo 1430 del Código Civil para resolver el contrato y, en consecuencia, resuelto este, se originan las consecuencias establecidas en el numeral 1372 del acotado cuerpo legal que son las que precisamente han sido establecidas en la sentencia recurrida.

La citada casación pone de manifiesto la plena vigencia de un principio del Derecho que reza que, dentro de todo negocio jurídico, lo que prima es el contenido y no el nombre que se le quiera dar a dicho acto o a parte de él (por ejemplo, a alguna cláusula). De hecho, dicho principio se encuentra consagrado en nuestro Código, en su artículo 168[35].

Es clara la posición de la Corte Suprema, que ha hecho bien en delinear la forma como debe entenderse lo que las partes han pactado en el contrato suscrito. Es más, la citada norma

(35) Código Civil:
Artículo 168.- "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

hace referencia a dos figuras que, en nuestro caso, son perfectamente aplicables: el principio de que lo que prima es el contenido y no la etiqueta o denominación que se le quiera dar a un acto (o parte de él), y el principio de la buena fe (que es, en realidad, un criterio de interpretación del acto jurídico).

Pero aquí quiero precisar que no considero que los jueces hayan querido interpretar un término del contrato como ellos querían, sino que lo único que han realizado es aplicar un principio del Derecho al caso concreto y mencionar que la buena fe, como criterio de interpretación, cobró especial importancia en este caso para coadyuvar en su solución. Recuérdese que la buena fe, por sí sola, no ayudará de mucho en un caso en concreto, sino que la misma sirve de apoyo a un argumento principal, el mismo que en nuestro caso encuentra contenido en el ya citado artículo 168.

En esa línea, es válido invocar el artículo 168 del Código Civil, pues él contiene el principio de que el *nomen* cede ante el contenido. Así, se debe entender que estamos ante una interpretación de la naturaleza de un término contenido en un acto jurídico, y no ante la "creación", por parte del juez, de un supuesto término y su correlativa consecuencia.

Ahora bien, queda claro que en el caso el remedio utilizado por la parte fiel calza dentro de los alcances del artículo 1430 del Código Civil (que es la norma que invoca esa parte fiel) y es que lo que se discutía aquí era que la parte demandante no podía resolver el contrato en virtud de ese mecanismo resolutorio porque en el contrato se hacía referencia a la figura de la "rescisión" y no a la figura de la "resolución".

Así las cosas, lo primero que se tenía que delimitar era el sentido verdadero del término "rescisión" contenido en el contrato, y al establecer la Corte que en verdad se estaba ante la figura de la "resolución", queda claro que todo lo realizado por la parte fiel para disolver la relación obligacional había sido válido, pues dicha parte había resuelto el contrato por incumplimiento de las prestaciones expresamente señaladas en la cláusula y había enviado una comunicación manifestando esa voluntad resolutoria.

Sin perjuicio de todo lo indicado, creo que en este caso también se pudo hacer referencia al último párrafo del artículo 1372 del Código Civil, el mismo que establece que:

> **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 rembolsarse 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". (El resaltado es mío).

Lo indicado importa que las partes, en verdad, pueden pactar lo que deseen en torno a los efectos de la rescisión y de la resolución. En otras palabras, yo podría denominar "rescisión" a lo que, por su propia naturaleza, es un supuesto de "resolución", y viceversa. La referencia de la norma que señala que "cabe pacto en contrario" abre esa posibilidad.

Sin embargo, en el caso bajo análisis, la Corte Suprema no ha optado por esta posibilidad interpretativa y me parece que se perdió una oportunidad valiosa para explicar, en detalle, los alcances de la frase "cabe pacto en contrario" que permite la norma contenida en el artículo 1372.

Ello, debido a que si la Corte Suprema hubiera entendido que esa era la verdadera voluntad de las partes (es decir, que realmente pactaron "rescisión" en vez de "resolución"), no hubiera tenido que reconducir los efectos de los actos de la parte fiel hacia la figura de la resolución, sino que simplemente la casación hubiera indicado que, sobre la base de que se permitía un "pacto en contrario" (que permite la última parte del artículo 1372), fue válido que la parte fiel rescinda el contrato con los efectos propios de una resolución contractual, ya que así lo habían señalado en el acto celebrado.

Con todo, estamos ante la aplicación concreta de un principio interpretativo del acto jurídico a un contrato en particular. La importancia de esta casación radica en que otorga preeminencia al contenido antes del *nomen*.

Debe tenerse en cuenta que el juicio de valor que realiza el juez se hace sobre la preexistencia de un acuerdo previo que luego es engarzado con una norma jurídica (artículo 1372 y artículo 168 del Código Civil). No estamos, pues, ante un caso en donde el juez falla obligando a las partes a creer lo que dicho juez cree. Esta es la diferencia entre las buenas sentencias y aquellas que son discutibles, pues no debemos olvidar que la labor del juez es resolver casos concretos sobre la base de la aplicación de normas y la sana valoración de todos los medios probatorios que actúen las partes.

Con todo, si bien es cierto que podría considerarse como patológica a esta cláusula resolutoria expresa, se debe estar a las consideraciones expuestas que me permiten afirmar que en realidad se trató de la redacción de una cláusula en pleno uso de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes han denominado a la figura como en su momento habían deseado, lo cual no impide que los efectos resolutorios se puedan ejercer.

5. El aspecto procesal

Si bien es cierto que la comunicación de la resolución del contrato bastará para que la relación obligacional se haya disuelto, la práctica enseña que en la mayoría de los casos la parte infiel no reconoce como válida dicha resolución, supuesto en el cual el tema entrará a ser discutido en un proceso (judicial o arbitral, según sea el caso).

Por ello es que se ha señalado con mucho tino que "tratándose de un contenido como producto de la voluntad declarada, corresponderá a esta determinar los alcances o extremos de la cláusula resolutoria y cuándo se reconoce su operatividad; sin duda debe ser así, *ipso jure,* sin necesidad de intervención judicial. Lo que ha de variar en la casuística corresponderá a las variaciones de contenido de la cláusula. Normal consecuencia del *pacta sunt servanda.* Sin embargo, bajo determinadas circunstancias y por seguridad jurídica, puede solicitarse la intervención judicial, pero únicamente para ejecutar coactivamente los extremos negados, porque la resolución del contrato constituirá un hecho consumado"[36].

(36) ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los contratos en el Código Civil peruano.* Ob. cit., pp. 69 y 70.

Además, aparte de la negativa de la parte infiel de aceptar que el contrato ha sido resuelto, ocurre en algunos casos que esta parte también opta por resolver el mismo contrato. En ambos casos, el tema necesariamente va a tener que ser resuelto por un tercero (juez o árbitro) y es importante que quien vaya a demandar tenga en cuenta cómo es que va a plantear su pretensión, ya que en ocasiones se solicita al juez "que resuelva el contrato", cayéndose en un gravísimo error, pues si dicha parte ya resolvió el contrato, no tiene sentido que solicite al juez que lo resuelva, debido a que no se puede resolver lo ya resuelto.

En ese entender, lo correcto sería que el demandante solicite al juez (o árbitro) "que declare la validez y eficacia de la resolución realizada mediante comunicación de fecha (...)", pues ello va a permitir que ese tercero únicamente verifique si es que la resolución que ha realizado dicha parte es, o no, válida.

Esta precisión resulta necesaria, en vista de que, al existir resoluciones cruzadas, se suele pensar que las mismas no tienen validez alguna y se inicia un proceso solicitando la resolución como si se estuviese frente al artículo 1428 del Código Civil (resolución judicial). De ahí que se deba tener claro que una vez iniciado el mecanismo resolutorio en virtud del artículo 1430 del Código Civil y este sea cuestionado, la parte fiel solo deberá solicitar al juzgador que "declare" la validez y plena eficacia de la misma.

Asimismo, cuando haya varias cartas resolutorias, es claro que el juzgador va a verificar cuál de todas las resoluciones es válida, pero no solo eso, sino cuál de todas ellas ha sido la primera (criterio cronológico), pues una vez identificada ella, las demás comunicaciones carecerán de los efectos resolutorios que en su momento perseguían.

Sobre lo último, Roppo[37] no solo menciona el criterio cronológico, sino que también indica que "la valoración se basa en varios criterios. (...) Un criterio de causalidad: ¿el incumplimiento de B deriva del de A, respecto al cual representa una precisa reacción y respuesta, o bien está del todo desligado? Un criterio de adecuación: ¿admitido que el incumplimiento de B reaccione causalmente al de A, se trata de una reacción proporcionada o desproporcionada? Combinando estos criterios, el juez decide quién es "más" incumplidor, a quién atribuye en definitiva la responsabilidad (o la mayor responsabilidad) por la falencia de la relación contractual: desestima la demanda de esta parte, y estima la demanda de la otra. Pero el juicio puede tener (aunque raramente) un resultado distinto. El juez puede comprobar que ambas partes han incumplido en igual grado: si ambos piden la resolución, no existe ningún obstáculo para pronunciarla por incumplimiento de ambos (aunque en jurisprudencia se lo ha negado); si una pide la resolución y la otra el cumplimiento, prevalece la demanda de la primera".

Con todo, la sentencia o el laudo que se emita, tendrá carácter meramente declarativo, pues la resolución, tal como lo he expuesto, habrá operado con la comunicación que la parte fiel le haya remitido a la parte infiel.

Por otro lado, es importante considerar que en el caso de que se vaya a iniciar un proceso para que se declare la validez, o no, de una resolución contractual en los términos del artículo 1430 del Código Civil, también se pueden plantear otras pretensiones, como sería el caso de los daños y perjuicios. Así, si bien en el artículo 1430 no se hace referencia a dicha posibilidad (como sí ocurre en el caso del artículo 1428), lo cierto es que la tutela resarcitoria es independiente a los efectos que ocasionen una resolución contractual y tiene, además,

(37) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Ob. cit., pp. 892 y 893.

una naturaleza completamente distinta, destinada a que la parte infiel resarza los eventuales daños que su incumplimiento haya ocasionado a la parte fiel.

Asimismo, nada impide que en el caso que no se cuestione judicialmente la validez y eficacia de la resolución, la parte fiel pueda iniciar un proceso en el que únicamente reclame el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, pues, como se dijo, esta tutela es independiente y tiene plena autonomía conceptual y normativa.

Finalmente, surge la duda en el sentido de si es que se opta por resolver el contrato al amparo del artículo 1428 o del artículo 1429 del Código Civil, se entiende que se habría renunciado a poder resolverlo aplicando la cláusula resolutoria expresa. Sobre el particular se debe tener mucho cuidado, pues podríamos estar frente a dos situaciones:

- Si es que las resoluciones tienen como causal la no ejecución de la misma prestación, considero que se tendrá como válido el mecanismo resolutorio que se haya utilizado primero, con lo que las otras resoluciones contractuales realizadas en un momento posterior perderían su eficacia.

- Si las resoluciones tienen como causales la inejecución de distintas prestaciones, se podría entrar a analizar la posibilidad de estar ante una resolución parcial y la validez, eficacia y alcances de cada una se tendrán que analizar en el caso concreto, no siendo necesariamente válido afirmar que solo una de esas resoluciones es válida y las otras no[38].

Sin perjuicio de todo lo señalado, es claro que el aspecto procesal reviste una serie de particularidades, las mismas que voy a reseñar en el siguiente acápite, pues una cosa es la teoría y otra cómo nuestros jueces la entienden y la aplican frente a un caso concreto.

6. La cláusula resolutoria expresa y su relación con otras figuras. ¿Cómo lo entiende la jurisprudencia nacional?

En este acápite voy a citar extractos de sentencias emitidas por el Poder Judicial en las que se podrán apreciar cómo es que la resolución en virtud del artículo 1430 del Código Civil es entendida y aplicada por los jueces, y cómo esta figura puede vincularse con otras reguladas por el ordenamiento jurídico peruano.

- **Resolución contractual y manifestación de voluntad:** en la Casación N° 4490-2007-Lima, de fecha 3 de noviembre de 2008, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se señaló lo siguiente: "(...) sobre la formalidad que debe revestir la declaración de la parte fiel de querer hacer valer a su favor la cláusula resolutoria, (...) la norma material comentada, al no establecer ningún tipo de formalidad, da lugar a que se entienda que la comunicación a la parte infiel pueda hacerse valer por cualquiera de las maneras previstas en el artículo 141 del Código Civil, esto es, de forma expresa o tácita, siempre que de

(38) Sobre este particular, resulta interesante tener en cuenta el Código Civil y Comercial de la República de la Argentina del año 2014:
Artículo 1083.- Resolución total o parcial
"Una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercer luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial".

la comunicación se infiera indubitablemente la voluntad de la parte fiel (...). Este debe ser, en consecuencia, el contenido mínimo de la declaración: poner en conocimiento de la parte infiel que la parte fiel pretende que el contrato quede resuelto por haberse producido el incumplimiento previsto en el pacto comisorio (...)".

- **Resolución contractual y condición resolutoria:** en la Casación N° 1131-2007-Lima, de fecha 31 de mayo de 2007, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se anotó que: "(...) la condición resolutoria tiene otra naturaleza jurídica, la que consiste en que la relación jurídica obligatoria produce efectos, pero los mismos cesan cuando se verifica la condición, (...) cesando los efectos de pleno derecho (...)".

- **Resolución contractual y posesión precaria:** en la Casación N° 2634-2011-Lima, de fecha 28 de mayo de 2012, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se indicó que: "(...) la parte demandante ha cumplido con cursar cartas notariales a los demandados, según lo previsto en la cláusula cuarta (cláusula resolutoria de pleno derecho) del contrato de compraventa de fecha 21 de marzo de 1996, en las cuales les pone en conocimiento que ante el incumplimiento de pago de ciento siete armadas mensuales pactadas en dicho contrato, da por resuelto el mismo. Entiéndase que la resolución se ha producido de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaración judicial (...). Por tanto, queda claro que al no tener vigor alguno el contrato en mención, el título de posesión que tenían los demandados ha fenecido, por lo que su posesión ha devenido en precaria, de conformidad con lo dispuesto en la parte final del artículo 911 del Código Civil (...)".

- **Resolución contractual y actos propios:** en la Casación N° 1381-2013-Lima Norte, de fecha 20 de mayo de 2014, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se señaló que: "(...) se ha violado el principio lógico de la contradicción, ya que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejercitando una conducta incompatible con la anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz; por ende, nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ya que no puede ser y no ser algo a la misma vez; es decir, no puede el demandante aceptar que el contrato de compraventa *sub litis* está resuelto (proceso de ejecución de garantías), y ahora pretender que no está resuelto (proceso de nulidad de acto jurídico), pues va contra su anterior conducta asumida que incluso podría derivar en un ejercicio abusivo del derecho (...)".

- **Resolución contractual e invitación a conciliar:** en la Casación N° 4238-2014-Lima Este, de fecha 10 de marzo de 2016, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se señaló que: "(...) el segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil no establece forma específica de comunicación, por tanto, resulta válido concluir que la invitación a conciliar constituye una vía idónea para noticiar a la parte deudora la voluntad de la parte interesada de resolver el contrato, no siendo necesario que esta se realice únicamente por vía notarial, tanto más, si el accionante acude a la vía judicial habiendo cumplido con tal exigencia (...)".

- **Resolución contractual e interés para obrar:** en el Expediente N° 165-1999, de fecha 9 de julio de 1999, emitida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, se estableció que: "(...) cabe

señalar que ante la emisión de las cartas al pretensor, este no interpuso su derecho de contradicción ante sede judicial como hubiese correspondido, por lo que mal entonces puede pretender el pago de obligaciones plasmadas en un contrato ya resuelto, siendo evidente su falta de interés para obrar (...)".

Como se aprecia, la relación que puede tener este mecanismo resolutorio con otras figuras jurídicas puede tener directa incidencia en el entendimiento y aplicación de estas, por lo que su aplicación al caso concreto debe evaluarse con sumo cuidado.

7. Una mirada al Derecho comparado

A continuación, voy a citar algunos cuerpos normativos que regulan la figura de la resolución por cláusula expresa. Ello, en vista de que resulta importante tener en cuenta los distintos matices que esta figura puede poseer.

- **Código Civil italiano de 1942:**

  Artículo 1456.- Cláusula resolutoria expresa

  "Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelve en caso que determinada obligación no se cumpla según la forma establecida.

  En este caso, la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada declara a la otra que tiene la intención de valerse de la cláusula resolutoria".

- **Código Civil y Comercial de la República de la Argentina de 2014:**

  Artículo 1086.- Cláusula resolutoria expresa

  "Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver".

- **Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavia):**

  Artículo 114.- Derecho a la resolución del contrato

  "(...)

  2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso, grave en el sentido del art. 107[39], y el contrato se considerará resuelto desde el momento en

(39) Artículo 107.- Incumplimiento grave
"1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato.
2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando este:
a) es total;
b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto.
3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor".

que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión.

(...)".

- **Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (2016):**

Artículo 101.- Cláusulas resolutorias

"(1) Las partes pueden incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo.

(2) La cláusula debe indicar las obligaciones cuyo incumplimiento conlleva resolución.

(3) Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualquiera de los otros medios de tutela".

8. Diferencia con el receso

Por último, me parece oportuno hacer una distinción entre la figura de la resolución por cláusula expresa y la figura del receso.

Así, se ha señalado que "el receso es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone dejarlo sin efecto. El receso es, en algunas legislaciones, una de las causas admitidas por la ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes. El receso es materia de un derecho potestativo atribuido por la ley (receso legal) o por una cláusula del contrato (receso convencional), a ambas partes, o bien, a solo una de ellas. A la otra parte le corresponde una situación de sujeción, es decir, que solo le queda tolerar el ejercicio del receso, no se requiere su aceptación. En tal sentido, el titular del derecho potestativo de receso tiene la facultad de elegir entre ejecutar el contrato o no ejecutarlo. El derecho de receso puede ser ejercitado libremente (*ad nutum*) o bien subordinado a la subsistencia de una justa causa. En el caso del receso *ad nutum* la parte en cuyo favor es atribuido el derecho de receso, puede ejercerlo en cualquier momento y sin necesidad de justificar el receso. El receso por justa causa, en cambio, solo se dará si se presentan determinadas circunstancias justificativas previstas específicamente por la ley o cuando esta remita a la apreciación del juez si el hecho alegado constituye causa justa".(40)

Como se aprecia, existe una serie de diferencias entre la resolución y el receso, las mismas que se pueden observar en lo siguiente:

- La resolución exige prestaciones recíprocas, en cambio, el receso no necesariamente lo exige.
- La resolución requiere de una causal que, en la mayoría de los casos, se encuentra representada en la inejecución de alguna prestación, sin embargo, usualmente el receso no requiere justificación, puesto que puede tratarse de un receso *ad nutum*.
- La resolución requiere de la presencia de una parte fiel y una parte infiel, empero, en el receso ello es irrelevante.

(40) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786". En: *Advocatus*, Tomo N° 19. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, p. 293.

- La resolución puede ser judicial o extrajudicial, en cambio, el receso será extrajudicial, pues es el actor quien tiene el derecho potestativo de recurrir a dicha figura de manera directa.

En la legislación nacional existen normas que regulan el receso (aunque con distintos nombres), como por ejemplo:

Artículo 1365.- "En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho".

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".

Artículo 1786.- "El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida".

Artículo 1808.- "En el mandato con representación, la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato".

Asimismo, en el Reglamento (D.S. N° 350-2015-EF) de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) se tiene que:

Artículo 120.- Plazo de ejecución contractual

"El plazo de ejecución contractual se inicia el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.

(...)

3. Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; **reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto,** sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI". (El resaltado es mío).

Por otro lado, resulta interesante señalar un pronunciamiento judicial en el que se establece que: "(...) el artículo 1430 establece con carácter imperativo que la resolución convenida de pleno derecho opera solo cuando a la parte deudora se le comunica de dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de tal decisión mediante notificación válida, dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objetivo se estará frente a una resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los contratos, colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad pues continuará actuando en la creencia que el contrato aún se encuentre vigente". (Casación N° 1132-2002-Lima, de fecha 15 de octubre de 2002, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República).

En la citada sentencia, se aprecia que el juez diferencia con claridad una resolución con justa causa, de aquella que no la tiene y que, sin llamarla receso, es una figura distinta y que no encaja en una resolución contractual en los términos del artículo 1430 del Código Civil.

Finalmente, en doctrina se discute si es que el receso puede ser pactado por las partes en su contrato o es que necesariamente se tiene que estar ante una ley que lo faculte. Considero que, en plena autonomía privada, las partes sí podrían pactar una cláusula de receso que faculte a alguna de ellas, o a ambas, a poder poner fin a la relación obligacional sin causa alguna, valiéndose de dicho acuerdo. Ello no vulneraría norma alguna (aunque se podría poner en tela de juicio el necesario equilibrio contractual que debe existir), pero se tendría que prever la vulneración de derecho de terceros, supuesto en el cual el programa contractual debería prever las contingencias que ello podría originar, a efectos de evitar la producción de daños a esos sujetos que no forman parte de la relación obligacional.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Contratos. Parte general. 2ª edición. Normas Legales, Lima, 2011; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En: Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. REVOREDO MARSANO, Delia. (compiladora). Tomo VI. 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786". En Advocatus, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N.° 19; BIANCA, Massimo. Derecho Civil. El contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo II. Palestra Editores, Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. "Cláusula resolutoria expresa y condición resolutoria". En: Incumplimiento contractual. Jurivec, Lima, 2016; FORNO FLÓREZ, Hugo. "El plazo esencial y la tutela resolutoria". En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Leysser León (traductor). ARA Editores, Lima, 2004; FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por incumplimiento". En: Temas de derecho contractual. Manuel de la Puente y Jorge Muñiz (directores). Cultural Cuzco, Lima, 1987; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "La intimación en mora como requisito para resolver una relación obligatoria. ¿Se extiende a la cláusula resolutoria expresa?". En: Incumplimiento contractual. Jurivec, Lima, 2016; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. ARA Editores, Lima, 2007; MORALES HERVIAS, Rómulo. Patologías y remedios del contrato. Jurista Editores, Lima, 2011; ROMERO ZAVALA, Luis. Derecho de los contratos en el Código Civil peruano. Teoría general de los contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425). Tomo II. Editora Fecat, Lima, 1999; RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. La resolución de los contratos. Gaceta Jurídica, Lima, 2018; ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; SACCO, Rodolfo. "La resolución por incumplimiento". En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). ARA Editores, Lima, 2003; SOTO COAGUILA, Carlos. "Cláusula resolutoria expresa y cláusulas de estilo". En: Incumplimiento contractual. Jurivec, Lima, 2016; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Teoría general del contrato. Tomo II. Instituto Pacífico, Lima, 2012.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Presupuestos para la aplicación de la cláusula resolutoria

{P}ara la aplicación de la cláusula resolutoria, es imprescindible haberla pactado para que exista, y "para que el pacto comisorio produzca efectos se requieren dos presupuestos: el incumplimiento previsto en el pacto; y la comunicación cursada por la parte fiel a la infiel de querer valerse de la resolución" {...} En consecuencia, para la aplicación de la cláusula resolutoria se tiene que verificar por un lado que se ha producido el incumplimiento y tal situación es la que genera la resolución, pero esta será ineficaz hasta que la parte fiel le comunica a la otra que quiere velarse de la cláusula resolutoria, en ese sentido,

si bien "la declaración de la parte fiel no es, pues, constitutiva de la resolución sino un requisito (condictio juris) para su eficacia", por lo tanto la resolución automática de un contrato no tendrá efectos sino solo hasta que la parte fiel cumpla con cursar la comunicación a la que hace referencia la norma acotada (Cas. N° 3584-2000-Lima).

Resolución del contrato por mutuo disenso

{L}a causal de resolución bien puede tener origen legal, como ocurre en el caso de la resolución por incumplimiento, contemplado por el artículo 1428 del Código Civil, o bien su origen puede ser convencional, como es el caso de pacto comisorio o mutuo disenso regulado por el artículo 1430 del mismo Código (Cas. N° 821-1998-Cajamarca).

Aceptación tácita en la resolución del contrato

{L}a entidad demandante, no obstante haberse pactado que no era necesaria comunicación alguna a la compradora para resolver el contrato de compraventa, ha remitido la misiva haciendo conocer que se estaba valiendo de la cláusula resolutoria, aspecto que es reconocido por la propia emplazada, por lo que, en virtud de ello, se ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 1430 del Código Civil. Quinto. Que, a mayor abundamiento, como los demandados no contestaron la carta notarial de su referencia, aceptaron tácitamente la resolución del contrato; que siendo así, carece de sustento fáctico y legal la tesis de estos, de que para que opere la resolución del contrato previamente debió comunicarse que se haría uso de la cláusula resolutoria y/o, que antes de la remisión de la carta notarial de fojas doce, debió realizarse la intimación (Cas. N° 1556-2001-Callao).

Imposibilidad de la prestación sin culpa de los contratantes

Artículo 1431.- ***En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.***

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

Concordancias:
C.C. arts. 1138 inc. 5), 1156, 1160, 1314, 1317, 1433

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

El artículo 1431 del Código Civil se encarga de regular la imposibilidad de la prestación sin culpa de los contratantes.

El artículo citado recoge como regla central el *periculum est debitoris*, es decir, que el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere, corresponde al deudor de la prestación que ha devenido en imposible.

Esto significa que el contratante cuya prestación deviene en imposible sin culpa de las partes, perderá el derecho a la contraprestación, si la hubiere. De esta forma, si la prestación objeto de la obligación del vendedor deviniera en imposible sin culpa de las partes, resultará evidente que su obligación se extinguirá, es decir, dejará de encontrarse obligado a cumplir con aquello a que se había comprometido.

Pero, de todas maneras sufrirá un perjuicio, pues al haber asumido el Código Civil –en sede de contratos con prestaciones recíprocas– la regla *periculum est debitoris*, ello significará que dicho vendedor perderá el derecho al pago de la contraprestación pactada, que en este caso es el precio.

Lo propio sería de aplicación en cualquier otro contrato en donde hubiese devenido en imposible una prestación cualquiera de dar, ya sea bienes ciertos, inciertos o fungibles, de hacer o de no hacer.

Resulta pertinente subrayar el hecho de que el tema de la transferencia del riesgo ha sido abordado por el Código Civil en la parte referente a las Obligaciones, a los Contratos –normas que son analizadas en el presente trabajo– y, en una tercera parte, en las normas referentes al contrato de compraventa.

Dentro de tal orden de ideas, debemos rememorar que cuando en nuestro "Tratado de las Obligaciones" nos correspondió analizar el artículo 1138 del Código Civil, llegamos a la conclusión de que lo que plantea la teoría del riesgo es ver cuál de las partes en la relación obligacional, vale decir si el acreedor o el deudor, es aquella que va, ante la pérdida del bien cierto, a asumir el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Además, concluimos en que la teoría del riesgo tiene por finalidad analizar el tema dentro de las obligaciones y no en el ámbito de los derechos reales. Esto equivale a decir que los principios que están en juego son el *periculum est debitoris* (para los casos de pérdida del bien por

(*) Los autores agradecemos a Cecilia Portilla Franco por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

culpa del deudor y sin culpa de las partes) y el *periculum est creditoris* (para los casos de pérdida del bien por culpa del acreedor), mas no así el principio *res perit domino*, propio de los derechos reales, el mismo que nos dice que el bien o la cosa se pierde para su dueño (propietario).

Tal vez la primera pregunta que podríamos formularnos sería la de si el Código Civil ha hecho bien en dar esta regulación múltiple al tema de la teoría del riesgo.

Pensamos que la respuesta es negativa, dado que, por razones de sistemática, los preceptos de obligaciones de dar deberían concordar con aquellos de los contratos con prestaciones recíprocas, pues la ubicación práctica –por excelencia– de las obligaciones de dar se encuentra en esta clase de contratos; y, por otra parte, las normas de los contratos con prestaciones recíprocas deberían concordar con las de compraventa a este respecto, pues la compraventa es el contrato con prestaciones recíprocas por excelencia.

En segundo término, consideramos necesario reflexionar acerca de otro punto importante: el de saber si las normas de estas tres partes del Código Civil peruano, relativas a la teoría del riesgo, concuerdan entre sí.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que no habría razón alguna para que las normas de contratos con prestaciones recíprocas establezcan excepciones a los preceptos de obligaciones de dar, así como tampoco encontramos fundamento para que las normas del contrato de compraventa establezcan, en lo que respecta a la teoría del riesgo, normas de excepción con referencia a los contratos con prestaciones recíprocas.

En este sentido, el artículo 1431 del Código Civil sigue la pauta trazada por el inciso 5 del artículo 1138 del propio Código, en la parte referente a las Obligaciones, referido a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, cuando se señala que si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. El citado inciso agrega que en este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien. Así, el artículo 1431 resulta plenamente concordante con lo establecido por el numeral 1138.

En cuanto a las normas relativas a la compraventa, es sabido que los principios establecidos por el artículo 1138 del Código Civil peruano de 1984, resultan de aplicación hasta que se produzca la entrega del bien al acreedor, tal como se expresa claramente en la primera parte del referido numeral, cuando con precisión se establece que en las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, *hasta su entrega*, determinadas reglas. Y esto resulta plenamente lógico, ya que después de la entrega el deudor dejó de tener tal condición (simplemente dejó de ser deudor), al igual que el acreedor dejó de ser acreedor. Todo ello en razón de que ya se extinguió la obligación.

De esta forma, lo lógico hubiera sido legislar en los términos anotados, pues resulta relevante conocer en materia de Derecho de Obligaciones quién corre con el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere, en caso que el bien cierto se perdiera antes de su entrega.

En cambio, no tiene interés para el Derecho de Obligaciones conocer qué pasa con el bien luego de ejecutada la obligación de entrega en propiedad. Esto, por el simple argumento de que luego de efectuada la entrega, el riesgo corresponderá al propietario del bien, debiendo regirse por las normas o preceptos referidos a los Derechos Reales y ya no por las normas de Derecho de Obligaciones, en la medida que la obligación se habría ejecutado. Esto se explica,

además, por el hecho de que los artículos 1567 y siguientes son preceptos cuya lógica de conjunto nos lleva a concluir en que dichas normas han sido contempladas únicamente para el caso de bienes muebles.

Por esta razón consideramos que, lamentablemente, la regulación referente a la Teoría del Riesgo, en cuanto a las normas de compraventa, deviene en redundante y hasta contradictoria con los demás preceptos que al respecto contiene el Código Civil peruano, razón por la cual consideramos que su inclusión en este cuerpo normativo deviene en impertinente o inapropiada.

De acuerdo a lo antes expresado, si los preceptos a que hemos hecho referencia se contradicen, queda demostrado que el Código de 1984 ha cometido un error, no solo al reiterar en tres ocasiones el tratamiento legislativo de un mismo tema, sino en abordarlo de manera disímil.

Volviendo al tema que nos ocupa, es necesario subrayar que tanto las reglas que sobre teoría del riesgo recoge el Código Civil en materia de obligaciones de dar bienes ciertos, como en los contratos con prestaciones recíprocas, tienen carácter dispositivo y no imperativo en lo que respecta a la pérdida del bien o imposibilidad de la prestación producida sin culpa de las partes.

En el caso de la pérdida del bien o imposibilidad de la prestación, producida por culpa del deudor o del acreedor, se trata de normas imperativas si es que dicha pérdida o imposibilidad hubiese acaecido por culpa inexcusable o dolo del deudor; en tanto que se podrá pactar algo distinto si es que dicha pérdida o imposibilidad se hubiesen producido por culpa leve del deudor (argumento del artículo 1328 del Código Civil).

En tal sentido, resulta clara la precisión efectuada en el segundo párrafo del artículo 1431 cuando indica que las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor. Ello es plenamente factible por cuanto el artículo 1431 trata acerca de la imposibilidad de la prestación sin culpa de los contratantes.

Es necesario precisar que el haber adoptado como regla el *periculum est debitoris*, solo constituye una opción legislativa, aquella que el Código Civil ha considerado más acorde a la razón y a las circunstancias.

Sin embargo, hubiese sido perfectamente posible que el Código Civil estableciese para el supuesto regulado en el artículo 1431, la regla inversa del *periculum est creditoris*, es decir que el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor de la prestación que ha devenido en imposible sin culpa de las partes.

En tal sentido, es factible que las partes puedan pactar, en lugar del *periculum est debitoris* previsto en la ley, el *periculum est creditoris*.

Igualmente, sería factible que las partes pactasen una situación intermedia en la que el riesgo fuere compartido, es decir, en donde el deudor de la prestación que ha devenido en imposible, sin culpa de los contratantes, no pierda el íntegro de la contraprestación, sino solo una parte de ella, como podría ser la mitad.

Sobre este tema, es decir, en relación al pacto en contrario del segundo párrafo del artículo 1431, caben no solo dos, sino diversas alternativas, todas ellas dentro de este supuesto del riesgo compartido.

DOCTRINA

ALONSO PÉREZ, Mariano. El riesgo en el contrato de compraventa. Editorial Montecorvo, Madrid, 1972; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Tecnos. Madrid, 1979; GOMES, Orlando. Contratos. Compahia Editora Forense, Río de Janeiro, 1986; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA AGOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PACCHIONI, Giovanni. Dei contratti in generale. Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1939; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los Contratos, Tomo I. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1948; SACCO, Rodolfo. Il contratto. Utet. Torino, 1975; SOTO NIETO, Francisco. El caso fortuito y la fuerza mayor. Ediciones Nauta, Barcelona, 1965; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor o del acreedor

Artículo 1432.- ***Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y este no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.***

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.

Concordancias:
C.C. arts. 1138, 1154, 1155, 1158, 1160, 1321, 1433

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

El artículo 1432 regula los supuestos de imposibilidad de la prestación por culpa del deudor o del acreedor.

En el primer párrafo de este artículo se regula el supuesto en que la prestación resulta imposible por culpa del deudor, caso para el cual se aplica el principio *periculum est debitoris*, en el sentido de que el contrato queda resuelto de pleno derecho y el deudor, por cuya culpa deviene en imposible la prestación, no podrá exigir la contraprestación, encontrándose sujeto a la eventual indemnización de los daños y perjuicios correspondientes.

El primer párrafo del artículo 1432 coincide plenamente con las doctrinas adoptadas en el primer párrafo del artículo 1138 del Código Civil, referido a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos.

El primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 establece que: "Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización".

Ahora bien, sería conveniente preguntarnos si también resultarían de aplicación al primer párrafo del artículo 1432 los principios establecidos en el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 1138, precepto que señala lo siguiente: "Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes".

Estimamos que la respuesta afirmativa se impone, resultando aplicables a esta materia, *mutatis mutandis*, los principios que sobre el particular comentamos en nuestro análisis de la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 1432 se ocupa de la imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor, recogiendo el principio *periculum est creditoris* (el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor por cuya culpa resulta imposible la prestación), estableciendo que en este caso el contrato queda resuelto de pleno derecho, encontrándose

(*) Los autores agradecemos a Cecilia Portilla Franco por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

el acreedor obligado a satisfacer la contraprestación y correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación que devino en imposible.

A este respecto, también resulta necesario señalar que el segundo párrafo del artículo 1432 sigue los lineamientos teóricos del inciso 3 del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, precepto que dispone que si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Esta norma agrega que si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

Sobre este particular, no vamos a ahondar en comentarios, pues resultan aplicables, también *mutatis mutandis*, las expresiones vertidas al analizar –en nuestro "Tratado de las Obligaciones"–, la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, cuando el bien se pierde por culpa del acreedor.

Simplemente queremos agregar que a pesar de que ni el artículo 1138, inciso 3, ni el artículo 1432, segundo párrafo, hacen referencia sobre el particular, resultaría plenamente factible pensar que el acreedor culpable de la pérdida del bien o de la imposibilidad de la prestación, deba pagar al deudor una indemnización por daños y perjuicios, si es que los hubiese causado.

DOCTRINA

ALONSO PÉREZ, Mariano. El riesgo en el contrato de compraventa. Editorial Montecorvo, Madrid, 1972; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Tecnos. Madrid, 1979; GOMES, Orlando. Contratos. Compahia Editora Forense, Río de Janeiro, 1986; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA AGOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PACCHIONI, Giovanni. Dei contratti in generale. Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1939; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los Contratos, Tomo I. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1948; SACCO, Rodolfo. Il contratto. Utet. Torino, 1975; SOTO NIETO, Francisco. El caso fortuito y la fuerza mayor. Ediciones Nauta, Barcelona, 1965; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

Imposibilidad parcial de la prestación

Artículo 1433.- *Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el cumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida.*

El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción.(*)

Concordancias:
C.C. arts. 1151, 1152, 1153, 1316, 1431, 1432

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(**)

El artículo 1433 se encarga de regular el tema relativo a las consecuencias de la imposibilidad parcial de la prestación. El texto original de la norma prescribía lo siguiente:

"Artículo 1433.- Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el **incumplimiento** de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida.

El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción".

Este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley Nº 26451, promulgada el día 10 de mayo de 1995 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de mayo de 1995.

El artículo 1433 del Código Civil hace de aplicación las reglas de los artículos 1431 y 1432 a los casos en que estemos en presencia de una imposibilidad parcial de la prestación.

La aplicación de estas reglas debe hacerse siguiendo los principios establecidos por el propio Código en los incisos 2, 4 y 6 del artículo 1138, norma relativa a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos.

En tal sentido, diremos que si la prestación resulta parcialmente imposible por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver el contrato o por aceptar la ejecución parcial de la prestación y exigir la reducción de la contraprestación y el pago de la indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el artículo 1432, primer párrafo (*periculum est debitoris*).

Sin embargo, no creemos que pueda resultar aplicable al tema lo establecido en la última parte del inciso 2 del artículo 1138, en el sentido que si la imposibilidad fuese de escasa importancia, el acreedor solo podría exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

Creemos que dicho precepto no resulta aplicable a la imposibilidad parcial de la prestación en los contratos con prestaciones recíprocas, dado que esta norma ya de por sí es en extremo peligrosa para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos y sería temerario aplicarla en el infinito abanico de situaciones que se presentan cuando se da la imposibilidad de ejecución de la prestación por culpa del deudor.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley Nº 26451 del 11/05/1995.

(**) Los autores agradecemos a Cecilia Portilla Franco por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Ahora bien, por otra parte, si la prestación deviniese en parcialmente imposible por culpa del acreedor, este tiene la obligación de aceptar su ejecución en la porción que resulte posible, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere (*periculum est creditoris*).

Además, de ser el caso, el deudor tendría derecho a que el acreedor le pague una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la imposibilidad parcial originada en la culpa de este último.

Finalmente, si la prestación deviniera en parcialmente imposible sin culpa de las partes, el deudor sufriría las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación, si ello fuera posible (*periculum est debitoris*).

En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar la imposibilidad parcial de la prestación.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 1433, debemos subrayar que en el segundo párrafo de la norma se establece que el contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción proporcional de la contraprestación debida.

Ello resulta lógico en la medida en que tal situación haría que deviniera en imposible sostener la eficacia de la relación contractual.

Para terminar, debemos decir que el texto del artículo 1433 fue modificado en virtud de la Ley N° 26451, en donde solo se suprimió –al comienzo del artículo– la sílaba *in*, ya que, evidentemente, el texto original de la norma incurrió en error al referirse al *incumplimiento de la prestación*, que se hace parcialmente imposible, cuando en realidad el precepto se refería –tal como ahora expresa el texto de la norma– al *cumplimiento de la prestación*, que se hace parcialmente imposible.

DOCTRINA

ALONSO PÉREZ, Mariano. El riesgo en el contrato de compraventa. Editorial Montecorvo, Madrid, 1972; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Tecnos. Madrid, 1979; GOMES, Orlando. Contratos. Compahia Editora Forense, Río de Janeiro, 1986; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos, Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA AGOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PACCHIONI, Giovanni. Dei contratti in generale. Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1939; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los Contratos, Tomo I. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1948; SACCO, Rodolfo. Il contratto. Utet. Torino, 1975; SOTO NIETO, Francisco. El caso fortuito y la fuerza mayor. Ediciones Nauta, Barcelona, 1965; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

Incumplimiento en los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas

Artículo 1434.- ***En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida se considere esencial, de acuerdo con las circunstancias.***

En los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento.

Concordancias:
C.C. arts. 223, 1428; LEY 26887 art. 22

WALTER GUTIERREZ CAMACHO

1. Lo primero que hay que abordar cuando se estudian los contratos plurilaterales, es la necesaria distinción entre relaciones jurídicas de organización y relaciones jurídicas de cambio. Desde luego, la mayoría de las relaciones económicas que se realizan en el mercado son relaciones de intercambio. La principal de ellas es, sin duda, la compraventa, pues, a partir de este contrato se han desarrollado la mayoría de las otras figuras contractuales. Sin embargo, cada vez son más frecuentes las relaciones de organización, dentro de las cuales la más común es la asociativa. Ambos tipos de relación tienen diferencias y consecuencias sustanciales que es preciso conocer para entender mejor esta figura.

2. Pero antes, detengámonos un instante en el fenómeno asociativo. La primera reacción que surgió como consecuencia de la aparición de las relaciones asociativas o participativas fue la impresión de que estas eran incompatibles con el concepto de contrato(1). La razón de esta reacción era que el sistema contractual tradicional fue concebido para las relaciones de cambio. No obstante, hoy se admite que cuando menos en sus etapas constitutivas, las relaciones de organización tienen naturaleza contractual. Ejemplo de lo que venimos afirmando es el contrato de sociedad(2).

Sin embargo, si bien es verdad que la discusión sobre la naturaleza contractual de las relaciones de organización se ha superado en gran parte, aún existe cierta confusión sobre las consecuencias que esta figura genera. En efecto, por mandato legal las relaciones asociativas –de organización– por su vocación de duración y por el fin mismo que persiguen, no pueden tener los mismos efectos que las relaciones de cambio. Así, las relaciones con los terceros (acreedores), y entre los propios asociados son claramente distintas que las que surgen en el tradicional contrato de cambio.

3. Una de esas sustanciales diferencias está dada en que los contratos de organización o contratos plurilaterales, pueden crear centros de imputación distintos a las partes que los integran. En este sentido, por ejemplo, la constitución de una sociedad importa un instrumento otorgado a la autonomía de la voluntad para la creación de nuevos centros de imputación de derechos y obligaciones(3). Este recurso técnico del Derecho posibilita que las personas naturales o jurídicas creen una estructura u organización con fines económicos. Pero la

(1) Cfr. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 185.
(2) Sobre el tema véanse nuestros trabajos: "El contrato de sociedad" y "El contrato de consorcio", en: AA.VV. *Tratado de Derecho Mercantil.* Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
(3) Cfr. RICHARD, Efraín H. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del Derecho Privado.* Córdoba, 2000, p. 15.

sociedad no es el único contrato de organización que puede generarse con los contratos plurilaterales, lo son también el joint venture, regulado en nuestro medio con el nombre de consorcio, y los distintos contratos de colaboración empresarial o asociativos a los que se refiere el artículo 438 de la Ley General de Sociedades. En estas figuras no siempre se generan contratos de imputación, pero igual tienen marcadas diferencias con los contratos de cambio, tal como lo veremos luego.

4. Ahora bien, un asunto importante a tener presente es que los contratos de organización o plurilaterales son siempre contratos de empresa. Como sabemos la empresa es un concepto y una realidad esencialmente económica. De la infinidad de conceptos que se han ensayado sobre la empresa hay una nota que la caracteriza permanentemente: su organización. De ahí que los contratos plurilaterales sean también contratos de organización.

5. En nuestro ordenamiento legal, el Código Civil siguiendo al Código italiano, ha regulado estos contratos estableciendo efectos especiales en los casos de nulidad vincular, incumplimiento y resolución parcial.

Complementariamente, la regulación de los contratos asociativos o participativos en nuestra Ley General de Sociedades representa un avance, un paso más al ya dado por el Código Civil, pues significa un expreso reconocimiento legal de estas figuras. Aun cuando no es el tema materia de este comentario, digamos brevemente que son normas claves para entender estas figuras los artículos 438 y 439 de la Ley General de Sociedades, las cuales regulan a los contratos asociativos en general, señalando no solo las notas que los caracterizan, sino reconociendo que existe una variedad mayor que la asociación en participación y el consorcio, que son regulados expresamente por la ley societaria.

6. Veamos ahora las notas y los efectos que caracterizan a los contratos plurilaterales. En estos contratos las partes se obligan independientemente, es decir, sus prestaciones no se encuentran vinculadas a las prestaciones a cargo de las otras partes. De este modo, si una de las partes incumple, esto no habilita a las otras a resolver el contrato, salvo que se trate de una prestación esencial al fin común que vértebra el contrato. Precisamente, lo que caracteriza este género de contrato es que las prestaciones no son recíprocas, sino que se enderezan a un fin común corriendo suertes autónomas unas respecto de otras[4].

Por tanto, la diferencia esencial con el contrato con prestaciones recíprocas –conocido por la doctrina tradicional como bilateral– está dada no tanto por el número de partes, sino por un elemento cualitativo de estos últimos, consistente en que las prestaciones de las partes son idénticas y comunes[5].

Veamos las características propias de los contratos plurilaterales:

a) Permiten el ingreso al contrato de nuevas partes, así como la salida de las partes originarias (tal el caso en la sociedad cuando se incorporan nuevos socios o cuando alguien vende sus acciones), sin que tal movilidad de las partes afecte la vigencia y ejecución del contrato.

(4) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Tomo IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 465.

(5) MOSSET, Jorge. *Contratos.* Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 50.

b) La imposibilidad o el incumplimiento de la prestación de una de las partes puede generar la resolución del contrato respecto solo de la parte que incumple y no necesariamente del contrato en su integridad.

c) Dado que no es un contrato con prestaciones recíprocas, no se le aplica la excepción de incumplimiento; por tanto, el incumplimiento de una parte no autoriza a las otras para suspender su respectivo cumplimiento.

d) El perfeccionamiento de estos contratos puede producirse de modo simultáneo o sucesivo (piénsese en la constitución simultánea o por oferta a terceros de la sociedad, o en la formación de consorcios a los cuales luego se incorporan otros consorciados).

e) Son por lo general contratos abiertos, lo cual permite que luego de perfeccionado el contrato se integren nuevas partes.

f) Son contratos de organización, es decir, se generan estructuras, administraciones con el propósito de ejecutar el contrato (ejemplo: sociedad, joint venture, sindicación de acciones, etc.).

g) Las prestaciones a las que se comprometen las partes no son recíprocas sino que todas ellas tienden a realizar un objeto común[6].

h) Los vicios del consentimiento que pudieran afectar a una de las partes solo afectan el vínculo de tal parte, manteniéndose el contrato entre las restantes partes en vigor, en tanto la participación o la prestación del excluido no sea considerada esencial[7].

7. Como ya se indicó, en esta categoría contractual las diversas manifestaciones de voluntad tienden a un fin único y común: la constitución de una organización y funcionamiento de un grupo. En vista de ello, es un contrato abierto a cuantos las partes permitan ingresar a él después de su celebración; cada parte obtiene de ese modo derechos cualitativamente iguales a los de los demás, por ejemplo, las ganancias. Así, los contratantes se encuentran en posiciones análogas, llamadas paritarias[8].

8. En suma, los contratos plurilaterales son contratos que persiguen un fin común, generan una estructura u organización, suelen tener más de dos partes, de ahí el nombre de plurilaterales; este solo hecho ya lo diferencia del contrato bilateral. La *ratio* de estos contratos no está en la contraprestación que las partes reciben por su prestación, tal como sucede en los contratos de cambio sino, como señala Roppo[9], en un elemento más complejo: el fin común a todas las partes.

Es este fin común y no la reciprocidad lo que marca la diferencia entre estos contratos y las tradicionales figuras contractuales, y justifica los distintos efectos que la ley reconoce.

9. La esencialidad de la prestación a la que se refiere el artículo 1434 del Código Civil está estrechamente vinculada al fin común. En efecto, como ya lo hemos señalado, los contratos

(6) FONTANARROSA, Rodolfo. *Derecho Comercial.* Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 141.
(7) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario. Parte general.* Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1994.
(8) Cfr. BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado.* Porrúa, México, 1978, p. 527.
(9) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto.* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001.

plurilaterales, no se limitan a un intercambio inmediato y directo, sino que todos tienen un fin común.

> "Pero el fin común puede ser más o menos intenso. En relación a la intensidad, varía el grado en el que la prestación de una parte puede influenciar las posiciones contractuales de las otras, y por consiguiente el contrato en su conjunto. Cuando el fin común es muy intenso, y la influencia de la singular prestación es muy fuerte, se dirá que la participación de la parte que la debe es 'esencial'; en caso contrario se dirá que no es 'esencial'"(10).

La norma bajo comentario se ocupa de lo que sería el problema principal de los contratos plurilaterales: el incumplimiento de una de las partes del contrato afecta o no la vigencia de este. La solución adoptada apela a la influencia –esencialidad– que la prestación incumplida tiene en el fin común perseguido por el contrato.

DOCTRINA

GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "El contrato de sociedad". En: AA.VV. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "El contrato de consorcio". En: AA.VV. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; RICHARD, Efraín H. Las relaciones de organización y el sistema jurídico del Derecho Privado. Córdoba, 2000; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo IV. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; MOSSET, Jorge. Contratos. Ediar, Buenos Aires, 1988; FONTANARROSA, Rodolfo. Derecho Comercial. Zavalía, Buenos Aires, 1997; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Societario. Parte general. Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1994; BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. Porrúa, México, 1978; ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001.

(10) Ibídem, p. 442.

TÍTULO VII
CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

Cesión de posición contractual

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.

Concordancia:
C.C. art. 141

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Introducción

De acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

El contrato se encuadra en una más amplia categoría, la del acto jurídico (artículo 140 del Código Civil)[1], así Roppo afirma: "En una línea de pensamiento jurídico dominante por más de un siglo, el contrato es una subcategoría de una categoría más amplia y más alta la categoría del negocio jurídico"[2].

En el ámbito de la categoría del acto jurídico el contrato se caracteriza por su estructura bilateral o plurilateral. Como señala Bianca: "El contrato es, precisamente, un negocio jurídico bilateral o plurilateral, en cuanto se perfecciona con el consenso de dos o más partes. Se distingue, por tanto, del negocio unilateral, el cual se perfecciona con la sola manifestación de voluntad del autor del acto, sin que sea necesario la aceptación de la otra parte (ejemplo, el testamento)"[3].

Uno de los elementos constitutivos del contrato es el acuerdo, es decir el recíproco consenso de las partes en orden a la vicisitud contractual. Como dice Roppo: "El acuerdo es el primero y el más caracterizante entre los elementos constitutivos del contrato"[4].

Como bien lo advierte Bianca: "La definición del contrato como acuerdo dirigido a constituir, extinguir o modificar una relación jurídico patrimonial toma los dos momentos esenciales de la noción del contrato, es decir, el momento subjetivo y el momento objetivo"[5].

---

(1) De acuerdo con Lizardo Taboada el Código Civil peruano ha consagrado, en el Libro II, la teoría del negocio jurídico. Ver al respecto TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2002.

(2) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto. Trattato di Diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè, 2001, p. 67.

(3) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3 Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 2.

(4) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 23.

(5) BIANCA, Massimo. Ob. cit., 3, p. 5.

El momento subjetivo identifica el contrato como acto decisional de las partes y, precisamente, como acuerdo; desde esta perspectiva el acuerdo es una manifestación de la voluntad. Además, el contrato puede ser definido como autorregulación de relaciones patrimoniales y esto constituye el momento objetivo; es decir, la "disposición" o la "regla" que las partes crean mediante su acuerdo.

El contrato crea una relación jurídica patrimonial[6] (cuando no la modifica, regula o extingue) y es a través de esta relación que las partes realizan el fin práctico que las llevó a contratar.

Como regla general las partes que manifiestan la voluntad para dar lugar al acuerdo son las mismas que se convierten en partes de la relación contractual que se genera como consecuencia de dicho acuerdo. Pero puede también suceder que sea un sujeto extraño a los intereses en juego aquél que estipula el contrato, como en el caso de la representación directa, o que sin siquiera haber participado en su formación experimenta sus efectos, como en el caso del contrato a favor de tercero.

En tal sentido, se debe distinguir la parte del contrato o contratante en sentido formal, que es el autor del contrato, es decir, quien emite las declaraciones contractuales constitutivas y la parte del contrato o contratante en sentido sustancial que es el titular de la relación contractual; es decir, al sujeto al cual se le imputan el conjunto de efectos del contrato[7]. Esto nos permite apreciar los dos perfiles del contrato: como acto constituyente y como relación constituida.

La cesión de posición contractual constituye la sustitución de una de las partes sustanciales; es decir, la sustitución se produce en la relación contractual que ha sido constituida pero no en parte del acto constitutivo (parte en sentido formal). Esto resulta así, teniendo en cuenta que el contrato como acto se agota en el tiempo y lo que subsiste es la relación jurídica patrimonial que constituyó. Como señala Barbero siguiendo a Nicoló: "(...) el contrato en sí es un 'hecho jurídico', que se agota en el tiempo, y como tal no susceptible de un fenómeno de cesión. Lo que se podrá ceder, será el contenido del contrato, expresado en los efectos provenientes del contrato, esto es, las relaciones jurídicas que del contrato toman vida y perduran después del contrato en su fase de acaecimiento"[8].

Para Andreoli, en cambio, el contrato permanece vivo como fuente reguladora del ulterior desarrollo de las relaciones contractuales, lo que es evidente para el autor en los contratos de ejecución continuada o periódica[9]. No obstante, para Andreoli la cesión del contrato debe entenderse como una cesión de la relación contractual.

2. La cesión de posición contractual como acto

La expresión "cesión de posición contractual" designa dos fenómenos jurídicos distintos entre sí, aún si afines: por un lado la expresión identifica un acto jurídico (con el cual se cede la posición contractual), por el otro, identifica el efecto que tal negocio

(6) Esta relación jurídica patrimonial es una relación obligatoria de fuente contractual a la que llamaremos "relación contractual".

(7) En este sentido BIANCA, Massimo. Ob. cit., 3, p. 54. Además, CARRESI, Franco. *Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. XXI, t. 1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 131.

(8) BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, cita (67), p. 298.

(9) ANDREOLI, M. *La cesión del contrato*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 9.

determina en la estructura del contrato cedido (la sustitución del cedente por el cesionario). Al respecto Bianca señala: "Además que como acto la cesión puede ser entendida como vicisitud subjetiva del contrato, y precisamente como sucesión a título singular en la relación contractual"[10].

La cesión de posición contractual es un acto jurídico, concretamente un contrato para modificar (subjetivamente) una relación contractual preexistente, sin alterar su identidad. Así Bianca lo define como "el negocio jurídico mediante el cual el titular de una relación contractual con prestaciones recíprocas aún no ejecutadas (cedente) se sustituye por un tercero (cesionario) con el consentimiento de la otra parte (cedido)"[11].

Se trata de un negocio de alienación sujeto a la disciplina que se refiere a la circulación de la relación contractual y por tanto a la vicisitud translativa del contrato. La cesión puede ser a título oneroso o a título gratuito.

En la cesión de posición contractual intervienen el "cedente", el "cesionario" y el "cedido". El consenso del cedido puede ser simultáneo o posterior al acuerdo de cesión entre el cedente y el cesionario. También puede ser anterior al acuerdo de cesión entre el cedente y el cesionario.

Cuando el consenso del cedido se presta con anterioridad al acuerdo de cesión entre el cedente y el cesionario, al producirse el acuerdo este debe ser notificado al cedido. Esta notificación no requiere formalidades especiales. La doctrina admite la posibilidad de renuncia, por parte del cedido, a ser notificado[12].

Ahora bien, el hecho que el acuerdo entre cedente y el cesionario no produzca ningún efecto sustitutorio si no se da el asentimiento del cedido origina dos posiciones:

1) El asentimiento del cedido es un requisito de validez del negocio de cesión; y,

2) El asentimiento del cedido es un requisito de eficacia del negocio de cesión.

La mayor parte de la doctrina considera el asentimiento del cedido como un requisito de validez del negocio de cesión. Esto supone atribuirle al negocio de cesión el carácter de negocio (contrato) plurilateral, específicamente, un contrato trilateral y, en tal sentido, son tres las partes cuyo consentimiento concurre al perfeccionamiento del negocio. Conforme a lo dicho si falta el consentimiento del cedido el negocio de cesión es inexistente.

Para Carresi la estructura de la cesión de posición contractual es la de un contrato necesariamente plurilateral y más precisamente trilateral, que se perfecciona cuando todas las partes hubieran manifestado su adhesión a la programada sustitución[13].

Al respecto Scognamiglio señala: "(...) el asentimiento del contratante cedido, quien, como se indicó, concurre a título esencial a la realización de la cesión, no puede equipararse a un mero requisito extrínseco de eficacia, sino que debe situarse en el mismo pie del consentimiento de los otros dos estipulantes"[14].

(10) BIANCA, Massimo. Ob. cit., 3, p. 677.
(11) Loc. cit.
(12) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1996, p. 711.
(13) CARRESI, Franco. Ob. cit., pp. 863-864.
(14) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 280.

Para Barbero[15], en cambio, el contrato de cesión se celebra entre el cedente y el cesionario, siendo la intervención del cedido un requisito de eficacia. De esta misma posición es Diener para quien es preferible la tesis por la cual "el consenso del contratante cedido no es necesaria para la formación del contrato porque este no es una de las partes, sino que interviene para liberar al cedente de las deudas(...)" y luego concluye: "La cesión del contrato tiene, por tanto, estructura de un contrato bilateral, mientras que el consenso del acreedor cedido constituye solo una *condictio iuris* de eficacia"[16].

En el Perú la doctrina se inclina por considerar a la cesión de posición contractual como un contrato trilateral celebrado entre el cedente, cesionario y cedido[17].

La redacción del artículo 1435 del Código Civil genera dudas cuando en el segundo párrafo se refiere al acuerdo entre el cedente y cesionario. Para De la Puente[18] ese acuerdo no es suficiente para concluir que no se trata de un contrato trilateral.

Para nosotros, siguiendo a Bianca[19]: "La necesidad del consenso de la parte cedida no implica que ella debe ser necesariamente parte del contrato de cesión. En general, el consenso de quien es titular de una situación jurídica es necesario para que tenga efectos en su esfera jurídica el negocio que dispone de tal situación. Tal consenso puede ser dado participando del negocio o bien autorizando a los otros a cumplirlo en nombre e interés del mismo autorizado. Esta autorización puede ser preventiva o también sucesiva, tomando entonces el nombre de aprobación. El negocio autorizado o aprobado incide sobre la esfera del autorizante pero este no deviene en parte en cuanto no asume el conjunto de derechos y deberes de parte en el contrato". Inmediatamente el autor italiano añade: "Con referencia al contrato de cesión debe similarmente admitirse la posibilidad que el contratante cedido sea parte de él cuando asuma respecto al cesionario el empeño translativo y deba responder de su incumplimiento. Si, en cambio, el contratante cedido se limita a asentir el contrato de cesión estipulado entre cedente y cesionario, él es un tercero respecto a tal contrato. El contrato produce efectos también respecto al cedido pero ello en virtud de un acto autoritativo que es distinto respecto al negocio autorizado".

Sin duda la posición de tercero del cedido se evidencia más claramente cuando la autorización se da de manera genérica, en cuyo caso el contrato es libremente cedible. Como dice Bianca: "A la parte contractual le puede ser preventivamente conferido el poder de ceder el contrato a terceros: en tal hipótesis el contrato es libremente cedible"[20]; el contrato adquiere entonces potencialidad de circulación.

3. La cesión de posición contractual como efecto

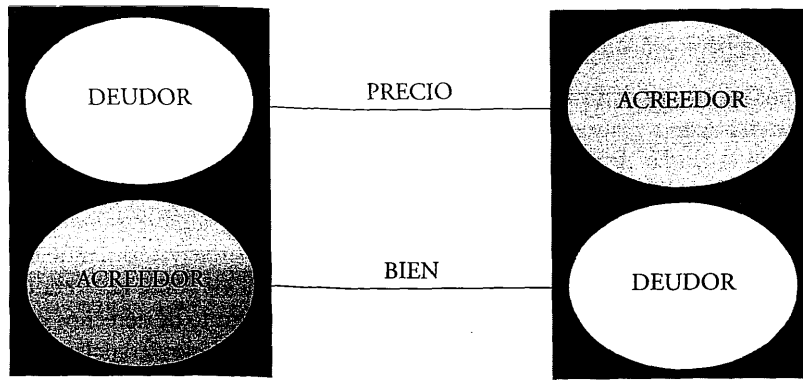
Como se ha anticipado, la cesión de posición contractual supone la sustitución del titular de una posición jurídica subjetiva que constituye uno de los dos polos de una relación

(15) BARBERO, Domenico. Ob. cit., Tomo III, p. 299.
(16) DIENER, María Cristina. *Il contrato in gennerale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 662.
(17) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Lima: Studium, 1986, p. 217. Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993, p. 53.
(18) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., volumen XV, Segunda Parte, tomo V, pp. 55-56.
(19) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 680.
(20) Ibídem, p. 685.

contractual. En tal sentido, dicha sustitución supone una modificación subjetiva de la relación jurídica patrimonial.

La cesión de posición contractual produce, al igual que la cesión de créditos (sustitución del sujeto activo de una relación obligatoria) o de la asunción de deudas (sustitución del sujeto pasivo de una relación obligatoria), una modificación subjetiva de una relación jurídico patrimonial.

Si visualizamos una relación obligatoria con prestaciones recíprocas podremos apreciar la diferencia existente entre la cesión de posición contractual y la cesión de créditos (o la asunción de deudas) (ver Gráfico).



Pongamos como ejemplo la relación contractual de compraventa. Por un lado tenemos la posición subjetiva compradora y del otro lado la posición subjetiva vendedora.

La "posición subjetiva compradora" comprende dos situaciones subjetivas: la acreedora de la cosa y la deudora del precio. Asimismo, la "posición subjetiva vendedora" comprende: la situación acreedora del precio y la deudora de la cosa.

La cesión de la posición subjetiva puede tener como objeto la transferencia de la titularidad de la posición compradora o de la posición vendedora.

Teniendo en cuenta el esquema planteado, algunos autores sostienen que la "posición contractual" supone una situación jurídica compleja donde encontramos una situación jurídica activa y una situación jurídica pasiva, de tal manera que cuando se produce una cesión de la posición contractual se transfiere en un solo acto tanto una situación jurídica activa (situación acreedora) como una situación jurídica pasiva (situación deudora)[21].

Al respecto Scognamiglio afirma: "... en el campo de la realidad práctica es innegable la ventaja de poder realizar ese resultado complejo en una sola operación"[22]. Desde este punto

(21) De hecho la doctrina italiana se enfrascó en una discusión respecto al Código Civil de 1865 donde prevalecieron dos tesis: la teoría atomística, que consideraba que la cesión de posición contractual suponía la transferencia singular de determinados derechos y obligaciones (cesión de créditos y asunción de deudas) y la tesis unitaria, que consideraba que la transferencia en un solo acto comprende un complejo unitario de derechos y obligaciones. Esta es la tesis mayoritaria a la luz del Código Civil italiano de 1942 (ver al respecto BENEDETTI, Alberto María. *La cessione del contratto*. Milano: Giuffrè, p. 7 y ss.).

(22) SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 279.

de vista, resulta claro que la cesión de posición contractual es un instrumento que pretende reducir los costos que implicaría la circulación de la "posición contractual" en virtud de dos actos: una cesión de créditos y una cesión de deudas. Como indica Messineo: "...la cesión del crédito es respecto de la cesión del contrato un instrumento práctico notablemente más atrasado desde un punto de vista de la técnica jurídica, y más pobre de efectos desde el punto de vista del contenido, porque hace circular el crédito pero no el contrato íntegro ni la relación obligatoria consiguiente..."(23).

Esta tesis ha llevado a gran parte de la doctrina italiana a sostener que la cesión de la posición contractual solo procedería en las relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas y no en las relaciones obligatorias con prestación a cargo de una sola de las partes puesto que en estas bastaría una cesión de crédito o una asunción de deudas. En este sentido Messineo señala: "La cesión del contrato puede efectuarse solamente respecto de los contratos con prestaciones recíprocas de no ser así, se estaría en materia no de cesión del contrato sino de cesión del crédito o de sucesión en la deuda ..."(24).

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, el artículo 1406 del Código Civil italiano establece que la cesión de posición contractual solo procede tratándose de relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas.

No obstante otros autores, sostienen que la posición contractual es una situación jurídica compleja que no se reduce a la suma de una situación jurídica de crédito y una de deuda, sino que comprende, además, una serie de situaciones jurídicas que no podrían ser transferidas mediante una cesión de créditos o una asunción de deudas. Así, la "posición contractual" además del crédito y de la deuda, también comprende otras situaciones jurídicas distintas y más amplias como los derechos potestativos, las expectativas, la legitimación a los remedios contractuales.

En este sentido Carresi, inicialmente defensor de la tesis que no admite la cesión de posición contractual en los contratos a cargo de una sola de las partes explica su conversión, admitiendo que existen ciertos poderes "a los cuales puntualmente corresponden para la otra parte situaciones de sujeción frente a su ejercicio que no se transmiten por efectos de la cesión de crédito o de la asunción de deuda sino que solo se transfiere en su globalidad la posición de la parte en el contrato"(25).

Sacco y De Nova señalan que cuando se define la cesión de posición contractual como un acto en virtud del cual se realiza una sucesión inter vivos a título singular de un tercero en la "posición contractual" de uno de los contratantes originarios, se pone en evidencia que "la cesión del contrato tiene por efecto la transmisión no solo de las deudas o de los créditos derivados del contrato con sus accesorios, sino del complejo de derechos potestativos, acciones, expectativas que son conexos a la calidad de contratante: piénsese en los poderes de anulación, de rescisión, de resolución, de excepciones dilatorias, de receso..."(26).

(23) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 236.
(24) Ídem.
(25) CARRESI, Franco. Ob. cit., pp. 860-861.
(26) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., p. 700.

Manuel de la Puente y Lavalle en relación al Código Civil peruano afirma que: "...aun en los contratos con prestaciones unilaterales existen deberes secundarios a cargo de varias partes que son susceptibles de ser materia de un contrato de cesión de posición contractual"(27).

En el mismo sentido Arias Schreiber dice: "Ordinariamente la cesión de posición contractual se produce en los contratos con prestaciones recíprocas. Empero, no puede descartarse la posibilidad de que también se dé en contratos con prestaciones unilaterales"(28).

Esta teoría que concibe la figura como un fenómeno unitario considera que mediante la cesión de créditos: "Los derechos potestativos y demás accesorios del contrato resultan incedibles si no pueden reducirse a derechos u obligaciones"(29).

En una posición distinta Díez-Picazo opina que: "La necesidad de que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, para que se pueda hablar de una cesión de contrato, se comprende sin dificultad. Si fuese un contrato con prestación única o con prestaciones a cargo de una sola de las partes, derivaría de él únicamente un solo crédito y una sola deuda, por lo cual el objeto de la cesión no sería una posición contractual compleja propiamente dicha. Habría, simplemente, una cesión de créditos o una asunción de deudas"(30).

En tal sentido, somos de la opinión que el objeto de la cesión, es decir, la posición contractual es una situación jurídica más amplia que la situación de crédito y la situación de deuda.

4. La cesión de posición contractual en las relaciones jurídicas patrimoniales con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente

Debe tenerse en cuenta, conforme al artículo 1435 del Código Civil, que pueden ser objeto de cesión "los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente".

Se ha discutido en la doctrina italiana, comentando el artículo 1406 del Código Civil italiano(31), la posibilidad de admitir la cesión de posición contractual en supuestos no comprendidos en los términos fijados en dicho artículo. Sobre esa base se han desarrollado dos grandes orientaciones: una tesis restrictiva y una tesis menos formal, la cual ha prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia.

La tesis restrictiva sostiene que deben considerarse cedibles, solo los contratos con prestaciones recíprocas aún no ejecutadas. Al respecto Andreoli señala: "La cesión del contrato lógicamente se basa en la hipótesis de los contratos con prestaciones recíprocas y en cuanto estas no hayan sido aún ejecutadas, en todo, o en parte, por ambas partes. La razón de esta delimitación sobresale de una intuitiva evidencia. En los contratos, con prestaciones de una sola de las partes, el sujeto que debe ejecutar la prestación se encuentra en la posición exclusiva de deudor, frente al otro contratante que ocupa la posición exclusiva de acreedor (...). Por tales contratos, no es evidentemente posible una cesión de contrato, caracterizada objetivamente, como se ha visto, por la transferencia a un tercero de un complejo de elementos activos y pasivos correspondientes a una determinada posición contractual: sino es posible

(27) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco, 1983, p. 58.
(28) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., Tomo I, p. 216.
(29) FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *La asunción de deudas y la cesión de contrato*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 56.
(30) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. 2ª. edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 845.
(31) Artículo 1406.- "Cada una de las partes puede sustituirse con un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si estas no han sido aún ejecutadas, siempre que la otra parte lo consienta".

solamente una cesión del crédito de parte del acreedor, o bien una sucesión a título particular del débito, a través de los mecanismos negociales necesariamente predispuestos por el ordenamiento jurídico"[32].

En tal sentido, puede apreciarse la relación que existe entre la teoría unitaria de la cesión y la "incedibilidad" de los contratos con relaciones obligatorias con prestación a cargo de una sola de las partes o en los contratos donde ya se haya ejecutado alguna de las prestaciones, pues en este caso se deberá recurrir a la cesión de crédito y a la asunción de deudas.

Esta tesis restrictiva ha sido cuestionada. En tal sentido un sector doctrinario admite cesiones atípicas, así Benedetti señala que la doctrina dominante "reconoce la naturaleza 'ejemplificadora' de la (aparente) limitación contenida en el artículo 1406 C.C.: en sustancia, la citada norma se limitaría a disciplinar la hipótesis más común de cesión del contrato, sin con ello impedir que la sustitución de un tercero en la relación contractual opere también respecto a contratos distintos"[33].

En el mismo sentido Sacco y De Nova consideran admisible las cesiones atípicas, "en los contratos unilaterales (y en los contratos bilaterales ejecutados *ex uno latere)* no subsiste, por definición (y no subsiste más), la calidad conjunta deudor-acreedor de prestaciones principales: pero no por esto la posición activa o pasiva de las partes se reduce al solo crédito o a la sola deuda, pues esa comprende también los derechos potestativos del contratante, las acciones relativas, los derechos fundados sobre pactos especiales. Y por tanto, tienen razón de ser también en estos casos la cesión del contrato, pues esta, como se ha dicho, consiente de obtener un resultado que no puede ser conseguido con la cesión del crédito o la asunción de deudas"[34].

Sobre esta base se admite la posibilidad de ceder contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes o con prestaciones ejecutadas parcialmente *(ex uno latere).* Queda claro que si todas las prestaciones hubieran sido enteramente ejecutadas por una parte y por la otra, la relación contractual ya se habría extinguido y por tanto no podría pensarse en una sucesión en una relación contractual que ya no existe.

Así, en un contrato de compraventa de un inmueble, si la transferencia de propiedad ya se ha producido, podría se objeto de cesión en la medida, por ejemplo, que el bien no hubiese sido entregado o el precio no hubiese sido pagado.

Una cuestión en debate es respecto a la necesidad o no de la conformidad del contratante cedido en los casos de las "cesiones atípicas". La tesis prevaleciente considera que no se requiere la conformidad del cedido cuando la prestación ya fue ejecutada por el cedente. No habría ya de parte del cedido un interés de controlar la circulación del contrato ya ejecutado. Una posición distinta es la de Benedetti para quien siempre será necesario la conformidad del cedido.

5. Los contratos concluidos *intuitu personae*

Según una posición doctrinal en Italia, los contratos *intuitu personae* no podrían ser objeto de cesión. En efecto, no podría sustituirse la parte que fue elegida en consideración de sus particulares cualidades personales.

(32) ANDREOLI citado por BENEDETTI, Alberto María. Ob. cit., p. 116.
(33) BENEDETTI, Alberto María. Ob. cit., p. 118.
(34) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., pp. 705-706.

Esta tesis, sin embargo, es actualmente minoritaria en Italia. La tesis mayoritaria se inclina por su "cedibilidad". Se considera que las partes, a través de su consentimiento a la cesión, deben ser libres de valorar la sustituibilidad de la persona del otro contratante, no debe haber ningún obstáculo que limite la autonomía privada.

Al respecto Sacco y De Nova señalan: "No nos parece convincente la afirmación según el cual serían intrínsecamente incedibles los contratos estipulados *intuitu personae...*" y luego añaden "esto porque, dado que la cesión requiere el consenso del contratante cedido, será este quien valorará si las cualidades personales que lo habían inducido a la conclusión del contrato originario con el cedente están presentes también en el cesionario. No debe identificarse los contratos que se extinguen por muerte de una de las partes: porque la transmisibilidad *inter vivos* y la transmisibilidad *mortis causa* no están sujetas a una disciplina unitaria"[35].

En un sentido similar Messineo[36] señala que cuando se dice que los contratos *intuitu personae* no son cedibles, ello debe ser entendido en su exacto significado: que sin el consentimiento del cedido, un contratante no puede sustituir a sí mismo por un tercero, pero no que exista una razón de orden público (y por tanto inderogable) que prohíba la cesión del contrato.

6. La cesión parcial

La doctrina italiana admite la posibilidad de la cesión parcial del contrato, en tal sentido, respecto a la cuota no transferida el cedente mantiene la titularidad. En este sentido Bianca señala: "Aun a falta de una específica previsión normativa debe admitirse la posibilidad de una cesión parcial del contrato. La cesión parcial no extingue la relación pero se limita a una transferencia parcial quedando la titularidad del cedente por la cuota no transferida"[37].

7. Cesión legal

La cesión de posición contractual también puede tener como título supuestos previstos por la ley como idóneos para producir la transferencia de la posición contractual. En estos casos la cesión no requiere el acuerdo de las partes ni la adhesión del cedido, el efecto translativo se produce al darse el supuesto previsto en la ley. Bianca señala: "La cesión legal del contrato es aquella cesión que tiene como título determinados hechos previstos por la ley como idóneos para transferir la relación contractual"[38].

Diener[39] habla de cesión impropia del contrato para referirse a la figura en virtud del cual el contrato se transfiere a un nuevo sujeto sin la intervención de las partes originarias y, por tal característica, algunos autores prefieren hablar más bien de sucesión del contrato y no de cesión.

Como señalan Sacco y De Nova: "Las hipótesis de sucesión *ex lege* tienen una disciplina propia, y a ellas no son de aplicación, salvo por analogía, la disciplina de la cesión del contrato"[40].

(35) Ibídem, p. 708.
(36) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., tomo II, p. 243.
(37) BIANCA, Massimo. Ob. cit., 3, p. 678.
(38) Ibídem, p. 688.
(39) DIENER, María Cristina. Ob. cit., p. 672. En el mismo sentido MESSINEO, Francesco. Ob. cit., tomo II, p. 244.
(40) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., p. 700.

Encontramos un supuesto de cesión legal, por ejemplo, en el inciso 1 del artículo 1078 del Código Civil peruano referido al contrato de arrendamiento.

DOCTRINA

ANDREOLI, M. La cesión del contrato. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos; Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967; BENEDETTI, Alberto María. La cessione del contratto. Giuffrè, Milano; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. 3 Il contratto. Giuffrè. Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. XXI, t. 1. Giuffrè, Milano, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DIENER, María Cristina. Il contrato in gennerale. Giuffrè. Milano, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. 2ª. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1986; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. La asunción de deudas y la cesión de contrato. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984; HARO, José Juan. De tin marin de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. En: Themis, Revista de Derecho, N° 44, PUCP, Lima; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Comares. Granada, 1988; ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milano, 2001; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Tomo secondo. UTET. Torino, 1996; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. La novación de las obligaciones en el Derecho español. En: Estudios de Derecho Civil. Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978; SCHAFER, Hans-Bernd y otro. Manual de análisis económico del Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1986; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Grijley. Lima, 2002. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Su aplicación en la codificación civil peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Consentimiento expreso en la cesión de crédito y garantía

{L}a cesión de crédito y garantía hipotecaria en favor de un tercero, se rige por las reglas de la cesión de posición contractual, por lo que requiere consentimiento expreso del garante y no una simple notificación como disponen los artículos 1435 segundo párrafo y 1439 del Código Civil ***(Cas. N° 1032-1997-Arequipa).***

Noción de cesión de posición contractual

La cesión de posición contractual regulado por los artículos 1435 al 1439 del Código Civil, {...} nos indica que la cesión de posición contractual es un acto jurídico, concretamente un contrato para modificar (subjetivamente) una relación contractual preexistente, sin alterar su identidad; en este contexto el artículo 1437 del referido cuerpo legal, señala que "el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el concesionario desde el momento en que se celebra la cesión (...)". Todo ello implica que, la cesión de posición contractual, es la operación jurídica a través de la cual uno de los titulares originales de una determinada relación contractual (cedente) se sustituye por un tercero (cesionario) a fin que ella vincule al nuevo titular con el otro titular original (cedido), manteniéndose objetivamente intacta la relación contractual y siempre con el asentimiento de este último ***(Cas. N° 4573-2013-Junín).***

Regulación de diversos aspectos de la cesión

Artículo 1436.- ***La forma de la trasmisión, 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.***

Concordancias:
C.C. art. 1435, 1437 y ss.

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Forma de la cesión

El objeto de la cesión es pues la transferencia al cesionario de la relación contractual, la cual continúa encontrando su fuente en el contrato originario. Como señala Benedetti: "si el objeto 'inmediato' de la cesión es sin duda la relación contractual, el contrato originario asume, sin embargo, el rol de objeto 'mediato'"(1).

Teniendo en cuenta que la cesión de posición contractual supone una modificación subjetiva de la relación contractual(2), el artículo 1436 guarda concordancia con el artículo 1413 del Código Civil, según el cual "las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato".

2. Capacidad de las partes intervinientes, los vicios del consentimiento y las relaciones entre los contratantes

El artículo 1436 de nuestro Código Civil, a diferencia de los otros artículos que regulan la cesión de posición contractual que encuentran su antecedente en el Código Civil italiano, es tomado del artículo 425 del Código Civil de Portugal. aunque, este se refiere a la "capacidad de disponer y de recibir".

Coincidimos con De la Puente en el sentido que no parece muy clara "la razón de ser de que la capacidad de las partes del contrato de cesión de posición contractual deba también definirse en función del acto que sirve de base a la cesión"(3).

¿Qué debe entenderse por "acto que sirve de base a la cesión"? De la Puente parece entender que es el contrato que se cede(4); es decir, el contrato que es objeto de la cesión. Sin embargo, ello no parece lógico si entendemos que la capacidad de las partes se rige por una regla genérica, en tal sentido la capacidad requerida, tanto para el contrato objeto de la cesión y para el contrato de cesión, se rige por los artículos 42 y siguientes del Código Civil.

Otra posible interpretación, por la cual nos inclinamos, es que cuando el Código Civil portugués se refiere al "acto que sirve de base a la cesión" no está pensando en el contrato objeto de la cesión. En efecto, si se considera la cesión de posición contractual como efecto que tiene como causa un acto translativo diferente, como por ejemplo, una compraventa (cesión de posición contractual a cambio de dinero) o una donación (cesión de posición contractual gratuito), entonces "el acto que sirve de base de la cesión" es ese contrato de compraventa o de donación; vale decir, el título de la cesión.

(1) BENEDETTI, Alberto María. *La cessione del contratto*. Milano: Giuffrè, p. 113.
(2) En este sentido CARESSI, Franco. *Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. XXI, t. 1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 858.
(3) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993; p. 69.
(4) Loc. cit.

Lo señalado tiene sentido si nos remitimos al artículo 578 del mismo Código de Portugal que refiriéndose a la cesión de créditos, que se trata como efecto y no como acto, señala: "Los requisitos y efectos de la cesión entre las partes se definen en función del **tipo de negocio que le sirve de base**". (El resaltado es nuestro).

Al respecto Natoli considera que la cesión de la posición contractual tiene dos momentos[5]: 1) el negocio que tiene por objeto la cesión de la relación contractual (venta, donación o cualquier contrato con función translativa), y 2) el negocio a través del cual se actúa la cesión (el negocio de cesión en sentido estricto). De acuerdo con el autor italiano, el primer momento corresponde a lo que los portugueses denominan "acto que sirve de base a la cesión".

En tal sentido, al interpretar el artículo 1436 del Código Civil debemos tener en cuenta que la cesión de posición contractual, en nuestro Código Civil, como ya hemos visto, no solo es efecto sino también acto. En tal sentido Bianca señala: "El negocio de cesión del contrato es un negocio de alienación que se caracteriza por su objeto prescindiendo de una determinada causa" y luego añade "Encuentra aplicación la disciplina relativa a la causa que de vez en vez se verifique en la base del contrato de cesión. En cuanto la cesión designa en general los contratos que tienen por objeto la transferencia de una relación contractual, ella no tiene una causa propia, ni puede decirse propiamente que ella tenga una causa variable. Debe decirse más bien que como todos los negocios de alienación la cesión del contrato tiene la función que vez en vez justifica la operación. Según la causa verificada la alienación del contrato ingresa en el tipo de la venta, de la donación, de la transacción, etc."[6].

DOCTRINA

ANDREOLI, M. La cesión del contrato. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos; Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967; BENEDETTI, Alberto María. La cessione del contratto. Giuffrè, Milano; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. 3 Il contratto. Giuffrè. Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. XXI, t. 1. Giuffrè, Milano, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DIENER, María Cristina. Il contrato in gennerale. Giuffrè. Milano, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. 2ª. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1986; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. La asunción de deudas y la cesión de contrato. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984; HARO, José Juan. De tin marin de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. En: Themis, Revista de Derecho, N° 44, PUCP, Lima; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Comares. Granada, 1988; ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milano, 2001; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Tomo secondo. UTET. Torino, 1996; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. La novación de las obligaciones en el Derecho español. En: Estudios de Derecho Civil. Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978; SCHAFER, Hans-Bernd y otro. Manual de análisis económico del Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1986; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Grijley. Lima, 2002. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Su aplicación en la codificación civil peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

(5) Citado por BENEDETTI, Alberto María. Ob. cit., p. 44 y ss.

(6) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3. Il contratto.* Milano: Giuffrè, 1998, pp. 681-682.

Los efectos de la cesión. Liberación del cedente

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.***

Concordancia:
C.C. art. 1183

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Los efectos de la cesión de la posición contractual

Carresi distingue los efectos de la cesión de posición contractual en esenciales, naturales y accidentales.

Los efectos esenciales son los efectos *ex lege* que se producen como consecuencia de la sustitución del contratante cedente; son naturales los efectos también previstos por la ley pero suprimibles por las partes y son efectos accidentales los que surgen de los pactos accesorios.

El efecto esencial de la cesión, como ya se dijo, es el ingreso del cesionario en la relación contractual.

De acuerdo con el artículo 1437, el cedente queda liberado de sus derechos y obligaciones respecto al contratante cedido desde el momento en el cual la sustitución deviene eficaz respecto a este. La liberación del cedente respecto al cedido es el efecto natural típico.

En los contratos de ejecución duradera (continuada o periódica) el cedente continuará respondiendo, salvo expreso acuerdo liberatorio, de las obligaciones que se han tornado exigibles antes de la cesión y que no han sido cumplidas por el cedente.

2. La cesión sin liberación del cedente

El efecto natural de la liberación del cedente puede se excluido convencionalmente por las partes, en tal caso, el cedido podrá dirigirse directamente contra el cedente en caso que el cesionario no cumpla[1].

El cedido, si bien asiente la cesión de la posición contractual, se reserva convencionalmente la posibilidad de dirigirse contra el cedente en el caso que el cesionario no cumpla, como señala Benedetti: "el cedido, de tal manera, transfiere al cedente el riesgo que, de otra manera, le correspondería asumir"[2]. El cedente, en vía subsidiaria, continúa respondiendo del incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del contrato. Solo habrá una liberación total del cedente cuando el cesionario cumpla todas las obligaciones derivadas del contrato.

(1) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3, Il contrato.* Milano: Giuffrè, 1998, pp. 681-682.
(2) BENEDETTI, Alberto María. *La cessione del contratto.* Milano: Giuffrè, p. 165.

El contratante cedido tiene que dar aviso, sin ninguna forma particular, 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.

DOCTRINA

ANDREOLI, M. La cesión del contrato. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos; Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967; BENEDETTI, Alberto María. La cessione del contratto. Giuffrè, Milano; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. 3 Il contratto. Giuffrè. Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. XXI, t. 1. Giuffrè, Milano, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DIENER, María Cristina. Il contrato in gennerale. Giuffrè. Milano, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. 2ª. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1986; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. La asunción de deudas y la cesión de contrato. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984; HARO, José Juan. De tin marin de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. En: Themis, Revista de Derecho, N° 44, PUCP, Lima; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Comares. Granada, 1988; ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milano, 2001; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Tomo secondo. UTET. Torino,1996; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. La novación de las obligaciones en el Derecho español. En: Estudios de Derecho Civil. Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978; SCHAFER, Hans-Bernd y otro. Manual de análisis económico del Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1986; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Grijley. Lima, 2002. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Su aplicación en la codificación civil peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Modalidades de la cesión de posición contractual

{E}s pertinente considerar que dicha norma {1437} contempla dos modalidades fundamentales que puede asumir la cesión de posición contractual, según la doctrina: a) la cesión con liberación completa del cedente, y 29) la cesión sin liberación del cedente. En cuanto a la primera modalidad, dicha norma la acoge como regla general: y en la segunda modalidad, el Código lo emite siempre que así se pacte; en este evento, funciona correlativamente la obligación que tiene el cedido de comunicar al cedente el incumplimiento del cesionario, dentro del plazo fijado por el mismo precepto y, de no hacerlo, el cedente queda liberado de toda responsabilidad (Cas. N° 4600-2016-Lima).

Garantía de existencia y validez del contrato

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.

Concordancias:
C.C. *arts. 1183, 1212, 1213, 1868, 1872*

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. La garantía de la existencia y de la validez del contrato

Navarro Pérez advierte, refiriéndose a la cesión de créditos[1], que se debe dilucidar: "(...) la equivalencia o diversidad de los conceptos de responsabilidad y garantía"[2].

En el mismo sentido Panuccio señala: "Muy delicado es el problema de la relación entre garantía y responsabilidad (...)" y, más adelante añade: "En la literatura se pueden distinguir dos corrientes alrededor de este problema: de una parte se tiende a ver en la garantía y en la responsabilidad fenómenos esencialmente afines. El término alemán *Haftung,* que tanta importancia ha tenido en la distinción entre dos diversos perfiles de la relación obligatoria, traduce los términos responsabilidad y garantía. Otros oponen garantía y responsabilidad como conceptos incompatibles, uno tiene carácter objetivo, el otro carácter subjetivo y presupone la culpa"[3].

En la legislación extranjera podemos encontrar casos donde los términos responsabilidad y garantía se utilizan indistintamente y como sinónimos en materia de cesión de créditos. Tal es el caso del Code Napoleón y del Código belga donde en los artículos 1693 y 1695 se refieren a garantía y el artículo 1694 a responsabilidad.

Navarro Pérez, comentando el ordenamiento civil español ha dicho: "Se ha hablado en forma unitaria de garantías en la cesión del crédito, cuando en realidad es una concepción dicotómica, o mejor, dos figuras distintas. En efecto, mientras la llamada garantía por la existencia y legitimidad del crédito e incluso por la solvencia del deudor en el caso de la insolvencia anterior y pública, no son sino casos de responsabilidad (...), la considerada como responsabilidad voluntaria por la solvencia del deudor es un supuesto de garantía de características especiales. Es un caso de lo que se ha llamado garantía restitutiva, caracterizada porque el garante cedente responde al cesionario garantizado por una cantidad determinada (...)"[4].

(1) Si bien es cierto las garantías que la ley atribuye al cedente en la cesión del crédito y en la cesión de posición contractual no coinciden, los conceptos que se discuten sí tienen plena aplicación.

(2) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español.* Granada: Comares, 1988, p. 171.

(3) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 142-143.

(4) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 173.

La transferencia de la posición contractual supone la existencia de riesgos específicos: el Código Civil peruano se refiere a la inexistencia e invalidez del contrato. En tal sentido, la asunción del riesgo por el cedente de la inexistencia e invalidez del contrato cedido es un efecto legal esencial de la cesión de posición contractual, admitiéndose pacto en contrario.

Resulta curiosa la referencia a la "existencia y validez del contrato" si tenemos en cuenta que conforme lo señala Vidal Ramírez el Código Civil peruano solo reconoce la invalidez: la nulidad y la anulabilidad, excluyendo la llamada inexistencia(5).

Si tenemos en cuenta que el objeto de la cesión es pues la transferencia al cesionario de la relación contractual, entonces, entendemos que el cedente asume frente al cesionario el riesgo de la inexistencia de la relación obligatoria cedida, sea por la invalidez (nulidad o anulabilidad) del contrato que le dio origen o por ineficacia (rescisión o resolución). Como señala Benedetti comentando el Código Civil italiano: "La garantía ex artículo 1410, 1° co., c.c. está dirigida a tutelar el cesionario respecto a eventuales iniciativas del cedente dirigidas a enajenar una posición contractual económicamente privada de valor en cuanto, por lo mismo inválida (y, por tanto, no productiva de ninguna utilidad económica)"(6).

En el caso que se ceda la posición contractual en una relación obligatoria generada por un contrato anulable por dolo, error o violencia y estas causas eran ya conocidas al momento de la cesión, el consentimiento a la cesión de la parte que se encontraba legitimada para impugnar debe ser considerado como una confirmación.

En el caso de la resolución, también procede la garantía, siempre que la causa sea anterior e ignorada, sin culpa, por el cesionario, así Clarizia citado por Benedetti señala: "...no puede subsistir ninguna duda acerca del hecho que la garantía se deba entender también en los casos en los cuales el contrato transferido sea resuelto sucesivamente a la cesión por una causa a esta anterior, ignorada sin culpa, por el cesionario"(7).

A falta de acuerdo, y cuando la garantía sea aplicable, debe determinarse cual es el interés que el cedente está obligado a garantizar. La doctrina se pregunta si se trata de una lesión al interés positivo o al interés negativo(8).

Algunos autores consideran que se trata de una lesión del interés positivo, por tanto, consideran que la indemnización debe colocar al cesionario en la misma situación que se hubiera encontrado si la relación obligatoria cedida hubiera sido cumplida (por tanto como si hubiera existido).

Otros autores consideran que se trata de una lesión del interés negativo, considerando que ante la falta de objeto, el contrato de cesión debería considerarse nulo(9).

(5) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico. Su aplicación en la codificación civil peruana*. Lima: Cultural Cusco, 1985, p. 506.

(6) BENEDETTI, Alberto María. *La cessione del contratto*. Milano: Giuffrè, p. 185.

(7) CLARIZIA citado por BENEDETTI, Alberto María. Ob. cit., p. 189.

(8) Respecto a la noción de lesión del interés positivo y lesión del interés negativo ver HARO, José Juan. "De tin marín de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú". En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 44, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 83-101.

(9) ZACCARÍA citado por BENEDETTI, Alberto María. Op. cit., p. 192.

2. Garantía del cumplimiento de la obligación

El riesgo del incumplimiento es, el riesgo propio de cualquier relación obligatoria y, en tal sentido, el Derecho debe proporcionar los mecanismos necesarios que garanticen el cumplimiento de la prestación comprometida, permitiendo el fluido tráfico de bienes.

Como ya lo vimos: "La tarea del ordenamiento jurídico de reconstruir una regulación contractual perfecta, según la pauta del contrato perfecto, nos remite de golpe al Derecho dispositivo. Este tiene preparadas 'reglamentaciones supletorias' para determinados tipos básicos de relaciones contractuales, en caso de que las partes no hayan llegado a acuerdos sobre determinados puntos que necesitan regularse"[10]. Bajo esta tónica el ordenamiento jurídico atribuye el riesgo del incumplimiento al deudor por las razones que hemos visto.

Pero las partes quedan, dentro de ciertos límites[11], con libertad para atribuir el riesgo a otros sujetos. Así, por ejemplo, al acreedor o a terceros. Esto último sucede en el caso de las garantías otorgadas por terceros.

En tal sentido, el segundo párrafo del artículo 1438 del Código referente a la cesión de posición contractual, establece que: "Es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador".

Esto significa que el cedente se obliga frente al cesionario a cumplir determinada prestación, en garantía de la obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor cedido.

Lo mismo sucederá, analógicamente, en el caso de la cesión del crédito. En este caso, en principio, el cedente responde por entero, sin ninguna limitación.

3. Las excepciones oponibles entre el cesionario y el cedido

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.

El cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que derivan del contrato cedido, ello porque la relación contractual experimenta una modificación que si bien altera un elemento subjetivo, ella permanece inmutada y conservando su identidad. En tal sentido, el cedido conserva su posición contractual.

No son oponibles las "excepciones personales", su oponibilidad queda subordinada a una reserva expresa (debe indicar la excepción que quedará oponible) al momento del consenso de la cesión. Así, por ejemplo, en el caso de la excepción de compensación: el cedido no podría oponer al cesionario la excepción de compensación entre la deuda dependiente del contrato cedido y un crédito que él tenga con el cedente.

El cesionario puede oponer al cedido las excepciones derivadas del contrato cedido que hubieran correspondido oponer al cedente.

(10) SCHAFER, Hans-Bernd y otro. *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 282.

(11) Ver en tal sentido lo relativo a las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Al respecto, ver el artículo 1328 del Código Civil.

DOCTRINA

ANDREOLI, M. La cesión del contrato. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos; Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967; BENEDETTI, Alberto María. La cessione del contratto. Giuffrè, Milano; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. 3 Il contratto. Giuffrè. Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. XXI, t. 1. Giuffrè, Milano, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DIENER, María Cristina. Il contrato in gennerale. Giuffrè. Milano, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. 2ª. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1986; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. La asunción de deudas y la cesión de contrato. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984; HARO, José Juan. De tin marin de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. En: Themis, Revista de Derecho, Nº 44, PUCP, Lima; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Comares. Granada, 1988; ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milano, 2001; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Tomo secondo. UTET. Torino, 1996; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. La novación de las obligaciones en el Derecho español. En: Estudios de Derecho Civil. Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978; SCHAFER, Hans-Bernd y otro. Manual de análisis económico del Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1986; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Grijley. Lima, 2002. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Su aplicación en la codificación civil peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

Garantías de terceros en el contrato de cesión

Artículo 1439.- ***Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquellas.***

Concordancia:
C.C. art. 1438

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Las garantías de la obligación del cedente

Cuando se produce un fenómeno translativo de las situaciones o posiciones jurídicas que constituyen los polos de una relación jurídica patrimonial, debemos tener en cuenta que dicho fenómeno supone, además, una modificación subjetiva de la relación jurídica. No obstante, debemos tener presente que dicha modificación no supone un fenómeno novativo.

Así, Bianca al respecto señala: "la cesión del contrato no debe ser confundida con la novación, la cual importa la extinción de la relación contractual y la constitución de una nueva relación con un sujeto distinto o con un contenido distinto. La cesión presupone, en cambio, la permanencia de la relación que se transfiere del cedente al cesionario"(1).

La relación jurídico patrimonial puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteran alguno de sus elementos pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad.

La doctrina moderna reconoce que no todo cambio en la relación obligatoria implica su extinción y el surgimiento de una nueva que la sustituya; en otras palabras, no toda modificación de la relación jurídica patrimonial implica novación. En tal sentido, Francisco de Asís Sancho Rebullida señala: "... 'modificar' es algo distinto de 'extinguir', en cierto sentido, contrario, pues predica la subsistencia del quid modificado"(2).

Lo señalado es importante, no solo desde un punto de vista académico sino, principalmente, en lo práctico, por cuanto, como señala Luis Díez-Picazo, "... la permanencia o no permanencia de la relación es en rigor la pervivencia o no pervivencia del régimen jurídico anterior"(3).

Se puede distinguir, principalmente, dos tipos de modificaciones en la relación obligatoria(4): la subjetiva y la objetiva.

Mediante la modificación subjetiva se produce un cambio de sujeto en la relación jurídico patrimonial. Esta puede afectar tanto la situación activa como la pasiva, así como, la "posición subjetiva".

(1) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, 3, Il contratto.* Milano: Giuffrè, 1998, p. 677.
(2) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. "La novación de las obligaciones en el Derecho español". En: *Estudios de Derecho Civil.* Tomo I. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978, p. 231. El mismo autor señala que los verbos modificar, variar, sustituir, subrogar se refieren más a la subsistencia del vínculo que a su extinción.
(3) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Volumen I. 2ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 795.
(4) Luis Díez-Picazo reconoce, además, los siguientes tipos de modificación de la relación obligatoria: modificación circunstancial, funcional o causal, del contenido de la relación (DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 792 y ss.).

Como se ha dicho la pervivencia de la relación conlleva la pervivencia del régimen jurídico anterior, lo que significa la pervivencia del régimen de garantías.

No obstante, es preciso distinguir según si las garantías han sido constituidas por terceros o por la parte deudora.

La extinción de las garantías otorgadas por terceros ocurre al producirse cualquier modificación de la relación obligatoria sin asentimiento de los otorgantes. Ello sucede porque el contrato modificatorio, en virtud del principio del efecto relativo de los contratos, solo produce efectos en la esfera de las partes que lo celebran (artículo 1363 del Código Civil), y no para aquellos que no han intervenido en él. Para que los efectos de dicho contrato puedan expandirse a los terceros es necesario su asentimiento.

Las garantías reales constituidas por el propio deudor sí perviven, así como todo el régimen jurídico de la relación jurídica patrimonial. Una opinión distinta la tiene Benedetti para quien "el natural efecto liberatorio de la cesión determine la extinción de las garantías, sea reales que personales, que pueden acompañar la obligación del cedente respecto al cedido, salvo que las partes no manifiesten una voluntad contraria"[5].

DOCTRINA

ANDREOLI, M. La cesión del contrato. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos; Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Studium. Lima, 1986; BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967; BENEDETTI, Alberto María. La cessione del contratto. Giuffrè, Milano; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. 3 Il contratto. Giuffrè. Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. XXI, t. 1. Giuffrè, Milano, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DIENER, María Cristina. Il contrato in gennerale. Giuffrè. Milano, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. 2ª. Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1986; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. La asunción de deudas y la cesión de contrato. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984; HARO, José Juan. De tin marin de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. En: Themis, Revista de Derecho, N° 44, PUCP, Lima; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Comares. Granada, 1988; ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffrè. Milano, 2001; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Tomo secondo. UTET. Torino, 1996; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. La novación de las obligaciones en el Derecho español. En: Estudios de Derecho Civil. Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978; SCHAFER, Hans-Bernd y otro. Manual de análisis económico del Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1986; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Grijley. Lima, 2002. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría general del acto jurídico. Su aplicación en la codificación civil peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

(5) BENEDETTI, Alberto María. *La cessione del contrato*. Milano: Giuffrè, p. 162.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

No basta el conocimiento de la posición contractual para aprobar la fianza

{A}l mediar garantías constituidas por terceros (artículo 1439 del Código Civil), estas no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquellos, infiriéndose entonces que no basta el conocimiento de la cesión de posición contractual sino la autorización que encierra facultad para calificar o aprobar la fianza dado el carácter solemne de esta y su literalidad (Cas. N° 4600-2016-Lima).

Diferencia entre la cesión de posición contractual y la cesión de derechos

{E}n la cesión de posición contractual el cesionario sustituye al cedente en la totalidad de derechos y obligaciones derivados del contrato, o dicho de otro modo, es como que el tercero subentra en la posición jurídica del cesionario en la relación jurídica contractual; en cambio, en la cesión de derechos no se verifica la aludida sustitución, sino lo que se transfiere al tercero es tan solo una o varias prestaciones susceptibles de ser exigidas por el acreedor; pero el contrato básicamente permanece inalterable y simplemente ocurre que una de las partes (el acreedor) cede a un tercero su derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor; por tanto, no resulta necesaria la aceptación del deudor ni el consentimiento de tercero garante, pues la relación jurídica permanece incólume; razón por la que no resulta de aplicación al presente caso el artículo 1439 del Código Civil (Cas. N° 2570-2005-Lima).

TÍTULO VIII
EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

Excesiva onerosidad de la prestación

Artículo 1440.- *En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.*

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Concordancias:
C.C. arts. 1362, 1371, 1372, 1441, 1442, 1445

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

1. Antecedentes

Para entender el origen y desarrollo actual de la excesiva onerosidad, es necesario recordar que los Códigos Civiles expedidos en los dos últimos siglos, basados en la autonomía del individuo y la capacidad para autodeterminarse en orden a satisfacer sus intereses, consagraron el principio de fuerza obligatoria del contrato, concibiendolo como ley para las partes, tal como puede observarse en el artículo 1134 del *Code* (actual 1103 tras la reforma de 2015), artículo 1091 del Código Civil español, artículo 1132 del Código Civil italiano, antiguo artículo 1197 del Código Civil y actual 959 del Código Civil y Comercial argentino, artículo 1361-1 del Código Civil peruano, artículo 1545 del Código Civil chileno y artículo 1602 del Código Civil colombiano, entre otros.

Por esta razón, se dispuso que dicho acuerdo solo podía ser invalidado por el consentimiento de las partes para darlo por terminado; o por alguna causa legal, tal como son los modos de extinguir las relaciones obligatorias (pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe); o bien por alguna vicisitud que afectara la relación contractual, esto es: la declaración de nulidad, o la resolución por incumplimiento de cualquiera de las prestaciones. De esta manera, no se previó nada en relación con la posibilidad de revisar los términos del contrato, para declarar su terminación o ajuste, en caso de que alguna circunstancia no prevista por las partes al momento de la celebración alterara las prestaciones en grado tal que las convirtiera en excesivamente onerosas.

Teniendo en cuenta el principio de fuerza obligatoria del contrato, este no puede terminarse sino por alguna de las causales señaladas, y teniendo en cuenta que ambas partes habían consentido de manera libre y en situación de igualdad, ninguna de ellas podría excusarse del incumplimiento de alguna las prestaciones contractuales, alegando su dificultad para cumplir por haber sobrevenido un cambio de carácter económico que hiciere excesivamente onerosa dicha prestación. La única posibilidad de justificar el incumplimiento sería cuando una causa extraña –caso fortuito o fuerza mayor– impidiere definitivamente el cumplimiento,

razón que justificaría tal situación, y en consecuencia liberare al deudor de la prestación alterada por la mencionada causa[1].

Sin embargo, con este principio de la obligatoriedad del contrato debió enfrentar los efectos de situaciones sobrevinientes tales como las guerras y las consecuencias de las variaciones del sistema económico, que generaron eventos que no caben dentro de los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, dado que estos no hacen que la prestación fuere imposible de cumplir, sino que por el contrario, la misma es posible, solo que para efectuarla, el deudor debería hacer esfuerzos originalmente no concebidos[2]. Ante ello, se admitió la posibilidad de revisar judicialmente la alteración sobrevenida por cambio de circunstancias[3]. Las manifestaciones de la revisión por alteraciones sobrevinientes del contrato se produjeron en los países más representativos de la tradición europeo-continental de la manera que pasamos a describir.

El Derecho Civil francés se negó durante años a aceptar la revisión judicial del contrato por hechos sobrevinientes[4]. La jurisprudencia administrativa francesa fue la que marcó la pauta para el desarrollo de la denominada teoría de la imprevisión, según la cual el contrato es obligatorio para los contratantes, pero se admite la liberación por circunstancias extraordinarias imprevisibles para las partes[5].

El caso al que debe hacerse obligada referencia es el de la Compañía General de Iluminación de Burdeos, fallado por el Consejo de Estado francés el 30 de marzo de 1916. En el año 1904, se había celebrado un contrato de concesión entre la compañía de suministrar el alumbrado a cambio de un determinado precio, el que se determinó teniendo en cuenta el precio del carbón, que era la materia prima básica para la prestación del servicio[6]. El problema fáctico se refería a la pretensión de la compañía de gas para que se declarara que el precio del contrato debía aumentarse y además obtenerse una indemnización que reparara las pérdidas que había sufrido por el alza del precio del carbón[7]. Entre las cosas que se trataba de determinar era si "(...) la variación de los precios de las materias primas en razón de circunstancias económicas constituye un riesgo del contrato, que, según el caso, puede ser favorable o desfavorable para el concesionario y continúa siendo por su cuenta y riesgo, por cuanto se reputa que cada parte tuvo en cuenta ese riesgo en los cálculos y previsiones que efectuó antes de comprometerse (...)"[8]. El Consejo de la prefectura de la Gironda, en decisión de 30 de julio de 1915, absolvió al municipio, por lo cual la compañía apeló ante el Consejo

(1) Así, por ejemplo, en el artículo 1604 del Código Civil colombiano se dispone que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se constituya en mora, la que produce como efecto la inversión de la carga del riesgo.

(2) HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, v. II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 511. ZWEIGERT, K. & KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, Translated by Tony Weir, third edition, Oxford University Press, Oxford, pp. 524 a 527. En esta obra puede verse un estudio de Derecho comparado sobre los efectos supervinientes y su incidencia en los contratos.

(3) Cfr. GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, quien explica el desarrollo de la doctrina francesa de la imprevisión (cap. 4, pp. 179 a 204), la excesiva onerosidad italiana (cap. 5, pp. 205 a 218), la doctrina alemana de la base del negocio (cap. 6, pp. 219 a 268) y la cláusula *rebus sic standibus* en el Derecho español (cap. 7, pp. 269 a 350).

(4) BANFI DEL RÍO, Cristián, "Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado comparado", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 6, 2006, p. 39.

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 1060.

(6) BARBOSA VERANO, Jeanet y NEYVA MORALES, Ariel Ignacio, *La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil colombiano*, Jurídica Radar Editores, Bogotá, 1992, p. 28.

(7) LOUNG, Marceau, *et. al*, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000.

(8) Ibídem, p. 117.

del Estado francés, el cual mediante fallo al que hemos aludido, dio la razón a la compañía de gas ordenando la revisión de las condiciones del contrato y ordenando la indemnización a cargo del municipio. Entre las cosas que consideró el fallo, pueden destacarse las siguientes:

- Deben acaecer una serie de sucesos excepcionales que no dependen de la voluntad de las partes y que razonablemente no se podían prever al celebrarse el contrato[9].
- La alteración debe ser de carácter temporal, pues si fuere definitiva, cabría la acción de resolución del contrato por fuerza mayor[10].

La reforma francesa de 2015 al Código Civil ha aceptado la revisión por cambio de circunstancias, estableciendo en el artículo 1195 que si un cambio de circunstancias imprevisibles al momento de la celebración del contrato lo hace excesivamente oneroso para una parte que no ha aceptado asumir ese riesgo, podrá esta solicitar la renegociación del contrato y, si esta fallase, las partes podrán convenir la resolución del contrato o demandar de forma conjunta el reajuste ante juez, quien podrá revisarlo o terminarlo.

El Derecho alemán desarrolló la teoría de la base del negocio, conforme a la cual las partes asumen la existencia de unas circunstancias o base negocial, de manera que si estas no existen o desaparecen con posterioridad, el perjudicado tiene derecho a resolver el contrato[11]. Así y conforme lo señalan Zweigert y Kötz: el deudor podía excepcionalmente liberarse de una obligación que no resultara imposible de ejecutar en su totalidad, si como resultado de una caída imprevista de la divisa, un cambio legislativo o un conflicto político, dicha ejecución exigiera esfuerzos excepcionales que superen los límites de la obligación[12]. Recientemente, la teoría ha sido incorporada al Derecho alemán, en la reforma al Código Civil, de 2002 en el § 313[13]:

"(1) Si hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado o lo hubieran hecho con otro contenido de haber previsto ese cambio, en tal caso se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda imponer a una parte el mantenimiento del mismo sin variación, teniendo en consideración todas las circunstancias, especialmente el reparto del riesgo contractual o legal.

(2) Se equipara a la alteración de las circunstancias el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato resultaran falsas.

(3) Si no es posible una adecuación del contrato o este no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada la resolución del contrato. Cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas se tendrá, en lugar del derecho de resolución, el derecho de desistimiento".

En el Derecho italiano se desarrolló la teoría de la "excesiva onerosidad de la prestación", en los artículos 1467 a 1469 del Código de 1942, estableciendo que las situaciones que constituyan excesiva onerosidad sobrevenida de las prestaciones, en los contratos de ejecución

(9) Ibídem, p. 119.
(10) Ibídem, p. 120.
(11) DÍEZ-PICAZO. Ob. cit., p. 1063. Sobre el desarrollo jurisprudencial en Alemania, ZWEIGERT; KÖTZ. Ob. cit., pp. 518 a 524.
(12) ZWEIGERT; KÖTZ. Ob. cit., p. 519.
(13) VIVES MONTERO, María Luisa, "Traducción de la reforma 2002 del BGB", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1260 a 1261.

continua, periódica o diferida, permiten al afectado de la prestación que se hace excesivamente onerosa, demandar la resolución del contrato, dándose a la parte demandada la posibilidad de ofrecer la modificación de las condiciones alteradas[14].

En el Derecho español se desarrolló la teoría de la cláusula *rebus sic standibus*, conforme a la cual "(...) la subsistencia de la relación contractual depende de la subsistencia de determinadas circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato, que están debidamente presupuestas por las partes y cuya variación no era previsible"[15].

La excesiva onerosidad ha sido recogida en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, no obstante reafirmar en el artículo 6.2.1 la obligatoriedad del contrato, estableciendo que aun cuando el cumplimiento llegue a ser más oneroso para una de las partes, esta permanece obligada a cumplir sus obligaciones, salvo lo previsto en las disposiciones sobre excesiva onerosidad. Por su parte, el artículo 6.2.2 indica lo siguiente:

Definición de la "excesiva onerosidad" (*hardship*)

Hay "excesiva onerosidad" (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

En el artículo 6.2.3 de los Principios de Unidroit, se señalan los efectos de la excesiva onerosidad, de la siguiente manera:

(1) En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

(14) DÍEZ-PICAZO. Ob. cit., p. 1061.

(15) Ibídem, pp. 1059 a 1060.

También, en el artículo 84 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos:

(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, esta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato.

(2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando esta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.

(3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes[16].

2. Elementos

El Código Civil peruano regula dicha institución en el artículo 1440 y siguientes, título VIII, denominándola "excesiva onerosidad", al igual que en el Código Civil italiano, artículos 1467 a 1469.

En el artículo 1440 del Código Civil peruano se pueden identificar los siguientes elementos para que la figura pueda operar:

a) Debe tratarse de contratos conmutativos

Los contratos conmutativos son aquellos en los cuales las prestaciones recíprocas se asumen como equivalentes, por oposición a aquellos donde la equivalencia depende del alea o azar, que son precisamente denominados "contratos aleatorios".

La norma restringe la operancia de la figura a los contratos conmutativos y la excluye de los aleatorios.

b) Debe tratarse de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida

Al igual que sucede en el artículo 1467 del Código italiano, el artículo 1440 del Código Civil peruano no permite la aplicación de la excesiva onerosidad a los contratos cuyas prestaciones estén llamadas a cumplirse en un solo momento, que son los de ejecución instantánea, y, por tanto, se aplica solo, en principio, a los de ejecución sucesiva o continuada, esto es, a aquellos que por su naturaleza requieren del paso del tiempo para que las prestaciones sean cumplidas. Cabría también su aplicación a los contratos de ejecución instantánea cuyos efectos hayan sido diferidos en el tiempo por acuerdo convencional, que son los llamados contratos de ejecución instantánea con efectos periódicos o diferidos[17].

(16) En el plano europeo, también se admite el cambio de circunstancias en los instrumentos de *soft law* tales como los Principios Europeos de Derecho de Contratos (artículo 6:111) y el Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR) en el artículo III - 1:110.

(17) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, segunda parte, Tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1999, pp. 146 a 148.

c) Los acontecimientos que generan la excesiva onerosidad de la prestación deben ser extraordinarios e imprevisibles.

Con este requisito, presente también en el artículo 1467 del Código Civil italiano, la doctrina explica que las partes no deben haber podido prever al tiempo de celebración del contrato, el acontecimiento que generaría la excesiva onerosidad. Lo extraordinario del hecho que genera la excesiva onerosidad significa que el mismo no ocurre en circunstancias normales, y lo imprevisible, que las partes no pudieron prever su ocurrencia.

Siguiendo a Scognamiglio, consideramos que dichos requisitos no pueden ser apreciados de manera demasiado rígida, sino que deberá apelarse a las circunstancias del caso, tales como "la naturaleza del contrato, las condiciones del mercado, etc., que permitan conmensurar la excepcionalidad del hecho, teniendo también en cuenta la capacidad de previsión de unos contratantes de aptitud mediana"[18]. Igualmente, y si se tratare de empresarios, deberá considerarse el conocimiento de estos del sector económico donde ocurriese la circunstancia, etc.

Es coincidente un gran sector de la doctrina, tanto en Perú como en el extranjero, en señalar que el hecho imprevisible puede constituir causa extraña, esto es: caso fortuito o fuerza mayor, cuando el mismo imposibilite la ejecución de la prestación, caso en el cual lo que procedería es la terminación del contrato por imposibilidad en el cumplimiento de la prestación. En el caso de la excesiva onerosidad, el hecho imprevisible no imposibilita la ejecución de la prestación[19], sino que dificulta su cumplimiento, en grado tal que para cumplir, el deudor debería apelar a medios fuera de lo normal.

3. Efectos

Los efectos de la excesiva onerosidad de la prestación son los siguientes: la parte perjudicada puede pedir al juez que revise los términos del contrato, quien apelando a las circunstancias del caso y, creemos, a factores como la equidad, determinará si la prestación debe ser reajustada o la contraprestación debe ser aumentada, con el fin de que la excesiva onerosidad desaparezca y la dificultad en el cumplimiento de la obligación afectada cese[20].

Por otro lado, y en caso de que el juez advirtiere, nuevamente apelando a las circunstancias fácticas, o como señala la norma: a la naturaleza de la prestación, que dicho reajuste no es procedente, podrá ordenar la resolución del contrato.

(18) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*, Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera edición, Bogotá, 1991, p. 377.

(19) El artículo 1315 del Código Civil señala que el "caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

(20) En este aspecto, el artículo 1440 del Código Civil peruano establece un detalle que no se encuentra consagrado en otros, como el de Comercio colombiano, pues mientras en este pareciera que la alteración del negocio se limita solo a las situaciones en las que se haga excesivamente onerosa la prestación para una de las partes, se guarda silencio a aquellas en las cuales la prestación disminuya. La norma peruana, por su parte, admite las dos situaciones al establecer que el afectado puede pedir al juez que se reduzca o se aumente la contraprestación. En los Principios de Unidroit, por su parte, se admiten las dos situaciones: tanto que la prestación se ha incrementado o se ha disminuido, al igual que los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Ahora, en la doctrina Messineo ha afirmado que: "La excesiva onerosidad ha de concebirse no solamente como agravación de la onerosidad de la prestación (lo que es obvio), sino también como disminución de la utilidad de la contraprestación". MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo; M. Volterra, t. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p. 378.

Ahora, dicha posibilidad de resolución puede ser solicitada por el demandado, según lo dispuesto en la última parte del artículo 1440. En el Derecho comparado las soluciones son variables; así mientras en el artículo 1467 del Código italiano, el demandante puede solicitar la resolución del contrato con sus efectos correspondientes; en el Código de Comercio colombiano (artículo 868), el demandante puede tan solo pedir su revisión, y es el juez el que entrará a determinar el reajuste o terminación, apelando a criterios objetivos, tales como las circunstancias del caso, y la equidad.

Finalmente, el artículo 1440 indica que la resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. También se encuentra en el Derecho comparado, como uno de los requisitos para la operancia de la excesiva onerosidad, que las prestaciones no hubiesen sido ejecutadas, pues si ya se hubieren cumplido, desaparecerían los supuestos para que el deudor alegare la dificultad en dicho cumplimiento.

Personalmente consideramos que en caso de que en la ley peruana no se dispusiera dicha condición, podría pensarse que la figura de la excesiva onerosidad tuviere cabida incluso en aquellos contratos donde el deudor hubiese cumplido las prestaciones, quien podría probar que lo hizo apelando a esfuerzos inequitativos, solicitando en consecuencia, o la resolución o la revisión, y consecuentemente, la devolución de lo pagado.

DOCTRINA

BANFI DEL RÍO, Cristián. "Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado comparado", en Revista Chilena de Derecho Privado, 6, 2006; BARBOSA VERANO, Jeanet y NEYVA MORALES, Ariel Ignacio. La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil colombiano. Jurídica Rada Editores, Bogotá, 1992; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, segunda parte, Tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias, 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008; GARCÍA CARACUEL, Manuel. La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, Dykinson, Madrid, 2014; HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las Fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015; LOUNG, Marceau. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo; M. Volterra, t. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil, quinta edición, Idemsa-Temis, Lima-Bogotá, 2000; ZWEIGERT, K. & KOTZ, H. An introduction to comparative law, Translated by Tony Weir, third edition, Oxford University Press, Oxford, 1998; VIVES MONTERO, María Luisa, Traducción de la Reforma 2002 del BGB, Anuario de Derecho Civil, Madrid, vol. 55 N° 3, 2002.

Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación

Artículo 1441.- *Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:*

1. *A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.*
2. *A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.*

Concordancias:
C.C. arts. 1316, 1426, 1440

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

En algunos sistemas jurídicos, la clasificación de las categorías contractuales se justifica desde el punto de vista de la aplicación exclusiva de algunas figuras particulares.

El artículo 1441 del Código Civil peruano sigue esta idea, al determinar el campo de aplicación de la excesiva onerosidad, contenida en el artículo 1440, a las siguientes categorías de contratos:

1º La primera se refiere a los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

Los contratos conmutativos, tanto como los aleatorios, forman parte de la categoría de contratos onerosos, los cuales están llamados a producir utilidad para las dos partes del contrato[1]. Ahora, la conmutatividad hace alusión a aquellos contratos en los que el grado de utilidad es fijado por las partes, esto es: ellas son libres de determinar el grado de equivalencia que habrá entre las dos prestaciones contractuales. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1440 antes comentado, la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente se aplica a los contratos conmutativos, pero cuando la prestación que fuere afectada con la onerosidad sobreviniente hubiere sido diferida en el tiempo para lograr su ejecución.

Por otra parte, el requisito sobre el cual centra su atención la norma es el que exige que la prestación hubiere sido diferida, queriendo significar con esto que, en principio, la causa de ese hecho debe ser el acuerdo de las parte o, dicho de otro modo: el contrato, en principio de ejecución instantánea, es diferido en su cumplimiento por acuerdo de las partes del contrato[2].

No obstante, el acuerdo contractual no es el único hecho que puede diferir el cumplimiento de los contratos. El artículo 1441 permite inferir lo anterior al señalar que puede tratarse de contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes hubiere sido diferida por causa imputable a ella. Como destaca autorizada doctrina peruana, la causa no imputable comprende el caso fortuito, la fuerza mayor y la

(1) LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Los contratos. Parte general.* 6ª edición, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 106.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil.* Segunda parte, Tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, p. 191.

actuación con la diligencia ordinaria requerida, todo de acuerdo con los artículos 1314[3] y 1315[4] del Código Civil[5].

De manera coherente con lo estipulado en el artículo 1440, cuando la excesiva onerosidad altere la ejecución de la prestación, que ha sido diferida por causa no imputable a la parte que deba cumplirla, esta podrá pedir judicialmente su revisión, a efectos de lograr la reducción o el aumento en la misma o, eventualmente, declarando el juez la resolución del contrato[6].

Por otra parte, y aunque se sobreentiende, debemos indicar que cuando la causal por la cual la obligación se ha diferido en el tiempo es imputable a una de las partes, sobre todo a aquella que debe soportarla, no podría esta alegar la excesiva onerosidad a efectos de pedir su revisión. En este caso deberá asumir las consecuencias y, eventualmente, responder por el incumplimiento de la misma e indemnizar los perjuicios que cause con su conducta[7].

2° La segunda parte de la norma dispone que las disposiciones del artículo 1440 se aplican a los contratos aleatorios, en el evento en que la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En algunos sistemas, como el caso del colombiano, existe restricción legal para la aplicación de la figura a los contratos aleatorios, sin distinguir si la causa que genera la excesiva onerosidad se produjo en el alea misma o en un hecho ajeno a ella[8].

Los contratos aleatorios por definición implican un riesgo asumido, bien por una o las dos partes del contrato, dado que en ellos la equivalencia de las prestaciones dependerá de una contingencia incierta de ganar o perder, que significa en esencia el riesgo propio o inherente del contrato[9]. En este caso, las partes, cuando celebran el contrato, son conscientes de la contingencia incierta que puede alterar la prestación, traduciéndose en una posible ganancia o pérdida. Al adquirir esa conciencia, no podrá pretenderse que la mencionada contingencia

(3) "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

(4) "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible o irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 192.

(6) Ibídem, p. 193.

(7) Cfr. artículos 1317, 1318 y 1321 del Código Civil peruano.

(8) En el Derecho colombiano no se admite la revisión contractual por imprevisión sobreviniente en los contratos aleatorios. Así lo declara el artículo 868 del Código de Comercio: "Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios (...)". En el Código Civil italiano tampoco se admite la figura en los contratos aleatorios, por su naturaleza o por voluntad de las partes: "Artículo 1469.- *Contratto aleatorio. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti*". El tema al parecer no resulta pacífico en la doctrina italiana. Scognamiglio, por ejemplo, afirma que podría acogerse la teoría de la excesiva onerosidad a los contratos aleatorios "cuando la onerosidad excesiva depende de un riesgo que las partes no pretendieron correr, con rleación al tipo de contrato que celebraron (p. ej., la desvalorización monetaria en caso de la renta vitalicia). Pero, toda perplejidad al respecto está llamada a desaparecer, como *ex adverso* ha de admitirse, a la postre, frente al tenor expreso del art. 1469 cit., que no admite excepcion alguna a la regla enunciada". SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera edición, Bogotá, 1991, p. 381. Por su parte, Roppo afirma que: "Los contratos aleatorios escapan a los remedios contra la onerosidad sobrevenida, solo *en cuanto la circunstancia sobrevenida realice exactamente el riesgo jurídico-económico* que –en el diseño legal del tipo, o en el orden querido por las partes– constituye el alea de ese determinado contrato; pero si realiza un riesgo mayor o distinto, los remedios operan". ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, traducción de Nélvar Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 945.

(9) En el Derecho Civil colombiano, los contratos aleatorios están consagrados en el artículo 1498 del Código Civil, norma que dispone refiriéndose a los contratos onerosos "(...) si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio". En el caso italiano, véanse las consideraciones de SCOGNAMIGLIO. Ob. cit., p. 381.

pueda entenderse como la causal de excesiva onerosidad, y en consecuencia pedir la revisión del contrato. Hacerlo equivaldría a ir en contra de los propios actos, lo cual no es admisible.

En el Código Civil y Comercial argentino, al contrario de lo que puede suceder con el Código de Comercio colombiano según disposición del artículo 868, también se admite, al igual que en el caso peruano, la revisión por excesiva onerosidad en los contratos aleatorios, si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas al alea propia del contrato[10].

Encontramos muy adecuada la previsión de la segunda parte de la norma, la cual permite la aplicación de la excesiva onerosidad a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Ahora, la cuestión a analizar será cómo determinar en casos concretos cuáles serían las causas extrañas al riesgo propio del contrato, que permitirán que se pueda pedir la revisión del contrato aleatorio, demostrando que las causas que producen la excesiva onerosidad tienen tal naturaleza. Para resolverlo, deberá atenerse el intérprete a la identificación de cuáles son los riesgos específicos que implican el alea asumida por cualquiera de las partes y, en consecuencia, determinar que todo tipo de riesgo no inherente a dicha aleatoriedad será el que podrá generar la revisión del contrato por excesiva onerosidad. Sobre el particular, afirma el maestro De la Puente y Lavalle: "Para comprender cabalmente el punto 2. del artículo 1441 debe tenerse presente que los contratos aleatorios no lo son absolutamente (aleatorios). Si bien la esencia del contrato es la aleatoriedad, no toda el área del contrato está cubierta de este elemento, desde que, en lo que no se refiere a la incertidumbre que lo caracteriza, el contrato es en parte conmutativo y en tal sentido le son aplicables las reglas inherentes a este contrato"[11].

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M., Ángela; MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000. BORDA, Alejandro. "Extinción de los contratos", en Alejandro Borda (director), Derecho Civil. Contratos, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo V. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Los contratos. Parte general, 6ª edición, Thomson Reuters, Santiago, 2017; ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Nélvar Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

(10) Explicando esta norma señala Borda: "En principio, los contratos aleatorios no son atacables por vía de imprevisión, mientras la onerosidad sobreviniente sea la consecuencia del alea asumida; pero si ella es ajena a dicha alea (a su alea propia dice el artículo 1091), la teoría de la imprevisión es aplicable. Supongamos que se constituye una renta vitalicia a favor de una persona de 60 años, contra entrega por esta de un capital. El que promete renta vitalicia calcula que si esa persona vive menos de 80 años saldrá beneficiada; si vive más, se perjudicará. Si la persona vive 100 años, el perjuicio para el que promete la renta es grave, pero está dentro del alea calculada. La teoría de la imprevisión es inaplicable. Pero supongamos que al poco tiempo de suscribirse el contrato se desata un proceso inflacionario grave e imprevisible. La renta queda reducida a una prestación insignificante. Esto escapa ya al alea propia del contrato y puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión". BORDA, Alejandro, "Extinción de los contratos", en Alejandro Borda (director), *Derecho Civil. Contratos*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 255.

(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., pp. 195-196. Véanse también las consideraciones de ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M., Ángela; MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 257-258.

Excesiva onerosidad en los contratos con prestación de una sola parte

Artículo 1442.- *Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.*

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.

Concordancias:
C.C. arts. 1371, 1372, 1440, 1441

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

Los contratos pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales, desde el punto de vista de las partes que asumen obligaciones en un contrato[1]. En consecuencia, el contrato es unilateral cuando solo una de las partes adquiere obligaciones para con la otra, que no se obliga, y bilateral cuando las dos se obligan recíprocamente. En los sistemas donde se admite esta clasificación es importante determinar si el contrato es bilateral o unilateral, y sobre cuál de las obligaciones recae el imprevisto que hace que su cumplimiento sea excesivamente oneroso, según disposición del artículo 868 del Código de Comercio colombiano, para que sea el deudor de dicha prestación el que esté facultado para pedir al juez la revisión del contrato, en orden a que este determine o el reajuste de las prestaciones o la resolución del contrato, según mejor le pareciere, de acuerdo con las circunstancias fácticas o la equidad.

Dentro del cuerpo del Código Civil peruano, son numerosos los ejemplos de contratos bilaterales. Adviértase el caso de la compraventa (artículos 1529 a 1601), la permuta (artículos 1602 y 1603) o arrendamiento (artículos 1666 a 1702), donde cada una de las partes se obliga recíprocamente; así, el vendedor se obliga a transferir el dominio de la cosa que vende a cambio de un precio, al cual se obliga el comprador[2]. Igualmente, en el caso del arrendamiento, el arrendador se obliga a entregar la cosa objeto del contrato a cambio de un precio, al cual se obliga el arrendatario[3]. A estos casos, cuando se verifiquen los supuestos establecidos en los artículos 1440 y 1441, se les podrá aplicar, según el caso, la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente, a efectos de la revisión correspondiente a que eventualmente hubiera lugar.

En algunos sistemas, como el colombiano, los contratos unilaterales se refieren por lo general a contratos reales, es decir: aquellos que se perfeccionan por la entrega material de la cosa objeto del contrato. Podemos citar como ejemplo el contrato de comodato (préstamo de uso), consagrado en el artículo 2200 del Código Civil, norma que dispone:

> "El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.
>
> Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

---

(1) Así disponen los artículos 1496 del Código Civil colombiano y 1439 del Código Civil chileno:
"El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

(2) Cfr. artículo 1529 del Código Civil peruano.

(3) Cfr. artículos 1666, 1678 y 1681 del Código Civil peruano.

Como se advierte, el contrato de comodato solo genera obligaciones, para el comodatario, de entregar la cosa objeto del contrato a la finalización del mismo. El comodante no adquiere la obligación de entregar, sino que esta es la forma como se perfecciona el contrato, lo que lo ubica dentro de la categoría de los contratos reales.

Ahora, no obstante la anterior explicación, debe considerarse que en el Perú, los contratos reales, concebidos como aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, han sido una figura eliminada del sistema de Derecho Civil. En este orden de ideas, el artículo 1352 se refiere a las formas de perfeccionamiento de los contratos, estableciendo solo la forma libre (consentimiento de las partes) y la forma impuesta (forma o solemnidad señalada por la ley). Por ello, habrá de preguntarse a qué tipo de contratos que generen obligaciones para una sola de las partes se refiere la norma. Sobre el particular, consideramos conveniente citar las palabras del profesor Manuel de la Puente y Lavalle, quien sobre el particular expresa:

> "En el Derecho peruano, habiéndose suprimido la categoría de los contratos reales (artículo 1352 del Código Civil), ha desaparecido también el concepto de contrato oneroso con prestación unilateral, por lo que el artículo 1442 solo puede ser entendido en relación con los contratos en los cuales solo una de las partes se obliga y, como necesaria consecuencia, solo existen prestaciones principales a su cargo (pueden existir prestaciones accesorias a cargo de la otra parte provenientes, por ejemplo, de un modo, que no desvirtúan el carácter gratuito del contrato), lo que determina que lleguen a identificarse con los contratos a título gratuito"[4].

Debe recordarse que a partir del Código de 1984, la doctrina peruana ha desarrollado la categoría de contratos con prestaciones recíprocas y con prestación unilateral. Si antes se podía hablar de contratos unilaterales y bilaterales, "habiéndose adoptado la denominación de contratos con prestaciones recíprocas, surge como contrapuesto el contrato con prestación unilateral o con prestación a cargo de una sola parte"[5].

Entre los que caben dentro de la categoría de contratos con prestación unilateral, y por ende, bajo el régimen del presente artículo, están: el comodato[6], que sería un contrato con prestación unilateral de ejecución continuada; el suministro periódico a título de liberalidad[7], el cual a su vez sería concebido como contrato con prestación unilateral de ejecución periódica; y la donación diferida[8], que se concibe como un contrato de prestación unilateral de ejecución diferida[9].

Ahora, si ocurriere una causal constitutiva de excesiva onerosidad, en principio, el afectado –obligado– solo podrá pedir solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad, mas no su resolución[10]. Esta norma es parcialmente simi-

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, segunda parte, Tomo V. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, pp. 201 y 202.

(5) Ibídem, p. 203.

(6) Artículo 1728 del Código Civil peruano.

(7) Artículo 1604 del Código Civil peruano.

(8) Artículo 1621 del Código Civil peruano.

(9) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., tomo V, p. 202.

(10) Recuérdese que el profesor Max Arias Schreiber expresaba que en la Comisión Revisora había sugerido que solo se permitiera la revisión del contrato y no su resolución, aduciendo que la naturaleza de estos contratos es distinta y, en consecuencia, no se "da el doble juego de la prestación con la contraprestación. Empero, en la Comisión Revisora prevaleció el criterio opuesto, y se pensó que las razones de equidad eran idénticas y por lo tanto el trato también tenía que ser similar. Primó además, la idea de que de no poderse reducir la prestación, no habría forma de impedir

lar al artículo 1468 del Código Civil italiano, en el cual se establece que si se tratara de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, esta podrá pedir una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad. Decimos que la similitud es parcial, puesto que las normas peruana e italiana coinciden en la consecuencia de la reducción de la prestación en los contratos con prestación para una sola de las partes que se afectaren por excesiva onerosidad de la misma, mas no en la modificación, situación no prevista en la norma peruana.

En el caso del artículo 1440, el afectado podría pedir judicialmente la reducción de la prestación que se ha convertido en onerosa o el aumento de la contraprestación correlativa. Esto se justifica en los contratos de prestaciones recíprocas, pero, tratándose de contratos de una sola prestación, no tendría cabida sino tan solo la reducción de la prestación afectada, al no haber contraprestación[11].

Ahora, en caso de que se llegare a determinar que no tiene cabida la reducción de la prestación afectada, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440, esto es: la resolución judicial del contrato[12].

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela, y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, segunda parte, Tomo IV y V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

los perjuicios que resultaran de la excesiva onerosidad". ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M., Ángela; y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 259.

(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., Tomo V, p. 203. Indica además el autor: "En estas condiciones, la excesiva onerosidad de la prestación no puede apreciarse a través de su comparación con la contraprestación, por lo cual la comparación deberá hacerse necesariamente con la onerosidad de la propia prestación al momento de celebrarse el contrato".

(12) Sobre este particular véase DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., Tomo V, pp. 205 y 206.

Improcedencia de la acción

Artículo 1443.- ***No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.***

Concordancias:
C.C. arts. 1318, 1319, 1320, 1336, 1340

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

Al comentar el artículo 1440, habíamos indicado que, en principio, la única causal que sirve al deudor para justificar el incumplimiento de las prestaciones derivadas de un contrato es el demostrar la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, que impidan la ejecución. La excesiva onerosidad, en cuanto altere las prestaciones del contrato, si bien, en principio, no permite justificar el incumplimiento, sí da a la parte afectada la posibilidad de pedir judicialmente su reajuste y, a lo sumo, podría llegar a declararse la resolución del contrato, a petición del demandado, tal como lo dispone el artículo 1440 del Código Civil.

Igualmente, hemos dicho que los acontecimientos que generan la excesiva onerosidad de la prestación deben ser extraordinarios o imprevisibles y, de acuerdo con el artículo 1443, habría que agregar que el haberse diferido en el tiempo la obligación no debe originarse en la conducta dolosa o culposa de la parte perjudicada, pues si lo fuere, estará llamado además a indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento de las prestaciones respectivas, y no podrá alegar la ocurrencia de la excesiva onerosidad como factor que impide cumplir con lo debido. El sentido de la norma puede ser el siguiente: si la obligación se hubiere cumplido, no se hubiere visto afectada por la excesiva onerosidad, luego el acreedor no tendría por qué soportar la alteración de la prestación ocurrida después de la no ejecución dolosa o culposa.

Para entender el sentido de esta norma, deberá atenderse a los conceptos de dolo y culpa, contenidos en el Código Civil. Según el primero, "procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación". Esto es, quien de mala fe inejecuta la prestación. Sobre este particular, sea el caso indicar los comentarios de Torres Vásquez, quien al respecto señala: "El dolo civil coincide con la mala fe, para cuya existencia no se precisa la intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la conciencia de que con su conducta realiza un acto antijurídico, debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, sean consecuencia necesaria de la acción"[1].

Por su parte, el artículo 1319 del Código Civil establece: "Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación". El artículo 1320 señala además que: "Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Siguiendo el clausulado, debe tenerse en cuenta, además, la previsión del artículo 1321, el cual indica que quien inejecuta las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o leve estará además obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor con dicha inejecución.

La norma, además, va en consonancia con el hecho de que nadie puede alegar sus propios actos a efectos de justificar el incumplimiento de la prestación debida. En igual sentido, Casiello, citado por De la Puente y Lavalle, quien expresa: "Esto no es otra cosa que una

(1) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil.* 5ª edición, Idemsa-Temis, Lima-Bogotá, 2000, pp. 653 y 654.

aplicación del principio de que toda persona ha de soportar las consecuencias normales (previsibles) de sus actos"[2].

Debemos indicar además, siguiendo las consideraciones del profesor De la Puente y Lavalle, que esta norma incluye la culpa inexcusable y la leve, a las cuales hemos hecho mención, toda vez que el artículo en mención no distingue[3]. Igualmente, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 1329, norma que presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor.

Finalmente, y aun cuando la norma no lo prevé, creemos que la no procedencia de la excesiva onerosidad no solamente cabe en el evento mencionado en el artículo, esto es, la obligación diferida en el tiempo por dolo o culpa de la parte perjudicada, sino cuando esta misma, con su conducta dolosa o culposa, haya incidido en la ocurrencia de la causal que origina la excesiva onerosidad de la prestación. Sobre el punto en cuestión, indica el profesor De la Puente y Lavalle lo siguiente: "Pienso que no existe justificación alguna para que la improcedencia de la acción por excesiva onerosidad de la prestación se limite al caso de diferimiento doloso o culposo de la ejecución de la prestación, sino que tal improcedencia debe hacerse extensiva a todo acto doloso o culposo del deudor que determine que la prestación a su cargo se convierta en excesivamente onerosa"[4].

DOCTRINA

DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Código Civil. Quinta edición. Idemsa-Temis, Lima-Bogotá, 2000.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil.* Segunda parte, Tomo V. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, p. 210.

(3) Ibídem, p. 211.

(4) Ibídem, p. 212.

Nulidad de la renuncia a la acción

Artículo 1444.- ***Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.***

Concordancias:
C.C. arts. 224, 1445, 1446

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

Tal como podemos advertir con la lectura de la norma, las reglas que regulan la excesiva onerosidad como causal para la revisión o resolución de los contratos tienen el carácter de imperativas, es decir, no admiten pacto en contra, so pena de ser declarado nulo el acuerdo por medio del cual cualquiera de las partes interesadas en ella renuncie a la acción.

Debe partirse de considerar que el artículo 219 del Código Civil enumera las causales de nulidad de los actos jurídicos en general, entre los cuales está el contrato y, por ende, tales causales se extienden a él, y entre las mismas, indica en el numeral 7, "[c]uando la ley lo declara nulo". El artículo en comento es, en consecuencia, uno de aquellos casos que generan la nulidad del acto. Debe tenerse en cuenta que esta causal de nulidad no admite confirmación para la subsanación, como lo señala el artículo 220 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta también que, según lo señala el artículo 224 del Código, la nulidad de la cláusula de renuncia a la acción por excesiva onerosidad no afectará la validez de todo el contrato, sino tan solo la de la misma.

La norma también va en consonancia con la disposición del artículo 1354, relativo a la libertad contractual, el cual recoge un principio generalizado en el Derecho occidental heredero de la codificación napoleónica, según el cual las partes son libres para contratar o no hacerlo, y determinar el contenido de los contratos, con las limitaciones impuestas por la ley imperativa, entre otras(1).

En el Derecho comparado se ha discutido sobre la viabilidad y consecuente validez de la cláusula por la cual las partes, las dos o una de ellas, renuncian a alegar la excesiva onerosidad sobreviniente como causal de revisión y/o terminación del contrato(2). Para Messineo, la cláusula no es válida, puesto que "(...) la previa renuncia a la resolución por excesiva onerosidad valdría tanto como abandonar a la acción de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles la suerte de uno u otro contratante. Lo que por analogía con el artículo 1637 (nulidad de la asunción de los casos fortuitos extraordinarios) no parece permitirlo"(3).

En el Derecho argentino, el profesor Mosset Iturraspe había considerado, bajo vigencia del Código Civil de 1869, que es preciso distinguir los siguientes supuestos:

a) Si las partes previeren y señalaran cuál es la causa que podría generar la excesiva onerosidad, la cláusula de exclusión o renuncia sería válida.

(1) ZWEIGERT, K. & KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law.* Translated by Tony Weir, third edition, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 324.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, segunda parte, Tomo V. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial. Lima, 1999, pp. 215 a 216.

(3) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato.* Traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo; M. Volterra, t. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p. 395.

b) Si, por el contrario, se hiciere una renuncia simplemente genérica, sin identificar la causal que pueda originar la excesiva onerosidad, no sería válida tal cláusula de exclusión o renuncia[4].

Bajo el nuevo Código, Borda afirma que: "A nuestro juicio tal cláusula es nula pues desvirtuaría la esencia del instituto. Adviértase que, de hecho, se estarían transformando los contratos conmutativos en aleatorios, pues de incluir tal cláusula renunciativa, no podría afirmarse que el monto de las prestaciones haya quedado determinado de manera fija al momento de contratar. Desde luego, ningún obstáculo hay en que se renuncie a la teoría de la imprevisión, luego de que el hecho extraordinario haya acaecido"[5].

De la Puente y Lavalle se pronuncia en contra de la validez del pacto de exclusión de la excesiva onerosidad, por la simple razón de asumir que las normas que regulan dicha institución pretenden proteger la buena fe, la moral y el orden público[6]. Entre la doctrina peruana debe destacarse también el comentario del profesor Arias-Schreiber, quien sobre el particular escribió:

> "Este numeral tiene excepcional importancia, pues está destinado a evitar que por acción del contratante de mayor poderío psicológico o económico se imponga la renuncia a la excesiva onerosidad de la prestación, lo que la dejaría la mayor de las veces en condición de 'letra muerta'. Si la institución que hemos comentado está inspirada en razones de elemental justicia, resulta entonces indispensable que esta prevalezca y no quede esterilizada por su renuncia previa. Nada impide, como es natural, que quien se vea perjudicado por un contrato en el cual la onerosidad resulte excesiva no haga valer su derecho y deje vencer el plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445"[7].

Finalmente, cabría preguntarse si la prohibición contenida en la norma que conlleva a que la cláusula de exclusión o renuncia a la excesiva onerosidad sea nula, requiere que la misma esté contenida en el contrato, o también afectaría las cláusulas de renuncia pactadas con posterioridad al perfeccionamiento del mismo, e incluso, posteriores a la ocurrencia de la causal de excesiva onerosidad.

Se podría argumentar que el legislador no ha distinguido los supuestos mencionados, razón por la cual podría entenderse que abarca cualquier cláusula pactada, sea en el momento de celebración del contrato o con posterioridad a él. No obstante esto, creemos que de no permitirse la eventual renuncia, la parte que estaría interesada en la acción por excesiva onerosidad podría dejar caducar la acción, según lo prevé el artículo 1445 y el efecto sería el mismo a que hubiese renunciado a ella.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela; y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; BORDA, Alejandro. "Extinción de los contratos", en Alejandro Borda (director), Derecho Civil. Contratos, Thomson Reuters La Ley, Buenos

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 379.

(5) BORDA, Alejandro. "Extinción de los contratos". En Alejandro Borda (director), *Derecho Civil. Contratos*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 257.

(6) Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 216, citando varios autores italianos y argentinos.

(7) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M., Ángela; MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

Aires, 2016; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Traducción de R.O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo; M. Volterra, t. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003; ZWEIGERT, K. & KOTZ, H. An introduction to comparative law. Translated by Tony Weir, third edition, Oxford University Press, Oxford, 1998.

Caducidad de la acción

Artículo 1445.- ***La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.***

Concordancias:
C.C. arts. 1440 y ss., 1446, 2003 y ss.

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

El artículo 2003 del Código Civil señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. Esta figura tiene que ver con los medios desarrollados por el Derecho relacionados con "(...) los efectos de tiempo en las relaciones jurídicas (...)"[1]. El Código Civil peruano regula este tema, distinguiendo dos figuras que son la prescripción, consagrada en el artículo 1989[2], y la caducidad, en la norma antes señalada[3].

Siguiendo el orden de estos conceptos, deberá entenderse que la no interposición de acción alguna, encaminada a obtener el reajuste correspondiente de la prestación afectada con excesiva onerosidad, producirá como efecto la extinción tanto del derecho como de la acción correspondiente.

En sistemas como el colombiano, al no señalar las normas plazos especiales de caducidad que afecten la acción por excesiva onerosidad, debe entenderse que la misma se regirá por las normas generales sobre la materia[4].

Según explica el profesor De la Puente y Lavalle, esta norma obedece a la "(...) necesidad de no exponer por mucho tiempo al acreedor de la prestación que se ha convertido en excesivamente onerosa a la contingencia que su contrato sea revisado por el advenimiento de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles"[5]. Igualmente, señala el autor, la fijación de un plazo breve para la prescripción contribuye a la conservación del contrato.

Por su parte, el profesor Arias Schreiber sigue esta línea de pensamiento, al señalar que esta norma es una evidencia de la coordinación que debe existir entre la seguridad jurídica y la equidad[6].

(1) LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código general del proceso. Parte general*, 1, 2ª edición, Dupré editores, Bogotá, 2019, p. 564.

(2) "Artículo 1989.- La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo".

(3) Véanse los comentarios al artículo 2003 del Código Civil peruano, de TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. 5ª edición, Idemsa-Temis, Lima-Bogotá, 2000, p. 873.

(4) En el Código Civil colombiano se consagra la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales en el artículo 2535 y siguientes. El artículo 2512 define la prescripción como modo de adquirir cosas ajenas o extinguir los derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. La acción ordinaria, consagrada en el artículo 2536, modificado por la Ley Nº 791 de 2002, artículo 8, prescribe en diez años.

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Segunda parte, tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 221.

(6) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M. Ángela; y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 260.

Igualmente, señalan los referidos doctrinantes el carácter imperativo de esta disposición. Asimismo, se aclara que el término inicial corre a partir del momento en que hayan cesado los mencionados efectos[7].

Es de destacar, igualmente, la observación del profesor De la Puente y Lavalle, en el sentido de considerar que la norma no es apropiada al prescribir que el plazo de caducidad corre desde la producción de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Como bien lo destaca el autor, la norma debió señalar que el término caducaría, no desde la ocurrencia de la causal, sino desde que la prestación llegase a ser excesivamente onerosa[8].

En los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, se señala en el artículo 6.2.3 que el reclamo que puede interponer la parte en desventaja, con el propósito de reclamar la renegociación del contrato, deberá formularse sin demora injustificada, aunque no se establece un plazo exacto. En el comentario oficial se indica: "El reclamo de renegociación debe ser presentada (sic) tan pronto como sea posible después del momento en que sucedió el hecho generador de excesiva onerosidad (*hardship*) (parágrafo 1). El plazo para reclamar la renegociación dependerá de cada caso en particular. Si las circunstancias se han presentado progresivamente, el término será mayor (...). Por consiguiente, la parte afectada no pierde su derecho a reclamar la renegociación por el hecho de haber actuado con demora injustificada. Sin embargo, el plazo para reclamar la revisión del contrato puede afectar la prueba de excesiva onerosidad (*hardship*), y poder así determinar si efectivamente existió"[9].

En los sistemas, como el colombiano, donde no se establece un término exacto para la caducidad de la acción y el derecho, como hemos indicado, se deberá acudir a las normas generales sobre prescripción; mas sin embargo, deberá considerarse la actitud del sujeto afectado con la excesiva onerosidad, pues en el caso en que contribuya a la agravación de la misma, creemos, verá reducida su posibilidad con el fin de lograr la renegociación de los términos contractuales.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MARTÍNEZ COCO, Elvira, Gaceta Jurídica, Lima, 2000; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. segunda parte, tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código general del proceso. Parte general, 1, 2ª edición, Dupré editores, Bogotá, 2019; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil. 5ª edición, Idemsa-Temis, Lima-Bogotá, 2000; UNIDROIT, Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2016, Instituto para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2018.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Cómputo del plazo de caducidad

[E]l artículo 1445 del Código Civil, fija el inicio del plazo de caducidad a la producción de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, mientras que el artículo 1446 del mismo cuerpo legal señala que el cómputo se inicia a partir del momento en que hayan desaparecido tales circunstancias, lo que determina que existe una antimonia en la determinación de

(7) Ibídem, p. 260.
(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 222.
(9) UNIDROIT, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2016*. Instituto para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2018, p. 241.

cuándo se inicia el plazo señalado. Considerando que en principio tal pretensión se sustenta en una situación sobreviniente a la celebración del contrato y tiene como finalidad reestablecer el equilibrio entre las partes contratantes respecto a la prestación y la contraprestación mediante la reducción de aquella que se haya tornado excesivamente onerosa, entonces resulta contrario a dicha finalidad que mientras subsista el acontecimiento que la motiva se computen los plazos de caducidad, ya que el desequilibrio entre los contratantes se mantiene, en consecuencia una interpretación teleológica y sistemática de la norma nos permite concluir que el plazo de caducidad de la norma debe computarse a partir de su desaparición, en tanto extinguido el acontecimiento extraordinario e imprevisible, retorna el equilibrio entre las partes, y considerando que la caducidad sanciona la inacción de quien siente vulnerado su derecho extinguiéndolo así como la posibilidad de su acción, únicamente la desaparición del evento determinará que su ejercicio deje de ser oponible a la otra parte (Cas. N° 4245-2011-Lima).

CORTES SUPERIORES

Excesiva onerosidad y caducidad

*Del tenor de la norma del artículo 1445 del Código Civil se desprende que la acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los hechos que la motivan. En tal sentido, tratándose de un contrato en el que haya transcurrido en exceso el plazo legal previsto para el ejercicio de la referida acción, se presumirá que en dicho lapso la parte que demanda la excesiva onerosidad siempre estuvo de acuerdo con las condiciones de contratación a las cuales se sometió, no procediendo por tanto la acción (**Sentencia del Exp. N° 784-1998, Corte Superior de Justicia de Lima**).*

Determinación del término inicial del plazo de caducidad

Artículo 1446.- ***El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.***

Concordancias:
C.C. arts. 183, 184, 1445

JORGE OVIEDO ALBÁN / MAGDA LILIANA CAMARGO AGUDELO

Esta norma complementa lo establecido en el artículo 1445, sobre todo en aquellos eventos de larga duración que afecten la prestación, de manera que conduzcan a la excesiva onerosidad de la misma. La solución normativa consiste en que el término de caducidad empezará a correr una vez se pueda detectar objetivamente que dichos acontecimientos extraordinarios e imprevisibles han sido superados o, lo que es lo mismo, han desaparecido.

Para el profesor De la Puente y Lavalle, esta norma puede entrar en contradicción con el artículo 1445, toda vez que, según afirma, "(...) parece contradictorio que el término inicial para calcular el plazo de caducidad no se empiece a contar desde que el acontecimiento se produce sino desde que el acontecimiento desaparece"[1].

Consideramos que la aparente contradicción puede ser superada, en el sentido de entender la operancia de la norma, en aquellos casos, en los que la causal que produce la excesiva onerosidad tiene una duración prolongada en el tiempo. Así al parecer lo entiende el profesor Arias Schreiber al señalar lo siguiente:

> "Este precepto se dio con el propósito de prever situaciones que frecuentemente se presentan en el Perú, como son inundaciones, sequías y otros factores análogos. Fue criterio general que solo a partir del instante en que han desaparecido las circunstancias que alteraron los acontecimientos es que empieza a correr el breve plazo fijado por el artículo 1445, pues mientras se están produciendo no se podrá tener certeza sobre el fundamento de la aplicación de la excesiva onerosidad, ni esta podría ser evaluada con precisión"[2].

Ahora, y como nota final, queremos destacar un punto, extraído de los comentarios del citado autor, que nos lleva a pensar, desde una perspectiva muy personal, que la norma que establece un plazo exacto de caducidad, sea para aquellos eventos en que la causal opera de manera inmediata, o en los eventos en que la misma se prolonga en el tiempo, es imprecisa, toda vez que bien podría ocurrir que la excesiva onerosidad se produce tiempo después de haber ocurrido o finalizado, según sea el caso, los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles[3].

Las normas mencionadas no solucionan el punto, razón por la cual insistimos en su imprecisión.

(1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil.* Segunda parte, Tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 224.

(2) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; Arias Schreiber M., Ángela y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 261.

(3) Ibídem, p. 224.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I, Contratos - Parte general. 2ª edición. Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Segunda parte, tomo V, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

TÍTULO IX
LESIÓN

Lesión. Elementos

Artículo 1447.- *La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.*

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

Concordancias:
C.C. arts. 1362, 1370, 1372, 1448, 1452

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Introducción

1.1. Concepto

Quizás debamos preguntarnos: ¿qué es la lesión y cuáles son los elementos que la caracterizan?

Se trata de una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas. El elemento más notable es el "daño" o lesión que sufre quien recibe menos de lo que le corresponde, o paga mucho más de lo que debería abonar.

En todas las épocas es dable advertir que las clases dominantes han ido concentrando el poder político y el poder económico en manos de unos pocos y suelen aprovechar su posición ventajosa para explotar la debilidad o inferioridad de otros.

El aprovechamiento y la explotación serán siempre condenados por el Derecho y si los juristas no saben poner remedio a esa situación, la solución será otra: la revolución y el caos que, como bien dice Durant[1], tienden a nivelar a todos por abajo. Por eso, en el vaivén de la Historia, que muestra una serie de altibajos, conviene que, frente a los aprovechamientos abusivos, seamos los hombres de Derecho los que acudamos con normas oportunas a poner límite a las explotaciones injustas.

1.2. Campos en que suele presentarse el aprovechamiento

Una mirada retrospectiva nos muestra que los principales campos en los que suele presentarse el aprovechamiento son: 1) los préstamos de dinero; 2) la provisión de víveres o servicios; 3) la venta de bienes valiosos; 4) las particiones efectuadas entre varios cotitulares de derechos.

(1) DURANT, Will. *Nuestra herencia oriental.* Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1952, p. 43: "Cada civilización al crecer es escenario de desigualdades crecientes, hasta que llega a un punto crítico donde los pobres o débiles no tienen nada que perder con la violencia, y el caos de la revolución nivela nuevamente a los hombres en una comunidad de miseria".

Quizás uno de los primeros antecedentes de la preocupación del legislador por estos problemas, se halla en Babilonia, en el Código de Hammurabi, en cuya introducción hay dos párrafos, el primero de los cuales habla de proteger a los débiles y el segundo de que es necesario defender a las viudas y a los débiles del aprovechamiento de los poderosos. Luego encontramos una serie de cláusulas que prohíben los intereses usurarios, determinan precios máximos para alimentos o artículos de primera necesidad; fijan los honorarios o retribuciones de ciertas profesiones. En resumen, hay una clara intervención del Estado, por medio de estas normas sancionadas por el legislador, para evitar los aprovechamientos lesivos.

También en la India, Babilonia, Grecia y en las leyes hebraicas, pueden encontrarse normas destinadas a combatir distintas formas del aprovechamiento pero en nuestro estudio partiremos del Derecho Romano y ello por dos razones: 1) carecemos en nuestro medio de fuentes que nos permitan profundizar en el conocimiento del Derecho que regía en pueblos más antiguos; 2) aunque tuviésemos esas fuentes, no conocemos las lenguas en que están escritas.

En segundo lugar, dejaremos de lado el estudio de la usura, y de las prestaciones de servicios, para referirnos principalmente a la lesión en las ventas –conocida con el nombre de *alessio ultradimidium*– que es lo que más directamente se vincula con el título que el Código peruano de 1984 dedica a la lesión.

2. Fórmulas objetivas

2.1. Derecho Romano

Alguna vez hemos dicho que el Derecho Romano extendió su vigencia a lo largo de catorce siglos de historia, desde la creación de Roma en el siglo VIII antes de Cristo (año 751 a.C.), y la Ley de las XII Tablas, hasta la compilación justinianea en el siglo VI de nuestra era (año 533 d.C.)(2); pero no debemos descuidar que prolongó su aplicación como Derecho bizantino, hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos en el siglo XV, y en Europa renació con el "descubrimiento" del *Corpus Iuris* y su difusión por la Escuela de Bolonia, que lo convirtió en "Derecho común" de Occidente, en especial en el Sacro Imperio Romano Germánico, lo que permite en el siglo XIX a Savigny escribir su gran obra, titulada *Sistema de Derecho Romano actual*, y todavía hoy en el Derecho regional de Cataluña sigue siendo considerado como una de las fuentes que deben tener en vista los jueces al fallar, si no encuentran normas especiales en las costumbres que se han concretado en la Compilación del Derecho catalán.

La primera fórmula represiva de la lesión, con carácter general y concreto, es una constitución de Diocleciano, incorporada por Justiniano al *Corpus Iuris*, que suele denominarse "Ley Segunda"(3). Ese texto tiene como característica especial que solo ha tomado en cuenta para la anulación del acto lesivo la desproporción entre ambas prestaciones, considerando que cuando excede de la mitad del justo precio la venta debe ser anulada.

(2) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, (obra laureada por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Premio Año 1967), N° 21 y ss., p. 24 y ss.

(3) C. 4.44.2: "Si tú o tu padre hubiéreis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriese, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero".

A partir de este primer texto, y de otra Constitución atribuida también a Diocleciano, que encontramos en C. 4.44.8[4] la institución sigue evolucionando, y pasa por una serie de altibajos.

En Oriente, donde el Imperio Romano Bizantino subsiste hasta 1453, alcanza cierto brillo, pues el texto de la compilación justinianea es mejorado notablemente en las Basílicas[5].

Los pandectistas suelen afirmar que los dos textos atribuidos a Diocleciano[6], son el fruto de "interpolaciones" efectuadas por la Comisión que redactó el *Corpus Iuris;* pero, para nuestro estudio ello carece de importancia porque al menos desde la fecha del *Corpus Iuris,* es decir el año 533 d.C., ellos han tenido efectiva vigencia.

No vacilamos en afirmar que reflejan el pensamiento jurídico dominante en esa época y son índice elocuente de una situación social y económica: no se forma conciencia de la necesidad de una norma en un solo día. El pensamiento jurídico, al igual que la corriente de un río, cambia de dirección poco a poco, por medio de grandes curvas. Y bien hace notar Monier que durante el reinado de Diocleciano, junto con la creciente influencia del cristianismo, se plantea una grave crisis económica, que origina la necesidad de proteger a los pobres de la explotación de los poderosos.

La cuestión es que, sobre la base de la "Ley Segunda", se ha considerado desde entonces que es rescindible la venta de un inmueble cuando la diferencia entre el valor de la cosa y el precio que se ha pagado, va más allá de la mitad *(ultra dimidium).*

2.2. Glosa y Derecho intermedio

En Europa, sin embargo, en los reinos surgidos después de la caída del Imperio Romano de Occidente, esa norma no era aplicable pues sus leyes se inspiraban en el Código Teodosiano, que desconocía la lesión; las normas entonces vigentes se limitaban a combatir la usura, único problema que en ese momento preocupaba, pues se vivía una economía agrícola y de consumo.

La institución va a renacer cuando la escuela de Bolonia y los glosadores redescubran en cierto modo el *Corpus Iuris Civile,* efectúen detenidos estudios de sus normas, y difundan su aplicación por toda Europa.

A los estudios de la Escuela de Bolonia, de los glosadores y postglosadores, se va a sumar también la influencia de los canonistas, que contribuirá en gran medida al auge de la "lesión".

En esa época la lesión, con fórmulas calcadas del Derecho Romano, alcanza su máximo esplendor; se difunde por todos los países de Occidente y se aplica a todos los contratos y actos jurídicos, aun los aleatorios.

(4) C. 4.44.8: "Persiguiendo el comprador su deseo de comprar por menos, y el vendedor de vender más caro, si se llega al contrato después de muchas discusiones, rebajando el vendedor lo que había pedido y añadiendo el comprador a lo ofrecido, hasta consentir en un precio, la buena fe que ampara las convenciones no permite que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, o después de la discusión de la cantidad del precio, a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida".

(5) "Si alguien vende su bien a precio vil, puede recobrarlo restituyendo el precio (el precio es vil cuando no alcanza a la mitad de la estimación). Pero, si el comprador prefiere entregar lo que falta del justo precio, podrá conservar la cosa vendida. El mismo derecho pueden ejercitarlo los hijos del vendedor".

(6) Como también el que existe en materia de partición, C. 3.38.3, que veremos al estudiar el artículo 1456.

Agreguemos que, por influencia del Derecho Canónico, al procurar determinar el elemento objetivo de la desigualdad en las prestaciones, que debía superar la mitad del valor de la cosa, se agudiza el problema del "justo precio", que no depende de la voluntad de las partes contratantes, ni de sus deseos o necesidades, sino que es intrínseco de la cosa o servicio. Pero la noción de "justo precio" es a veces imprecisa y fluctuante y complica el panorama, pues resulta difícil determinar cuál es el justo precio de una cosa: ¿su costo de producción? ¿O puede permitirse incrementar este precio en una suma más o menos módica, que conceda alguna ganancia? ¿Y cuando se traslada la cosa de un lugar a otro, aunque ella permanezca inalterada en sí misma, se le ha incorporado algún valor que justifique modificar su precio? Comienzan entonces a arreciar las críticas en contra de la lesión, en su formulación objetiva, fundadas en la imposibilidad de establecer el justo precio como base para la determinación matemática de la desigualdad objetiva en el valor de las prestaciones(7).

En el período intermedio, que corre entre el fin de la Edad Media y el comienzo del movimiento de codificación, vemos que mantiene plena vigencia la aplicación de la lesión, pero la labor de los juristas ya no muestra el mismo entusiasmo exaltado de los primeros tiempos y, aunque se acepta la justicia del principio, los autores comienzan a discutir su naturaleza jurídica y ámbito de aplicación.

Quizá la crítica más aguda haya sido la efectuada por Christian Thomasius en su trabajo titulado *De aequitate cerebrina legis secundae*(8); este autor, además de ser el primero en sostener que la ley segunda no pertenece a Diocleciano, sino a Justiniano, la critica diciendo que es imposible dar a las cosas un justo precio distinto del que surja de la propia convención de las partes(9), y se refiere también a la dificultad de probar la lesión que de allí surge. Es posible que su obra hubiese pasado inadvertida si no fuese que cuando se debatía el Código de Napoleón en el Consejo de Estado francés se echó mano a sus argumentos.

De cualquier forma, el pensamiento jurídico dominante en la época continúa aceptando la lesión.

2.3. El Código Civil francés

La Escuela Clásica de la Economía Política, que impone sus principios de *laisser faire, laisser passer;* los postulados de la Revolución Francesa: "Libertad, igualdad, fraternidad"; la libertad proyectada en el campo de los contratos: libertad absoluta para contratar; la máxima *pacta sunt servanda,* considerada intocable como exponente del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos, van a acentuar y acelerar el proceso de desgaste de la lesión.

Las críticas se agudizan; llega el proceso de codificación, inmediatamente después de la Revolución Francesa, y vemos que el codificador expresa como regla general que la lesión no vicia las convenciones(10), con limitadas excepciones, como sucede en la venta de inmuebles(11);

(7) Cabe preguntarse si estos problemas reaparecerán en el Derecho peruano cuando se pretenda aplicar las previsiones matemáticas de desigualdad contenidas en los artículos 1447 y 1448.

(8) Es decir: "La imaginaria equidad de la Ley Segunda".

(9) Precede así en varios siglos al trabajo de Alfredo BULLARD GONZÁLEZ: "La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en derecho de contratos". En: *Themis* N° 43, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pp. 223-234.

(10) Artículo 1118 (Código Civil francés).- "La lesión no vicia las convenciones, salvo ciertos contratos, o respecto a ciertas personas, como será explicado en la misma sección".

(11) Artículo 1674 (Código Civil francés).- "Si el vendedor ha sido lesionado en más de siete doceavas partes en el precio del inmueble, tiene derecho a demandar la rescisión de la venta, aunque hubiese renunciado expresamente en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión, o hubiese declarado que donaba el sobreprecio".

y para poner de relieve que la desproporción debe ser muy considerable, en lugar de tomar la medida objetiva de los romanos: *ultra dimidium* (más allá de la mitad), acrecienta la diferencia y dice que debe exceder los siete doceavos.

Estas ideas van a prevalecer en casi todos los códigos de la época, que siguen caminos parecidos.

La otra "excepción" regulada por el Código francés es la vinculada con las particiones, en las que se admite la lesión, pero el tope se fija solamente en un cuarto, como lo veremos más adelante al estudiar el artículo 1456.

A mediados del siglo XIX nuevos códigos europeos[12] y americanos[13], más consecuentes aun con estas ideas liberales, las llevan hasta los últimos extremos y consideran que la intangibilidad de la voluntad es tal que jamás podrá rescindirse un contrato por la mera desproporción de prestaciones. Si las partes lo han querido así, esa voluntad debe ser respetada, porque han elegido lo que creyeron mejor para ellas[14].

Este fenómeno se da no solamente en el campo del Derecho Civil, donde vemos debilitarse o desaparecer la figura de la lesión, sino también en el terreno penal donde a mediados del siglo XIX llega a suprimirse de varios códigos penales el delito de usura. En el curso de la historia una y otra posición se han impuesto alternativamente, según fuesen las ideas en boga en cada época.

Por nuestra parte en alguna oportunidad hemos dicho que si bien no debemos olvidar que la incitación del lucro –ese "interés" de que nos habla Ihering– es el estímulo que ha provocado la respuesta necesaria para que el mundo Occidental produjera riquezas y adelantos técnicos en proporciones jamás vistas, el problema más serio es que no hemos sabido distribuir las riquezas obtenidas, y ello ha acentuado las desigualdades existentes; por eso nuestros esfuerzos deben continuar encaminándose a corregir la mala distribución de las riquezas[15].

3. Fórmulas subjetivo-objetivas

3.1. El Derecho Penal y la usura

Al finalizar el apartado anterior hemos recordado que, al influjo del pensamiento individualista y positivista desapareció en muchos países la represión penal de la usura, afirmando que la libertad de intereses produciría resultados ventajosos, por las facilidades para obtener créditos y que el libre juego de la oferta y la demanda traería como consecuencia la disminución de los intereses. Sin embargo los hechos desmintieron muy pronto tan halagüeñas esperanzas y para evitar los abusos se hizo imprescindible reintroducir en los códigos penales el delito de usura.

(12) Entre los Códigos europeos encontramos el antiguo Código de Portugal de 1867, obra del Marqués de Seabra, que rechazaba totalmente la lesión.

(13) En América podemos mencionar el anterior Código argentino de 1869, en su redacción originaria, y los Códigos de Uruguay, Panamá, Honduras, Guatemala y Costa Rica, aunque con respecto a Guatemala, debemos hacer notar que su nuevo Código Civil legisla sobre "contratos usurarios" en el artículo 1543.

(14) Todavía hoy encontramos juristas en Perú que sostienen ideas similares, como Alfredo BULLARD GONZáLEZ, en el trabajo que hemos citado anteriormente (ver nota 9), y Alvaro DÍAZ BEDREGAL. "La lesión". En: *Ius et Veritas*, año II, N° 22, Lima, 2001, pp. 237-248.

(15) Ver nuestro libro: *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976, p. 28 (distribuye Ed. Zavalía).

Ya en 1859 el Código Penal del cantón suizo de Schaffhouse acuña una nueva fórmula que tipifica la figura de la usura como la estipulación de ventajas excesivas explotando la "miseria o la ligereza" de la otra parte[16], y de allí pasará a una ley austríaca de 1877, para culminar en el artículo 302 del Código Penal alemán de 1880[17].

3.2. El Código Civil alemán

El Código Civil alemán[18] fue promulgado el 18 de agosto de 1896 y entró en vigencia el 1 de enero de 1900, es decir el último año del siglo XIX.

Algún autor ha llegado a decir que el B.G.B. dejó de lado la figura de la lesión ¡Craso error! Lo que abandonó fue su formulación objetiva; es decir, desechó el viejo modelo romano y lo ha vaciado en moldes tomados de las leyes penales que hemos mencionado más arriba; dispone en su artículo 138:

"Es nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres.

En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias, exista una desproporción chocante con ella".

Aparecen aquí los tres elementos propios de las fórmulas subjetivo-objetivas, saber: 1) desproporción; 2) aprovechamiento; 3) situación de inferioridad de la víctima, previendo tres posibles estados que le permiten intentar la acción: necesidad, ligereza o inexperiencia.

3.3. La codificación moderna

Casi todos los códigos civiles sancionados durante el siglo XX van a tomar como modelo esta nueva formulación de la lesión, con algunos matices en la definición de los posibles estados de inferioridad, o la reducción a uno solo de ellos, la necesidad, como lo hace el Código italiano de 1942, y otros que han seguido sus pasos[19].

3.4. Elementos de la figura

Hemos dicho más arriba que en estas fórmulas los elementos de la figura son tres, uno objetivo y dos subjetivos.

a) Por lo general para configurar el elemento objetivo no se adoptan módulos matemáticos[20], con la sola diferencia del adjetivo que suele emplearse para calificar la despropor-

(16) Ver el texto en nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Ob. cit., p. 85.

(17) Artículo 302 (Código Penal alemán de 1880).- "El que abusando de las necesidades, debilidad de espíritu o inexperiencia de otro, (...) se hace prometer o entregar, sea a él o a un tercero, beneficios (...) excesivos (...) será castigado (...)" (ver el texto íntegro en la obra citada en la nota anterior, p. 84).

(18) En alemán Bürgerliches Gesetzbuch; con frecuencia lo citaremos por sus siglas: B.G.B.

(19) Manuel De la Puente y Lavalle hace una enumeración bastante completa de países que, a lo largo del siglo XX, han adoptado fórmulas objetivo-subjetivas, a la que quizás solo deba introducírsele un retoque, ya que el Proyecto de Brasil, es Código vigente desde enero de 2003 (ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, T. V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 242).
Por nuestra parte analizamos en detalle varias de esas fórmulas en nuestros dos libros ya mencionados anteriormente.

(20) Con la excepción del Código italiano, que requiere se haya excedido la mitad del valor (artículo 1448), y el Código de Perú, como estudiaremos luego.

ción: "chocante", en el B.G.B; "evidente", en el Código Suizo de las Obligaciones; "flagrante", Código de Austria; "manifiesta", Código de Grecia; "manifiestamente desproporcionada"; Código de Bolivia; "lucro excesivo", Código de México; "diferencia sensible", Código húngaro; "sobrepase sensiblemente", Código de Polonia; "beneficios manifiestamente excesivos", Código de Portugal; y "obligaciones notoriamente perjudiciales"[21], Código de Guatemala.

b) El aprovechamiento. El primer elemento subjetivo se refiere a la actitud del beneficiario del acto lesivo, que obra con conocimiento y conciencia de que está realizando un acto contrario a derecho, al explotar o aprovechar la necesidad de su prójimo. Es un elemento distintivo de la lesión, que nos permite afirmar que se trata de un acto ilícito.

En casi todas las hipótesis el proceder del beneficiario será doloso, aunque algunos autores sostienen que es posible que incurra en culpa y se aproveche inconscientemente de la víctima[22].

Entendemos que el "aprovechamiento" no requiere que el beneficiado haya actuado con el propósito deliberado de explotar la inferioridad de la otra parte sino que, como se ha expresado en un fallo suizo, para ello basta que "haya conocido, o al menos debido conocer"[23] la inferioridad de la víctima, y un tribunal argentino ha expresado: "el elemento subjetivo necesario para la existencia y funcionamiento del instituto es el mencionado aprovechamiento, que debe surgir como consecuencia del posible conocimiento que se tiene de la situación de inferioridad de la otra parte"[24].

c) Inferioridad de la víctima. El segundo elemento subjetivo se aprecia en la víctima, que debe encontrarse en situación de inferioridad, provocada por estados tipificados de manera taxativa en las fórmulas subjetivo objetivas que, tradicionalmente suelen hacer referencia a tres hipótesis: necesidad, ligereza e inexperiencia, aunque en algunos Códigos, como el italiano y el peruano, se admite solamente la situación de inferioridad. No nos extenderemos aquí en la caracterización de esos estados, en cuanto no han sido incorporados al Código peruano; quien desee conocer nuestra opinión puede acudir a lo que hemos escrito sobre el tema en libros y trabajos especializados[25].

Para concluir este punto nos limitamos a insistir que la enumeración de los estados de inferioridad de la víctima es taxativa, y no pueden invocarse otras situaciones no mencionadas por la norma vigente en el respectivo cuerpo legal.

3.5. Ámbito de aplicación

Aunque algunos cuerpos legales parecen reducir la aplicación de la lesión a los "contratos", la doctrina más moderna sostiene que debe aplicarse a todos "los actos jurídicos bilaterales onerosos". Personalmente entendemos que debe comprender también los contratos

(21) Esta última fórmula tiene una originalidad y un contenido que harían necesario un estudio especial, ajeno a estos comentarios.

(22) Ver DEMONTÈS, E., quien habla de "la explotación aun inconsciente, del otro contratante". En: *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Lib. Gen. Droit et Jurisprudence, París, 1924, p. 215.

(23) Schw. Jur. Zeitung, XVIII, 184, p. 240 (citado por Paul OSSIPOW en *De la lesión. Etude de droit positif et de droit comparé*. Roth-Sirey. Lausana-París, 1940).

(24) Cámara Civil y Comercial 2a., Santiago del Estero, 14 de abril de 1998, Llanos de Ferreyra, Venancia Antonia c/. Abraham Abdenur y otros, Jurídica Documento N° 19.7665.

(25) Ver nuestros libros: *La lesión en los actos jurídicos*, *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*, ya citados, y "La lesión subjetiva y sus elementos", en Bol. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, años XLVI XLVII, 1982-1983, p. 219.

aleatorios, como lo hace el Código peruano de 1984, punto en el que hay discordancia en las soluciones legales.

Mayoritariamente se opina que no es aplicable a las donaciones, y existe acuerdo casi unánime de que tampoco puede funcionar en las transacciones ni en las ventas judiciales[26].

Por nuestra parte hemos sostenido que la lesión es aplicable en el Derecho Comercial[27], el Derecho Administrativo[28], e incluso en el Derecho Laboral[29], aunque en este último campo la aplicación de las normas específicas de esta rama del Derecho hacen que no sea necesario que el empleado pruebe su situación de inferioridad, ni demuestre el ánimo de explotación por parte del patrón, sino que sea suficiente con el quebrantamiento de los topes que objetivamente se han fijado para protegerlo, como sería por ejemplo el pago de salarios inferiores a los establecidos por las leyes o convenciones de trabajo.

4. La lesión en el Derecho peruano

4.1. Código de 1852

El Código de 1852 se encuentra en este tema influenciado por la doctrina clásica. No puede decirse que haya seguido al Código Napoleón, porque se aparta de él en puntos de importancia, ya que concede acción tanto al vendedor como al comprador; para el primero se conforma con la clásica diferencia de más de la mitad, y en el caso del segundo requiere que el precio haya sido tres mitades el valor de la cosa[30].

Establece de manera expresa, la facultad del demandado de poner fin al pleito pagando, o devolviendo, la diferencia de precio que se reclama[31].

Es además interesante que se prevé la rescisión de las subastas si el precio se efectuase por menos de las dos terceras partes del valor de la cosa (artículo 1165).

Regula también la lesión en las particiones, como veremos al repasar los antecedentes del artículo 1456.

Por la fecha de su sanción es lógico que continuase adherido a las fórmulas de corte objetivo.

Hemos encontrado referencias de que existiría un trabajo comentando la figura de la lesión en este Código, cuyo autor sería Rosendo Badani[32].

(26) Es la solución adoptada en el artículo 1455 del Código peruano.
(27) Ver nuestro libro: *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*. Ob. cit., pp. 145 y ss.
(28) Ibídem, pp. 153 y ss.
(29) Ibídem, pp. 159 y ss.
(30) Artículo 1459 (Código de 1852).- "Hay lesión, y por causa de ella puede el vendedor pedir que se rescinda el contrato, si se vendió la cosa en menos de la mitad de su valor; la hay también, y puede el comprador pedir la rescisión de la venta, si compró la cosa en más de tres mitades de su valor".
(31) Artículo 1463 (Código de 1852).- "En cualquier estado del juicio sobre lesión, con tal que no se haya pronunciado la primera sentencia definitiva, tiene el comprador contra quien se hubiese interpuesto la demanda, derecho a retener la cosa pagando la parte de precio que dio de menos; y tiene el vendedor, si es demandado, derecho a mantener la venta devolviendo el exceso sobre el precio".
(32) Ver BADANI, Rosendo. "La lesión en el Código Civil de 1852", artículo publicado en la *Revista Jurídica del Perú*, N° 3, Lima, 1952, pp. 187-197.

4.2. Código de 1936

Tanto Max Arias Schreiber[33], como Manuel De la Puente y Lavalle[34], se ocupan de relatarnos en forma bastante extensa la labor de la Comisión de 1936 en lo que se relaciona con las normas sobre lesión que en él se incluyeron. Nos dicen que en un primer momento la Comisión, influenciada por Olaechea, había decidido suprimir la lesión[35], pero que la participación del entonces Ministro de Justicia, don Diómedes Arias Schreiber revirtió esa decisión[36] y se encargó al propio Olaechea que elaborase un proyecto, tarea que cumplió presentando una norma que se inspiraba en el Código de la colonia italiana de Eritrea, en el cual aparecían ya elementos subjetivos[37], pero la Comisión dejó de lado esa propuesta, y mantuvo la lesión con la tradicional fórmula objetiva[38], solución que es criticada por De la Puente y Lavalle, quien estima que no se justifica que la Comisión, contando con el valioso aporte de Olaechea "decidiera dejarlo de lado", y mantuviera una fórmula objetiva, lo que "significa alinearse con los Códigos del siglo pasado y desviarse de las corrientes que ya estaban definitivamente adoptadas"[39].

Entre los aspectos salientes deben mencionarse el que solo se concede acción al vendedor de un inmueble (artículo 1439), el breve plazo de prescripción (seis meses, artículo 1440), y la posibilidad de que el comprador pueda poner fin al juicio, en cualquier momento, pagando al vendedor la parte del precio que dio de menos (artículo 1441).

Además el Código de 1936 reguló con detenimiento la lesión en las particiones, aspecto en el cual remitimos a lo que se dirá al tratar el artículo 1456.

4.3. Código de 1984. Antecedentes

En una primera instancia Max Arias Schreiber, autor del Anteproyecto de Disposiciones Generales sobre los contratos, se manifestó contrario a mantener la figura de la lesión, y así lo expresó en la Exposición de Motivos[40], pero él mismo reconoce que por instancias de Manuel De la Puente y Lavalle se terminó por aceptarla[41], y se incorporaron al Primer Proyecto diversos artículos destinados a regularla. De ellos nos interesa especialmente el artículo 1470, que preveía:

(33) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, T. I, Contratos - Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 262.

(34) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión", en *Derecho* N° 37, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1983, pp. 161-185.

(35) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 262 y DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*, T. II, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 42.

(36) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión". Ob. cit.

(37) Artículo propuesto por Manuel Augusto OLAECHEA:
"Si las obligaciones de una de las partes están fuera de toda proporción con la ventaja que retira del contrato o con la prestación de la otra, y según las circunstancias hubiere motivo fundado para estimar que su consentimiento no fue libremente prestado, el juez puede, a instancia de la parte lesionada, anular el contrato.
La acción de nulidad debe intentarse en el plazo de un año del día del contrato.
Esta acción es inadmisible si el demandado promete una indemnización adecuada a juicio del juez".

(38) Artículo 1439 (Código de 1936).- "Hay lesión, y por causa de ella puede pedir el vendedor que se rescinda el contrato, si se vendió un predio rústico o urbano en menos de la mitad de su valor. Para probar la lesión se estimará el bien por el valor que tuvo al tiempo de la venta; pero incumbe al juez apreciar todas las circunstancias del contrato".

(39) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La lesión". Ob. cit.

(40) "(...) hemos llegado a la conclusión de que el Anteproyecto debe limitarse a implantar la excesiva onerosidad de la prestación (...) y hemos desechado, en consecuencia, la consagración de la lesión como institución similar (...)".

(41) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 263.

"La sola desproporción evidente que exista entre la prestación y la contraprestación al momento de la celebración del contrato no autoriza su invalidación.

Empero, si la desproporción evidente resultara del abuso consciente por la parte que se beneficia con ella como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentra la otra parte o de su inexperiencia, puede esta última demandar la rescisión del contrato por lesión".

Entre los aspectos más destacados de esa fórmula debemos señalar su primer párrafo, que rechazaba la posibilidad de rescindir un acto por la mera inequivalencia objetiva de las prestaciones; el que al "aprovechamiento" se lo denominase "abuso consciente", y que los estados de inferioridad de la víctima del acto lesivo fuesen dos: la "necesidad", sin otro calificativo, y la inexperiencia.

Pero el problema se continuó debatiendo en la Comisión y en el Segundo Proyecto encontramos el artículo 1411, con la redacción que actualmente tiene el 1447 del Código vigente. Aquí se habla de "aprovechamiento", utilizando un término que es usual en el Derecho comparado para caracterizar la actitud del lesionante; desaparece la "inexperiencia", como situación que podría justificar el pedido de rescisión, y a la necesidad se la califica de "apremiante".

De la Puente Lavalle, para justificar la eliminación de la inexperiencia, afirma que como el aprovechamiento del beneficiario importa "tomar la iniciativa para fijar las condiciones lesivas", existe una maniobra intencional, "por lo cual se configura una situación de dolo"(42).

En la doctrina peruana Borea Odría ha expresado: " ...la exclusión de la inexperiencia como causal subjetiva para accionar por lesión me parece jurídica y socialmente inconveniente"(43). Por nuestra parte, además de explicar que la inexperiencia podría definirse como "la falta de los conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica"(44), hemos sostenido siempre la conveniencia de mantener esta situación en el catálogo de estados de inferioridad que deben incluir las fórmulas represivas de la lesión.

En lo que se refiere al calificativo de "apremiante" que se aplica a la necesidad, procuraremos analizarlo en el punto siguiente.

5. Análisis del artículo 1447

5.1. Elementos de la figura en el Código Civil peruano

La norma contempla la necesidad de que se reúnan un elemento objetivo, la desproporción, y dos elementos subjetivos: inferioridad de la víctima, y aprovechamiento del lesionante.

a) Elemento objetivo. Desproporción matemática.- El primer elemento, es decir el objetivo, se mide de manera matemática, expresando que debe ser "mayor de las dos quintas partes", y en el artículo siguiente, también de manera matemática, se dirá que el aprovechamiento se presume cuando la diferencia "fuera igual o superior a las dos terceras partes".

(42) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*, T. V. Ob. cit., p. 296.
(43) Ver BOREA ODRÍA, Miguel. "La lesión. Necesidad de incluir a la inexperiencia como estado de inferioridad de un contratante". En: *Ius et Veritas*, año 9, N° 19, Lima, 1999, pp. 88-92.
(44) Ver nuestros libros: *La lesión en los actos jurídicos*, N° 283, p. 187; y *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*, p. 91, ambos citados anteriormente.

Arias Schreiber nos relata que la elección de módulos matemáticos para el cálculo de la desproporción tuvo su origen en observaciones formuladas en un "fórum" que se realizó en 1981 en la Universidad Católica[45], que él recogió y llevó al seno de la Comisión, donde prevaleció el criterio cuantitativo[46]. Sin embargo, con mucha honestidad, agrega luego:

"Nos queda, empero, la duda sobre si esa decisión fue o no correcta y si con una proyección hacia el futuro no habría sido más conveniente dejar la desproporción chocante librada al criterio del juez en congruencia con la posición adoptada al legislar sobre la excesiva onerosidad en la prestación"[47].

Reitera esas dudas en su obra titulada "Luces y sombras del Código Civil"[48]. Creemos que su duda está fundada. Estas normas se están refiriendo a la diferencia entre "valor de la cosa", y "precio pagado". Con relación al precio que se pagó la prueba es fácil; el problema se planteará cuando el juez deba determinar cuál es el "valor de la cosa", para poder calcular las diferencias de acuerdo a las fórmulas matemáticas que ha adoptado el legislador. ¿Renacerán entonces todas las discusiones que hubo en la Edad Media sobre el "justo precio"?[49].

Muchas de las críticas dirigidas a la lesión se han fundado en la imposibilidad de establecer el justo precio, que servirá de base matemática a las fórmulas objetivas. En cambio, no se puede dirigir esas críticas a las modernas concepciones de la lesión, donde se habla solamente de "desproporción chocante", o "desproporción evidente", sin exigir la determinación exacta de un valor, que muchas veces resulta difícil establecer con precisión.

De la Puente y Lavalle no puede silenciar su disconformidad con el criterio adoptado[50] y estima que, al igual que en el caso de la imprevisión, donde solamente se habla de "excesiva" onerosidad, debió uniformarse conceptos "en lo relativo a la manera de calificar la desproporción entre las prestaciones".

No conocemos que hasta el momento se hayan efectuado en Perú planteos jurisprudenciales sobre el tema.

b) Estado de inferioridad de la víctima.- La única situación de inferioridad admitida por el Código es la "necesidad apremiante".

Señalemos en primer lugar que el vocablo "necesidad" puede dar lugar a confusiones con otra figura jurídica conceptualmente distinta, el llamado "estado de necesidad". Sin embargo, la difusión del término en la doctrina y en la legislación hace casi imprescindible continuar usándolo.

(45) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 264. Relata allí que la observación provino de César Fernández Arce, y que él se sumó a la idea, lo que tuvo como resultado que De la Puente y Lavalle modificase su ponencia original, dando cabida a la expresión matemática de las diferencias.

(46) Al parecer el único que manifestó su disconformidad en el seno de la Comisión fue Carlos Fernández Sessarego, quien afirmó "que los criterios matemáticos para determinar la lesión resultan primitivos, más aún cuando se observa en los países del sistema romano-germánico que se otorga al juez cada vez mayor flexibilidad".

(47) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 268.

(48) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. *Luces y sombras del Código Civil*, T. II, Ed. Studium, Lima, 1991, p. 95, donde dice: "(...) admitimos que las fórmulas matemáticas son en el fondo caprichosas o inexactas y que un fuerte sector de la doctrina afirma que tiene mayor sentido dejar al juez la apreciación de si existe o no una proporción evidente o chocante".

(49) Ver nuestro libro. *La lesión en los actos jurídicos*. Ob. cit., N° 59, p. 48; y N° 64 y ss., pp. 50 y ss.

(50) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*, T. V. Ob. cit., p. 293.

El Diccionario Manual de la Real Academia Española define una de las acepciones de la "necesidad", como la "falta de las cosas que son menester para la conservación de la vida", y en el Diccionario de Don Carlos de Ochoa se la define como "falta o carencia de las cosas, principalmente hablando de lo que es preciso para la vida".

En los diversos Códigos que han incorporado el vocablo para caracterizar una de las situaciones en que puede encontrarse la víctima de un acto lesivo, se ha entendido comprender en la "necesidad" no solo los aspectos de inferioridad económica o material, sino también las situaciones de angustia moral o peligro[51].

En cuanto a la calificación utilizada por el Código de 1984, recordemos que la primera ley que determinó que la necesidad debía ser "extrema", fue el Código Civil de la Rusia soviética, en su artículo 33[52], pero allí se justificaba porque ese cuerpo legal no exigía el aprovechamiento. Con posterioridad el Código de México ha hablado de "extrema miseria", y comentando esa norma hemos dicho que una limitación de ese tipo resulta inconveniente, y hasta cierto punto exagerada[53], pues esta exigencia llevada al extremo puede tornar ilusoria la protección de las víctimas de actos lesivos.

No encontramos en las obras de los autores peruanos que participaron en la Comisión Redactora del Código razones suficientes que justifiquen el calificativo de "apremiante", dado a la necesidad.

5.2. Ámbito de aplicación

El artículo 1447 del Código Civil peruano habla de "contratos", en general, sin especificar cuáles de ellos pueden ser afectados por el vicio de lesión, y cuáles no; queda, pues, a la doctrina y a la jurisprudencia la tarea de determinar el ámbito de aplicación de la figura.

Existe coincidencia en que la lesión puede afectar todos los actos bilaterales onerosos, es decir que el campo más propicio para su aplicación son las convenciones y contratos. Tampoco hay vacilaciones cuando el contrato tiene carácter conmutativo, y la acción puede estar destinada a proteger a cualquiera de las dos partes que han intervenido en el acto, siempre que se encuentre en uno de los estados de inferioridad que hemos reseñado más arriba, y que haya mediado aprovechamiento de la otra parte.

Así, por ejemplo, en el caso de una compraventa, puede suceder que el lesionado sea el vendedor, que impulsado por necesidades económicas acuciantes, enajena a precio vil un valioso objeto; pero también puede ocurrir que el lesionado sea el adquirente, que en razón de su inexperiencia o ligereza, paga un precio exorbitante por un bien de escaso valor. Y, en materia de cláusula penal, vemos que la lesión puede presentarse no solamente porque su monto sea excesivo, sino también porque sea tan exiguo, que constituya una verdadera burla, y permita al deudor obtener grandes beneficios del incumplimiento, por lo irrisorio de la pena.

5.3. Los contratos aleatorios

El artículo 1447 toma partido en el problema resolviendo de manera expresa que los contratos aleatorios pueden ser rescindidos cuando los afecta el vicio de lesión, siempre que la desproporción se produzca por causas extrañas a los riesgos propios de este tipo de contratos.

(51) Ver nuestro libro. *La lesión en los actos jurídicos*. Ob. cit., N°s 279 a 281, pp. 183 y ss.
(52) Ibídem, p. 178, nota 136.
(53) Ibídem, N° 174, p. 111.

El problema ha sido arduamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países; incluso algunas legislaciones los excluyen de manera terminante, como el Código Civil italiano[54], y la Compilación foral de Navarra[55]; y en la de Cataluña se dice que no habrá lugar a la acción rescisoria cuando "el precio o la contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido"[56].

La doctrina francesa ha discutido extensamente el problema, especialmente en torno a la transferencia de inmuebles a cambio de la constitución de una renta vitalicia, o en casos de venta del usufructo o de la nuda propiedad de un inmueble.

Tradicionalmente la mayor parte de los autores sostiene que en tales casos no es posible la rescisión por lesión, pues aunque exista una enorme desproporción entre las prestaciones de las partes, ello es de la naturaleza de los contratos aleatorios, ya que las ventajas o pérdidas para las partes resultan del acontecimiento incierto, que constituye el aleas del contrato[57].

Sin embargo hay casos en que la constitución de la renta se ha efectuado por un precio vil, ya sea porque es inferior a las rentas netas del inmueble, o porque la diferencia es tan pequeña que desde el primer momento puede advertirse que jamás va a llegar a amortizarse íntegramente el capital, o sea que una de las partes obtendrá siempre una ganancia –que podrá ser mayor o menor– y la otra sufrirá siempre una pérdida, variable también, pero segura. En estos casos puede existir lesión, cuando el desequilibrio entre las prestaciones de una y otra parte sea evidente, y resulte de un aprovechamiento indebido de la situación de inferioridad en que se encontraba.

El problema se presenta con claridad cuando el precio es tan irrisorio que no alcanza a cubrir el producido de la renta del inmueble, hipótesis en la cual hasta los propios autores que niegan la posibilidad de rescindir los contratos aleatorios titubean, y se resisten a admitir la validez de actos tan notoriamente inicuos. En estos casos la doctrina francesa suele recurrir a una sutileza técnica y afirmar que la venta es nula, no porque haya lesión, sino porque falta un elemento esencial: el precio. De esta manera se equipara el precio vil a la falta de precio[58].

Entre los autores franceses que sostienen la posibilidad de rescindir las ventas aleatorias podemos citar, por su autoridad, a Marcadé[59]. Sus argumentos son contundentes y demuestran claramente que aun en los contratos aleatorios puede presentarse la lesión cuando para una de las partes no hay posibilidad de pérdida, y para la otra parte falta la posibilidad de ganancia; estrictamente existe aleas, porque el monto definitivo de las prestaciones perma-

(54) Ley N° 503 (Compilación foral de Navarra).- "No tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso".

(55) Artículo 1448 (Código Civil italiano de 1942).- "(...) No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios".

(56) Artículo 323 (Compilación de Cataluña).- "(...) No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta, ni en aquellos contratos en los que el precio o la contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido, o por el deseo de liberalidad del enajenante".

(57) BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Traité du Droit Civil*, T. XIX, *De la vente*, N° 682, p. 719; para este autor la principal dificultad reside en que es indispensable "establecer una relación entre el valor de la cosa y el precio de venta", de manera tal que jamás podría apreciarse si existe o no lesión.

(58) AUBRY C. y RAU, C. *Droit Civil*, T. IV, N° 349; LAURENT, F. *Droit Civil français*, T. XXIV, N° 85, p. 13. En igual sentido muchos fallos jurisprudenciales. Baudry-Lacantinerie acepta que en estos casos hay lesión. Ob. cit., N° 683, p. 719.

(59) MARCADÉ, V. *Explication théorique et pratique du Code Civil*, 80ª edición, Paris, 1894, T. VI, artículo 1674, N° 8, pp. 325 a 327.

nece indeterminado y puede variar, pero se prevé de antemano que el contrato solo favorecerá a una de las partes y, si la desproporción es notable e injustificada, podrá ejercitarse la acción de nulidad por lesión[60].

Procuremos ilustrar el problema con un ejemplo; supongamos que un anciano de 80 años transfiere un inmueble que vale 800.000 soles, a cambio de una renta vitalicia de 12.000 soles mensuales, cuando en realidad por ese inmueble puede cobrar –o se cobra efectivamente– un alquiler de 11.000 soles. La desproporción resulta evidente, porque en realidad por año solo se amortizan 12.000 soles y serían necesarios más de 65 años para amortizar íntegramente el capital: ¿puede imaginarse que una persona llegue a vivir 145 años?

En casos como este, insistimos, hay aleas, porque el monto total de lo que se paga en concepto de renta variará según que la muerte se produzca más temprano o más tarde; pero también es evidente que, desde el primer momento, se puede señalar una desproporción grande entre las prestaciones. Por otra parte el elemento objetivo por sí solo no es suficiente, y para que proceda la rescisión por lesión, será menester que estén presentes los elementos subjetivos referentes a la víctima (inferioridad) y al lesionante (aprovechamiento).

Esta opinión es compartida por la mayor parte de la doctrina argentina, y fue objeto de un pronunciamiento en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde el miembro informante expresó que "el carácter aleatorio de un contrato no debe impedir al juez sancionar la lesión", afirmación que no fue contradicha por ninguno de los juristas que participaron en el certamen, llegando a votarse por unanimidad una Recomendación que expresaba textualmente: "El vicio de lesión puede existir en los contratos aleatorios".

En la doctrina peruana este problema debe concordarse con lo dispuesto en materia de imprevisión por el artículo por el inciso 2 del artículo 1441 que admite la resolución cuando el desequilibrio entre las prestaciones "se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato", y tanto Max Arias Schreiber[61], como Manuel De la Puente y Lavalle[62], estudian el problema con relación a esa figura, aunque es menester recordar que ese último autor, con anterioridad a la sanción del Código, hacía referencia la posibilidad de que hubiese lesión en los contratos aleatorios, citando las opiniones de Mazeaud, López de Zavalía y la nuestra[63].

El Código ha solucionado el punto de manera expresa y correcta.

DOCTRINA

Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Imprenta de la Universidad Nacional, dos tomos, Córdoba, 1962; Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Imprenta de la Universidad Nacional, dos tomos, Córdoba, 1971-72; ALBALADEJO, Manuel. Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los Derechos catalán y navarro. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976; ALVAREZ VIGARAY, Rafael. Los contratos aleatorios. En: Anuario de Derecho Civil, 1968-III, (en especial el punto 8, efectos con relación a la rescisión por lesión); ALVAREZ VIGARAY, Rafael y AYMERICH DE RENTERIA, R. De. La rescisión por lesión en el Derecho español común y foral. Granada, 1989; ARAUZ CASTEX, Manuel. La

(60) En épocas más recientes Jean Deprez ha efectuado un estudio minucioso de la evolución de la jurisprudencia y la doctrina francesas sobre esta materia, llegando a la conclusión de que la naturaleza aleatoria del contrato "no debe impedir al juez sancionar la lesión si el examen de las circunstancias de la causa le dan la íntima convicción de un desequilibrio flagrante" (DEPREZ, Jean. "La lésion dans les contrats aléatoires". En: *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, N° 1, 1955, pp. 1-38; ver especialmente: "Conclusión", pp. 37 y 38).

(61) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis (...)*. T. I. Ob. cit., p. 256.

(62) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*, T. V. Ob. cit., pp. 195-196.

(63) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del (...)*, T. II. Ob. cit., p. 28.

reforma de 1968. Empresa Técnico-Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1968; ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Contratos-Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 1995; ASTUENA, Norman J. La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales. En: El Derecho 45-961; AUBRY C. y RAU, C. Cours de Droit Civil français. T. VI, 4ª edición. París, 1873; BADANI, Rosendo. La lesión en el Código Civil de 1852. En: Revista Jurídica del Perú, N° 3, Lima, 1952; BLASCO GASCÓ, F. de P. Rescisión por lesión. Opción de compra y de descompra y pluralidad de objetos. La Llei, novembre 1995; BAUDRY-LACANTINERIE G. y WAHL, A. Droit Civil. T. 9, Succesions-III, 30ª edición. París, 1905; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; BORDA, Guillermo A. La lesión. En: El Derecho 29-727 y ss.; BORDA, Guillermo A. Votos. En: La Ley 93-543 y 108-669; BORDA, Guillermo A. Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos. En: La Ley 1985-D-85; BORDA, Guillermo A. El abuso del derecho; la lesión y la imprevisión en el nuevo Código Civil paraguayo. En: La Ley, 16 octubre 1986; BOREA ODRÍA, Miguel. La lesión: necesidad de incluir a la inexperiencia como estado de inferioridad de un contratante. En: Ius et Veritas, año 9, N° 19, Lima, 1999; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. La parábola del mal samaritano: apuntes sobre la lesión en el Derecho de Contratos. En: Themis N° 43, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H. La presunción legal de la lesión subjetiva. En: La Ley 1982-D-31; CAMPOAMOR, Clara. El factor subjetivo en la lesión. Jurisprudencia Argentina 1947-I-5; CAMPS i ARBOIX, J. Notes a l'engany de mitges de la compilació. En: Revista Jurídica de Cataluña, N° 1, 1961; CARRANZA, Jorge A. El vicio de la lesión. En: colección Monografías Jurídicas, N° 129. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, y en Examen y crítica de la Reforma, Tomo 1. Platense, La Plata, 1971; CARRANZA ÁLVAREZ, César. La lesión: pareceres en torno a su regulación en el Código Civil de Perú. En: Revista Universitas, N° 107, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, junio 2004; CASTILLO FREYRE, Mario. Tentaciones académicas. T. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Lima, 1999; CASTRO Y BRAVO Federico De. El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967; CIFUENTES, Santos. La lesión subjetiva en el Proyecto de Código Civil de 1998 (Oh..., sorpresa! Jurisprudencia Argentina, 1999-III-972; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. T. IV, traducción al castellano de Demófilo De Buen, 30ª edición. Reus, Madrid, 1955; DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. Lessão nos contratos. 20ª edición. Forense, Río de Janeiro, 1959; DALEM, Mariette J. L'extension de la notion de lésion. París, 1937; DEKKERS, René. La lésion enorme. Introduction à L'histoire des sources du Droit. Sirey, París, 1937; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La lesión. En: Derecho, N° 37, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1983; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Cultural Cuzco. Lima, 1983; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, Tomo V. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; DEMOGUE, R. Traité des obligations en général. París, 1923; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoleon. 40ª edición. T. 17, París, 1871; DEMONTÈS, E. De la lésion dans les contrats entre majeurs. París, 1924; DE PAGE, Henri. Le probleme de la lésion dans les contrats. Bruselas, 1946; DEPREZ, Jean. La lésion dans les contrats aléatoires. En: Revista Trimestrale de Droit Civil, I, 1955; DÍAZ BEDREGAL, Alvaro. La lesión. En: Ius et Veritas, año 11, N° 22, Lima, 2001; DI CIÓ, Alberto A. La lesión subjetiva en el art. 954 del Código civil. En: El Derecho 40-703; DIEZ ARGAL, W. La rescisión por lesión en el Fuero Nuevo de Navarra. Pamplona, 1984; DIJOL, Marcel. La justice dans les contrats et les obligations lessionnaires. Sirey, Paris, 1918; DURANT, Will. Nuestra herencia oriental. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1952; ESPÍN CÁNOVAS, Diego. Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión. Revista de Derecho Privado, marzo 1988; FERNÁNDEZ ASIAIN. La rescisión por lesión en el Derecho navarro. Revista Jurídica de Cataluña, 1949; FLEITAS, Abel M. La lesión como vicio de los actos jurídicos. En: Libro Homenaje a Guillermo A. Borda. La Ley, Buenos Aires, 1984; FLORIS MARGADANT, S. La historia de la 'laesio enormis' como fuente de sugerencias para la legislación moderna. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año X, N°s. 28-29, 1977; FORNER DELAYGUA, J. La rescisión ultra dimidium en el Derecho interregional español. Revista Jurídica de Cataluña, 1992; GARIBOTTO, Juan C. El vicio de lesión. Evolución en el Derecho Civil argentino. En: El Derecho 130-783; GARCÍA VALLÉS, Ricardo. La rescisión por laessio ultradimidium, debería aplicarse a los bienes muebles? En: Revista Jurídica de Cataluña, N° 2, año 1963; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O. Reformas al Código Civil, 2ª edición. Zavalía, Buenos Aires, 1971; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O. La lesión y el art. 954 (Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil). Zeus, T. 9, D-13; GÓMEZ ACEBO-SANTOS, F. Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica. En: Revista de Derecho Privado, año XXXIV, N° 39, Madrid, 1950; GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; GRAVESON, R. H. Les méthodes de reforme du droit. En: Rev. Int. de Droit Comparé, N° 2, 1967; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. T. IV. Edición del autor, Lima, 1977; LARROZA, Ricardo O. Lesión objetiva subjetiva. En: Libro

Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, "Contratos"; LAURENT, F. Principes de Droit Civil français. T. XXVI, 50ª edición. Bruselas-París, 1893; LÓPEZ DEL CARRIL, Nelson J. Enfoque económico de la lesión subjetiva. En: La Ley 138-1327; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Zavalía, Buenos Aires, 1971; LOUIS-LUCAS, Paul. Lésion et contrat. Sirey, París, 1926; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Estudio de la Reforma del Código Civil. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969; MARCADÉ, V. Explication théorique et pratique du Code Civil, 80ª edición, Paris, 1894; MARIENHOFF, Miguel S. La lesión en el Derecho Administrativo. (Improcedencia de su invocación por el Estado. Lo atinente al administrado). Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1975; MARIENHOFF, Miguel S. De nuevo sobre la "lesión" en el Derecho Administrativo. Improcedencia de su invocación por el Estado. Lo atinente al administrado. Jurisprudencia Argentina, 1976-III-766; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano). En: Ensayos de Derecho Civil, I. Ed. San Marcos. Lima, 1997; MARTI RAMOS, Luis. La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña. En: Anuario de Derecho Civil, IV,1959; MAURY. Essai sur le role de la notion d'equivalence en Droit Civil français; MAYNZ, Ch. Cours de Droit Romain. T. 2, 40ª edición. Bruselas, 1877; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971; MEYNIAL. Algunas notas sobre la historia de la rescisión por lesión de los contratos entre mayores en la Edad Media. La glosa, los glosadores y los bartolistas. En: Studii en Homenaje a Vittorio Scialoja. Vol. II; MILLAN, Gustavo Manuel. Contribución al estudio de la lesión. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XV, N° 32, 1974; MODICA, A. Teoria della decadenza nel Diritto Civile italiano. T. I. Torino, 1906; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imprenta de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino. Imp. de la Universidad Nacional de Córdoba, 1976 (distribuye Zavalía); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Instituto de Derecho Civil de Córdoba, reunión del 3 de septiembre de 1964, Conclusiones, Cuadernos de los Institutos, NE 90, p. 111; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Lesión (artículo 954 Código Civil): problemas de la "renuncia anticipada" y de la "confirmación" del acto viciado. En: La Ley 1980-A-493; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. ¿Aprovechamiento lesivo de la inexperiencia, o acción dolosa? En: La Ley, Córdoba, 1984-23; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión y el art. 671 del nuevo Código del Paraguay. En: Derecho Privado, Congreso de Lima 1988, Cultural Cuzco, Lima, 1990; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Lesión e imprevisión (su reflejo en las legislaciones contemporáneas). En: Derecho Privado, Congreso de Lima 1988, Cultural Cuzco, Lima, 1990; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Zeus, T. 77, D-111; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Derecho de Obligaciones. Con notas de referencia al Derecho peruano por Manuel MURO ROJO. Gaceta Jurídica, Lima, 2016; MOISSET DE ESPANES, Luis. Obligaciones naturales y deberes morales, coedición Zavalía-Buenos Aires, y Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1998; MOLINA, Juan Carlos. Abuso del derecho. Lesión e imprevisión. Astrea, Buenos Aires, 1969; MORALES ARIAS, Luis Guillermo. Cabe la lesión enorme en la dación en pago? En: Revista de Derecho Civil, Universidad de los Andes (Bogotá), Vol. II, enero 1985; MORELLO, Augusto M. Efectos del reajuste que obsta a la nulidad del acto lesivo. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, años XVI y XVII, N° 34, 35 y 36; MORELLO, Augusto M. Anulación del acto: por dolo o por lesión? Jurisprudencia Argentina 28-1975-240; MORIXE, Héctor. Contribución al estudio de la lesión. Buenos Aires, 1929; MOSSET ITURRASPE, Jorge. La presunción de explotación en la subjetivo-objetiva. Jurisprudencia Argentina, serie moderna, 5-686; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Justicia contractual. Ediar, Buenos Aires, 1978; OSSIPOW, Paul. De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé. Roth-Sirey, Lausana-París, 1940; PETRA RECABARREN, Guillermo M. El instituto de la lesión civil en la historia. Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1971-581; PERIN. De la lésion dans le contrat de travail. Tesis, París, 1908; PIANTONI, Mario. Contratos civiles. Tomo I. Lerner, Buenos Aires, 1975; PIÑÓN, Benjamín Pablo, en ponencia enviada a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (T. I de "Ponencias", Rosario, 1971); PIRENNE, Henri. Historia social y económica de la Edad Media. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1960; PIZARRO, Ramón Daniel. Aspectos procesales de la lesión subjetiva. Trabajo premiado en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (marzo 1976); PIZARRO, Ramón Daniel. La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el art. 954 del Código Civil. Jurisprudencia Argentina 1977-I-475; PLANIOL, Marcel. Traité elémentaire de Droit Civil. T. II., 6ª edición. París, 1912; POTHIER, Robert Joseph. Oeuvres, T. III, Traité du contrat de vente. París, 1847; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. La lesión. Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1971; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 22ª edición. Madrid, 2001, edición en CD-Rom; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. T. X, Vol. 2, traducción al castellano de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965; RIVERA, Julio César. Lesión. En: Libro Homenaje a Guillermo A. Borda, La Ley, Buenos Aires,

1984; RIVERA, Julio César. Elementos y prueba de la lesión subjetiva. En: El Derecho 74-347; RIVERA, Julio César. Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José. La lesión utradimidium. En: Estudios, tomo I; ROCA TRÍAS, María Encarnación. Problemas de engany de mitges. En Revista Jurídica de Cataluña, N° 2, 1967; ROCA TRÍAS, María Encarnación. Rescisión por lesión. La determinación del justo precio. Revista Jurídica de Cataluña, 1979; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales. Parte General. Lima, 1985; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987; SAIGET, Jacques. Le contrat immoral. Dalloz, Paris, 1939; SINGER, Horacio J. Acerca de la posibilidad de ofrecer en subsidio el reajuste en la acción por lesión. Jurisprudencia Argentina 24-1974-480; SMITH, Juan Carlos. Consideraciones sobre la Reforma del Código Civil. En: La Ley 130-1016; SPOTA, Alberto G. La lesión subjetiva. En: La Ley 68-421; SPOTA, Alberto G. El objeto-fin social del acto jurídico, Jurisprudencia Argentina, 1943-IV-248; SPOTA, Alberto G. El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales. Jurisprudencia Argentina, 1944-III-134; SPOTA, Alberto G. Lesión subjetiva. Una doctrina argentina. En: La Ley 122-201; SPOTA, Alberto G. El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil. Jurisprudencia Argentina 1962-VI, Doctrina; SPOTA, Alberto G. Imprevisión contractual, lesión subjetiva. En: La Ley 1976-D-195; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; TARDE, Gabriel De. L'idée du juste prix. Paris, 1906; TOBÍAS, José W. Esencia y fundamento de la lesión objetiva subjetiva. En: El Derecho 110-973; TOBÍAS, José W. Ámbito de la lesión objetiva subjetiva (su aplicación a los negocios jurídicos unilaterales y a los bilaterales gratuitos). En: El Derecho 129-739; TROLLEY. Etude sur la lésion en droit romain et en droit français. Paris, 1872; VENINI, Guillermina. Lesión subjetiva. Jurisprudencia Argentina 1991-II-776 (semanario 5721); VENINI, Juan Carlos. Lesión subjetiva. Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1970-56; VENINI, Juan Carlos. Recapitulando sobre la lesión. Jurisprudencia Argentina 1977-I-774; VENINI, Juan Carlos. El reajuste equitativo en la lesión. En: La Ley 1979-B-904; VENINI, Juan Carlos. Lesión, usura y nulidad absoluta. Jurisprudencia Argentina 1983-II-794; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 1996; WETTER, P. Van. Pandectes. T. IV, Lib. Gen. de Droit et Jurisprudence, Paris, 1910; WOLKOWICZ, Pedro. El Derecho Civil y la usura. La lesión subjetiva. Zeus, Rosario, 1975; ZANNONI, Eduardo A. Código Civil comentado, anotado y concordado (Belluscio-Zannoni), Tomo 4, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982; ZEPOS, Pan J. Quince annés d'aplication du Code Civil hellénique. En: Revue Internationale de Droit Comparé, año XVI, N° 2, 1962.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de lesión

{E}s importante subrayar que en el artículo 1447 del Código Civil se establece que la lesión es el perjuicio económico que sufre una de las partes en un contrato oneroso y conmutativo, debido a la desproporción de más de dos quintas partes entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato, siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por el contratante beneficiado de la necesidad apremiante del otro ***(Cas. N° 2723-2015-Lima).***

Interposición de la acción rescisoria por lesión

Conforme el artículo 1955 del Código Civil, la acción de enriquecimiento sin causa no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización. Tercero. Si los recurrentes consideraban que el valor del terreno objeto de la venta no era el que le correspondía al momento de la compraventa, estuvieron facultados para interponer la acción rescisoria por lesión, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1447 del Código Civil ***(Cas. N° 3710-2001-Lima).***

Presunción de aprovechamiento de la necesidad apremiante

Artículo 1448.- ***En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.***

Concordancia:
C.C. art. 1447

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Antecedentes en el Derecho comparado

a) El Código Civil argentino de 1869

En 1946 el Poder Ejecutivo designó una Comisión encargada de proyectar las reformas que debían introducirse al Código Civil argentino de 1869, y el fruto de esa tarea fue la ley 17.711, que entró en vigencia el 1 de julio de 1968, que entre muchas otras cosas efectuó un agregado al artículo 954 de dicho Código Civil, introduciendo la represión de los actos lesivos con una fórmula moderna, integrada por elementos subjetivos[1].

En el terreno legislativo la "presunción de aprovechamiento" fue una novedad introducida el año 1968 por el artículo 954 del anterior Código argentino, cuyo tercer párrafo expresaba:

> "(...) Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de **notable** desproporción de las prestaciones (...)".

a.1) Génesis de la norma

A esa fecha no se encontraba en el Derecho comparado ningún antecedente de esta norma, ni siquiera en los proyectos argentinos de reforma que sirvieron de base al artículo 954, pero es menester recordar que esa presunción tenía antecedentes en varios fallos anteriores a la reforma, entre los cuales merece especial mención un voto de Borda[2], en el que manifestaba:

> "(...) Por mi parte pienso que no es necesaria la prueba del aprovechamiento de la situación de inferioridad de la otra parte para admitir la nulidad del acto. Cuando hay una

(1) Artículo 954.- (anterior Código Civil argentino).- "(...) Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.
También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.
Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.
Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.
El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

(2) Cámara Civil de la Capital, Sala A, 18 de diciembre de 1964, "Peralta, Josefa del C. c/. Trepat, Lorenzo S.", en *Jurisprudencia Argentina*, 1965-III-347 y ss.

grosera desproporción entre las prestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que ese, a menos que se trate de una liberalidad (...)"[3].

Y más adelante agregaba, en la misma sentencia:

"(...) Spota, a quien debe considerarse el principal sostenedor de la distinción entre lesión objetiva y subjetiva, reconoce que una grosera desproporción entre las contraprestaciones es generalmente indicio suficiente de que ha mediado aprovechamiento (...)"[4].

Es indispensable por ello citar varios trabajos del mencionado jurista[5], que analizando esta "presunción de aprovechamiento" ha llegado a sostener que se trataba de una "doctrina argentina"[6], que permitía obviar graves inconvenientes de prueba, facilitando por esta vía que se aplicase a los negocios usurarios la sanción que les corresponde"[7].

No resulta pues extraño que, habiendo formado parte Borda y Spota de la Comisión que elaboró la ley 17.711 de reformas al Código Civil, introdujesen en el artículo 954 esta novedad[8].

Es cierto que la presunción de explotación no tiene antecedentes en el Derecho comparado –considerando el Derecho comparado como estudio de sistemas vigentes en el momento actual–, pero debemos recordar que en algún país, como la Unión Soviética, se ha llegado más lejos, y el artículo 33 del viejo Código Civil de la República Socialista Federal Soviética de Rusia suprimió el requisito subjetivo de la explotación[9], conformándose con exigir la "extrema necesidad" de la víctima y el "manifiesto perjuicio" del acto.

Y si nos remontamos en el tiempo, veremos que un antiguo texto de Ulpiano[10] sirvió de base a los glosadores para construir la figura del *dolus re ipsa*, que no se vincula de ninguna manera con los vicios de la voluntad, sino que es muy semejante a la presunción que hoy consagra nuestro artículo, ya que la anormalidad o desproporción –que surge "de la cosa misma"– es lo que da lugar al carácter sospechoso del acto. Por aquel texto se concedía la acción de dolo "aún en los casos en que la parte no fuese culpable de dolo, si el dolo residía en la naturaleza misma del acto", que dejaba traslucir la intención latente de aprovecharse de la inferioridad de los cocontratantes.

De esta manera los maestros de Bolonia resultan, en cierta medida, precursores de la presunción de aprovechamiento incorporada a la ley argentina.

(3) Fallo citado en la nota anterior, p. 358.
(4) Ibídem, p. 359.
(5) SPOTA, Alberto G. "El objeto-fin social del acto jurídico", en *Jurisprudencia Argentina* 1943-IV-248; "El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales", en *Jurisprudencia Argentina*, 1944-III-134; y "La lesión subjetiva", en *La Ley* 68-421.
(6) SPOTA, Alberto G. "Lesión subjetiva. Una doctrina argentina", en *La Ley* N° 122-201.
(7) Hemos tratado estos temas con más extensión en nuestro libro: *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*, Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976, pp. 99 y ss., que nos sirve de base para redactar estas líneas.
(8) Abel M. Fleitas, que fue uno de los integrantes de la Comisión Reformadora, nos dice que "cuando se trató el tema de la lesión, en la aprobación del texto del artículo 954 intervinieron Borda, Spota, Martínez Ruiz, Bidau y el autor de esta nota" (ver FLEITAS, Abel M. "La lesión como vicio de los actos jurídicos". En: *Libro Homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 105).
(9) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 179, p. 112.
(10) Ley Si quis cum aliter, Digesto, 45.1.36.

a.2) Análisis crítico efectuado por la doctrina argentina

La doctrina argentina, comenzando por Smith[11], y Arauz Castex[12], Raffo Benegas y Sassot[13], a quienes se sumó Piantoni[14], así como también algunos fallos jurisprudenciales, ha sostenido que la presunción consagrada en el artículo 954 del anterior Código Civil argentino (contenida ahora en el segundo párrafo del artículo 332 del actual Código Civil y Comercial) alcanza no solo a la explotación sino también a la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo, interpretación que se basa en la fusión de los dos elementos subjetivos en uno solo y puede llevar a la conclusión de que por esta vía se desnaturaliza la institución y se retorna a la vieja y desacreditada "lesión enorme" de los romanos. Pero quien con más ardor ha defendido esta postura ha sido Brebbia[15], en dos encuentros nacionales de civilistas, como lo recuerda Pizarro[16].

A nuestro criterio, esa construcción es totalmente incorrecta y pasa por alto el hecho de que la fórmula que estaba consagrada por el artículo 954 del derogado Código (hoy, artículo 332 del vigente Código Civil y Comercial) integra el concepto de lesión con **dos elementos subjetivos**: a) primero, la situación de inferioridad de la víctima; b) segundo, actitud ilícita del beneficiario del acto, que "explota" la situación de inferioridad de la otra parte.

Indagar en la intimidad del sujeto entraña serias dificultades y es casi imposible entrar en su conciencia para determinar si ha existido o no el propósito deliberado de aprovecharse; por ello el legislador argentino se ha inclinado a establecer una "inversión de la prueba", que no significa otra cosa que la presunción *iuris tantum* de explotación, pudiendo ser desvirtuada por la prueba en contrario que brinde el beneficiario del presunto acto lesivo[17].

El punto fue objeto de ponencias contrapuestas en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969)[18], y dividió las opiniones de la comisión encargada de estudiarlo, que lo debatió extensamente y se inclinó –por un voto de diferencia– a sustentar la posición de Brebbia, recomendando en el punto I del despacho mayoritario: "Suprimir en una eventual reforma el párrafo tercero del artículo 954"; mientras que un despacho de disidencia, suscripto por Mosset Iturraspe y el que esto escribe, manifestaba: "La presunción de aprovechamiento consagrada en el párrafo tercero del artículo 954 no da a la fórmula los caracteres de la *lessio enormis* (lesión objetiva), sino que configura simplemente una inversión de la prueba y debe ser mantenida".

(11) SMITH, Juan Carlos. "Consideraciones sobre la reforma del Código Civil", en *La Ley* 130-1016, en especial en el ap. IX, p. 1028.

(12) ARAUZ CASTEX, Manuel. *La reforma de 1968* (en apéndice al T. 2 de Parte general), Empresa Técnico- Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1968, pp. 128-129.

(13) RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. "La lesión", en *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1971.

(14) Ver PIANTONI, Mario. *Contratos civiles*, T. I, N° 112, Lerner, Buenos Aires, 1975.

(15) BREBBIA, Roberto H. en ponencias presentadas al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil ("Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil". Imprenta de la Universidad Nacional, Córdoba, 1971-1972, T.2, p. 685; en adelante citaremos esta publicación como "Cuarto Congreso..."), y en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (T. I de "Ponencias", tema 2, Rosario, 1971).

(16) Ver PIZARRO, Ramón Daniel. "La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el artículo 954 del Código Civil", en *Jurisprudencia Argentina*, 1977-I-475.

(17) Cfr. CARRANZA, Jorge A. "El vicio de la lesión". En: *Examen y crítica de la Reforma*, T. I, Ed. Platense, La Plata, 1971, p. 305; y MOLINA, Juan Carlos. *Abuso del derecho. Lesión e imprevisión*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1969, p. 171.

(18) Ver "Cuarto Congreso...", Tomo 2. Se advertirá allí que consideraban conveniente mantener la presunción: ANDORNO (p. 689), MOSSET ITURRASPE (p. 683-4), y el autor de este trabajo (p. 684), inclinándose en cambio por la supresión el Dr. Roberto H. BREBBIA (p. 685-6).

Posteriormente, en las Quintas Jornadas de Derecho Civil, efectuadas en Rosario (septiembre 1971), Brebbia insistió en una ponencia propiciando la supresión del párrafo tercero del artículo 954[19], pero la mayor parte de los juristas que concurrieron a ese certamen habían formado ya opinión favorable a la presunción[20], y la Comisión recomendó su mantenimiento.

El miembro informante, Dr. Jorge Mosset Iturraspe, al sostener el despacho de la mayoría, que luego sería aprobado[21], expresó que la presunción consagrada en el párrafo tercero del artículo 954 se refería solamente a la "explotación" por parte del beneficiario del acto, pero no a la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo; reconoció que "para algunos miembros de la Comisión la presunción consagra un principio peligroso para la seguridad jurídica, sin apoyo en la lógica, ni precedentes en el Derecho comparado"; destacando que "otros, en cambio, pensamos que la figura no se desnaturaliza, ni se pretende volver a la pura objetividad cuando se consagra la presunción, que no es, en rigor, sino una mera inversión en la carga de la prueba, necesaria para asegurar la aplicabilidad del instituto, ante lo 'diabólico' de la demostración de un requisito subjetivo: el aprovechamiento, y solo se aplica en casos excepcionales de 'notable desproporción'"[22].

Esta fue también la posición sustentada en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, marzo 1977)[23].

El debate no se cerró totalmente, pues con posterioridad autores como Zannoni se inclinaron a pensar que la presunción se extiende a la situación de inferioridad, pero admite prueba en contrario[24], mientras que Rivera sostuvo que la prueba del estado de inferioridad es esencial y que no debe olvidarse que "la lesión es una figura que juega en casos excepcionales, pues la regla sigue siendo que los contratos se hacen para cumplirse"[25].

a.3) ¿Hay diferencias entre lo "evidentemente desproporcionado" y la "notable desproporción"?

El artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino (como antes lo establecía el artículo 954 del derogado Código de 1869), al establecer que las ventajas que obtiene el beneficiario del acto lesivo deben ser "evidentemente desproporcionadas" con su prestación, se ha

(19) Ver el Tomo I de "Ponencias", tema 2 (Lesión), donde Roberto H. BREBBIA propone, entre las "reformas aconsejables", ap. III, que "debe suprimirse el párrafo 3° del artículo 954 C.Civil", y luego fundamenta extensamente su posición.

(20) Ver en el Tomo I, "Ponencias", tema 2 (Lesión), las posiciones sustentadas por Roque GARRIDO, Elías P. GUASTAVINO, Jorge MOSSET ITURRASPE y Benjamín Pablo PIÑÓN, que se pronunciaron en favor del mantenimiento de la "presunción de explotación", y negando que de esa manera se haya restablecido la lesión objetiva.

(21) La Recomendación aprobada, con relación a la "prueba", sostiene de *lege lata* que "la presunción de explotación se interpreta como mera inversión de la carga de la prueba", y de *lege ferenda*, que "la presunción de explotación, ... debe mantenerse".

(22) Quien desee leer íntegramente la versión taquigráfica de los debates, puede consultar nuestro trabajo: "El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil". Zeus, T. 77, D-111.

(23) Ver PIZARRO, Ramón Daniel. Ob. cit., p. 477, quien señala que en esas Jornadas se reafirmó que la presunción de aprovechamiento "constituye una mera inversión de la prueba y se limita únicamente al elemento subjetivo: explotación por parte del beneficiario, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad".

(24) ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil comentado, anotado y concordado* (Belluscio-Zannoni), T. 4, artículo 954, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, en especial p. 375.

(25) RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 846.

inspirado en el modelo del Código suizo de las obligaciones[26]; en cambio, el Código Civil alemán, que es el Código tipo, o modelo, habla de "desproporción chocante"[27].

El legislador, al calificar la desproporción de "evidente", ha querido significar que debe ser tan manifiesta o perceptible, que nadie pueda dudar de ella. Es un término amplio y elástico, pero –por eso mismo– ha sido criticado, habiendo llegado a decir Ossipow que "la noción de evidencia, por su misma imprecisión, es peligrosa"[28]. En realidad dicho autor, que realiza un profundo estudio de la lesión en el Derecho suizo –donde encontramos la fuente del calificativo "evidente"– interpreta que el término debe ser tomado en el sentido de "considerable".

Así entendido el término evidente, es menester no solo que haya una desproporción, sino que esa desproporción salte a la vista, sin necesidad de una pericia y ponga de relieve que se trata de un desequilibrio manifiesto.

Pero las cosas se complican en el Derecho argentino, cuando advertimos que en el párrafo siguiente, al crear una presunción de aprovechamiento, se ha cambiado de adjetivación, exigiéndose que la desproporción sea "notable". ¿Ha pretendido el legislador emplear ambos términos como sinónimos? ¿O su propósito ha sido acentuar la cuantía de la desproporción, para poner de relieve que la presunción solo funciona cuando el desequilibrio es tan grande, que resulta particularmente "chocante" al espíritu de justicia?

En pura teoría nada puede reprocharse a quienes pretenden encontrar diferencias y distinguir sutilmente, entre lo evidente y lo notable, aunque el significado que el diccionario asigna a estos términos no ayuda mucho para señalar diferencias cuantitativas, ya que "evidente" es lo "claro y patente sin la menor duda"[29], y "notable", en su segunda acepción: "Dicho de una cosa: grande y sobresaliente, por lo cual se hace reparar en su línea"[30].

Pero, es en el terreno de la práctica donde, a nuestro entender, será difícil aplicar estas distinciones, porque siempre que los jueces encuentren una desproporción "patente, sin la menor duda", no vacilarán en aplicar la presunción de aprovechamiento, porque tales desequilibrios, de los que no se duda, son "grandes y excesivos".

Lo expuesto nos inclina a interpretar ambos vocablos como sinónimos, pues en ningún caso deberá llegarse a la nulidad por lesión si la diferencia entre las prestaciones es reducida; la figura, para su funcionamiento, exige que se cree un desequilibrio cuantitativamente importante.

(26) Artículo 21 (Código suizo de las Obligaciones).- "En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, demandar que se anule el contrato y repetir lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia".

(27) Artículo 138 (Código Civil alemán).- "Es nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres.
En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias, exista una desproporción chocante con ella".

(28) OSSIPOW, Paul. *De la lésion. Étude de droit positif et de droit comparé*, Roth-Sirey, Lausana-Paris, 1940, p. 243.

(29) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, edición en CD-ROM.

(30) Ídem.

b) El artículo 671 del Código Civil paraguayo

El otro cuerpo legal que consagra la "presunción de explotación", es el Código Civil de Paraguay de 1986, cuyo artículo 671 tomó como fuente el modelo argentino, e incluye como última previsión al finalizar el primer párrafo la siguiente:

> "(...) La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario".

También en este cuerpo legal se advierte el empleo de dos adjetivos distintos, pues en la primera parte de la norma, para que haya lesión parece suficiente la existencia de "una ventaja **manifiestamente** desproporcionada", pero luego para que funcione la presunción de aprovechamiento se requiere que la desproporción sea "notable", como si se tratase con ello se quisiera destacar que debe existir una mayor diferencia que en el otro caso[31].

c) El Código de Québec de 1991

Finalmente debemos señalar que el moderno Código de Quebec ha incluido la lesión, en su formulación subjetiva, en el artículo 1406, consagrando también la presunción de aprovechamiento:

> "La lesión resulta de la explotación de una de las partes por la otra, que provoca una desproporción importante entre las prestaciones de las partes; el hecho mismo de que haya una desproporción importante hace presumir la explotación".

2. El problema en el Código peruano de 1984

a) Los proyectos de reforma

Cuando la Comisión Reformadora del Código Civil decide reemplazar la figura de la "lesión enorme", que había estado vigente en los códigos de 1852 y 1936, por una fórmula moderna que conjugase elementos objetivos y subjetivos, piensa en un primer momento que debe ponerse a cargo de la víctima acreditar su "necesidad o inexperiencia", como así también el aprovechamiento de esa situación de inferioridad[32], aunque hacía luego la concesión de presumir que el lesionante había abusado de esa situación, si la lesión era enormísima, entendiendo por tal aquella que se presentaba cuando la desproporción era mayor al triple[33].

Al profundizar el estudio del tema se da forma en el segundo proyecto al artículo 1412, antecedente inmediato del artículo 1448 del Código vigente, donde –siguiendo al Código italiano– no se menciona más la inexperiencia y se reduce la situación de la víctima al padecer "necesidad apremiante", pero –inspirándose en el modelo argentino– se "presume el aprovechamiento", "si la desproporción fuera igual o superior a las dos tercereas partes"[34]. Además,

(31) Ver nuestro artículo "La lesión y el artículo 671 del nuevo Código del Paraguay". En: *Derecho Privado*, Congreso de Lima, 1988, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 459 y ss. (en especial pp. 475 y 477).

(32) El artículo 1473 del Primer Proyecto expresaba: "Tanto la prueba del perjuicio que cause la lesión, como el estado de necesidad o inexperiencia del lesionado corre a cargo de este. También le toca acreditar que el lesionante, conociendo ese estado de necesidad o inexperiencia, abusó conscientemente de él".

(33) Artículo 1474 (Primer Proyecto).- "Cuando exista una desproporción mayor que el triple entre el valor de las prestaciones, se presume el abuso consciente por el lesionante del estado de necesidad o inexperiencia del lesionado y, por lo tanto, corresponderá al demandado demostrar lo contrario".

(34) Artículo 1412 (Segundo Proyecto).- "En el caso del artículo 1411, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado".

como el artículo 1411 del segundo proyecto ya no hablaba de "desproporción evidente", sino que apreciaba el elemento objetivo por medio de un cálculo matemático, fijando la desproporción en las dos quintas partes, advertimos que se introducía una diferencia entre el caso simple de lesión –en el que se exige a la víctima que pruebe tanto la existencia de la desproporción, como el aprovechamiento que ha sufrido–, de una lesión "calificada" por el exceso, caso en el cual se presume el aprovechamiento.

El legislador peruano se aparta de esta manera del modelo argentino, cortando la posibilidad de discusión que se da en esa legislación entre lo "evidente" y lo "notable", que hemos reseñado más arriba, y regulando de manera bien neta dos situaciones distintas, como lo veremos luego.

El relato de los análisis que efectuó la Comisión redactora del Código Civil en este tema lo efectúa de manera pormenorizada Manuel De la Puente y Lavalle y puede ser consultado con provecho en su obra[35].

b) La doctrina

b.1) Simple lesión.- En el caso de que la desproporción sea de los dos quintos, pero no llegue a los dos tercios, no se aplicará la presunción de aprovechamiento, y –como hemos dicho– estará a cargo de la víctima el probarlo.

La desaparición en el Código vigente del párrafo que contenía el artículo 1473 del Primer Proyecto se justifica por la existencia de normas procesales que establecen cuál de las partes carga con la prueba[36], como bien lo explica De la Puente y Lavalle[37].

b.2) Lesión agravada.- La presunción de aprovechamiento funciona cuando la desproporción es superior a las dos terceras partes del valor.

Se plantea aquí, como sucedió en Argentina, si esa presunción se extiende también a la situación de inferioridad de la víctima. Max Arias Schreiber opina que sí, pero admite que por tratarse de una presunción *iuris tantum*, puede el demandado brindar prueba en contrario[38]; en igual sentido se pronuncia De la Puente y Lavalle, quien afirma categóricamente que "la presunción dispuesta por el artículo 1448 debe ser entendida como comprensiva tanto del aprovechamiento del lesionante como de la necesidad apremiante del lesionado"[39], y brinda luego una serie de razones que justifican su postura. Diferencia la norma peruana del antecedente argentino, en especial porque en el Derecho peruano, si se trata de simple lesión, la víctima debe acreditar la existencia de todos los elementos (objetivos y subjetivos), pero que cuando hay "una desproporción mayor que el triple entre el valor de las prestaciones", debe presumirse la existencia de los dos elementos subjetivos, o sea, tanto el aprovechamiento, como la necesidad apremiante[40], admitiendo, por supuesto, que si el demandado quiere resistir a la acción podrá acreditar que la presunta víctima "no

(35) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, Tomo V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, pp. 309 y ss.
(36) Ver artículo 196 del Código Procesal Civil actualmente vigente.
(37) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 305.
(38) Ver ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, T. I, Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 270.
(39) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 308.
(40) Ibídem, pp. 309 y 310.

se encuentra en necesidad apremiante o bien que él no se ha aprovechado de esta situación, o ambos extremos"[41].

Encontramos, sin embargo, en la doctrina peruana alguna opinión distinta. Se ha dicho que si se presume la necesidad apremiante del lesionado, este "solo tendría a su cargo la prueba de la desigualdad de las prestaciones, lo que implicaría volver a la figura romana de la lesión objetiva"[42], agregando a continuación que "se debe presumir el aprovechamiento del estado de necesidad, no el estado de necesidad"[43].

Estas palabras coinciden con la posición que nosotros hemos sustentado en el Derecho argentino, como lo expresamos más arriba, y –a nuestro entender– es el criterio teóricamente correcto, pero en la práctica, atendiendo a que el Derecho peruano solo se consagra la presunción para casos de lesión agravada, y se admite que el demandado brinde prueba en contrario, estimamos que no creará problemas graves.

DOCTRINA

Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Imprenta de la Universidad Nacional, dos tomos, Córdoba, 1971-72; ARAUZ CASTEX, Manuel. La reforma de 1968. Empresa Técnico-Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1968; ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1995; CARRANZA, Jorge A. El vicio de la lesión. En colección Monografías Jurídicas, N° 129. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, y en Examen y crítica de la Reforma, Tomo 1. Ed. Platense, La Plata, 1971; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, Tomo V. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; FLEITAS, Abel M. La lesión como vicio de los actos jurídicos. En Libro Homenaje a Guillermo A. Borda. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1984; MARTINEZ COCO, Elvira. La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano). En Ensayos de Derecho Civil, I. Ed. San Marcos. Lima, 1997; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976 (distribuye Ed. Zavalía); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Zeus, T. 77, D-111; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión y el art. 671 del nuevo Código del Paraguay. En Derecho Privado, Congreso de Lima 1988, Cultural Cuzco, Lima, 1990; MOLINA, Juan Carlos. Abuso del Derecho. Lesión e imprevisión. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1969; OSSIPOW, Paul. De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé. Roth-Sirey, Lausana-Paris, 1940; PIANTONI, Mario. Contratos civiles. Tomo I. Lernes, Buenos Aires, 1975; PIZARRO, Ramón Daniel. La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el artículo 954 del Código Civil. Jurisprudencia Argentina 1977-I-475; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. La lesión. Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1971; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 220ª ed. Madrid, 2001, edición en CD-Rom; RIVERA, Julio César. Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; SMITH, Juan Carlos. Consideraciones sobre la reforma del Código Civil. La Ley 130-1016; SPOTA, Alberto G. El objeto-fin social del acto jurídico, Jurisprudencia Argentina, 1943-IV-248; SPOTA, Alberto G. El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales, Jurisprudencia Argentina, 1944-III-134; SPOTA, Alberto G. La lesión subjetiva, La Ley 68-421; SPOTA, Alberto G. Lesión subjetiva. Una doctrina argentina, La Ley 122-201; ZANNONI, Eduardo A. Código Civil comentado, anotado y concordado (Belluscio-Zannoni), Tomo 4, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

(41) Ibídem, p. 312.

(42) MARTÍNEZ COCO, Elvira. "La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano)". En: *Ensayos de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. San Marcos, Lima, 1997, p. 219.

(43) Ídem.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Presunción relativa de aprovechamiento del lesionante

{E}l artículo 1448 del acotado Código establece que en el caso en que la desproporción entre las prestaciones fuera igual o superior a las dos terceras partes (66.66 %) se presume iuris tantum el aprovechamiento de la necesidad apremiante del lesionado. Como sucede con toda presunción relativa, se invierte la carga de la prueba con respecto al elemento subjetivo del aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado, pero en ningún momento, la norma exime a este de probar su estado de inferioridad por la necesidad apremiante en que se encontró al momento de celebrar el contrato. De modo que no opera la presunción si no se ha acreditado, además de la desproporción igual o superior a las dos terceras partes (laesio enormis), la necesidad apremiante del demandante lesionado, por la cual se vio obligado a celebrar el contrato (Cas. N° 2723-2015-Arequipa).

Momento en que debe apreciarse la desproporción

Artículo 1449.- *La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.*

Concordancia:
C.C. art. 1373

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Momento en que debe apreciarse la lesión

El artículo 1449 del Código Civil peruano dispone que los cálculos deben efectuarse según el valor que las prestaciones "tengan al tiempo de celebrarse el contrato"[1].

En alguna oportunidad, analizando las modernas fórmulas de la lesión que conjugan elementos objetivos y subjetivos, no hemos vacilado en calificar como un acierto a un dispositivo semejante[2] que se hallaba en el artículo 42 del ya derogado Código Polaco de las Obligaciones[3], que es, quizás, el primer antecedente que encontramos en el Derecho comparado –dentro de las fórmulas subjetivas– de una solución semejante; y aclaramos que esta afirmación se refiere a las fórmulas que incluyen elementos subjetivos, porque en las legislaciones que adoptaron la *lesión ultra dimidium,* como los Códigos de 1852 y 1936 en el Derecho peruano, era normal que se hiciera referencia a que los valores debían apreciarse al momento de celebrar el contrato[4].

Vemos así que el Código de 1852, en el artículo 1460 disponía: "Para probar la lesión se apreciará la cosa por el valor que tenía al tiempo de la venta"; y el artículo 1439 del Código de 1936, decía: "Para probar la lesión se estimará el bien por el valor que tuvo al tiempo de la venta; pero incumbe al juez apreciar todas las circunstancias del contrato". El último párrafo de ese artículo, es original del Derecho peruano, y corresponde a la fórmula elaborada por Olaechea.

Incluso debemos destacar que en aquellos sistemas en los cuales la fórmula represiva de la lesión nada dice sobre el momento de apreciar la desproporción, los tribunales han debido

(1) Esta previsión, que tiene vieja prosapia –como veremos luego– es olvidada por algún autor que para criticar la figura de la lesión imagina un fantasioso ejemplo, donde una persona, después de vender en 400 su inmueble, por temor a la futura desvalorización que iba a sufrir por la instalación en las cercanías de un club de fútbol, se entera de que los éxitos que obtiene esa entidad deportiva hacen que concurran al estadio numerosos partidarios, consumidores de grandes cantidades de cerveza, lo que valoriza los inmuebles vecinos que se venden a 4000, para instalar en ellos bares, y basado en esa diferencia "enormísima", intenta la rescisión por lesión. El ejemplo prueba que el autor ignora lo que dispone la ley.

(2) Ver nuestro libro *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino.* Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976 , p. 84.

(3) Artículo 42 (Código polaco de las Obligaciones de 1932).- "Si una de las partes, explotando la ligereza, imbecilidad, inexperiencia o miseria de la otra, recibe o estipula, para sí o para un tercero, una prestación cuyo valor patrimonial en el momento de conclusión del contrato, está en neta desproporción con el valor de la contraprestación, la otra parte puede demandar la reducción de su propia prestación o el aumento de la contraprestación, y cuando semejante reducción o aumento es difícil de realizar, puede sustraerse a los efectos jurídicos de su declaración de voluntad".

(4) El artículo 1875 del Código Civil francés prevé que para saber si hay lesión de más de los 7/12, debe estimarse el inmueble según su estado y valor al momento de la venta.

llegar a la conclusión de que ella debe calcularse al tiempo de celebración del contrato, y no con posterioridad[5].

En nuestro caso, el legislador además de los antecedentes nacionales que hemos reseñado, se ha inspirado de manera inmediata en el artículo 1448 del Código Civil italiano[6] y en el 954 del anterior Código Civil argentino de 1869, de los que tomó el artículo 1472 del primer proyecto la "subsistencia de la desproporción", tema del que nos ocuparemos en la segunda parte.

La norma vigente brinda un elemento útil para distinguir la lesión de la teoría de la "imprevisión", también llamada por algunos "lesión sobreviniente"[7]. En efecto, en ambos casos se encuentra el elemento objetivo de la inequivalencia entre las prestaciones de las partes; pero, mientras en la lesión esa inequivalencia es el producto del aprovechamiento, y existe desde el momento en que el acto se celebra, en la "imprevisión", en cambio, la desproporción recién se presenta con posterioridad, como consecuencia de circunstancias extrañas a la voluntad de las partes, y que fueron totalmente imprevisibles al tiempo de celebrar el acto.

El contrato cuya modificación se solicita por causa de "imprevisión" ha sido inicialmente válido, y el elemento objetivo (daño) recién aparece con posterioridad; de allí que algunos hablen de "lesión sobreviniente".

Además, en la imprevisión el acto es perfectamente lícito y solo la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar justificará su modificación ulterior; en cambio, el acto "lesivo" es ilícito, ya que una de las partes aprovecha a designio la situación de la otra para obtener, desde el primer momento –desde la celebración del acto– ventajas injustificables.

Por último, creemos que esta frase debe orientar al intérprete y le será útil para comprender, especialmente en épocas en que la inflación todo lo distorsiona, que debe tomar en cuenta los **valores** reales de las prestaciones de cada parte, y no su **precio**, medido con una moneda de valor cambiante, que introduce elementos de confusión[8]. De lo contrario podría llegar a imaginarse la absurda hipótesis de una persona, víctima de un acto lesivo, en el cual la desproporción de las prestaciones era evidente, pues adquirió un inmueble que valía 50.000 soles, pagando al contado 100.000 soles y que al pretender intentar la acción un par de años después, se encontrase con que él aparecía como el autor del acto lesivo, porque debido a la desvalorización monetaria, ahora ese inmueble se tasaba en 200.000 soles y él solo había

(5) Ver, para el Derecho griego, un fallo de la Corte de Casación citado por ZEPOS, Pan J. "Quince annés d'aplication du Code Civil hellénique". En: *Revue Internationale de Droit Comparé*, año XVI, N° 2, 1962, pp. 281 y ss. (en especial, p. 290).

(6) Artículo 1448 (Código Civil italiano de 1942).- "Si hubiere desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra, y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventajas, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato.
La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato.
La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda.
No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios.
Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición".

(7) Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Estudio de la reforma del Código Civil*. Ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969, p. 63.

(8) Por eso es correcta la afirmación que efectúa una sentencia de la Cámara 10 Civ. y Com. y Minas de San Luis (Rep. Argentina), cuando dice que "para acreditar la grosera desproporción entre el precio pagado por la venta de los inmuebles y el valor real de estos, la prueba debe estar referida a los valores al tiempo de otorgamiento de los actos cuya validez se impugna, y la tasación realizada en autos por el perito no puede gravitar con preponderancia para demostrar la lesión objetiva, porque se realizó transcurridos cerca de seis años desde las transferencias dominiales en cuestión" (28 de octubre de 1968, Lobo de Limina, Pascuala c/. Alcara, Francisco y otros), en *La Ley* 137-16.

pagado 100.000. Es que, evidentemente, para determinar la desproporción entre las prestaciones debe atenderse al momento en que se celebra el acto[9].

2. ¿Subsistencia de la desproporción?

El Código italiano y el argentino, disponen que para poder entablar la acción de lesión es menester que la desproporción subsista al momento de la demanda, y el Primer Proyecto peruano, en su artículo 1472, como hemos dicho al comenzar, contenía una previsión semejante.

Esta exigencia se encuentra en el tercer párrafo del artículo 1448 del C. Civil italiano de 1942, y en Argentina aparece primero en el Anteproyecto de 1954, y luego en la Recomendación N° 14, aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, antes de ser incluida como cuarto párrafo del artículo 954 del anterior Código Civil. En el vigente Código Civil y Comercial argentino se encuentra recogida en el tercer párrafo del artículo 332.

En los trabajos preparatorios del Código peruano recibió acogida en el artículo 1472 del Primer Proyecto[10], pero a instancias de Manuel De la Puente y Lavalle, según recuerda Max Arias Schreiber[11], fue suprimida y no aparece en el artículo 1412 del Segundo Proyecto, que tiene igual redacción que la norma vigente que estamos comentando. Entiende Max Arias que esa supresión "se ajusta a la realidad de nuestros tiempos"[12].

Deseamos sin embargo destacar que en el pensamiento de De la Puente y Lavalle parece existir cierta evolución, pues antes de la sanción del Código, en sus "Estudios del Contrato Privado", había expresado que "no existiría razón valedera para autorizar la acción por lesión cuando el perjuicio ha desaparecido"[13], pero luego en "El Contrato en General"[14], explica con extensas razones la causa de ese giro, con cita de autores italianos, como Sacco, que defendía la norma; Miccio y Stolfi, que advertían algunas de sus deficiencias, y Messineo, que la impugnaba por las consecuencias peligrosas que su aplicación puede tener en épocas de inflación monetaria.

Como en el Derecho argentino se ha consagrado también la exigencia de que la desproporción subsista al momento de la demanda, De la Puente y Lavalle menciona la opinión de algunos juristas de ese país, como Zago y López de Zavalía, que defienden esa exigencia, y Ghersi y Zannoni, que siguiendo el camino que abrimos en nuestra obra sobre Lesión[15], estiman que la exigencia no es correcta. Dijimos entonces:

> "Nos parece necesario recordar que la propia doctrina italiana critica esta condición[16], sosteniendo que debe eliminársela. Al estudiar los trabajos preparatorios del Código Civil

(9) Cfr. Cámara Civil Capital (Rep. Argentina), Sala F, 9 de marzo 1969, Sanz de Martín, Esmeralda P. y otro c/. Silva, Edmundo G. y otra: "La desproporción entre las prestaciones que funda el vicio de lesión debe existir al tiempo de instrumentarse la operación, y no presentarse recién al momento del conflicto judicial", en *La Ley* 136-1072 (S. 22.170).

(10) Artículo 1472 (Primer Proyecto).- "Se apreciará la desproporción entre las prestaciones según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato, debiendo perdurar la lesión hasta el momento de interponerse la demanda".

(11) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, T. I, Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 271.

(12) Ídem.

(13) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 21.

(14) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, Tomo V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, pp. 318 y ss.

(15) Ver nuestro libro: *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*. Ob. cit., pp. 86 y ss.

(16) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pp. 293 y ss.

italiano da la impresión de que se la incluyó con el propósito de impedir que se ejercitase la acción de lesión en aquellos casos en que el perjudicado por el acto lesivo ha conseguido enajenar la cosa que había recibido, a un precio tal que ya no subsiste para él ningún perjuicio. Si la desproporción realmente era notoria, es poco probable que esto suceda en épocas normales; en cambio en períodos de inestabilidad económica se corre el riesgo de confundir la desaparición de la desproporción entre las prestaciones, con la depreciación de la moneda, aspecto al que hemos aludido en el punto anterior, y con respecto al cual ha manifestado Piñón[17], que: 'no puede gravitar la inflación o desvalorización monetaria', pues si no se tuviesen en cuenta estos factores, podría parecer que el precio que se pagó por una cosa o servicio, que era excesivo al celebrarse el acto, no lo fuese ya al promoverse la demanda, y sostenía enfáticamente que en tal caso 'la diferencia real de valores seguirá existiendo, pues lo que ha cambiado es el valor de la moneda'".

Reconocíamos en nuestra obra que la doctrina argentina había recibido con general beneplácito este requisito[18], e incluso las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron su mantenimiento[19], aunque efectuando algunas salvedades de singular importancia.

¿Cuáles eran las razones esgrimidas para justificarlo? Se vinculan con la posible valorización, por causas accidentales, del objeto recibido por la víctima[20], que habría pagado un precio exorbitante por un cuadro, cuyo autor luego se cotiza mejor, o por un terreno, en cuyas proximidades se efectúa una obra pública que lo valoriza[21]. Quienes ponen estos casos como ejemplos olvidan que, por lo general, la víctima de la lesión no suele recibir un objeto, sino que es más frecuente que lo entregue por un precio vil, y precisamente en estas hipótesis la aplicación estricta del dispositivo consagrado por el cuarto párrafo del artículo 954 puede conducir a injusticias flagrantes, pues si la diferencia de valores desaparece porque el "beneficiario" ha dejado, por su culpa, que el objeto se destruya o pierda valor, quedaría liberado de responder por la lesión aunque tuviese otros bienes en su patrimonio.

Por nuestra parte ponemos como ejemplo el de una persona que adquiere por 200.000 soles una casa que vale 1.000.000 y luego, obrando de manera negligente, permite que se arruinase; o si se trata de una finca rural, dejó que las plantaciones de viñedos y frutales se destruyan, de manera tal que al cabo de dos o tres años, la desproporción ha desaparecido. ¿Ese solo hecho lo librará de la acción?

Adviértase que si la desproporción de los valores ha desaparecido y no subsiste en el momento de la demanda, se debe en este caso de manera exclusiva al actuar culposo o doloso

(17) PIÑÓN, Benjamín Pablo, en ponencia enviada a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (T. I de "Ponencias", Rosario, 1971).

(18) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Ob. cit., p. 63 y nota 56; CARRANZA, Jorge A. "El vicio de la lesión". En: *Colección Monografías Jurídicas*, N° 129. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, y en *Examen y crítica de la Reforma*, Tomo 1. Ed. Platense, La Plata, 1971, ap. XII, pp. 308 y 309; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O. *Reformas al Código Civil*. 2ª ed. Zavalía, Buenos Aires, 1971, artículo 954, pp. 166-167; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. "La lesión", en *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1971, p. 803; y BORDA, Guillermo A. "La lesión", en *El Derecho* 29-727 y ss. (en especial ap. III-c, p. 730).

(19) Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recomendación aprobada sobre el Tema 2 (El régimen de la lesión en la reforma): "Subsistencia de la desproporción. De *lege lata*: Debe interpretarse que son excepciones el restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa de la parte aprovechadora. De *lege ferenda*: Debe mantenerse el requisito sobre la subsistencia de la desproporción al momento de la demanda, como regla".

(20) CARRANZA, Jorge A. Ob. cit., p. 309. En sentido coincidente las ponencias remitidas a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por MOSSET ITURRASPE, y PIÑÓN.

(21) Los ejemplos a que hacemos mención han sido tomados de BORDA, Guillermo A. Ob. cit., ap. III-c, pp. 730-731.

de quien explotó la inferioridad del otro sujeto. ¿Es justo, entonces, que se niegue acción a la víctima?[22].

Pero, aun en las hipótesis en que la víctima adquirió un objeto, pagando un precio muy superior al que realmente valía, puede suceder que ese bien se valorice por el esfuerzo del adquirente, y el inmueble, antes yermo o inculto, se convierta en una granja floreciente, de manera tal que se haya borrado también en este caso la desproporción que existía al momento de celebrarse el acto[23]. ¿Tampoco podría la víctima deducir la acción de lesión solicitando el "reajuste" de las prestaciones?

Estos aspectos fueron tomados en cuenta muy especialmente por Piñón y Mosset Iturraspe en las ponencias que remitieron a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y se tradujeron en la Recomendación, que finalmente se aprobó, en la que se expresa que debe interpretarse como excepciones a la subsistencia de la desproporción "El restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa de la parte aprovechadora".

En definitiva, aunque se apoye el mantenimiento de la subsistencia de la desproporción al momento de la demanda, al reconocer la existencia de tan importantes excepciones, se da la razón a quienes hemos sustentado desde el primer momento que tal requisito no tiene fundamento jurídico[24].

Por esa razón, parece muy acertado el camino que tomó el legislador peruano al suprimir del artículo 1449 el requisito de la subsistencia de la desproporción.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1995; BORDA, Guillermo A. La lesión. En: El Derecho 29-727 y ss.; CARRANZA, Jorge A. El vicio de la lesión. En colección Monografías Jurídicas, N° 129. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, y en Examen y crítica de la Reforma, Tomo 1. Ed. Platense, La Plata, 1971; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Ed. Cultural Cuzco. Lima, 1983; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, Tomo V. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O. Reformas al Código Civil. 2ª ed. Zavalía, Buenos Aires, 1971; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Estudio de la reforma del Código Civil. Ed. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976 (distribuye Ed. Zavalía); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; PIÑÓN, Benjamín Pablo, en ponencia enviada a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (T. I de "Ponencias", Rosario, 1971); RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. La lesión. Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1971; WOLKOWICZ, Pedro. El Derecho Civil y la usura. La lesión subjetiva. Ed. Zeus, Rosario, 1975; ZEPOS, Pan J. Quince annés d'aplication du Code Civil helléníque. En Revue Internationale de Droit Comparé, año XVI, N° 2, 1962.

(22) Cfr. PIÑÓN, Benjamín Pablo, en ponencia enviada a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la que expresaba: "(...) si la desproporción ha desaparecido al momento de promoverse la demanda por culpa de la parte que se aprovechó del otro contratante, deberá admitirse la acción". En igual sentido, ver WOLKOWICZ, Pedro. *El Derecho Civil y la usura*. Ed. Zeus, Rosario, 1975, p. 61.

(23) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, en ponencia enviada a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la que manifestaba: "Hace excepción el supuesto del restablecimiento del equilibrio por hecho del lesionado originario".

(24) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 271, pp. 175-176.

Demanda. Extinción. Acción de reajuste

Artículo 1450.- *Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor.*

Concordancias:
C.C. art. 1451; C.P.C. art. 478

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Introducción

a) Acciones que se concede a la víctima en el Derecho comparado

a.1) Nulidad.- En el Derecho alemán, primero en el que aparece en el Derecho Civil una fórmula con elementos subjetivos, los actos lesivos son nulos, porque se los ubica entre aquellos cuyo objeto es contrario a la moral, o a las buenas costumbres(1). Creemos que la nulidad, con su carácter de absoluta e insubsanable, no es el remedio más adecuado contra el acto lesivo porque excluye la posibilidad de revisar el acto, restableciendo el equilibrio entre las prestaciones y manteniendo de esta forma su validez.

a.2) Anulabilidad.- Algo después el Código suizo de las Obligaciones sanciona el acto lesivo con la anulabilidad(2), es decir, lo que en Argentina se denomina "nulidad relativa", pues permite la subsanación del vicio y la confirmación del acto.

Sin embargo la "anulabilidad" presenta también el inconveniente de que no existe la posibilidad de modificar el acto para restablecer el equilibrio entre las prestaciones de las partes y lograr de esta manera que, desaparecido el daño, se mantenga la validez del negocio jurídico.

a.3) Rescisión.- En la doctrina se considera la rescisión como un remedio reservado para negocios jurídicos que no están afectados de invalidez, sino de ineficacia. Como el acto ha sido concertado válidamente, y la declaración de su ineficacia ocurre con posterioridad, la rescisión no afecta los intereses o derechos que en ese lapso hubieran podido adquirir terceras personas, y solo opera de manera retroactiva con relación a las partes.

La rescisión permite, de manera complementaria, el ejercicio de la acción de modificación. Y esta es una de sus características más destacadas, que le brinda particular utilidad como remedio de los actos lesivos, pues permite la validez del acto, subsanando la grosera inequivalencia entre las prestaciones, que lo hacían inicuo.

La acción de rescisión, conjuntamente con la de modificación, constituyen el remedio apropiado para los actos lesivos.

a.4) Acción de modificación o reajuste.- Se trata de una acción independiente, pero complementaria de la rescisión(3). Es quizás el arma más útil con que se cuenta para combatir la lesión, pues permite eliminar el daño que se causaba a la víctima, restableciendo la equivalencia de las prestaciones y, de esta forma, mantener la validez del acto.

(1) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Impr. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 149, p. 96, y N° 370, p. 243.
(2) Ibídem, N° 166, p. 197, y N° 372, p. 244.
(3) Ibídem, N° 292, p. 195, y N° 377 y ss., p. 248 y ss.

Durante mucho tiempo se ha llamado a esta acción, de "reducción"; la incorrección es evidente, pues con frecuencia puede tratarse no de la reducción de una prestación excesiva, sino del aumento de una prestación exigua, razón por la cual en aquellos países en que sus fórmulas hablan de una acción de "reducción", jurisprudencia y doctrina se esfuerzan en sostener que están comprendidas ambas hipótesis(4). Suele cambiarse entonces el lenguaje, y hablarse de acción de "reajuste"; nosotros preferimos denominarla de "modificación". ¿Por qué?

¿Cuál de estos dos vocablos es el adecuado para caracterizar la acción? Nos inclinamos por el segundo(5) que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es "la acción y efecto de **modificar**" y este vocablo, en su cuarta acepción, significa: "reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia" que es, precisamente, la finalidad que se persigue con esta acción(6).

En cambio las voces "reajuste" y "reajustar", significan hacer justo nuevamente algo que antes lo había sido, cosa que no ocurre en los actos lesivos, porque en estas hipótesis el intercambio de las prestaciones nunca fue justo.

b) Acciones que concede el Derecho peruano

El Derecho peruano contempla tanto la acción de rescisión, como la de modificación que son ambas mencionadas (la primera en el artículo 1447, y la segunda en el artículo 1452). Lo que no dice de manera expresa es si la víctima puede optar por cualquiera de ellas y, como en el artículo 1452, que estudiaremos luego, se refiere a hipótesis en que no es posible la devolución de la cosa, por lo que solo queda la acción de reajuste. Hay quienes entienden que el "reajuste" es subsidiario y solo puede articularse en la hipótesis prevista por el artículo 1452, opinión que no compartimos.

b.1) Legitimación activa.- No existe en el Código peruano la limitación que aparece en el artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino, que solo permite ejercitar la acción por lesión a la víctima y sus herederos. En consecuencia, nada impide que el lesionado ceda la acción a un tercero, dentro del marco de las previsiones relativas a la cesión de derechos (artículos 1206 y siguientes), ni tampoco que un acreedor se subrogue en ellos, ejercitando las facultades que concede el inciso 4 del artículo 1219(7).

b.2) Legitimación pasiva.- En primer lugar se encuentra el directo beneficiario del acto lesivo, o sus herederos. Pero, ¿qué sucede si ha transmitido los bienes?, ¿podrá la víctima dirigir su acción contra los terceros?

Por tratarse de una acción rescisoria debe tenerse en cuenta lo previsto por el último párrafo del artículo 1372, cuando expresa que "en ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe".

Puede suceder, sin embargo, que cuando la víctima pretende intentar la acción, el objeto puede haber pasado a un tercer adquirente de mala fe, caso en el cual la acción rescisoria

(4) Ibídem, N° 378, p. 248.

(5) Lo hemos utilizado en la fórmula propuesta en nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Ob. cit., p. 254.

(6) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa, Madrid, 2001, edición en CD-Rom. Análogo significado le otorga al vocablo "modificación" el Diccionario de la Lengua Castellana de Don Carlos de Ochoa, que expresa en su tercera acepción: "Reducción de las cosas a los términos debidos y justos, quitándoles el exceso o exorbitancia que tenían".

(7) Cfr. MURO ROJO, Manuel, en notas al Capítulo 9 de la edición peruana de nuestro *Curso de Obligaciones*, publicado con el título *Derecho de Obligaciones*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

podría también dirigirse en su contra. La mala fe consistirá en el conocimiento del vicio que afectaba al acto, y resultará de probar que sabía de la vileza del precio pagado y conocía también la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima. También deberá considerarse tercero de "mala fe", al que adquiera el bien conociendo que se había entablado la acción de rescisión, o de reajuste.

2. Antecedentes

Afirma Manuel De la Puente que "el único antecedente de este artículo es el 1414 del Segundo Proyecto"[8], afirmación que es solo parcialmente cierta pues en la tradición jurídica peruana ha existido siempre la posibilidad de lograr la modificación del acto lesivo. Vemos así que el Código de 1852 en su artículo 1463, expresaba:

> "En cualquier estado del juicio sobre lesión, con tal que no se haya pronunciado la primera sentencia definitiva, tiene el comprador contra quien se hubiese interpuesto la demanda, derecho a retener la cosa pagando la parte de precio que dio de menos; y tiene el vendedor, si es el demandado, derecho a mantener la venta devolviendo el exceso sobre el precio".

El problema también estaba contemplado en el Código de 1936, que lo trataba en su artículo 1441[9].

La diferencia reside en dos puntos: 1) la norma actualmente vigente pone como límite la "contestación de la demanda"; 2) contempla la hipótesis concreta de que en la demanda no se haya invocado meramente la existencia de desproporción, sino que se haya precisado cuál es esa desproporción, lo que es propio –precisamente– de una acción de reajuste, en la cual la víctima estima cuál es la diferencia entre el valor real de la cosa, y el precio que se ha pagado.

Esto no sucede en las meras acciones de rescisión, donde la víctima se limita a decir que esa diferencia de valores excede los dos quintos (artículo 1447), o excede las dos terceras partes (artículo 1448), y en el transcurso del litigio se probará si esas diferencias existen realmente.

3. Interpretación de la norma

a) Doctrina y jurisprudencia

Los autores han sido muy escuetos en el comentario de esta norma, a la que no conceden especial significado; así, por ejemplo, Max Arias Schreiber se limita a expresar que la razón de ser de este dispositivo es la voluntad de mantener la vigencia del contrato[10]; que el cálculo de valores debe efectuarse de acuerdo a las previsiones del artículo 1449, que no se trata de un allanamiento y que la consignación debe efectuarse dentro del plazo establecido en la norma para evitar que a lo largo del pleito se produzcan modificaciones en los valores[11].

Resulta sin embargo de interés reproducir una de las afirmaciones vertidas por Manuel de la Puente, quien expresa que los artículos 1450 y 1451:

(8) Artículo 1414 (Segundo Proyecto).- "Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor".

(9) Artículo 1441 (Código de 1936).- "En cualquier estado del juicio, el comprador puede ponerle término, pagando al vendedor la parte del precio que dio de menos".

(10) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. T. I, Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 272.

(11) Ídem.

"(...) versan no sobre la rescisión del contrato sino sobre el mantenimiento del mismo mediante la compostura de la desproporción del valor de las prestaciones, lo cual debe apreciarse en el momento en que esta compostura se produce"[12].

Decimos que estas palabras revisten particular interés, porque ¡son un claro reconocimiento de que en esas hipótesis lo que se está ejercitando en el juicio es una acción de reajuste...!, y ello en el caso del artículo 1450 solo puede suceder si la víctima ha optado por pedir directamente el reajuste.

Es cierto que un importante sector de la doctrina peruana ha entendido que la acción de reajuste es subsidiaria[13], en el sentido de que solo puede esgrimirse en el caso previsto en el artículo 1452; y que en el mismo sentido se han pronunciado algunos tribunales[14]. De la Puente y Lavalle justifica esta postura doctrinaria en el hecho de que después de publicado el Primer Proyecto hubo una propuesta de que la víctima del acto lesivo pudiese "optar entre demandar la rescisión del contrato por lesión o su modificación para hacer cesar esta", que no fue tomada en cuenta por la Comisión Revisora[15].

No creemos, sin embargo, que la falta de aprobación de esa propuesta borre el hecho de que el texto legal vigente prevea el poner fin al litigio mediante la consignación de una suma, que solo puede ser "cierta" si la víctima ha entablado una acción de reajuste.

b) Nuestra interpretación

Frente a la corriente interpretativa dominante ha reaccionado el profesor César Carranza Álvarez[16], quien en correo electrónico fechado el 24 de julio de 2004 se pregunta "si no sería más adecuado optar por una acción de reajuste", y me formula una consulta sobre el tema[17], lo que nos hace recordar que en el Derecho comparado lo realmente "subsidiario" es la acción de rescisión, ya que se da preferencia al reajuste para mantener la validez del acto.

Por nuestra parte pensamos que la víctima del acto lesivo cuenta, desde el primer momento, con la posibilidad de optar por cualquiera de ambas acciones: modificación o rescisión y ello, fundamentalmente, por tres razones:

(12) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, Tomo V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, p. 328.

(13) Ver MARTÍNEZ COCO, Elvira. "La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano)". En: *Ensayos de Derecho Civil*, I, Ed. San Marcos, Lima, 1997, p. 270, quien cita en su apoyo a Max ARIAS SCHREIBER.

(14) Lima, Sala N° 3, 29 de enero de 1998, Resolución N° 5: "Que en el presente proceso la prestación recibida por el demandado se refiere al abono de suma de dinero perfectamente restituible, por lo que no es posible la opción de que el demandante solicite el reajuste de precio, sino únicamente la rescisión por causa de lesión". Lima, Sala N° 3, 9 de junio de 1988, Exp. N° 744-98: "(...) No es posible el reajuste de precio si no hay declaración de rescisión, esto es, para que se reclame el reajuste hay que reclamar previamente la rescisión del contrato".

(15) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 290 *in fine*.

(16) CARRANZA ALVAREZ, César. "La lesión: pareceres en torno a su regulación en el Código Civil de Perú". En: *Revista Universitas*, N° 107, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, junio 2004, pp. 291-329.

(17) "Apreciado profesor: Como recordará, en el trabajo que obra en su poder, había sustentado la posibilidad de establecer como 'remedio' principal para los supuestos de lesión, la acción de reajuste; modificando con ello la orientación del legislador nacional, que ha considerado a la rescisión como el remedio insignia y, a la de reajuste, como una acción meramente subsidiaria. El fundamento de esta propuesta reposaba básicamente en que, si en el contrato no había mediado ningún vicio de la voluntad que ocasionara a posteriori su anulabilidad, y si por el contrario, fue celebrado con total libertad de los contratantes, entonces podía apelarse a la conservación del contrato; objetivo este que solo se lograría mediante el reajuste de los valores prestacionales".

b.1) Que es absurdo pretender que si se desea el reajuste haya que pedir primero la rescisión, y recién después de obtener judicialmente esa declaración (que deja sin eficacia el acto impugnado), accionar por reajuste! Se trata de un verdadero atentado contra la lógica de los procesos.

b.2) Que el artículo 1450, que estamos analizando, no tiene posibilidad de funcionar si no se ha pedido el reajuste, indicando con precisión la diferencia que se reclama, pues el demandado carecería de bases para "consignar" si solamente se hubiese reclamado la rescisión del acto.

b.3) Es menester recordar que las acciones rescisorias presuponen la posibilidad de obtener no solo la declaración de ineficacia total, sino también la de ineficacia parcial, que mantiene la validez del acto con la modificación y, si la ley prevé que el propio victimario puede hacer prevalecer la modificación, ¡se violentarían principios lógicos al negar esa opción a la víctima!

c) Resumen

El Derecho peruano prevé tanto la posibilidad de pedir la rescisión, como el reajuste de las prestaciones y no hay en el texto del Código ninguna limitación que impida a la víctima optar por cualquier de ellas en el momento de entablar su demanda.

El artículo 1450 contempla el caso en que la víctima ha optado por la acción de reajuste y brinda al presunto aprovechador la posibilidad de poner fin al litigio consignando la diferencia reclamada[18].

Pese a la afirmación de Max Arias Schreiber de que no importa un allanamiento[19], nosotros entendemos que sí lo es, con todas las consecuencias procesales que importa el allanamiento[20], pero con la ventaja de que efectuado en esta oportunidad no se generan mayores costas, al no continuarse debatiendo la existencia de las condiciones lesivas del acto, como sucedería si no consigna y la acción de reajuste sigue adelante.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1995; CARRANZA ALVAREZ, César. La lesión: pareceres en torno a su regulación en el Código Civil de Perú. En: Revista Universitas, N° 107, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, junio 2004; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, Tomo V. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; MARTINEZ COCO, Elvira. La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano). En Ensayos de Derecho Civil, I. Ed. San Marcos. Lima, 1997; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Derecho de Obligaciones. Con notas de referencia al Derecho peruano por Manuel MURO ROJO. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2016; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 22ª ed. Madrid, 2001, edición en CD-ROM.

(18) El artículo 1451, que analizaremos a continuación, contempla los casos en que la víctima acciona por rescisión, y el demandado fuerza la transformación del litigio en una acción de reajuste.

(19) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 272.

(20) Ver artículos 330 y ss. del Código Procesal Civil.

Acciones rescisoria y de reajuste. Funcionamiento

Artículo 1451.- ***El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.***

Concordancias:
C.C. arts. 1244, 1450; C.P.C. art. 478

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Introducción

a) Antecedentes de la norma

Esta norma no tiene antecedentes en los Códigos de 1852 y 1936, que regulaban la lesión en su formulación objetiva. En el Derecho comparado encontramos leyes que conceden al demandado por rescisión o nulidad la posibilidad de forzar la transformación de esta acción en la de reajuste, como estaba previsto en el artículo 954 del anterior Código Civil argentino de 1869, de donde posiblemente lo tomó el legislador peruano(1).

En el primer proyecto aparece como artículo 1475(2), de donde pasa al segundo proyecto como artículo 1415, con la redacción que tiene en el Código vigente.

b) Las acciones concedidas por el Derecho peruano

Hemos dicho ya que el Derecho peruano, al igual que casi todos los sistemas modernos, concede a la víctima del acto lesivo dos acciones, la de rescisión y la de reajuste. Manuel De la Puente Lavalle, el principal mentor de la reforma en este tema, expresaba con acierto:

> "El actor tiene opción para demandar la rescisión del contrato o el reajuste equitativo de las prestaciones, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda"(3).

Frente a ese abanico de posibilidades el pleito puede quedar trabado de diferentes maneras, según que el actor haya elegido inicialmente la acción de reajuste, o la de rescisión, y la forma en que reaccione el demandado frente a la vía que eligió el actor.

Si el actor ha solicitado el reajuste, indicando cuál es la diferencia que ha padecido, el demandado –como lo hemos visto al analizar el artículo 1450–, puede poner fin al pleito consignando esa suma dentro del plazo para contestar la demanda. Si así no lo hiciera, el litigio continuará como acción de reajuste con las mismas características que detallaremos al analizar el artículo 1452.

Debemos pues ocuparnos ahora de los casos en los cuales el actor eligió la acción de rescisión.

(1) La posibilidad de reconvenir por reajuste se encuentra también en el artículo 1812 del Código de Etiopía y en el § 2 del artículo 283 del Código de Portugal.

(2) "Artículo 1475 (Primer Proyecto).- "La acción por lesión se transformará en acción por reajuste para hacerla cesar, si el demandado ofrece este reajuste al momento de contestar la demanda".

(3) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*, Conclusión 7, T. V, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 45.

2. Acción de rescisión

a) Distintas hipótesis

El artículo 1451 trata solamente de la hipótesis en que el demandado reconvenga por reajuste, pero es menester previamente ver cuáles son los posibles cursos en el caso de que el pleito quede trabado como acción rescisoria.

Aquí, si media allanamiento el juez decretará la rescisión sin más trámite, lo que pondrá fin al litigio con la obligación de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones recibidas.

La otra alternativa es que el demandado niegue la existencia de uno o varios de los elementos del acto lesivo, y la prueba versará sobre esos aspectos.

En todos los casos para que prospere la demanda será menester que se pruebe la desproporción; también será necesario brindar la prueba de los elementos subjetivos –aprovechamiento y necesidad apremiante– salvo que opere la presunción establecida en el artículo 1448.

b) Efectos

Declarada la rescisión, esta no tendrá efecto retroactivo ni podrá perjudicar los derechos de terceros de buena fe, y sus efectos –como lo hemos dicho más arriba–, se reducirán a que las partes deban restituirse recíprocamente lo recibido.

A nuestro criterio el lesionante, por definición, es un poseedor de mala fe, por lo que deberán aplicársele las normas correspondientes a esa categoría de poseedores, en especial el artículo 909 que lo obliga a responder de la pérdida o detrimento del bien, aunque haya mediado caso fortuito o fuerza mayor.

¿Qué sucede si con posterioridad a la interposición de la demanda, la cosa se ha destruido, o ha sido enajenada a un tercero?

Veamos primeramente la hipótesis de enajenación: Si lo debido era un inmueble, o una cosa mueble registrada, el tercero no podrá alegar buena fe, y la acción de restitución podrá proseguirse en su contra.

Si el tercer adquirente es de buena fe, o la cosa se ha destruido, el lesionante –que desde el momento de la interposición de la demanda ha quedado constituido en mora– no podrá restituirla, pero quedará obligado por los daños y perjuicios que ocasiona su incumplimiento (artículo 1336).

Si la pérdida o destrucción de la cosa se debió a caso fortuito, también deberá, como poseedor de mala fe, responder por los daños ocasionados, salvo que demuestre que esa pérdida "también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular" (artículo 909, *in fine).*

Puede ocurrir que la víctima del acto lesivo, en razón de la misma necesidad apremiante que lo impulsó a efectuar el acto, no tenga medios económicos para restituir el precio. ¿Podrá, en tal hipótesis, exigir la devolución de la cosa? En principio pareciera que no, y que el lesionante puede retener el objeto, negándose a entregarlo mientras no se le devuelva el precio, pero una interpretación demasiado estricta, en estas circunstancias, tendría como resultado consolidar el aprovechamiento de que ha sido víctima.

Supongamos que se trata de un inmueble rural, y que la víctima de la lesión se encuentra en condiciones de explotarlo, para proceder –con los frutos– a restituir el precio cuya devolución adeuda; o que es un inmueble urbano, que puede ser alquilado en muy buenas condiciones (o que está efectivamente alquilado).

Opinamos que el juez, ante la pretensión del lesionante de retener la cosa mientras no se le pague el precio, podría echar mano del inciso 2 del artículo 1127 del Código Civil, autorizando la "sustitución" de esa retención por garantías suficientes de que el precio será devuelto, y ordenando mientras tanto la restitución de la cosa.

Incluso esas seguridades pueden consistir en garantías de carácter real, establecidas sobre el objeto mismo que se va a restituir a la víctima del acto lesivo.

3. Reconvención de reajuste

a) Distintas hipótesis

La otra alternativa que tiene el demandado es "reconvenir por reajuste", al contestar la demanda. Esta reconvención fuerza la transformación de la acción.

Veamos cuáles son las posibles variantes que pueden presentarse frente a un pedido de rescisión transformado en acción de reajuste:

a.1) El demandado se allana a las pretensiones del actor, aceptando que el acto es lesivo y que realmente existía la desproporción en la medida en que el actor ha indicado, y ofrece el pago de esa suma. El litigio termina en ese mismo instante, pero la lealtad procesal exige que el demandado satisfaga en un término perentorio la diferencia, pues de lo contrario el juez deberá ordenar la rescisión del acto.

a.2) El demandado, al ofrecer la modificación, acepta que el acto es lesivo, pero estima que la desproporción es menor. Se juzgará entonces solamente el elemento objetivo, dentro de los límites en que ha quedado trabada la litis, como lo veremos en el comentario al artículo 1452, al que remitimos.

Por supuesto que si el actor considerase correcta la suma que en concepto de reajuste ofrece el demandado, concluirá con ello el litigio[4].

a.3) Acepta la desproporción, pero niega la existencia de los otros elementos del acto lesivo, ofreciendo el reajuste para el caso de que existiesen. En esta hipótesis, reconocido el elemento objetivo, se presumirá la explotación, pero la víctima deberá probar su situación de inferioridad, es decir la necesidad apremiante.

a.4) Niega categóricamente que haya existido lesión, pero ofrece el reajuste para el caso de que el juez entendiera que el vicio existió. En el pleito deberán acreditarse todos los elementos del acto lesivo, y si el magistrado considera que se han reunido, ordenará el "reajuste" de las prestaciones de acuerdo con lo probado en el juicio.

En resumen, entendemos que la ley faculta al demandado por rescisión a que exija la transformación de esa acción en una de reajuste, con las modalidades propias de esta última

(4) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, T. V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, p. 342.

acción, pero no lo obliga de manera alguna a reconocer que el acto era lesivo, sino que le permite –lo mismo que en la acción de modificación intentada originariamente por la presunta víctima– discutir la existencia de los elementos constitutivos de la lesión y solo se podrá ordenar la modificación cuando se acredite que el acto era realmente lesivo.

b) Efectos

Si la acción tramitada es la de reajuste, el acto celebrado mantendrá su validez, y el juez deberá limitarse a verificar cuál ha sido la desproporción entre las prestaciones de las partes para restablecer totalmente el equilibrio, sea mediante el suplemento de la prestación a cargo del lesionante, sea por vía de la reducción de la prestación a cargo de la víctima. Ejemplos de la primera hipótesis planteada –suplemento de precio– los encontramos cuando el adquirente ha pagado un precio vil por el objeto cuya propiedad se le transmitió; en cambio, ejemplos de reducción se hallan en los contratos usurarios, en que debe procederse a disminuir el monto de los intereses, o en las cláusulas penales excesivas.

Respecto al monto que debe abonarse como concepto de suplemento de precio se planteó una discusión cuando se debatía el proyecto del Código Civil francés, en la que pesó preponderantemente la opinión del primer cónsul, para quien ese suplemento no debía llegar a integrar el 100% del valor del objeto, sino solamente el 80 o 90% porque era lógico que el comprador obtuviere algún beneficio(5). Esta idea de Napoleón se tradujo en una disposición novedosa(6), que dispuso fijar ese suplemento en la cantidad necesaria para integrar el justo precio disminuido en un diez por ciento. La solución ha sido adaptada por varios Códigos europeos(7) y americanos(8).

Creemos, sin embargo, que cuando se hace necesario llegar a la modificación del acto por lesión, el suplemento que se ordena entregar debe ser la totalidad de la diferencia, pues es la única manera equitativa de hacer desaparecer la lesión y restablecer el equilibrio entre las partes. Además, como lo prevé el artículo, a esa suma deberán adicionarse los intereses legales.

Se plantea un problema interesante cuando no es posible ejercitar la acción de nulidad porque la cosa se ha transmitido a un tercero de buena fe y la víctima solo tiene en sus manos la acción de modificación, es decir en una de las hipótesis en que es aplicable el artículo 1452. ¿Qué es lo que puede reclamar? ¿El precio verdadero de la cosa, o el que ha obtenido el lesionante en la venta que efectuó a ese tercero de buena fe?

A nuestro criterio la víctima del acto lesivo puede reclamar el valor íntegro de la cosa, aunque el lesionante al enajenarla hubiese obtenido un precio menor.

(5) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*, Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 98, p. 71.

(6) Artículo 1681 (Código Civil francés).- "Cuando se admite la acción de rescisión el comprador puede elegir entre devolver la cosa, recibiendo el precio que pagó, o conservar el inmueble pagando el suplemento de justo precio, con la reducción de un décimo del precio total. El tercer poseedor tiene el mismo derecho (...)".

(7) El mismo dispositivo se aplica en Bélgica y Luxemburgo, que adoptaron el Código Civil francés, y en Mónaco, cuyo Código reproduce textualmente el contenido del artículo 1681 del Código Civil francés.

(8) El Código de Chile, en su artículo 1890, la extiende también a los casos de reducción de precio, disponiendo: "El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte, y el vendedor en el mismo caso podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (...)".
También adoptan el mismo criterio los Códigos del Ecuador (artículo 1881); Colombia (artículo 1948); y Nicaragua (artículo 1890).

c) Incumplimiento de la sentencia de reajuste

En estos casos –atento la forma en que se planteó originalmente la litis– la sentencia deberá contemplar de manera subsidiaria la rescisión del acto, para el caso de que el demandado no cumpla con la modificación ofrecida dentro del plazo de ocho días que fija la norma que comentamos.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Ed. Cultural Cuzco. Lima, 1983; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, Tomo V. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979.

Imposibilidad de solicitar la rescisión

Artículo 1452.- ***En los casos en que la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1447 fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste.***

Concordancia:
C.C. art. 1447

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Introducción

Manuel De la Puente aclara que este artículo "no tiene antecedentes en el proceso de elaboración del Código Civil de 1984"[1], y como es el único artículo que de manera expresa hace referencia a la llamada acción de "reajuste", la doctrina mayoritaria en el Perú saca como consecuencia que es la única hipótesis en que la víctima puede recurrir a esa acción, conclusión que ya hemos criticado al comentar el artículo 1450 que, como dijimos, solo puede funcionar cuando la víctima ha interpuesto originariamente una acción de reajuste. No volveremos ahora sobre este punto, y nos remitimos a lo allí dicho.

a) Opiniones doctrinarias

En la hipótesis que aquí se plantea el legislador, parece obvio que, si la acción rescisoria ya no puede ejercitarse "por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida", la única vía que subsiste para poner remedio al acto lesivo es ejercitar la otra acción que el derecho le concede: la de modificación. Así lo ha entendido también Arias Schreiber[2] y Manuel De la Puente[3], cita la opinión de Romero Zavala[4], quien considera que la solución del artículo es conveniente "habida cuenta que si el lesionado ya no puede obtener el bien, no por ello pierde su derecho a la obtención del mayor precio que debió recibir o de la proporción que aún falta por cumplirse para obtener la equivalencia de prestaciones".

Esta doctrina parece correcta y no resulta acertado mencionar el artículo 1316 del Código Civil, como lo hace De la Puente y Lavalle, porque la obligación del "lesionante" no es meramente "devolver una cosa", sino hacer que desaparezca la desigualdad en las prestaciones, que es lo que torna ineficaz el acto lesivo. Por eso el propio De la Puente y Lavalle concluye expresando: "pese a las dudas que he planteado anteriormente, estoy de acuerdo con ambos autores"[5].

b) Imposibilidad sobrevenida durante el juicio

Max Arias Schreiber se plantea una hipótesis interesante: que la víctima de un acto lesivo haya demandado por rescisión, y luego, durante el transcurso del juicio, se torne imposible

(1) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, Tomo V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, p. 345.

(2) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, T. I, Contratos - Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 274.

(3) Ver DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 346.

(4) Ver ROMERO ZAVALA, Luis. *Nuevas instituciones contractuales. Parte general*, Lima, 1985, p. 85.

(5) "(...) el artículo 1452 hace bien en buscar una salida que permita que el lesionante no saque provecho de la imposibilidad en que se encuentra, invocándola como un escudo para mantener los efectos del contrato lesivo (...)" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 347).

que el lesionante restituya la prestación que había recibido[6]. Afirma entonces que en este caso, como "procesalmente no cabría una transformación de la acción primitiva, pensamos que la solución está en el desistimiento de la acción rescisoria y en la formulación de una de reajuste, que es distinta a la anterior", y De la Puente y Lavalle se muestra de acuerdo con esta solución, con un matiz, que "la demanda aún no hubiera sido contestada, pues en tal eventualidad podría ser variada al amparo de lo dispuesto por el artículo 311 del Código de procedimientos civiles"[7].

Por nuestra parte pensamos que aquí es menester recurrir a otras normas del Código; en efecto, la demanda de rescisión tiene como efecto constituir en mora de restituir una cosa y el artículo 1336 dispone expresamente que:

> "El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación, y por la **imposibilidad sobreviniente**, aun cuando ella obedezca a una causa que no le sea imputable (...)".

En consecuencia, entendemos que la acción no puede cambiarse, pero tampoco corresponde el desistimiento; deberá continuarse tramitando la acción de rescisión, y si el lesionado triunfa, el lesionante moroso, que ya no puede entregar la cosa, deberá la indemnización correspondiente.

2. Formas en que puede quedar trabado el litigio

Para facilitar el estudio del problema dividiremos los casos según la actitud que el demandado adopte frente al reclamo por el presunto acto lesivo. Por supuesto, que si el actor ha elegido la acción de reajuste, el demandado no tiene más remedio que someterse a la vía elegida, ya que él no puede pretender que se declare la nulidad del acto; pero puede adoptar diversas posturas, que es necesario diferenciar.

a) Allanamiento

En primer lugar, el demandado puede allanarse a las pretensiones del actor, aceptando tanto la existencia del elemento objetivo de la desproporción, como también la de los elementos subjetivos. En tal hipótesis no será menester ninguna actividad probatoria y el juez hará lugar a la modificación solicitada.

Es el caso contemplado en el artículo 1450, como forma de poner fin al proceso, pero exige correlativamente no una mera expresión verbal de allanamiento, sino la consignación de la diferencia reclamada por el actor, quien debe haber precisado en la demanda el monto en que lo perjudicaba el acto lesivo. Es la única posibilidad de funcionamiento para el artículo 1450, como actitud tomada frente a una demanda que originariamente reclama el reajuste.

b) Otras posturas del demandado

b.1) El demandado, aceptando que el acto es lesivo, puede sin embargo afirmar que la desproporción es menor que la reclamada. En este caso la actividad probatoria se limitará al elemento objetivo, partiendo de la base de la desproporción ya reconocida, punto mínimo sobre el cual hay coincidencia, para determinar cuál es la medida real del desequilibrio. Por

(6) ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 274.
(7) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 348.

ejemplo, el actor recibió 55 y dice que la cosa valía 100; el demandado puede sostener que el valor máximo de la cosa era 65.

En definitiva, el juez deberá hacer lugar a la modificación, pero tendrá dos límites: por lo menos deberá conceder el reajuste en la medida aceptada por el demandado, es decir la diferencia entre 45 y 65; y a lo sumo podrá extender esa modificación –como máximo– a la pretensión originaria del actor, es decir a 100.

b.2) El demandado niega la existencia de lesión, aceptando que hay una desproporción entre las prestaciones, en la medida de lo reclamado, pero que no ha mediado aprovechamiento, ni inferioridad del actor. En el pleito solo se discutirán estos elementos subjetivos, cargando el actor con la prueba de su inferioridad, y el beneficiario del acto con la demostración de las causas que justificarían la inexistencia de aprovechamiento. Si no se prueba la existencia de los elementos subjetivos, el juez deberá rechazar el pedido de modificación, pero si esa prueba favorece al actor, se condenará al pago de la diferencia reclamada.

b.3) El demandado niega que haya la desproporción afirmada por el actor, y niega también la existencia de los elementos subjetivos, es decir no acepta ninguno de los extremos del acto lesivo y la actividad probatoria deberá recaer sobre todos ellos. En tal caso, el magistrado debe recordar que es preciso que se presenten simultáneamente todos los requisitos exigidos por el artículo 1447 para que el acto sea lesivo, y que la ausencia de cualquiera de los tres elementos que contempla la norma hace que la acción no pueda prosperar. Si en el pleito se prueba que el acto es lesivo, el juez condenará a la modificación en la medida que resulte de la prueba rendida.

c) La sentencia de reajuste (remisión)

En lo que se refiere a la apreciación del monto que el juez debe fijar en las acciones de reajuste, remitimos a lo expuesto en el estudio del artículo 1451.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo I. Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1995; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, Tomo V. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales. Parte General. Lima, 1985.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Procedencia de la acción de reajuste

{D}e conformidad a lo previsto por el artículo 1452 del Código Civil, la acción de reajuste procede en los casos en que la acción rescisoria, a que se refiere el artículo 1447 del Código Civil, fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida; caducando la acción por lesión acorde a lo estipulado por el artículo 1454 del Código Civil (a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato) (Cas. N° 3101-2011-Lima).

Noción de la acción de reajuste

{L}a acción de reajuste es una figura jurídica que está expresamente regulada en el artículo 1452 del Código Civil y aun cuando sea o no viable esta acción, para los intereses de los actores, lo cual deberá ser analizado, lo cierto y real es que la acción de reajuste es una pretensión perfectamente válida, permitida y regulada por nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no puede ser calificada como una pretensión imposible jurídicamente (Cas. N° 1374-2004-Lima).

Nulidad de la renuncia

Artículo 1453.- ***Es nula la renuncia a la acción por lesión.***

Concordancias:
C.C. arts. 219 inc. 7), 224

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Renuncia a la acción. Consideraciones generales

Aunque el artículo 1453 habla de la "renuncia", sin otro calificativo, estimamos que en esta materia es conveniente distinguir entre las renuncias anticipadas y las renuncias posteriores a la celebración del acto, ya que en el estado actual del pensamiento jurídico las primeras son consideradas inadmisibles, mientras que las segundas suelen tener validez, si al momento de efectuarlas han desaparecido las condiciones que viciaban el acto, y la persona que emite la declaración tiene capacidad para renunciar(1).

Pues bien, la figura que nos ocupa ha sufrido a lo largo de los siglos diversas alternativas y estas vicisitudes se han reflejado también en el distinto trato que se ha dado a la renuncia de las acciones con que el orden jurídico protege a las víctimas de los aprovechamientos lesivos.

1.1. Derecho Romano. *Corpus Iuris*

Recordemos que la primera fórmula represiva de la lesión nace en el Derecho Romano con un rescripto atribuido a los emperadores Diocleciano y Maximiano, dado a fines del siglo III de nuestra era, que luego se incorpora al *Corpus Iuris* (C. 4.44.2), que declara la invalidez de la venta de un fundo por menos de la mitad de su valor.

No poseemos datos serios sobre el problema de la renuncia a los beneficios de la Ley Segunda en las primeras épocas de su vigencia, y por ello nos parece acertada la actitud de Dekkers, que en su documentado estudio sobre la historia de las fuentes jurídicas de la institución(2), al ocuparse de este período se limita a realizar un análisis de la génesis y el alcance del texto legal, sin aventurarse a emitir hipótesis sobre puntos que no pueden ser objeto de comprobación científica.

Es cierto que muchas veces los romanistas han expresado que el vendedor no podía renunciar por anticipado a los beneficios de la acción de rescisión por causa de lesión, porque tales renuncias destruirían virtualmente la ley(3), e incluso algunos afirman que lo mismo sucede cuando la renuncia se efectúa inmediatamente después de celebrado el contrato, pero antes del pago, porque tal declaración se logra en circunstancias idénticas a la venta(4); pero nos parece que esas elucubraciones responden más a las alternativas que vive en Occidente la figura de la lesión, en la Edad Media, cuando el redescubrimiento del *Corpus Iuris,* y su estudio por la Escuela de Bolonia, hacen que se expanda por Europa, como lo veremos a continuación.

(1) Así lo establecía en el Derecho argentino el artículo 872 del derogado Código Civil de 1869. Destacamos de paso que esa misma norma expresaba que los derechos concedidos en miras del orden público (...) no son susceptibles de ser objeto de una renuncia.

(2) DEKKERS, René. *La lésion enorme (Introduction à L'histoire des sources du Droit)*, Ed. Sirey, París, 1937.

(3) Ver por ejemplo MAYNZ, Ch. *Cours de Droit Romain*, T. 2, 40ª ed., Bruselas, 1877, p. 235.

(4) WETTER, P. Van. *Pandectes*, T. IV, Lib. Gen. de Droit et Jurisprudence, Paris, 1910 (cit. por DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Lessão nos contratos*. 20ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1959, p. 25).

1.2. Siglo XII

La caída del Imperio Romano de Occidente y su fraccionamiento en pequeños reinos, trajo como consecuencia un momentáneo eclipse del Derecho Romano, y la adopción de sistemas que acogían en mayor o menor medida las costumbres y el derecho de los pueblos bárbaros que asentaron su dominio en Europa.

Vemos así que en Bizancio continúa evolucionando la figura de la lesión: primero se la incorpora al *Corpus Iuris* de Justiniano y luego pasa a las Basílicas, con fórmulas que mejoran notablemente el texto de la Ley Segunda. En cambio, en los reinos bárbaros erigidos sobre las ruinas del Imperio Romano de Occidente, las nuevas condiciones sociales y económicas hacen que la evolución de la figura se detenga momentáneamente, y solo se siente la necesidad de combatir la usura crediticia, que es una manifestación específica de acto lesivo.

Pero llegamos al siglo XII y con él asistimos a un renacer de los estudios del Derecho Romano; ya en el año 1100 en el Brachylogus, que es un manual sumario de la obra de Justiniano, redactado en Italia, se encuentran menciones a la figura de la lesión enorme, y luego el descubrimiento de un ejemplar del *Corpus Iuris,* y las enseñanzas de Irnerio en la Universidad de Bolonia, harán que la obra de Justiniano extienda su prestigio por toda la Europa medieval, y entre sus textos uno de los que logrará más difusión es la famosa Ley Segunda[5].

En esta época se advierte un curioso fenómeno: a la par que la influencia de los juristas formados en Bolonia contribuye a hacer conocer la figura, su aplicación se ve en gran medida neutralizada por las cláusulas de renuncia que comienzan a incorporarse a los contratos cada vez con mayor frecuencia, hasta convertirse en cláusulas de estilo que ningún notario omite[6], de manera que en la práctica la acción de rescisión por lesión se ve muy limitada[7]. Pero, como destaca muy bien Dekkers, este fenómeno no es privativo de la lesión, sino que comprende todos los beneficios que concedían las leyes romanas[8]. El Derecho Romano se presenta como la expresión docta del pensamiento jurídico de un grupo de teóricos y los "prácticos" del derecho de costumbres se resisten y procuran inventar procedimientos que les permitan eliminar algunas reglas o neutralizar sus efectos[9].

En este choque entre dos sistemas jurídicos, el derecho de costumbres va a encontrar su mejor instrumento de resistencia en "las renuncias" que en un primer momento van a ser miradas con simpatía, incluso por los doctores que propiciaban la recepción del Derecho Romano, en cuanto eran una elevada manifestación de la "autonomía de la voluntad", y de las ventajas de los pactos celebrados por las partes.

1.3. Renuncias anticipadas. Distintas formas

Al multiplicarse, las renuncias asumen muy distintas formas, y su eficacia práctica también es variable: en un primer momento se suelen encontrar renuncias generales, que dejaban de lado la aplicación de todos los beneficios de las leyes romanas. Esas fórmulas caen pronto en descrédito, pues se considera que no reflejan una voluntad consciente del sujeto, que con

(5) Acurcio y Cino de Pistoia la tratan de ley "famosa" o "famosísima", y Bartolo de "solemne".
(6) Cfr. DEKKERS, René. Ob. cit., N° 77, p. 54.
(7) Ver MEYNIAL. "Algunas notas sobre la historia de la rescisión por lesión de los contratos entre mayores en la Edad Media. La glosa, los glosadores y los bartolistas". En: *Studii en Homenaje a Vittorio Scialoja*, vol. II, p. 351 (citado por OSSIPOW, Paul. *De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé.* Roth-Sirey, Lausana-París, 1940).
(8) Ver DEKKERS, René. Ob. cit., N° 78, p. 54, y N° 79, p. 55.
(9) Cfr. OSSIPOW, Paul. Ob. cit., p. 54.

cabal comprensión del problema pretende no someterse a determinadas leyes. Por esa razón se generalizan las renuncias "especiales", en las que concretamente se enumeran las leyes que no serán aplicables al contrato en cuestión; por ejemplo, en los préstamos de dinero la renuncia a la *exceptio non numeratae pecuniae.*

Con relación a nuestra materia las renuncias anticipadas a las ventajas concedidas por la Ley Segunda asumen diversas formas, a saber: a) la simple renuncia a la acción de lesión; b) la expresión de que se donaba el sobreprecio; y, c) el juramento promisorio, institución que se vincula estrechamente con el Derecho Canónico(10).

Como ya hemos expresado, el respeto a la autonomía de la voluntad hizo, en un primer momento, que todas estas formas de renuncia fuesen aceptadas como válidas, en especial las dos últimas en las cuales se agregaban ingredientes que robustecían la expresión de voluntad: en un caso, la manifestación del *animus donandi,* que parecía excluir toda voluntad de aprovechamiento; en el otro caso, el elemento religioso del juramento, que reforzaba el valor de la palabra empeñada con una fórmula sacramental que resultaba decisiva en una época en que se acordaba especial valor a los sentimientos religiosos.

1.4. La reacción de los juristas

En algún momento hemos dicho que el florecimiento de los estudios sobre la Ley Segunda no fue la consecuencia de un afán erudito por transplantar las instituciones justinianeas, sino que atendía a necesidades sociales y económicas imperantes en la época, como consecuencia del renacer del comercio y del surgimiento de los centros urbanos(11). La resistencia generalizada a la aplicación de las leyes romanas, la multiplicación de las cláusulas especiales de renuncia a los beneficios de la lesión, habrían paralizado su funcionamiento, si sus previsiones no hubiesen estado destinadas a dar justa solución a problemas que se tornaban acuciantes.

Resultaba imperioso contar con armas adecuadas que permitiesen poner coto a los aprovechamientos indebidos, y era menester –al mismo tiempo– evitar que esos aprovechamientos se consolidasen por la vía de la inserción de cláusulas de renuncia a la acción de rescisión por lesión.

Se insinúa entonces una reacción y paulatinamente los glosadores van marcando límites a la facultad de renunciar. Primero se miran con disfavor –como hemos dicho– las renuncias generales; luego se extiende esa desconfianza a las renuncias especiales y a las donaciones de sobreprecio, entendiéndose que el sujeto debe tener plena conciencia de su renuncia, del valor de la cosa que dona, y de su ánimo de donar; y en materia de juramento, se entiende que ese compromiso de no atacar la venta, no impide reclamar el complemento del justo precio. Además se niega validez al juramento si había sido obtenido por dolo o violencia, o si quien lo había emitido era un espíritu simple *(rustica, vel mulieres)*(12), lo que brinda un antecedente de la inclusión en las modernas fórmulas represivas de la lesión de los estados de "inexperiencia y ligereza".

No podemos, por las características de este comentario, seguir paso a paso la evolución del problema de las renuncias en la Edad Media, pero al menos es necesario destacar que el abuso que de ellas se hizo en la práctica trajo como consecuencia que los juristas crearan un

(10) DEKKERS, René, estudia con detenimiento este punto (ver. Ob. cit., N° 124 y ss., pp. 78 y ss).
(11) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos.* Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 49, p. 43.
(12) Cfr. DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. Ob. cit., p. 63.

complicado sistema de presunciones sobre la invalidez de tales renuncias, y que los jueces terminaran repudiándolas, por considerar que no eran verdaderamente la expresión libre de la voluntad del sujeto, sino más bien una demostración de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima, que simultáneamente aceptaba el precio vil y efectuaba la declaración de renuncia o de donación de excedente sin tener cabal conciencia de los valores, o impulsado por una necesidad apremiante, lo que quitaba validez tanto al negocio, como a la renuncia.

Por su parte, el Derecho Canónico admitió que las autoridades eclesiásticas concedieran dispensa de los juramentos y permitieran al sujeto entablar las acciones de rescisión, y esta actitud fue tan amplia y generalizada que las jurisdicciones civiles terminaron por negar validez al juramento de renuncia, e incluso en algunos países se sancionaron leyes prohibiendo esos juramentos[13].

1.5. Derecho intermedio y codificación civil

En el período que corre entre el fin de la Edad Media y el comienzo del movimiento de codificación, se mantiene en plena vigencia la aplicación de la lesión. Es cierto que la labor de los juristas ya no muestra el mismo entusiasmo exaltado de los primeros tiempos, ni se procura darle mayor extensión a la figura; incluso aparecen obras como la de Thomasius que critica a la Ley Segunda, afirmando que es imposible fijar el justo precio de las cosas, y determinar la existencia de la lesión[14].

Pero, en lo que a nosotros nos interesa, es menester destacar que las cláusulas de renuncia son definitivamente descartadas, rechazándose tanto las simples renuncias, como las donaciones de excedente y los juramentos religiosos, cuando son anteriores al negocio, o están insertas en el propio contrato[15]; en cambio, se acepta la validez de las renuncias posteriores.

Sobre estos puntos hay general coincidencia, tanto en los autores, como en los fallos judiciales. Tomaremos como ejemplo la obra de Pothier, precursor de la codificación francesa, y profundo conocedor del Derecho Romano y de las costumbres. Su opinión es terminante:

> "(...) la renuncia a la restitución acordada por esta ley segunda es de ningún efecto; porque el error que padecía el vendedor sobre el precio de la heredad, o la acuciante necesidad que lo ha impulsado a vender a vil precio, lo han llevado de la misma manera a hacer esta renuncia que el comprador le exigía"[16].

E insiste, repitiendo razones que ya habían sido desarrolladas por glosadores y posglosadores, en que la avidez de los compradores llevaba a convertir estas renuncias en cláusulas de estilo, que debían ser rechazadas por los tribunales, como sucedía efectivamente, y cita una sentencia de 1563 que así lo resolvía.

En cambio admite las renuncias posteriores al contrato, cuando ya no pudiese suponerse que subsistían las circunstancias de inferioridad, porque tal acto sería una renuncia voluntaria hecha por el vendedor de un derecho que le pertenecía y del que podía disponer libremente[17].

(13) DEKKERS, René, con cita de Pinelus, menciona ordenanzas reales de España y Portugal (ver ob. cit., N° 163 *in fine*, p. 99 y nota 2).
(14) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*, Ob. cit. N° 71, p. 54.
(15) Ibídem, N° 86, p. 64.
(16) POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres*, T. III (*Traité du contrat de vente*), París, 1847, N° 354, p. 149 (la traducción al castellano del párrafo, como la de otros que citamos, cuyo original se encuentra en francés, es nuestra).
(17) Ibídem, N° 354 *in fine*, p. 150.

Repudia también la donación de sobreprecio, porque: "(...) sería una vía para eludir la ley, semejante a la cláusula por la cual se hiciera renunciar al vendedor"[18].

Entiende que cuando el comprador es una persona extraña, que no se encuentra unida con el vendedor por vínculos de parentesco o afecto, no hay razón alguna que justifique una donación, y menciona dos sentencias que resuelven el punto en sentido coincidente con esta opinión[19].

Algún tiempo después, al sancionarse el Código Civil francés, veremos que se restringe el campo de aplicación de la lesión, limitándola al contrato de compraventa, y exigiendo que la desproporción alcance a los 7/12; pero se refuerza la prohibición de la renuncia, que se incorpora de manera expresa al texto legal, que manifiesta terminantemente que la acción se admitirá aunque se hubiera renunciado expresamente en el contrato a la facultad de demandar esta rescisión, o se hubiese declarado donar el valor excedente (artículo 1674, Código Civil francés).

Portalis, en la Exposición de Motivos[20], justifica la norma diciendo que:

> "Tal pacto sería contrario a las buenas costumbres. A menudo sería el fruto del dolo y las maniobras de un adquirente injusto que arrancaría esta especie de desistimiento prematuro al infortunio y la miseria. Además, autorizar en los contratos de venta la renuncia a la acción rescisoria hubiera sido destruir esta acción. Todo adquirente exigiría esta cláusula y la ley no prestaría más que un socorro impotente e ilusorio al desgraciado y al oprimido".

La doctrina admite las renuncias posteriores a la celebración del contrato, pero considera indispensable que haya desaparecido la situación de necesidad de la víctima, porque de lo contrario su renuncia estaría también viciada[21]; se dice, entonces, que si la renuncia se efectúa antes de que el vendedor haya recibido el precio, no sería válida[22], porque no habría real independencia entre la renuncia y la venta.

Por su parte el Código Civil italiano, en su artículo 1451, no admite la confirmación de los actos lesivos, lo que significa prohibir la renuncia, tanto anticipada como posterior al acto.

En España la compilación foral catalana, en su artículo 323, parte final, señala que la renuncia a la acción de lesión solo podrá efectuarse después de celebrado el contrato lesivo "excepto en Tortosa y su antiguo territorio, en el que la renuncia podrá hacerse en el mismo contrato".

La recopilación del derecho foral de Navarra también se ocupa del punto en la ley 505, que expresa:

> "La renuncia a la acción rescisoria hecha simultáneamente o posterior al contrato a que se refiere, será válida siempre que observe al menos la forma utilizada para tal contrato. Sin embargo, no será válida la renuncia determinada por apremiante necesidad o por inexperiencia".

(18) Ibídem, N° 355, p. 150.
(19) Ídem.
(20) Ver LOCRÉ, T. VII, p. 85.
(21) LAURENT, F. *Principes de Droit Civil français*. T. XXVI, 50ª ed., Bruselas-París, 1893, N° 430, p. 424.
(22) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV, traducción al castellano de Demófilo DE BUEN, 30ª ed., Reus, Madrid, 1955, N° 533, p. 70; PLANIOL, Marcel. *Traité elémentaire de Droit Civil*, T. II, 6ª ed., París, 1912, N° 1594, p. 519.

Estimamos poco feliz la fórmula empleada en la compilación navarra, que ha de impulsar a que estas renuncias se conviertan en cláusulas de estilo, y la acción de rescisión en la práctica se torne ilusoria y de muy escasa aplicación.

Es cierto que la propia ley 505, en su parte final, contempla la posibilidad de impugnar esas renuncias, demostrando la "apremiante necesidad o la inexperiencia" de la víctima, y esta quizás sea una válvula de escape, puesto que significa reconocer la invalidez de las renuncias cuando ellas se encuentran afectadas por los mismos vicios que el negocio lesivo.

Finalmente diremos que en el Derecho argentino, cuyo actual artículo 954 es una de las fuentes que tuvo en cuenta el legislador peruano, nada se dice sobre la renuncia a la acción, aunque el problema de las renuncias anticipadas fue objeto de particular preocupación en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya Recomendación N° 14 que dedicaba el último de sus párrafos al tema, expresando que "la acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto".

Por nuestra parte, al estudiar la figura de la lesión antes de su incorporación a nuestras leyes civiles, hemos sostenido que no debe permitirse la renuncia anticipada de la acción, porque se trata de una disposición de orden público, destinada a proteger a la víctima de un acto ilícito[23], y que son inválidas las cláusulas por las cuales en un acto a título oneroso, efectuado por precio vil, se expresa haber donado el sobreprecio, porque esas cláusulas encubren una renuncia anticipada[24], y en el capítulo dedicado a Conclusiones, expresamos en el punto 8 –que trata de la "acción concedida a la víctima"– que "es menester prohibir la renuncia anticipada de la acción, pero puede permitirse la confirmación ulterior", y posteriormente hemos vuelto sobre el tema sosteniendo que pese al silencio del artículo 954 la ley debe interpretarse en el sentido de que no son admisibles las "renuncias anticipadas"[25].

2. La renuncia y el nuevo artículo 1453 del Código Civil

2.1. Los proyectos

Ni el Código de 1852, ni el de 1936, contienen norma alguna sobre la renuncia a la acción. Durante el proceso de elaboración del Código actualmente vigente, Manuel De la Puente y Lavalle que ha sido, sin duda, quien más influyó en la adopción de una fórmula moderna que conjugue el elemento objetivo, desproporción, con los elementos subjetivos, insistió en todo momento en afirmar que si se llegaba a un acuerdo sobre "la necesidad de legislar la lesión como causal de rescisión de los contratos" debía establecerse "expresamente que ninguno de los contratantes pierde el derecho de ejercitar la acción por lesión, aun cuando se hubiera renunciado a ella en el propio contrato"[26], pero acepta que con posterioridad, desaparecida la situación de presión que sufre la víctima del acto lesivo por haberse cumplido sustancialmente las prestaciones a cargo del demandado, podía ser "válida la renuncia a la acción de lesión destinada a rescindir el contrato"[27]. Siguiendo esta línea de pensamiento, el Primer Proyecto establecía en su artículo 1476:

(23) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*, Ob. cit. N° 379, p. 249.
(24) Ibídem, N° 318, p. 214.
(25) Ver nuestro artículo: "Lesión (artículo 954 Código Civil): problemas de la renuncia anticipada y de la confirmación del acto viciado", en *La Ley*, 1980-A-493.
(26) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*, T. II, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 32.
(27) Ídem.

"Es irrenunciable la acción por lesión, a no ser que la renuncia sea formulada después de haber sido cumplidas las obligaciones del demandado estipuladas en el contrato".

Posteriormente, al formularse el Segundo Proyecto, se modificó la norma que quedó con un texto que es sustancialmente similar al que definitivamente se aprobó, ya que no se hacía mención a la posibilidad de renuncia cuando habían desaparecido las causales. Decía el artículo 1415 de ese Proyecto:

"Es irrenunciable el derecho al ejercicio de la acción por lesión".

2.2. Redacción final

Expresa Manuel De la Puente y Lavalle que "no se conocen las razones por las cuales en el artículo 1426 del Segundo Proyecto y en el artículo 1453 del Código Civil se establece la nulidad de la renuncia a la acción por lesión, sin considerar la salvedad"[28], y de esta supresión extrae como consecuencia que la renuncia no es admisible en ninguna hipótesis, aunque el lesionado haya recuperado su libertad de decisión[29].

Por su parte nuestro añorado amigo Arias Schreiber, luego de elogiar el artículo porque cierra "el camino a las cláusulas de estilo impuestas por el contratante fuerte", lo que se justifica porque "la lesión es, en suma, de orden público"[30], piensa –sin embargo– que "esto no significa que el lesionado no pueda formular esa renuncia después de la celebración del contrato, en la medida en que ya no quepa darse el factor de desigualdad o de presión"[31]. Y Castillo Freyre coincide con la opinión de Arias Schreiber, por entender que si ha desaparecido el factor de presión o desigualdad nada impide que se renuncie al ejercicio de la acción, sin que sea preciso que ese detalle se encuentre expresamente legislado[32].

Finalmente señalamos que para este último autor lo criticable en el artículo es que se hable de "acción", en singular, cuando en realidad debió emplearse el plural[33], porque las acciones concedidas son dos (rescisión y reajuste), y –además– que en realidad a lo que se renuncia no es a la acción, sino a su ejercicio[34].

2.3. Nuestra opinión

Por nuestra parte entendemos, como lo hemos desarrollado más arriba, que las renuncias prohibidas son únicamente las celebradas de manera anticipada, o concomitantes con la celebración del acto, pero que si han desaparecido los vicios que lo afectaban, nada impide que la presunta víctima renuncie a ejercitar las acciones que la ley concede para protegerlo de un aprovechamiento indebido. Más aún, dentro del sistema jurídico peruano, que establece un plazo de caducidad de la acción muy breve, seis meses, le basta con dejar transcurrir

(28) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, T. V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, p. 355.
(29) Ídem.
(30) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. T. I, Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 274.
(31) Ídem.
(32) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 868.
(33) Ibídem, p. 867.
(34) Dice Mario Castillo Freyre que "no resulta posible renunciar a la 'acción', porque 'la acción es una potestad jurídica del Estado, manifestada a través de su facultad de poder y deber pronunciarse, al amparo de la tutela de los derechos de sus habitantes, a fin de solucionar conflictos sociales, (...)" (CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 868).

ese lapso sin entablar reclamos para que la acción se extinga y ello implica tácitamente una renuncia a su ejercicio.

Este plazo breve de caducidad torna ociosa la discusión con relación a las renuncias posteriores a la celebración del acto que, en la práctica, es muy difícil que se concreten de manera expresa.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. T. I, Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995; CASTILLO FREYRE, Mario. Tentaciones académicas. T. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Lima, 1999; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. T. IV, traducción al castellano de Demófilo De Buen, 30ª ed., Reus, Madrid, 1955; DA Silva Pereira, Caio Mario. Lessâo nos contratos. 20ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1959; de la PUENTE y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. T. II, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, T.V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993; DEKKERS, René. La lésion enorme (Introduction à L'histoire des sources du Droit). Ed. Sirey, París, 1937; LAURENT, F. Principes de Droit Civil français. T. XXVI, 50ª ed., Bruselas-París, 1893; MAYNZ, Ch. Cours de Droit Romain. T. 2, 40ª ed., Bruselas, 1877; MEYNIAL. Algunas notas sobre la historia de la rescisión por lesión de los contratos entre mayores en la Edad Media. La glosa, los glosadores y los bartolistas. En: Studii en Homenaje a Vittorio Scialoja. Vol. II; MOISSET DE ESPANES, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Lesión (artículo 954 Código Civil): problemas de la renuncia anticipada y de la confirmación del acto viciado. La Ley, 1980-A-493; OSSIPOW, Paul. De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé. Roth-Sirey, Lausana-París, 1940; PLANIOL, Marcel. Traité elémentaire de Droit Civil. T. II, 6ª ed., París, 1912; POTHIER, Robert Joseph. Oeuvres, T. III, Traité du contrat de vente. París, 1847; WETTER, P. Van. Pandectes. T. IV, Lib. Gen. de Droit et Jurisprudence, Paris, 1910.

La caducidad de la acción

Artículo 1454.- ***La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato.***

Concordancias:
C.C. arts. 183, 184, 2003, 2005

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. La caducidad

1.1. Influencia del tiempo en el Derecho. Prescripción y caducidad

El transcurso del tiempo ejerce notoria influencia sobre diversas situaciones y relaciones jurídicas; así, por ejemplo, la situación de capacidad o incapacidad de la persona está vinculada con su posibilidad de razonar, que se adquiere paulatinamente y atendiendo a este hecho el legislador fija límites de edad a partir de los cuales va reconociendo a la persona una mayor capacidad de ejercicio(1). También el transcurso del tiempo actúa sobre las relaciones de carácter real, y las de tipo personal, y sobre las acciones que el ordenamiento jurídico concede a las personas para defender sus derechos. En algunos casos, como en la llamada usucapión, o prescripción adquisitiva, consolida la situación de un sujeto que se encontraba ejercitando las facultades de propietario, sin serlo(2), y en otros funciona liberando a alguien de cargas o deberes, como sucede con la llamada prescripción liberatoria o extintiva(3).

Esta última arma, la prescripción liberatoria, ha sido la que tradicionalmente consagraban los ordenamientos legislativos para permitir oponerse al avance de un reclamo, cuando el titular del derecho dejaba transcurrir un tiempo prolongado sin ejercitarlo; pero la mayor parte de los autores solían señalar que la prescripción liberatoria se limitaba a paralizar la posibilidad de reclamo, sin extinguir el derecho mismo, que subsistía como una obligación natural(4). Sin embargo, la doctrina comenzó a destacar que existían hipótesis en las cuáles el transcurso del tiempo tenía efectos más profundos, ya que extinguía totalmente el derecho que no había sido reclamado, sin dejar ningún remanente. De esta forma, y pese a la falta de regulación específica del tema, va tomando forma la idea de caducidad.

1.2. Antecedentes doctrinarios y legislativos de la caducidad

En el campo doctrinario suelen señalarse como los primeros atisbos de una teoría de la caducidad algunos fragmentos de Savigny, a quien Modica atribuye el mérito de ser el primero en proporcionar el concepto moderno de caducidad(5), aunque recién fueron Grawein y Rosenberg(6) en la doctrina alemana, quienes fijaron los caracteres de la figura, acogida por la doctrina italiana y plasmada en textos legales en el Código de 1942, primer cuerpo legislativo

(1) Ver Título V del Libro Primero, artículos 42 y ss. del Código Civil peruano.
(2) Ver artículo 950 del Código Civil peruano.
(3) Ver artículos 1989 y ss. del Código Civil peruano.
(4) Ver nuestro libro: *Obligaciones naturales y deberes morales*, coedición Zavalía, Buenos Aires, y Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1998.
(5) MODICA, A. *Teoria della decadenza nel Diritto Civile italiano*, T. I. Torino, 1906, p. 156 (citado por GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. *La caducidad*. Montecorvo, Madrid, 1990).
(6) Citados por GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. Ob. cit., p. 33.

que consagra varias normas a la caducidad[7], como un efecto extintivo de derechos por el transcurso del tiempo, distinto de la prescripción.

Los principales caracteres de la caducidad, que sirven para diferenciarla de la prescripción liberatoria, son a) la inalterabilidad del plazo, que no se ve afectado por la interrupción, ni la suspensión; b) la extinción total del derecho afectado por la caducidad; c) su origen exclusivamente legal; d) la irrenunciabilidad y e) la posibilidad de que el juez la declare de oficio.

En casi todos los sistemas jurídicos la doctrina señala hipótesis de plazos que no son de prescripción, sino de caducidad, pero en el terreno legislativo el camino abierto solo ha sido seguido por el código portugués de 1966[8], el de Perú de 1984, y el muy reciente de Brasil[9], en vigencia desde el 11 de enero de 2003.

1.3. La caducidad en el Derecho peruano. El Código Civil de 1984

Ya la doctrina peruana, al interpretar las normas del Código de 1936, señalaba que muchos de los plazos allí contenidos eran de caducidad, aunque no existía legislación expresa sobre el tema[10]. Al trabajarse un nuevo Código, Fernando Vidal Ramírez elaboró un Anteproyecto y esos documentos pasaron por la Comisión Revisora y culminaron en el Código de 1984 que, luego de tratar de la prescripción, incorporó como segundo Título del Libro VIII nuevos textos que consagran la caducidad como una forma de extinción de derechos, cuyos plazos son fatales, y cuyos efectos pueden ser declarados de oficio por el juez[11].

1.4. Nulidad. Resolución y rescisión

Algún autor ha detallado con minuciosidad las hipótesis en que se está frente a plazos de prescripción, y aquellas en las cuales la ley ha previsto que el derecho está sujeto a un plazo de caducidad[12]. En lo que a nosotros interesa en este momento, nos limitaremos a señalar que las acciones de nulidad de actos jurídicos, y la revocatoria o pauliana, es decir las acciones que tienen su causa en vicios de la voluntad, o en vicios propios del acto jurídico como la simulación y el fraude, tienen un plazo de "prescripción" (ver artículo 2001). En cambio la acción de resolución por excesiva onerosidad (artículo 1445), y la acción rescisoria por lesión (artículo 1454), están sometidas a caducidad.

2. La caducidad y el nuevo artículo 1454 del Código Civil

2.1. Los proyectos

El Primer Proyecto se limitó a fijar en seis meses el plazo extintivo de la acción[13], plazo que se contaba a partir del momento en que el demandado había cumplido la prestación a su cargo y que era un plazo de prescripción.

(7) Ver artículos 2964 a 2969 del Código Civil italiano.
(8) Ver artículos 328 a 333 del Código Civil de Portugal.
(9) Ver artículos 207 a 211 del nuevo Código Civil de Brasil.
(10) Ver VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*, Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 188.
(11) Ver artículos 2003 a 2007 del Código Civil de Perú.
(12) Ver RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987.
(13) Artículo 1477 (Primer Proyecto).- "La acción por lesión solo puede ser planteada después de celebrado el contrato y dura hasta seis meses después de cumplida, en su caso, la prestación existente a cargo del demandado".

La elección del momento en que debía comenzar a correr el plazo está inspirada, sin duda, en el pensamiento de Manuel De la Puente y Lavalle, quien había expresado:

> "(...) me parece que el plazo debe empezarse a contar a partir del momento en que se hayan total o sustancialmente cumplido las prestaciones estipuladas, que es el momento en que debe suponerse que cesa la situación de dependencia causada por el estado de necesidad y en que el contratante lesionado se encuentra en libertad para accionar"(14).

Volveremos luego sobre la opinión de De la Puente, sobre el momento inicial del cómputo del plazo, pero debemos advertir que el inspirador de estas reformas, en esa primera etapa, nada decía sobre si el plazo de extinción de la acción debía estar sujeto a prescripción o a caducidad.

En el Segundo Proyecto se introdujo como novedad que la acción se extinguía por "caducidad"(15) y con esa redacción ha pasado al Código vigente(16).

La novedad introducida por el Segundo Proyecto era que se introducía un segundo plazo, que podemos denominar de "cierre", fijado en dos años, a contar del momento de la celebración del contrato.

2.2. Código vigente

Hemos visto que el Código adoptó sin modificaciones el artículo del Segundo Proyecto.

Hace ya tiempo sostuvimos que las acciones nacidas del acto lesivo debían tener un plazo de decaimiento breve, para evitar que exista una inestabilidad prolongada que afectaría la seguridad jurídica(17), idea que han compartido el legislador peruano y los comentaristas de la norma(18).

También en 1964, antes que el Derecho argentino incorporase la lesión al artículo 954 del anterior Código Civil de 1869, manifestamos que, a nuestro criterio, el plazo de la acción debía funcionar como un término de caducidad, para evitar los inconvenientes que existen en las prescripciones, cuyo cómputo suele verse alterado a causa de la suspensión, lo que introduce un factor de incertidumbre(19).

Un segundo problema es que aunque los plazos de decaimiento deben ser breves, no tienen que ser tan exiguos que impidan a la víctima ejercitarlos. De ese problema nos ocuparemos en el punto siguiente al tratar el cómputo de los plazos.

Finalmente, la novedad que introduce al fijar un segundo plazo, como cierre definitivo de la posibilidad de ejercitar la acción, persigue como finalidad evitar que se prolongue

(14) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*, T. II, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 33.

(15) Artículo 1417 (Segundo Proyecto).- "La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato".

(16) Manuel De la Puente y Lavalle considera muy buen criterio el que inspiró al artículo 1427 del Segundo Proyecto, al optar por la caducidad (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, T. V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993, p. 359).

(17) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 380, p. 250.

(18) "(...) se ha considerado la necesidad de preservar la seguridad jurídica que se vería en riesgo si no existiera plazo (...) o si este plazo fuese muy amplio" (ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. T. I, Contratos - Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 275).

(19) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*, Ob. cit. N° 381, p. 250.

excesivamente la incertidumbre[20], aunque juristas destacados opinan que "no tiene razón de ser, puesto que la celebración del contrato, si bien determina la existencia de la lesión, no tiene significado alguno en cuanto al momento en que el lesionado se siente en libertad para iniciar la acción rescisoria"[21].

Volveremos sobre el tema en el punto siguiente.

2.3. Plazos fijados. Cómputo

El plazo de caducidad de seis meses, adoptado por esta norma, parece correcto. Lo más discutible es el punto de partida elegido: el cumplimiento de la prestación a cargo del lesionante.

La elección de este hecho como momento inicial del plazo ha sido impulsada, como dijimos más arriba, por Manuel De la Puente, quien ya antes de la sanción del nuevo Código sostenía que:

> "8) El plazo para entablar la acción por lesión es de un año, contado a partir del momento en que las obligaciones pactadas a cargo del demandado han sido cumplidas"[22].

En apoyo de su postura menciona De la Puente al Código húngaro de 1960[23] aunque, como él mismo lo reconoce, ese cuerpo leal fija el inicio de la acción en "el momento en que el **lesionado** ejecuta la prestación a su cargo"[24], y esta es la solución correcta, que fue propiciada también en Argentina por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil[25], y que adoptamos en la fórmula que propusimos en nuestra tesis[26].

Para De la Puente, el sistema del Código peruano es superior "pues el momento en que la víctima logra satisfacer su necesidad apremiante, es cuando el lesionante ejecuta la prestación a su cargo"[27], y esto abre el camino para que pueda ejercitar la acción de rescisión, porque al haber obtenido lo que deseaba su ánimo se encuentra ya libre; pero esta afirmación contiene un error evidente, mayor aún si se interpreta –como lo hace un importante sector de la doctrina peruana– que la única acción con que cuenta originariamente la víctima es la de rescisión, ya que al intentarla se vería obligado a devolver la prestación que recibió y desaparecería el momentáneo alivio que le produjo el cumplimiento por parte del lesionante.

No olvidemos que en la práctica el primero en ejecutar la prestación es el aprovechador[28], pues la víctima tiene urgencias que lo impulsan a satisfacer de inmediato sus necesidades.

(20) Elogia la solución ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 275.
(21) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*. Ob. cit., p. 363, quien cita en su apoyo la opinión de Luis ROMERO ZAVALA.
(22) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios (...)*. Ob. cit., p. 45.
(23) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*. Ob. cit., 362.
(24) Artículo 236 (Código húngaro de 1960).- "(...) 2.- El plazo para la demanda de nulidad empieza a correr: (...) c) En el caso de una desproporción manifiesta entre las prestaciones de las partes, desde el momento en que la parte lesionada ha ejecutado su prestación, y si esta parte en el momento de la ejecución hubiese estado sometida a constreñimiento, en el momento en que ese estado desaparezca (...)".
(25) Ver Recomendación N° 14, "Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil". Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1962, T. II, p. 777.
(26) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*. Ob. cit., 255.
(27) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*. Ob. cit., p. 361.
(28) Ello sucede también en los préstamos usurarios, pues primero el usurero entrega el dinero prestado, lo que ocasiona cierto alivio a la víctima ya que satisface urgencias inmediatas. El problema surge cuando hay que pagar los intereses leoninos, que suelen ir acumulándose a las sumas debidas.

Algún tiempo después, cuando debe desprenderse de bienes valiosos, recién suele comprender la dimensión del daño que ha sufrido.

El propio De la Puente, que no carece de agudeza, debe reconocer "que si la única acción de que dispone la víctima es la de rescisión, será muy raro el caso en que ejercite esta acción desde que, si tiene éxito deberá devolver la prestación que ha recibido, que es precisamente lo que quiere conservar"[29]. Pero, si esto es así: ¿por qué se ha tomado el cumplimiento del lesionante como momento inicial?

De cualquier forma, eso es lo que dispone la ley vigente, y los seis meses del término de caducidad se contarán a partir de ese hecho.

En cuanto al plazo de "cierre" de dos años a partir de la celebración del contrato, que Arias Schreiber alaba, y Romero Zavala y De la Puente y Lavalle critican, creemos que su funcionamiento será escaso, precisamente por esa realidad que invocábamos más arriba: el primero en cumplir suele ser el lesionante.

Incluso, si el legislador hubiese decidido que el plazo de caducidad de seis meses se computara desde el momento en que la víctima cumple su prestación, que a nuestro entender sería más correcto, el plazo de "cierre" merecería ser criticado, pues con frecuencia podrían darse casos en que la víctima, antes de que su acción naciera, se encontrara con que ya estaba extinguida.

2.4. Un caso de jurisprudencia

Por último, deseamos mencionar un fallo en que se rechaza el pedido de rescisión por lesión, declarando "la caducidad de la (...) demanda, extinguido el derecho y la acción correspondientes por los plazos vencidos"[30].

En el fallo se aplica el artículo 1456, entendiendo que la acción de lesión había caducado, pues existían constancias de que el contrato se había celebrado en 1986 y por ello a la fecha de interposición de la demanda –treinta y uno de julio de 1989– se había extinguido el derecho y la acción correspondientes para accionar.

3. ¿Puede confirmarse el acto lesivo?

En ordenamientos jurídicos como el argentino, donde a la víctima del acto lesivo se le concede una acción de nulidad, sería teóricamente admisible la confirmación.

El problema cambia cuando, como en el derecho peruano, se trata de acciones de rescisión o reajuste, sometidas a un plazo de caducidad.

Si el vicio no provoca una "nulidad", sino otras formas de ineficacia del acto, como la resolución, rescisión o revocación, la doctrina suele afirmar que no corresponde la "confirmación", que es un remedio que subsana la invalidez del acto, pero que no resulta aplicable para curar la "ineficacia" de un acto "válido".

Algunos autores han asimilado el "reajuste" de las prestaciones, realizado antes de que se opere la caducidad de la acción, con una confirmación del acto anulado, que sanea el vicio

(29) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato (...)*. Ob. cit., p. 361.

(30) Ver en Gaceta Jurídica, Exp. N° 966-95, Lima, tres de julio de mil novecientos noventiséis. En autos que tenían procedencia de Junín.

al eliminar el desequilibrio que originariamente existía entre las contraprestaciones de las partes[31], pero los mismos autores que hablan del reajuste como una "especie" de confirmación, señalan que no lo es en sentido estricto "por cuanto no implica ratificar el acto en su contenido originario"[32].

Un análisis cuidadoso del problema nos obliga a diferenciar claramente una y otra figura: la confirmación es un acto voluntario que emana de la víctima y tiende a convalidar el negocio originario, actitud que solo puede asumirse cuando ha desaparecido el elemento subjetivo de la "inferioridad". Entraña una actitud consciente del sujeto que, con ánimo de "liberalidad", acepta la diferencia entre las prestaciones con el propósito de beneficiar a la otra parte. Si no existe tal ánimo, el pretendido acto "confirmatorio" estaría a su vez viciado, sea porque subsiste el estado de inferioridad de la víctima, sea porque su declaración adolece de un nuevo vicio de la voluntad (error, dolo, violencia).

El reajuste, en cambio, sanea el acto por otra vía: hace desaparecer el elemento "objetivo", es decir, el desequilibrio entre las prestaciones y en tal caso poco importa que subsista la situación de inferioridad, puesto que nada hay de objetable en el negocio si lo que una y otra parte reciben guarda una justa relación.

La confirmación es un acto de la presunta "víctima"; el reajuste, del presunto "aprovechador". En una y otra hipótesis desaparece la posible ilicitud, ya que no puede pensarse en la existencia de explotación, cuando un sujeto que no está en situación de inferioridad, y actúa con ánimo liberal, otorga a otro beneficios; y tampoco cabe imaginar el aprovechamiento, si no hay desproporción entre las prestaciones intercambiadas.

En resumen, la acción rescisoria que consagra el derecho peruano no puede eliminarse por la vía de una confirmación expresa del acto lesivo. En cambio, hay quienes podrían pensar que se produce una confirmación tácita si no se ejercita la acción durante el plazo de caducidad, pues ya no será posible en el futuro atacarlo.

La afirmación es, en general, correcta; especialmente cuando la parte que puede interponer la caducidad ha cumplido las prestaciones a su cargo y debe recurrir a la acción de rescisión antes de que se produzca su caducidad; si el interesado deja caducar la acción, su actitud equivale a una confirmación tácita del acto viciado.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. T. I, Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995; de la PUENTE y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. T. II, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, T.V, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993; GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; MODICA, A. Teoria della decadenza nel Diritto Civile italiano. T. I. Torino, 1906; MOISSET DE ESPANES, Luis. Obligaciones naturales y deberes morales, coedición Zavalía, Buenos Aires, y Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1998; MOISSET DE ESPANES, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; MOLINA, Juan Carlos. Abuso del

(31) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 193; también en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971) manifestó que el reajuste equitativo es una especie de confirmación, puesto que implica sanear el negocio (versión taquigráfica, inédita). Ver también MOLINA, Juan Carlos. *Abuso del derecho. Lesión e imprevisión*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1969, quien dice que la nulidad resulta reparable y queda purgada mediante la confirmación del acto –confirmación que se obtiene por el reajuste, en su caso– y la prescripción (p. 159).

(32) MOLINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 160.

Derecho. Lesión e imprevisión. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1969; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Justicia contractual. Ediar, Buenos Aires, 1978; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1996.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Plazo de caducidad de la acción por lesión

{E}l artículo 1454 del Código Civil establece el plazo de caducidad de la acción por lesión {...}. Como bien advierte Manuel de la Puente y Lavalle al comentar la citada norma, tratándose del término inicial para el cómputo del plazo de caducidad en la lesión, nuestro ordenamiento ha establecido dos supuestos: El primero tiene lugar con el cumplimiento de la prestación a cargo del lesionante (no a cargo de la víctima), en cuyo caso el plazo se reduce a seis meses. La razón de ser de este término no solo obedece a cuestiones de seguridad jurídica, sino al hecho de que la víctima de la lesión celebra el contrato lesivo precisamente para lograr que el lesionante ejecute la prestación a su cargo y contrarrestar su estado de necesidad, de allí que de nada vale que la víctima ejecute la prestación a la que se encuentra obligada. Cumplida la obligación del lesionante, se habilita el interés de la víctima para solicitar la rescisión del contrato. El segundo cómputo parte desde el momento de la celebración del contrato, siendo su duración de dos años, vencido el cual opera la caducidad, aun cuando no hubiera vencido el primer plazo. Este último supuesto se presenta en el caso que la prestación a cargo del lesionante se hubiera dilatado o no se hubiera ejecutado, aun cuando la víctima hubiera cumplido con la obligación a su cargo (Cas. N° 4970-2009-Arequipa).

La acción rescisoria por lesión puede ser interpuesta por cualquiera de las partes en el plazo de ley

{L}a acción rescisoria por lesión puede ser interpuesta por cualquiera de las partes contratantes siempre que concurran los elementos que la configuran y dentro de un plazo de seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante o en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato (Cas. N° 1253-2004-Lima).

Improcedencia de la reconvención de acción rescisoria por lesión por haber operado el plazo de caducidad

Primero. {L}a actora {...}, interpuso demanda de Perfeccionamiento de Derecho de Propiedad a fin de que se independice el inmueble adquirido mediante escritura pública de compraventa de fecha veinticinco de mayo del dos mil uno, otorgada por los demandados {...}; por su parte los citados demandados formularon reconvención de acción rescisoria por lesión solicitando que se deje sin efecto la minuta y la escritura pública de compraventa por cuanto refieren que la celebración del contrato ha sido efectuada aprovechando de su necesidad apremiante, debido a que tenían un proceso de ejecución de garantías iniciado por el Banco {...}. Segundo. {...} {S}e ha declarado Improcedente la reconvención de acción rescisoria por lesión, al considerar que había operado el plazo de caducidad de seis meses a que se refiere el artículo 1454 del Código Civil (Cas. N° 818-2004-La Libertad).

Transacción y subasta judicial

Artículo 1455.- *No procede la acción por lesión:*

1. *En la transacción.*
2. *En las ventas hechas por remate público.*

Concordancias:
C.C. arts. 1129, 1302, 1490; D.S. 014-92-EM art. 164.

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Introducción

1.1. Actos en que no puede ejercitarse la acción rescisoria

Desde antiguo, y aunque la ley no lo dispusiese de manera expresa, la doctrina ha procurado, atendiendo las características propias de cada sistema legislativo, determinar qué actos o contratos podían ser atacados por lesión, y cuáles quedaban excluidos de la posibilidad de intentar esa acción.

Creemos, como principio general, que la acción rescisoria puede alcanzar a todos los actos bilaterales onerosos. La exigencia de la bilateralidad del acto es casi superfluo explicarla, porque si el perjuicio se traduce en la "desproporción entre las prestaciones", como lo expresa el artículo 1447 del Código peruano, se está exigiendo por definición que el acto sea bilateral. Jamás podría concebirse la lesión en un testamento, o en una renuncia.

Sin embargo, en el Derecho argentino algunos juristas han sostenido que la lesión podía aplicarse también a actos unilaterales, razón por la cual el punto fue ampliamente debatido en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil y en el plenario se registró un pronunciamiento de la asamblea que por 32 votos contra 18 entendió que la lesión no es aplicable a los negocios unilaterales(1).

Tampoco puede pensarse que tenga cabida la lesión en los actos a título gratuito, aunque allí –como en la donación, por ejemplo– se presente la máxima inequivalencia posible entre las prestaciones. El ánimo de liberalidad que inspira a los actos a título gratuito elimina toda posibilidad de lesión, y mal podrá hablarse de aprovechamiento en esos casos.

Es cierto que en la doctrina argentina se ha hablado de que es posible que el beneficiario capte la voluntad del donante, y le haga creer que necesitaba más de lo que realmente le hacía falta para lograr de esa manera la donación(2).

El lenguaje empleado por el legislador peruano en el Título IX dedicado a la lesión, torna impensable la aplicación de esta figura a los actos unilaterales(3) y a las donaciones, por

(1) Puede consultarse el tema en nuestro libro. *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino*, Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976, p. 115, y en nuestro trabajo titulado "El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil". Zeus, T. 77, D-111; donde reproducimos la versión taquigráfica de los debates.

(2) Esta opinión de BREBBIA está reproducida en nuestro libro citado en la nota anterior, p. 116 y nota 22.

(3) Cfr. MARTÍNEZ COCO, Elvira. "La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano)". En: *Ensayos de Derecho Civil*, I, Ed. San Marcos, Lima, 1997, p. 260.

lo que no es necesario extenderse más sobre el punto. Pasaremos a ocuparnos de las dos hipótesis previstas expresamente en el artículo 1455.

2. La transacción

2.1. Antecedentes legislativos

En el proceso de elaboración del Código peruano de 1984, aparece esta norma en el Segundo Proyecto, como artículo 1418.

En la legislación comparada hemos encontrado ya en el Código Civil francés, un antecedente de la prohibición de atacar por lesión las transacciones[4], y existen otros dos más cercanos; uno de ellos, mencionado por Manuel De la Puente y Lavalle[5], es el artículo 1970 del Código italiano de 1942[6], ubicado dentro del capítulo dedicado al contrato de transacción en ese cuerpo legal.

Un jurista italiano procura justificar la norma por las dificultades que entraña efectuar un cálculo adecuado de la desproporción entre las "concesiones recíprocas" que han efectuado las partes en una transacción[7], y en los elementos de aleatoriedad que pueden encontrarse en ese contrato, argumento este último que como bien señala De la Puente y Lavalle no puede esgrimirse en el Derecho peruano.

Otro autor de prestigio afirma que "es obvio que la transacción no sea rescindible, ya que esta no transfiere nada cierto y determinado en contraprestación... que permita apreciar objetivamente el desequilibrio entre las dos prestaciones", y agrega que "las partes transigen con mutuo sacrificio para poner fin al litigio presente o futuro y por consiguiente sería ilógico consentir que resurgiese con el pretexto de que una de ellas se había equivocado al valorar el precio de su tranquilidad"[8].

En el Derecho portugués, en cambio, cuyo Código de 1966 tanto se ha inspirado en el Código italiano, no se prohíbe atacar las transacciones por lesión.

Queda otro antecedente legislativo próximo, mencionado por Max Arias Schreiber[9]: el inciso 3 del artículo 562 del Código de Bolivia, de 1976, solución que nosotros hemos calificado de errónea[10].

2.2. Doctrina peruana

¿Qué opiniones ha vertido la doctrina peruana sobre este punto?

Max Arias Schreiber justifica la exclusión fundándose, principalmente, en que la transacción tiene la fuerza de la cosa juzgada, y también apoya la solución Romero Zavala en una

(4) Artículo 2052 (Código Civil francés).- "Las transacciones tienen entre las partes la autoridad de la cosa juzgada en última instancia. Ellas no pueden ser atacadas por causa de error de derecho, ni por causa de lesión".

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Segunda parte, T. V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993, p. 365.

(6) Artículo 1970 (Código italiano de 1942).- "La transacción no puede ser impugnada por causa de lesión".

(7) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, p. 429.

(8) STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 280.

(9) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* T. I, Contratos-Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 276.

(10) Ver nuestro libro *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino.* Ob. cit., p. 247.

obra que lamentablemente no hemos podido leer[11], tomando en consideración que cada parte ha cedido en alguna medida derechos que podía exigir.

Por nuestra parte compartimos la opinión que sustenta Manuel De la Puente y Lavalle, cuando afirma que "siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra"[12], pero incluso vamos más allá, porque la fuerza de "cosa juzgada" que tienen las transacciones solo puede ser reconocida como tal cuando el acto no ha padecido vicios en el momento de su formación. Es menester destacar que el acto transaccional tiene una formación distinta a la sentencia; en la sentencia se expresa solamente la voluntad del juez y en la transacción debe concurrir la voluntad de ambas partes y esa decisión "no debe ser fruto de un aprovechamiento lesivo".

No debemos olvidar que en muchos Códigos procesales modernos se admite un recurso especial contra la "cosa juzgada írrita"; ¿por qué, entonces, negar la acción de lesión contra una transacción?

De cualquier manera, el texto de la ley es claro y cierra la puerta a la posibilidad de intentar la acción de lesión contra las transacciones.

3. Subasta judicial

3.1. Antecedentes legislativos

En la larga evolución de la figura, ha existido una época en que llegó a admitirse la posibilidad de atacar como lesivas las ventas hechas en pública subasta. En tal sentido encontramos la Ley 2, del Título I, Libro X, de la Novísima Recopilación, que después de consagrar la rescisión de las ventas por lesión de más de la mitad, expresa:

> "(...) y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables; y que haya lugar por esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por **almoneda** (...)".

También el artículo 1464 del Código Civil peruano de 1852 admitía la posibilidad de atacar las subastas judiciales por lesión, expresando:

> "Es nula la venta judicial que se hace por menos de las dos terceras partes del valor total de la cosa"[13].

Pero actualmente en el Derecho comparado predomina una solución diversa y aunque la mayor parte de las leyes nada dicen de manera expresa sobre la subasta, la doctrina se inclina de manera casi unánime a sostener que las subastas judiciales no pueden ser atacadas por lesión e incluso se ha incorporado esa solución a algún ordenamiento legislativo[14].

(11) Ver ROMERO ZAVALA, Luis. *Nuevas instituciones contractuales. Parte general*, Lima, 1985, p. 87 (citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit.).

(12) Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 367.

(13) Hemos podido consultar los textos de ese cuerpo legal merced a la gentileza del profesor Carlos Cárdenas Quirós, que nos obsequió un ejemplar de la edición facsimilar que difundió la Revista *El Informativo*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

(14) En realidad, ya en el Código Civil francés su artículo 1684 no admitía accionar por lesión en las ventas que se efectuasen por autoridad de la justicia (ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*, Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 103, p. 73).

Vemos así que en la Compilación de Cataluña, el segundo párrafo del artículo 323 expresa:

"(...) No procede esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta, (...)".

También el Código de Bolivia se refiere a ese problema en el inciso 4 de su artículo 562, que excluye del régimen de la lesión "las ventas judiciales, tanto forzosas como voluntarias".

Acotemos además que en Perú el Código de 1936, en su artículo 1441, señalaba que la acción por lesión "tampoco procede en las ventas judiciales".

Estos son los antecedentes más cercanos del artículo 1418 del Segundo Proyecto, que luego se convirtió en el actual artículo 1455 del Código de 1984.

3.2. Doctrina y jurisprudencia

Creemos que la solución adoptada es correcta porque en la subasta pública no puede existir ánimo de aprovechamiento por parte del comprador, ya que la adjudicación se efectúa libremente al mejor postor[15]; especialmente no podría hablarse de lesión cuando se trata de remates judiciales, pues tales actos deben ser sometidos a la supervisión y aprobación de un magistrado[16].

Estimamos acertadas las reflexiones que vierte De la Puente y Lavalle, cuando afirma que debe coordinarse este artículo con las previsiones contenidas en el artículo 1490 que limita la acción de saneamiento a las ventas forzadas, que han sido realizadas por "las autoridades y entidades autorizadas por la ley".

En las subastas judiciales no existe consentimiento del propietario ejecutado, que es sustituido por el magistrado; la venta ha sido impuesta por la ley para atender al cumplimiento de obligaciones anteriores, pero no podemos hablar de que en ella exista "aprovechamiento", ni tampoco que se presente "necesidad apremiante" del ejecutado.

Por otro lado, si consideramos a los organismos judiciales, desde el punto de vista procesal, como si fueran ellos los que enajenan, o sustituyen la voluntad del ejecutado, es la voluntad de la justicia, desde el punto de vista sustancial, la que sustituye el consentimiento, y no podemos pensar que el consentimiento prestado por el juez, como órgano judicial, se encuentre en las situaciones de inferioridad que caracterizarían a la lesión.

En Argentina, donde no hay norma expresa que excluya la posibilidad de atacar por lesión las ventas en subasta, los tribunales han tenido que pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre este problema, y siempre han afirmado que "si no hay objeciones al acto en sí del remate, el bajo precio obtenido –que supera la base– no puede sustentar su nulidad, ya que establecido que el bien saldría a la venta con esa base, podía incuestionablemente ser adjudicado por la

(15) En el *Código Civil* de GUZMÁN FERRER, Fernando (edición del autor, Lima, 1977), se reproduce el resumen de un fallo peruano en el que se dice: "No hay lesión en las ventas judiciales, porque el remate es un acto público que se basa en una tasación pericial y porque cualquiera puede, en calidad de postor, elevar el valor que arroja dicha tasación" (Tomo IV, p. 958, caso VII).

(16) Cfr. OSSIPOW, Paul. *De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé*, Roth-Sirey, Lausana-París, 1940 y CARRANZA, Jorge A. "El vicio de la lesión", en: *Examen y crítica de la Reforma*, T. I, Ed. Platense, La Plata, 1971, p. 299.

misma, si no hubiera mediado oferta mejor[17]; y que el bajo precio obtenido, si cubre la base, no es causa de nulidad del remate[18].

Esta jurisprudencia reiterada ha tenido como efecto que disminuyan los planteos de lesión contra subastas judiciales y en los repertorios de Informática Jurídica de Lexis Nexis, con datos de los últimos 20 años solo encontramos un caso en el que la Cámara Civil de Chubut debió pronunciarse[19].

Es cierto que en algunas oportunidades el precio que se obtiene en las subastas es ínfimo, pero el camino para evitar estas injusticias no es el de la posterior nulidad por "lesión", sino el de establecer recaudos procesales adecuados que no permitan la venta en tales condiciones. El legislador no ha sido totalmente ajeno a ese problema, y ello se advierte cuando encontramos normas que fijan bases mínimas para la venta de ciertos bienes; lo que sucede, posiblemente, es que esas bases hoy estén desactualizadas y sea menester revisarlas, pero –insistimos– la justicia en las subastas judiciales debe buscarse por la vía de la intervención de los organismos jurisdiccionales en el trámite de liquidación del bien.

De cualquier forma, la disposición expresa del artículo 1454 ahorrará a los tribunales peruanos el enfrentarse con litigios de esta índole.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. T. I, Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995; CARRANZA, Jorge A. El vicio de la lesión. En: Examen y crítica de la Reforma. T. I, Ed. Platense, La Plata, 1971; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, T.V, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993; GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. T. IV. Edición del autor, Lima, 1977; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La lesión (necesaria reformulación de sus elementos en el Derecho Civil peruano). En: Ensayos de Derecho Civil. I, Ed. San Marcos, Lima, 1997; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971; MOISSET DE ESPANES, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1976; MOISSET DE ESPANES, Luis. El régimen de la lesión y las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Zeus, T. 77, D-111; OSSIPOW, Paul. De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé. Roth-Sirey, Lausana-París, 1940; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales. Parte General. Lima, 1985; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

(17) Ver "Nalabandian, Avedis c/. Balián, Pablo y otro", 4 de septiembre 1972, en *La Ley* 150-167.

(18) "Consorcio de Propietarios Monroe 3635 c/. Pisani, Italo A.", 29 de junio 1972, El Derecho. 44-258 (en el caso se adujo precio vil, pero la suma obtenida triplicaba la base del remate); "Angarami, Gerardo c/. Russo, Margarita", 15 de marzo 1971, Jurisprudencia Argentina, serie moderna 11-573 (N° 343); "Pedroni, Atilio y otros c/. Schoijen, Abraham", 14 de abril 1971, El Derecho 38-139; "Artiro S.A. c/. Resrobian, Avedis y otros", 27 de septiembre 1971, El Derecho 40-602 (N° 87); "De la Torre, Antonio y otro c/. Carreras, Francisca G.", 16 de marzo 1973, El Derecho 49-439; y "Maceira, Héctor J. c/. Casal, Eloncio", 21 de marzo de 1972, en *Jurisprudencia Argentina*, serie moderna, 15-542 (N° 379).

(19) Informática Jurídica, Documento N° 15.7619: "no cabe aplicar (la lesión) en materia de subasta judicial donde la venta se hace por disposición del órgano jurisdiccional y donde el acto aparece revestido de las formalidad que la ley le impone", Cámara de Apelaciones. Comodoro Rivadavia, 10, 16/07/1999, "Mendoca Coelho, Rosinda c/. Asociación Argentino-Germana Cultural y Mutual de Enseñanza".

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

No se puede cuestionar la transacción alegando lesión

Nuestra legislación nacional proscribe expresamente la posibilidad de cuestionar la transacción alegando que ha existido lesión al momento de su celebración. Es más, la parte accionante solo hace mención, de manera tangencial, en su escrito de absolución de la excepción propuesta por Yanacocha, que la transacción extrajudicial "resulta lesiva", pero no menciona si es que intentó ejercer alguna acción en ese sentido ni tampoco alegó la nulidad negocial en este proceso como parte de sus pretensiones acumuladas, por lo que queda claro que este instituto jurídico bajo análisis queda descartado como argumento para cuestionar la validez de la transacción celebrada entre las partes (Cas. N° 1465-2007-Lima. I Pleno Casatorio Civil, f. j. 55).

Lesión en la partición

Artículo 1456.- *No puede ejercitar la acción por lesión el copropietario que haya enajenado bienes por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados.*

Concordancias:
C.C. arts. 990, 1372

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Introducción

1.1. Antecedentes históricos. El *Corpus Iuris*

Para comprender bien esta norma, su funcionamiento, sus virtudes o defectos y la necesidad de mantenerla o reformarla, nos parece indispensable ahondar en los antecedentes y fundamentos de la rescisión en las particiones, remontándonos al Derecho Romano.

La primera observación que debemos formular es que la denominada "lesión" en las particiones tiene como fundamento un texto distinto al que consagró la "lesión enorme" o *ultra dimidium*. En efecto, se acude aquí también a una Constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano, que aparece en C. 3.38.3, y expresa:

"Hechas las divisiones sin forma de juicio por fraude o dolo, o malamente, se les suele auxiliar también a los mayores, porque en los juicios de buena fe se reformará en mejor también lo que constare que se hizo desigualmente".

Inmediatamente se advierten varias diferencias de importancia. En primer lugar, no se establece una desproporción objetiva considerable, es decir de más de la mitad, sino que se habla solo de lo que "se hizo desigualmente"; en segundo lugar, junto a la posibilidad de conductas contrarias a la buena fe (dolo o fraude), se agrega que también procede cuando la partición fue hecha "malamente", es decir que resulta suficiente la existencia de un error.

También aquí los pandectistas afirman que el texto que nos ha llegado en el *Corpus Iuris* no es el original de la Constitución de Diocleciano y Maximiano, sino que ha sido objeto de interpolaciones, pero para nuestro estudio ello no tiene mayor importancia, pues toda la evolución posterior de la figura se ha realizado a partir de ese texto.

1.2. Fundamentos de la diferencia con la "lesión enorme"

La lesión *ultra dimidium* se concede originariamente en las ventas, y aunque luego se extiende a otros contratos, se trata siempre de actos en que se intercambian prestaciones, es decir "contratos conmutativos", en los que si bien debe reinar cierto equilibrio entre los valores que las partes intercambian, se admite –en razón de la naturaleza diferente de las cosas que se intercambian, y del interés que en ellas tienen los contratantes– que resulte frecuente y, casi diríamos inevitable, una desigualdad entre las prestaciones, y se estima que esta desigualdad solo debe ser corregida por el legislador cuando adquiere gran magnitud.

En las particiones nos movemos en otro terreno, pues se considera de su propia naturaleza que cada uno reciba una porción "igual", y así lo dice el rescripto de los emperadores romanos que luce en el Código.

Lo que sucede es que el legislador casi instintivamente, ha trazado una diferencia entre casos que están sujetos a lo que Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, han denominado "justicia conmutativa", y otros en los cuales impera la "justicia distributiva[1].

1.3. Derecho intermedio

Redescubierto el *Corpus Iuris,* en las costumbres francesas se plantea el problema de si para atacar por lesión a las particiones era necesario que la diferencia fuese superior a la mitad, o bastaba que existiesen mínimas diferencias para que la acción prosperara. Todos los autores suelen recordar la expresión de Loysel de que "la igualdad es el alma de las particiones"[2], pero reconocen que no puede concederse acción por cualquier diferencia; por esta razón las "costumbres" francesas admitieron que se atacara las particiones cuando la diferencia de valores excediese el tercio, o el cuarto, proporción esta última que fue la que terminó prevaleciendo[3]. Dumoulin, cuya intervención fue decisiva para la unificación y consolidación de las costumbres, tiene varios trabajos sobre estos temas, que revisten singular importancia para comprender la evolución histórica de la figura[4] y su aplicación en el Derecho intermedio.

1.4. La codificación

Al sancionarse el Código Napoleón la influencia del positivismo llevó a limitar la aplicación de la lesión a las ventas, donde se fijó un tope aún mayor que en el *Corpus Iuris,* ya que se exigió que superase los siete doceavos (artículo 1674, Código Civil francés), pero se mantuvo en las particiones, cuando la diferencia excedía la cuarta parte (artículo 887, Código Civil francés).

Acentuando esa corriente de pensamiento hubo varios cuerpos legales que suprimieron la lesión incluso en las ventas, pero mantuvieron la posibilidad de atacar las particiones por una diferencia superior a la cuarta parte[5].

Nosotros hemos sostenido que esta diferencia es sustancial, porque la posibilidad de atacar las particiones no constituye un verdadero caso de lesión[6].

(1) Pothier afirma que "la partición es un acto que no tiene relación alguna con con la permuta y menos todavía con la venta (...)" sino que "(...) se reduce a determinar en algunas cosas los derechos que uno tenía y que se encontraban antes indeterminados", (POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres*, T. III, París, 1847, N° 630, p. 249); y autores modernos hablan de que la naturaleza particular de la partición es la de un acto declarativo (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*, T. X, Vol. 2, traducción al castellano de Delia GARCÍA DAIREAUX, La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 537).

(2) Ver BAUDRY-LACANTINERIE G. y WAHL, A. *Droit Civil*, T. 9, Succesions-III, 30ª ed., París, 1905, N° 3440, p. 739.

(3) En épocas más modernas un jurista tan agudo como Demolombe llega a decir que cuando se trata de repartir una suma de dinero, por ejemplo 8.000 francos entre dos herederos los lotes pueden y deben ser "iguales", y si a uno se le diesen 4.500 y al otro 3.500, podría reclamar contra ese acto "aunque la lesión no alcance al cuarto" (ver DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoleon*, 40ª ed., T. 17, París, 1871, N° 415, p. 481.

(4) Ver DEKKERS, René. *La lesión enorme*. Sirey, París, 1937, N° 172, p. 103; quien cita de Dumoulin su *Commentaire de la coutume de Paris* y el *Tractatus contractuum et usurarum*.

(5) Nos referimos al Código Civil holandés de 1838, y al español de 1889. En América esa postura es acogida por el Código uruguayo.

(6) Ver nuestro libro: *La lesión en los actos jurídicos*, Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979, N° 212, p. 130.

2. Caso en que no puede ejercerse la acción

2.1. Antecedentes legislativos extranjeros

Ya en el Derecho francés se ha sostenido que la acción de rescisión no se podía intentar si la partición había sido confirmada de manera expresa o tácita[7], pero se ha entendido que la enajenación total o parcial del lote no era suficiente para considerar que había confirmado la partición[8], aunque el juez debería analizar las circunstancias del caso para resolver si la acción continuaba siendo admisible.

Pero otros Códigos son terminantes; por ejemplo el Código de Chile dice que "no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte..." (artículo 1351) y este camino es seguido por los Códigos que tomaron como modelo al chileno (Colombia, artículo 1408; Ecuador, artículo 1394; y El Salvador, artículo 1232). Algún tiempo después el codificador español de 1899, en el artículo 1078[9], va a efectuar una adición a la norma que había proyectado García Goyena, posiblemente inspirándose también en lo resuelto por Bello en el Código de Chile.

2.2. Antecedentes legislativos peruanos

Estimamos que para nuestro estudio tiene particular interés lo dispuesto sobre el tema en los Códigos de 1852 y 1936.

El primero de ellos, después de consagrar la lesión *ultra dimidium* en las ventas (artículo 1459 y ss.), en el Título dedicado a la comunidad y la partición (artículos 2128 y ss.), declara rescindible las particiones por lesión de más de un tercio[10].

En ese Código se pone límites a la acción rescisoria por lesión si hubiese resolución judicial sobre el punto que motiva la lesión (artículo 2164), o si entre los coherederos ha mediado una transacción (artículo 2166), o si uno de los herederos le ha vendido su parte a otro[11].

A su vez en el Código de 1936 también se trata de manera separada la lesión en las ventas. para las cuales se exige que la diferencia sea de más de la mitad del valor (artículo 1439), y la lesión en las particiones, donde basta que la diferencia exceda la cuarta parte[12], estableciendo de manera expresa que no puede intentar la acción por lesión "el heredero que hubiese enajenado todo o parte considerable de los inmuebles que se le adjudicaron" (artículo 792).

De estos antecedentes extraemos como consecuencia que en el derecho peruano anterior al Código de 1984, la acción rescisoria de las particiones recibía un tratamiento bien diferenciado de la "lesión enorme", en razón –especialmente– de las diferentes causas que las

(7) Ver AUBRY C. y RAU, C. *Cours de Droit Civil français*, T. VI, 4ª ed., París, 1873, p. 586.

(8) Ibídem, p. 587.

(9) Artículo 1078 (Código de Chile).- "No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados".

(10) Artículo 2162 (Código de 1852).- "Son rescindibles las particiones por lesión en más de la tercera parte, y por las otras causas que producen la rescisión de los contratos".

(11) Artículo 2168 (Código de 1852).- "El vendedor de un derecho hereditario no puede rescindir el contrato por causa de lesión, cuando la venta se ha hecho entre coherederos de su cuenta y riesgo; a no ser que se pruebe que solo el comprador podía saber a cuánto ascendía la herencia, y que lo había ocultado al vendedor".

(12) Artículo 791 (Código de 1936).- "Podrá ser rescindida la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de los bienes al tiempo de la adjudicación. El heredero demandado optará por indemnizar el daño o consentir la nueva partición. La indemnización puede hacerse en dinero o devolviendo el bien objeto de la lesión. Si se procede a nueva partición no afectará esta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo".

fundamentan y, además, que en el caso de las particiones se vedaba la acción al copartícipe que, luego de recibido su lote, lo enajenaba total o parcialmente, pues esa actitud contenía una aceptación confirmatoria del acto de partición.

3. La nueva norma

3.1. Génesis de su sanción

El nuevo Código ha eliminado las disposiciones sobre "lesión en las particiones", como institución diferenciada, efectuando en cambio en el artículo 990 una remisión a la aplicación de las normas generales sobre lesión[13].

Max Arias Schreiber expresa que en el Proyecto se reproducía el artículo 792 del Código de 1936, ubicado dentro de la partición, y como artículo 916 y que fue la Comisión Revisora la que lo cambió de ubicación y le dio la actual redacción[14], y elogia esa decisión por considerar un acierto haber reunido en un mismo título todas las normas sobre lesión.

Nosotros, en cambio, pensamos que se trata de una decisión errónea y lamentable, ya que olvida la naturaleza misma de la partición, y agrava la situación del perjudicado, ya que le va a exigir requisitos de "inferioridad" y "aprovechamiento", a los que se suma una desproporción mayor a la que tradicionalmente ha permitido reclamar un remedio cuando las particiones no respetaban el principio de la igualdad en los lotes. El Derecho comparado y la tradición histórica de la figura avalan nuestra posición.

3.2. Interpretación crítica

La redacción que se ha dado a la nueva norma, elogiada también por Arias Schreiber[15], ha creado también alguna incertidumbre en los comentaristas del artículo, como bien lo señala De la Puente y Lavalle[16], que se preocupa por precisar que este artículo no está dirigido a contemplar el caso de que el copartícipe intente una acción por lesión contra quien le adquirió los bienes que le fueron adjudicados, hipótesis que se rige por la norma general del artículo 1447, sino "que el artículo 1456 contempla la situación de uno de los copropietarios frente a los demás"[17], y le asiste razón pues este artículo pretende poner límite a la rescisión en las particiones cuando la presunta víctima ha enajenado ya parte de los bienes, y lo ha hecho por los valores que se mencionan en la norma.

Por eso debemos también suscribir las afirmaciones de Arias Schreiber, cuando dice que la acción de lesión que intente el partícipe, contra sus otros copartícipes, en los casos en que pueda prosperar no perjudicará al tercero de buena fe que haya adquirido esos bienes[18], y deberá reducirse a que sus copartícipes le completen lo que falta.

En conclusión, estimamos que ha sido poco feliz la decisión del legislador peruano de 1984, al someter a las particiones al régimen general de la lesión. En este campo debió

(13) Artículo 990 (Código de 1984).- "La lesión en la partición se rige por lo dispuesto en los artículos 1447 a 1456".
(14) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. T. I, Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 276 y 277.
(15) Ídem.
(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, segunda parte, T. V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 372, menciona la interpretación y dudas de Luis Romero Zavala, formuladas en una obra que no hemos podido consultar.
(17) Ídem.
(18) Ver ARIAS-SCHREIBER, Max. Ob. cit., p. 278.

mantenerse una figura rescisoria que tomase en cuenta únicamente la falta de igualdad en los lotes, cuando excede el cuarto del valor, y limitar la posibilidad de accionar cuando la presunta víctima ha enajenado la totalidad o parte importante del lote que se le adjudicó, pero todo ello ubicado en el título de la partición.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil de 1984. T. I, Contratos-Parte General. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995; AUBRY C. y RAU, C. Cours de Droit Civil français. T. VI, 4ª ed., París, 1873; BAUDRY-LACANTINERIE G. y WAHL, A. Droit Civil. T. 9, Succesions-III, 30ª ed., París, 1905; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda parte, T.V, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1993; DEKKERS, René. La lésion enorme (Introduction à L'histoire des sources du Droit). Ed. Sirey, París, 1937; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoleon. 40ª ed., T. 17, París, 1871; MOISSET DE ESPANES, Luis. La lesión en los actos jurídicos. Imp. de la Universidad Nacional, Córdoba, 1979; POTHIER, Robert Joseph. Oeuvres, T. III, Traité du contrat de vente. París, 1847; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. T. X, Vol. 2, traducción al castellano de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales. Parte General. Lima, 1985.

TÍTULO X
CONTRATO EN FAVOR DE TERCERO

Concepto

Artículo 1457.- *Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.*
El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato.

Concordancias:
C.C. arts. 1354, 1402, 1458

RÓMULO MORALES HERVIAS

Por el contrato a favor de terceros "las partes pueden celebrar un contrato, insertando una cláusula (llamada estipulación) en virtud de la cual los efectos se producen en vía directa e inmediata en el patrimonio de un tercero"(1) como los contratos de seguros de vida, de transporte de cosas y de renta vitalicia, todos a favor de terceros. En realidad, el efecto jurídico directo e inmediato es el derecho potestativo de aceptar o de rechazar el derecho o la prestación a su favor. Las partes contratantes son por eso el *promitente*, que se obliga a la prestación a favor de un tercero, y el *estipulante*, que designa a la persona del tercero, quien tiene un interés propio en derivar los efectos jurídicos propios del contrato en el patrimonio del tercero designado.

Para que "haya contrato a favor de terceros, por tanto, es indispensable que las partes hayan expresamente querido y acordado no ya una genérica ventaja de hecho, meramente económica, a favor del tercero (por ejemplo: la obra para la construcción de una calle beneficia a los propietarios vecinos, pero ciertamente no adquieren el derecho de pretender del constructor la ejecución del trabajo o de iniciar un proceso contra él en caso de incumplimiento), sino la propia atribución al tercero de la titularidad de un *derecho* a poder pretender él mismo, con propia plena discrecionalidad y directamente del obligado la ejecución de la prestación prometida: con la consecuencia que el tercero podrá iniciar un proceso contra el obligado, independientemente de las iniciativas y del comportamiento del estipulante"(2).

Para la existencia del contrato a favor de tercero es necesario el interés propio del estipulante. "La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en el sentido que cualquier interés, también de naturaleza **no patrimonial,** puede ser idóneo para justificar una estipulación a favor del tercero. Quien estipula a favor del tercero puede ser incitado por un propósito liberal, vale decir de la intención de efectuar una atribución a título gratuito al tercero; o puede ser motivado por el propósito de extinguir su deuda en relación a terceros, aún de aquél de conceder un mutuo o un financiamiento al tercero"(3). También es indispensable tener en cuenta

(1) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 926.

(2) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 513.

(3) GALLO, Paolo. *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 275. De igual parecer: BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil, Hechos y actos jurídicos*, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra

el interés del promitente[4]. En realidad, la referencia al "interés del estipulante" alude propiamente a la causa del contrato[5].

La regulación del contrato a favor de terceros no transgrede el principio de la relatividad de los efectos del contrato normado en el artículo 1363 del Código Civil. Este principio implica que el contrato solo vincula a las partes y, por lo tanto, no puede perjudicar ni favorecer a terceras personas.

El contrato se dice a favor de tercero cuando una parte (estipulante) designa a un tercero que tiene el derecho a las prestaciones debidas de la contraparte (promitente) siempre y cuando haya ejercido su derecho potestativo de aceptación. Una vez ejercido su derecho, el tercero adquiere el derecho frente al promitente por efecto del contrato. También el estipulante puede revocar o modificar la estipulación a favor del tercero hasta el momento que el tercero declare ser beneficiario.

"El rechazo, la revocación y la modificación constituyen negocios unilaterales recepticios. El rechazo está dirigido a excluir la atribución del estipulante y por eso debe ser comunicado a este último. La revocación y la modificación deben ser comunicadas al tercero, en cuanto dirigidas a sustraer o modificar la posición ya atribuida. Luego del rechazo o de la revocación la adquisición del tercero es cancelada retroactivamente, y el derecho a la prestación es directamente adquirido por el estipulante. El contrato puede prever diversamente (ejemplo: designación de otro tercero en sustitución). Que la prestación permanezca a beneficio del estipulante puede, además, estar excluido de la naturaleza del contrato y, más precisamente, del carácter personal de la prestación. En tal caso el contrato se resuelve por imposibilidad de cumplimiento (1411[6] CC.). Luego de la aceptación el derecho es definitivamente adquirido por el tercero. La aceptación también puede ser tácita y debe ser comunicada al promitente y al estipulante. La aceptación del derecho no implica que el tercero se convierta parte del contrato. La titularidad del derecho debe en efecto considerarse distinta respecto a la titularidad de la relación contractual entre el estipulante o promitente. Consecuentemente, el tercero puede ejercitar su derecho de crédito contra el promitente y, en caso de incumplimiento, ejercitar los remedios de la ejecución en forma específica y del resarcimiento del daño. Por el contrario, no puede ejercitar los remedios contractuales (por ejemplo la resolución de contrato). Como titular de la relación contractual el estipulante puede hacer valer los remedios contractuales (salvo el derecho del tercero del resarcimiento del daño sufrido). El estipulante tiene además titularidad del derecho a la ejecución del contrato, y en particular de la pretensión, contra el promitente, a la ejecución de la prestación a favor del tercero. Al estipulante le compete por ello la pretensión de cumplimiento. También el promitente como parte del contrato puede hacer valer los remedios contractuales contra el incumplimiento del

Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2, p. 1013.

(4) CARRESI, Franco. "Il contratto", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, Volume XXI, Tomo I, p. 309.

(5) ROPPO, Vincenzo. "Il contratto", en *Trattato di Diritto Privato*, A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 582.

(6) "Artículo 1411 del Código Civil italiano de 1942. Contrato a favor de terceros.- Es válida la estipulación a favor de un tercero, cuando el estipulante tenga interés en ello.
Salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho frente al promitente por efecto de la estipulación. Sin embargo, esta puede ser revocada o modificada por el estipulante, en tanto el tercero no haya declarado, también frente al promitente, que pretende beneficiarse de ella.
En caso de revocación de la estipulación o de rechazo del tercero a beneficiarse de ella, la prestación queda a beneficio del estipulante, a menos que algo diverso resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato".

estipulante y, en general, puede oponer al tercero las excepciones fundadas sobre el contrato (pero no aquellas fundadas sobre otras relaciones: 1413[7] CC.). Luego de la aceptación el tercero adquiere un derecho propio contra el estipulante y el promitente, que se libera por eso de los actos dispositivos de tales sujetos (ejemplos: mutuo disenso y cesión)"[8].

Desde nuestro punto de vista, la atribución de un derecho o la prestación a favor del tercero no surge directamente ni inmediatamente, como en los modelos alemán[9] e italiano ni como en el Código Europeo de los contratos[10]. Por el contrario, el Código Civil peruano otorga al tercero un derecho potestativo de aceptar o de rechazar el beneficio a su favor. Además este contrato otorga derechos potestativos al estipulante de sustitución, revocación y modificación; conforme a los artículos 1463 y 1464, en tanto no se haya producido el ejercicio del derecho potestativo de aceptación del tercero.

DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Derecho civil, Hechos y actos jurídicos, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Il Contratto, Nuova ristampa con aggiornamento, Volume III, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1987, Volume XXI, Tomo I; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo III; FERRI, Giovanni B. Parte del negozio giuridico en Le anamorfosi del diritto civile attuale, Saggi e documenti di diritto civile 9, Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, 1994, Padova; GALLO, Paolo. Istituzioni di Diritto Privato, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; GANDOLFI, Giuseppe. Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"

(7) "Artículo 1413 del Código Civil italiano de 1942. Excepciones oponibles por el prominente al tercero.- El promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del cual el tercero deriva su derecho, pero no aquellas fundadas en otras relaciones entre el promitente y el estipulante".

(8) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, Il contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento, Volume III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 539-540.

(9) Código Civil alemán de 1900:
Numeral 1 del parágrafo 328 (Contrato a beneficio de un tercero): "Un contrato puede estipular la prestación a beneficio de un tercero de manera que el tercero adquiere de forma inmediata el derecho de exigir la prestación".
Numeral 1 del parágrafo 330 (Reglas de interpretación en caso de seguro de vida o renta vitalicia): "Si en un contrato de seguro de vida o de renta vitalicia se estipula el pago del seguro o la renta a un tercero, se presume, en caso de duda, que el tercero adquiere, él directamente, el derecho a exigir el pago. La misma regla se aplica si en una atribución a título gratuito se impone al favorecido una prestación a un tercero, o si una persona, al asumir todas las propiedades o bienes de otra persona, promete una prestación a favor de un tercero con el propósito de saldar las deudas con este último".
Parágrafo 333 (Rechazo del derecho por el tercero): "Si el tercero rechaza, mediante declaración ante el promitente, el derecho adquirido por el contrato, el derecho se considera que no ha sido adquirido".

(10) Código Europeo de los contratos:
"Artículo 42. Efectos entre las partes y a favor de terceros. El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos en favor de los terceros como está previsto en las reglas del presente título".
"Artículo 72. Atribución de un derecho a un tercero.
1. Las partes pueden celebrar un contrato por el cual atribuyen un derecho a un tercero, encargando a una de las partes el deber de satisfacer al derecho del tercero.
2. El tercero puede no estar identificado o no existir al momento de celebrar el contrato.
3. Salvo convención en contrario, el tercero beneficiario adquiere el derecho contra el prometiente por efecto de la conclusión del contrato y sin que su aceptación sea necesaria. Puede sin embargo, renunciar. En este caso, el prometiente queda obligado a la ejecución, ya no en favor del tercero beneficiario sino en favor de la parte estipulante, salvo si resulta otra cosa de la voluntad de los sujetos o de la naturaleza de la relación.
4. Las partes contratantes pueden modificar o rescindir consensualmente el contrato mientras el tercero beneficiario no declare a las partes su intención de ejercer el derecho que le ha conferido el contrato".

en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, N. 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Settembre, Anno LVII, 2003, pp. 993-1008; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Napoli, 2003; ROPPO, Vincenzo. Il contratto, en Trattato di Diritto Privato, A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2004.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción del contrato a favor de un tercero

{S}egún los artículos 1457 y siguientes del Código Civil, el contrato en favor de tercero, tiene las siguientes características: i) es un contrato, ii) es un contrato entre dos partes, iii) el tercero debe ser extraño al contrato, iv) su fin es el interés del tercero, v) el estipulante debe tener un interés propio; y vi) la prestación puede ser de cualquier naturaleza. Asimismo tiene los siguientes elementos: i) personales: el estipulante, el promitente, y el beneficiario o tercero, ii) formales, que es la forma que debe revestir el contrato, y iii) la aceptación del tercero ***(Cas. N° 2337-2009-Puno).***

El tercero no se convierte en estipulante, sino en la persona sobre la que surtirán los efectos

{E}s cierto que nuestro ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad de celebrar contratos a favor de terceros, según prescribe el artículo 1457 de nuestro Código Civil. Sin embargo, ello no convierte al tercero en estipulante sino que únicamente es aquella persona sobre la que surtirán efecto las prestaciones establecidas, por otros, en un determinado contrato. Ello es así porque dicho tercero no prestó su consentimiento con la elaboración de las cláusulas que forman parte del contrato, siendo que, conforme al artículo 1458 del Código Civil, se hace necesaria la comunicación de su voluntad de hacer uso del derecho que surge a su favor ***(Cas. N° 284-2014-Lima).***

Origen y exigibilidad del derecho del tercero

Artículo 1458.- ***El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.***

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.

Concordancias:
C.C. arts. 1352, 1363, 1460, 1461, 1465

RÓMULO MORALES HERVIAS

Esta norma ha sido criticada por incongruente: "Tenemos entonces un sistema que consagra el surgimiento del derecho del tercero de manera directa e inmediata del contrato, pero parece olvidar concederle un derecho de rechazo con carácter retroactivo; en cambio prevé una declaración por parte del tercero que determina la exigibilidad del derecho con carácter retroactivo que evoca la absoluta intangibilidad de la esfera jurídica del tercero, con claro sabor a la doctrina francesa clásica. Es evidente pues, que, como advertimos desde el principio, el instituto se ha diseñado con el recurso a normas del Código italiano –con manifiesta e indiscutible filiación al sistema germano– pero con una clara e inconciliable impronta del pensamiento clásico francés"(1).

El tercero "puede por eso declarar de querer aprovecharse de la estipulación en su propio favor, pero tal declaración no es una aceptación en sentido técnico (puede por tanto resultar también por *facta concludentia*) [C. 97/12447] y tiene precisamente la función, de un lado de impedir la modificación o la revocación de la estipulación misma por parte del estipulante (artículo1411(2)) y, por otro lado, de consumar el poder de rechazo, que puede en efecto ser ejercitado solo hasta el momento en que o, por un lado, él ha adherido o, por el otro, el estipulante ha revocado"(3).

El tercero "adquiere el derecho frente quien ha hecho la promesa, desde el momento de la estipulación del contrato a su favor (artículo 1411, segundo párrafo), pero esta adquisición no es estable y definitiva. Y no lo es, porque no puede negarse al tercero la facultad de renunciar al beneficio: de otro lado, además de la posibilidad de este rechazo, es justo también que el estipulante pueda revocar o modificar la estipulación a favor del tercero, que no sabe si será o no aceptada"(4).

---

(1) FORNO FLOREZ, Hugo. "El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena". En: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Edición de Aniversario, Lima, Año V, N° 10, 1995, pp. 189-190.

(2) "Artículo 1411 del Código Civil italiano de 1942. Contrato a favor de terceros.- Es válida la estipulación a favor de un tercero, cuando el estipulante tenga interés en ello.
Salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho frente al promitente por efecto de la estipulación. Sin embargo, esta puede ser revocada o modificada por el estipulante, en tanto el tercero no haya declarado, también frente al promitente, que pretende beneficiarse de ella.
En caso de revocación de la estipulación o de rechazo del tercero a beneficiarse de ella, la prestación queda a beneficio del estipulante, a menos que algo diverso resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato".

(3) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 927.

(4) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 513.

No obstante la claridad de las afirmaciones anteriores debemos disentir de las mismas. Lo que otorga el contrato a favor de terceros es un derecho potestativo al tercero de rechazar o de aceptar el derecho a su favor. "En efecto, este tipo de efecto negocial en relación a los terceros, se expresa siempre como una situación de naturaleza potestativa, que permite al tercero de hacerlo propio (por ejemplo, el poder del heredero de aceptar la herencia, el derecho de quien tiene una prelación legal) o de rechazar (en la acción pauliana) los efectos que el negocio tiene ya producido o puede producir; junto a la situación activa, que se produce en cabeza del tercero, surge evidentemente en cabeza de las partes autores del contrato, en cuyos efectos la ley ha entendido extender al tercero, una situación pasiva de sujeción, que consiste en no poder impedir la iniciativa del tercero que ejercite su poder"(5). Este tipo de efecto jurídico también se aplica a los contratos a favor de terceros quienes tienen el derecho potestativo de rechazar el derecho a su favor y las partes (estipulante y promitente) están en una situación de sujeción.

"La operación económica, el reglamento de intereses, si no en función del tercero, nacen, en las intenciones de los mismos autores-partes del negocio, ya proyectadas a "involucrar" los intereses de los terceros. Ciertamente, esta inclusión del tercero no puede expresarse (como entiende la doctrina dominante(6)) de manera inmediata y directa (y en aquello parece poder hallar una implícita confirmación propia en el principio general que el negocio, sobre el nivel de los efectos, no puede más que referirse a las partes), sino de manera indirecta, aquella precisamente que se manifiesta en la atribución al tercero de un poder de intervenir en la operación económica y hacer suyos los efectos de ella. En resumen, los autores del negocio no pueden imponer al tercero el reglamento de intereses que han dado vida; pueden, a lo más, "formular" la posibilidad de intervenir, cuando lo quiera. Finalidad que se obtiene a través de la producción de parte del negocio de aquel efecto que, precisamente, consiste en la situación potestativa que, determinará en la esfera jurídico-patrimonial del tercero, permite a ellos, cuando quieran ejercitarla, de adherir a la operación económica que otros han dado, negocialmente, vida"(7).

El derecho del tercero formará parte de su esfera jurídica mediante la celebración de un negocio jurídico unilateral nuevo y autónomo por obra del tercero. "Por consiguiente, mediante el negocio o la actividad (según como se entienda calificar el acto de ejercicio de un derecho potestativo) nuevos y autónomos, de los cuales el tercero es autor, depende la verificación, en la esfera jurídica patrimonial, de los efectos últimos del negocio jurídico celebrado por otros. Por eso, los otros efectos para el tercero no pueden producir si no son aquellos de atribuir la situación potestativa de la cual se ha dicho; pero los efectos, por decir, finales, últimos no pueden verificarse en la esfera jurídica-patrimonial del tercero hasta que sucesivamente se realice el acto negocial o acto autónomo, que es el signo de su libre elección"(8).

(5) FERRI, Giovanni B. *Parte del negozio giuridico en Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Saggi e documenti di Diritto Civile 9, Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, 1994, Padova, pp. 353-354.

(6) Un ejemplo lo tenemos en la doctrina nacional: FORNO FLOREZ. Ob. cit, p. 193: "Sin embargo, el enunciado legal en el sentido que el derecho del tercero nace directa e inmediatamente del contrato resulta claro, y constituye la consagración de la tendencia que atempera el riguroso formalismo de la absoluta intangibilidad de la esfera jurídica individual, permitiendo que un tercero pueda adquirir un derecho estipulado por dos contratantes sin que aquel tenga que participar en el proceso que origina ese fenómeno". GANDOLFI, Giuseppe. "Il contratto a favore di terzi nel 'codice europeo dei contratti'". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Settembre, Anno LVII, 2003, p. 1007.

(7) FERRI, Ob. cit., pp. 355-356.

(8) FERRI, Ob. cit., p. 357.

El derecho o la prestación a favor del tercero no nace con la celebración del contrato entre el estipulante y el promitente[9] sino que nace cuando se ejercita el derecho potestativo de aceptación. Luego de que se ejercite tal derecho el estipulante no podrá ejercer sus derechos potestativos de sustitución, revocación y modificación de su derecho potestativo. De la misma manera, si el tercero no ejercita su derecho de aceptación, el estipulante está legitimado para sustituir, revocar o modificar su derecho potestativo de aceptación.

DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Derecho civil, Hechos y actos jurídicos, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Il Contratto, Nuova ristampa con aggiornamento, Volume III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; CARRESI, Franco. Il contratto, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Diretto da Cicu e Messineo, Continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, Volume XXI, Tomo I; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo III; FERRI, Giovanni B. Parte del negozio giuridico en Le anamorfosi del Diritto Civile attuale, Saggi e documenti di diritto civile 9, Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, 1994, Padova; GALLO, Paolo. Istituzioni di Diritto Privato, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; GANDOLFI, Giuseppe. Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti" en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, N. 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Settembre, Anno LVII, 2003, pp. 993-1008; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003; ROPPO, Vincenzo. Il Contratto, en Trattato di Diritto privato, A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El derecho del tercero surge de la celebración del contrato

{E}l artículo 1458 del Código Civil establece que el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente; y que la declaración del beneficiario puede ser previa al contrato. Segundo. Que, a fin de efectuar una correcta interpretación del mencionado artículo es necesario concordarlo con el artículo 1474 del mismo Código que dispone que el estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto no se hayan producido los casos de aceptación previstos en los artículos 1458 y 1459 del citado texto legal ***(Cas. N° 3676-2002-Lima).***

El acto de voluntad del promitente y el estipulante

{E}l acto de voluntad a que se refiere {el artículo 1458}, ha sido establecido respecto del promitente y el estipulante, a fin de que, con relación al primero de ellos, el beneficiario comunique que va a hacer uso de su derecho y, con relación al segundo de ellos para que cumpla su prestación pudiendo darse esta aceptación en forma tácita o expresa ya que no se ha establecido sanción de nulidad alguna ***(Cas. N° 899-1998-Arequipa).***

(9) Diversamente: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo III, p. 177: La "prestación a cargo del promitente existe también desde la celebración de su contrato con el estipulante, pero no es eficaz hasta que el tercero, después de conocer la existencia del contrato, manifiesta su voluntad de recibir la prestación, perfeccionándose así su existente vínculo con el promitente".

Declaración efectuada por los herederos

Artículo 1459.- *La declaración de hacer uso del derecho puede ser efectuada por los herederos del tercero beneficiario, salvo pacto distinto.*

Concordancias:
C.C. arts. 660, 1218, 1352, 1363, 1461, 1465

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. Notas previas

Como lo señala Medicus, una relación obligacional puede convenirse de forma que el deudor no tenga que cumplir al acreedor sino a un tercero. Por ejemplo, alguien hace un envío de flores a una amiga, o un empresario conviene con una aseguradora una jubilación complementaria para sus trabajadores, o un hijo alquila una habitación para su madre en una residencia de ancianos.

Estos ejemplos revelan la frecuencia con la que se celebra el denominado contrato a favor de tercero (artículos 1457 al 1469 del Código Civil), que no es sino un modelo tipo de contratación con diferentes manifestaciones prácticas; y que se caracteriza porque la prestación a cargo de una de las partes, denominada promitente, se ejecuta en favor de un tercero, por antonomasia ajeno al contrato, todo en interés de la otra parte, o estipulante.

Lo más relevante de la figura, qué duda cabe, es que el derecho en favor del tercero emerge directamente del contrato (cfr. artículo 1458 del Código Civil), por el solo acuerdo de los agentes contratantes. Así lo precisa Scognamiglio, al afirmar que el derecho del tercero no surge de la ley ni exige aceptación del beneficiado sino que se deriva (estrictamente) del propio contrato.

Esta situación relativiza –valga la redundancia– el denominado principio de relatividad contractual, por el cual todo contrato genera efectos directos solo para quienes lo celebran (cfr. artículo 1363 del Código Civil). No obstante, se admite en tanto cumple una finalidad económica social relevante; y es que, como lo señala De la Puente, "si la vida real demuestra que es conveniente que un tercero adquiera un derecho de un contrato celebrado entre otros y ofrece casos en que este principio cubre necesidades reales y tiene aplicaciones efectivas, lo deseable es acoger legislativamente esta realidad".

2. La aceptación del tercero

Del tenor del artículo 1458 del Código Civil se desprende claramente que el derecho en favor del tercero surge (existe, es válido) con el solo acuerdo entre promitente y estipulante. Sin embargo, la misma norma condiciona su exigibilidad –por el tercero– a su previa aceptación.

Se ha polemizado mucho en doctrina sobre la naturaleza y efectos de la aceptación del tercero. Díez-Picazo considera, por ejemplo, que la aceptación es solamente "un requisito para evitar la eficacia de la revocación del derecho en favor del tercero y envuelve, al mismo tiempo, una voluntad de querer aprovecharse de ella, pues nadie puede enriquecerse sin su consentimiento". Así lo ve también Messineo, para quien la aceptación del tercero sirve únicamente para hacer irrevocable o inmodificable el derecho del tercero, es decir, "para extinguir el poder de revocación o modificación de cada uno de los contratantes".

Por nuestra parte, y en el entendido que es plenamente factible (y conveniente) distinguir, de un lado, la validez y, por el otro, la eficacia de un derecho, nos adherimos a la opinión que resume De la Puente, en el sentido de que la aceptación es una *conditio iuris* o requisito legal de eficacia, de modo que sin aceptación el derecho es válido pero ineficaz, por lo que no podría ser ejercitado. Por lo dicho, entonces "el efecto del contrato a favor de tercero no es hacer eficaz el derecho del tercero, para lo cual se requiere que este acepte, sino otorgar validez (existencia) al citado derecho, el cual, tiene carácter de eventual o contingente" (De la Puente y Lavalle).

La doctrina sí es pacífica en que de ningún modo la aceptación constituye una declaración contractual que convierte al tercero en parte del contrato. Como lo expresa López de Zavalía "salvo diferencias de detalle, tanto da encarar a la aceptación como adhesión privativa que como perfeccionante. En lo sustancial ambas variantes coinciden en que la aceptación (del tercero) no es una aceptación contractual". De igual modo, para Mosset Iturraspe la intervención del tercero que declara querer aprovechar el beneficio "no tiene el carácter de aceptación que lo haga parte en el contrato, ni tiene el efecto de reproducir la adquisición ya efectuada".

3. La aceptación por los herederos

El artículo 1459 del Código Civil, que es materia concreta del presente análisis, se pone en una situación excepcional: que el tercero beneficiado con la estipulación fallezca sin haber aceptado. En ese sentido, dispone que la aceptación de hacer uso del derecho puede ser efectuada por los herederos del tercero, salvo que se pacte algo diferente.

Pues bien, puede resultar de algún modo discutible que la regla (general) frente a la muerte del tercero sea la extensión a los herederos de la posibilidad de aceptar. Y es que sea cual fuere la causa o interés que lleva al estipulante a celebrar el contrato, en la mayoría de los casos la liberalidad se efectuará en razón de la persona del tercero, esto es tendrá carácter personalísimo (así será normalmente en los contratos de seguros, renta vitalicia y en la donación con cargo, entre otros), por lo cual la extensión del beneficio a los herederos debería ser excepcional.

No obstante, la ley ha optado por la regla contraria y ampara el deseo de los herederos de valerse de la estipulación. Esto, por supuesto, siempre que en el contrato no se pacte algo distinto y/o en la medida en que el estipulante no ejerza su derecho de revocación antes de la declaración de los herederos.

4. Oportunidad del pacto en contrario

En opinión de De la Puente el pacto distinto al que se refiere el artículo en comentario debe existir al momento en que surge el derecho del tercero, lo que excluye la posibilidad de un pacto posterior.

Particularmente, no vemos inconveniente para que en vía de modificación, conforme al artículo 1964 del Código Civil, se introduzca dicho pacto, de modo que no se extienda a los herederos la posibilidad de heredar. A tal efecto, y no obstante el texto de este último artículo, el promitente deberá dar su conformidad a la modificación, en tanto esta puede incidir sobre sus propios derechos.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos-Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Falta de aceptación del tercero

Artículo 1460.- ***Si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1363, 1458

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. Naturaleza de la no aceptación

No obstante que, por efecto del artículo 1458 del Código Civil, con la sola celebración del contrato el derecho surge a favor del tercero, puede suceder que finalmente este no acepte el beneficio. Este rechazo puede ser expreso o tácito, siempre con carácter recepticio, pero en todos los casos evita que el contrato cumpla la función económico-social para la cual fue celebrado, esto es, el beneficio concreto del tercero.

¿Cuál es la naturaleza jurídica o alcances de la no aceptación? Sobre el tema, estamos de acuerdo con De la Puente en que la no aceptación no significa la renuncia a un derecho adquirido o el rechazo de una oferta. Se trata de una declaración que simplemente no permite que el derecho (adquirido) despliegue eficacia. Es decir, que aun cuando válido, el derecho originado por el contrato no podrá ser exigido por el tercero.

2. Consecuencias de la no aceptación

Ahora, si bien por la falta de aceptación el contrato es ineficaz respecto del tercero, esto no significa que la relación contractual quede resuelta. Como puede verse del tenor del artículo 1460 del Código Civil, si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante (se entiende, en ejecución del contrato celebrado) puede exigir el beneficio en su favor. En tal sentido, "aun rechazado el beneficio por el tercero, la relación de cobertura (promitente-estipulante) sigue en pie, solo que el promitente no estará obligado a pagar el beneficio al tercero sino al propio estipulante" (BORDA).

Vemos entonces que el artículo 1460 reorienta el destino de la prestación no aceptada inicialmente por el tercero, con lo cual el contrato cumpliría también su finalidad. En el fondo, se atribuye al contrato a favor de tercero una función económico-social mayor a la inicialmente planteada, pues por defecto satisfaría también un particular interés del estipulante distinto de la intención de beneficiar al tercero.

Esto, por cierto, es coherente con el texto del artículo 1457 del Código Civil, que señala que el estipulante debe contar con un interés propio respecto del contrato. Este interés, digno de protección pero no necesariamente de carácter pecuniario (ENNECCERUS), justificaría entonces la prestación última a favor del estipulante.

De la Puente discrepa con la posibilidad de que el interés del estipulante pueda ser uno diferente al deseo de favorecer al tercero. En su opinión, si bien el estipulante tiene un interés propio en la estipulación "su interés es que el tercero, y no otra persona, reciba la prestación a cargo del promitente". Por ello considera que lo correcto sería que a falta de aceptación el contrato quede simplemente sin efecto o resuelto, posición que comparte Von Thur.

Existen posiciones intermedias, como la de Enneccerus, en el sentido de que resulta un problema de interpretación determinar si procede o no la exigencia del estipulante en su favor, para lo cual debe observarse cada contrato en concreto. Así, por ejemplo "en lo seguros de capital ha de suponerse que sí (procede la exigencia del estipulante)... Por el contrario, tratándose de seguros de renta, al menos en el caso de muerte anterior del tercero, en la mayoría de casos la intención de las partes no será la de que se pague al contratante del seguro (estipulante) o a sus herederos". Sobre este mismo punto Díez-Picazo considera que debe atenderse al carácter oneroso o gratuito de la relación entre promitente y estipulante.

Analizando la legislación italiana, Messineo observa que "el principio es que la prestación queda a beneficio del estipulante, por cuanto, generalmente él tenía un interés propio en dicha prestación (ejemplo: transporte de cosas o depósito a favor de tercero). Pero queda a salvo la diferente voluntad de las partes en dependencia del hecho de que el interés en la prestación a favor del tercero estuviese, no en el estipulante, sino en el promitente; o puede darse que la naturaleza del contrato (por ejemplo, contrato de vida a favor de tercero) lleve a tal solución; en estos dos casos la prestación queda a beneficio del promitente".

En nuestra opinión, a tenor de lo regulado en el artículo 1460 la regla básica es que el estipulante puede exigir la prestación, en el entendido de que ello satisface su interés propio, que no sería únicamente que la prestación se satisfaga a favor del tercero. Y es que si, por un lado, el artículo 1457 exige la concurrencia indefectible del interés propio y luego el artículo que analizamos permite la ejecución a favor del estipulante, queda claro que, en el fondo, el interés propio exigido por la ley es uno que se satisface (o puede satisfacerse) tanto si se ejecuta la prestación para el tercero como, subsidiariamente, para el propio estipulante.

Esto, por cierto, no es óbice para que en algunos casos se desprenda de la naturaleza del contrato o de la voluntad de las partes que el contrato deba quedar sin efecto en razón de la no aceptación. Al efecto, debe notarse que el artículo 1460 no obliga a que el beneficio se ejecute necesariamente en favor del estipulante, sino que este "puede" solicitarlo. Entonces, por más que el estipulante detente un interés propio, ello no significa que de todas formas se le deba beneficiar con la prestación del promitente cuando el tercero no acepta.

En esa línea, nos parece que la interpretación correcta del artículo 1460 es que habrán casos en los que el estipulante simplemente no "podrá" exigir el beneficio: sea porque finalmente esa es su voluntad unilateral, porque así lo expresaron las partes en el contrato o, en todo caso, porque la naturaleza misma de la relación contractual no admita tal posibilidad. En los demás casos podrá hacerlo, apoyándose en su interés propio.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma. 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos - Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990. TUHR, Andreas von. Tratado de las obligaciones. Tomo II. Reus. Madrid, 1934.

Derecho a exigir el cumplimiento de la obligación

Artículo 1461.- ***El estipulante tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por el promitente. El mismo derecho le corresponde al tercero beneficiario una vez que haya efectuado la declaración a que se refiere el artículo 1458 y a los herederos del mismo en el caso del artículo 1459.***

Concordancias:
C.C. arts. 1363, 1458, 1459

Federico G. Mesinas Montero

1. Nota previa

Como lo precisa De la Puente, es esencial al contrato a favor de tercero que este último tenga derecho a exigir al promitente la ejecución de la prestación: "El contrato a favor de tercero se celebra precisamente con tal finalidad, esto es, no solo para beneficiar al tercero sino para que este adquiera y ejercite el derecho creado en su favor".

Cuando no se concede derecho al tercero –sino solo al estipulante– para exigir el cumplimiento de obligación, nos encontramos frente al denominado contrato impropio a favor de tercero (DE LA PUENTE Y LAVALLE). La naturaleza de este último contrato, como lo señala Enneccerus, no ofrece dificultad alguna "pues solo el contenido de la obligación del deudor (promitente) se determina en el sentido de que el acto debido tiene que ejecutarse hacia el tercero". El tercero no adquiere, por tanto, derecho alguno por la celebración del contrato ni puede exigir el cumplimiento.

2. Derecho del estipulante a exigir el cumplimiento

Puede observarse, en primer lugar, que el artículo 1461 permite al estipulante exigir el cumplimiento de la obligación del promitente, se entiende, a favor del tercero. Es decir, que no obstante ser rasgo fundamental del contrato propio a favor del tercero, que la aceptación permita a este último exigir el cumplimiento, la ley también otorga tal prerrogativa al estipulante.

Esta opción legislativa, por cierto, no es pacífica en la doctrina, pues no faltan quienes niegan que el estipulante pueda forzar la ejecución. Al efecto, como lo observan Ripert y Boulanger, habría que tener en consideración que el acreedor de la prestación es el tercero y, por tanto, solo a este debería corresponder accionar el cumplimiento.

Para De la Puente, la regulación peruana se justifica por el interés propio del estipulante para que se satisfaga la obligación en favor del tercero. En virtud de este interés, por tanto, es menester conceder al estipulante los medios necesarios para obtener que el promitente ejecute la prestación a su cargo tras la aceptación del tercero.

Por nuestra parte, en tanto consideramos que el interés propio del estipulante se satisface, en principio, ejecutándose la prestación a favor del tercero –aunque no solo de ese modo, pues también cabe la ejecución a favor del propio estipulante– encontramos también en él, el justificativo para que el estipulante pueda exigir el cumplimiento.

Se discute asimismo si el estipulante puede exigir la resolución del contrato frente al incumplimiento del promitente frente al tercero. En opinión de autores, como De la Puente,

ello no sería posible en tanto con la acción resolutoria intentada por el estipulante "se privaría al tercero de un derecho que ha manifestado estar dispuesto a recibir".

Nosotros, sin embargo, nos inclinamos por la posición contraria que expresan, entre otros, Messineo y Josserand, en el sentido de que el estipulante puede actuar por cuenta propia contra el promitente y pedir la resolución del contrato. Y es que, finalmente, el estipulante es parte del contrato y como tal le corresponde resolver la relación cuando la prestación se incumple de forma definitiva. Ello debe ser así, además, porque de ningún modo el tercero puede exigir la resolución de un contrato del que no es parte, siendo la resolución una paso previo fundamental para exigir luego el resarcimiento de los daños al promitente, de no ser posible o no haber interés por la ejecución forzada.

Finalmente, convenimos con Medicus en que el estipulante puede reclamar también –pero esta vez para sí– el resarcimiento de los daños que le hubiere ocasionado el incumplimiento del promitente.

3. Derecho del tercero a exigir el cumplimiento

Ahora bien, con la aceptación se hace eficaz el derecho adquirido por el tercero, de modo que este puede exigir también su cumplimiento. Como se ha visto, esta es la característica fundamental que distingue al contrato propio a favor de tercero, del impropio.

El derecho del tercero a exigir el cumplimiento es, jurídicamente y en la práctica, un verdadero derecho de crédito. Como señala Messineo, "en realidad, lo que ocurre en el contrato a favor de tercero es que se impone al deudor (promitente) un deber jurídico (obligación) en ventaja de un sujeto que, no obstante no ser parte en el contrato, adquiere, sin embargo, un verdadero y propio derecho de crédito contra el promitente".

El derecho a exigir del tercero se caracteriza además por gozar de autonomía (aunque relativa) respecto del derecho del estipulante. Es decir, es autónomo pero "únicamente en el sentido de que el tercero puede hacer valer el derecho directamente contra el promitente y no está obligado a tal fin, a pedir la intervención del estipulante" (MESSINEO). Sin embargo, en última instancia tal derecho se ve afectado y/o sigue la suerte de la relación entre el estipulante o promitente; de modo, por ejemplo, que si esta es nula, también lo será el derecho del tercero (este tema será analizado con detenimiento al comentarse el artículo 1469).

Luego, se discute también en doctrina si el derecho a exigir el cumplimiento faculta al tercero a accionar la resolución del contrato en caso de incumplimiento. Sobre el tema, convenimos con Mosset Iturraspe en que al no ser el tercero parte en el contrato, le es ajena la posibilidad de resolver. En el mismo sentido se pronuncia López de Zavalía.

Nos parece, sin embargo, que como consecuencia de su derecho a exigir el cumplimiento, el tercero está facultado para demandar el resarcimiento de daños que le ocasione el incumplimiento o la mora del promitente.

4. Derecho de los herederos a exigir el cumplimiento

Como lo señala De la puente, el artículo 1461 confirma la regla del ya comentado artículo 1459, esto es, que ante la muerte del beneficiario sus herederos podrán aceptar el derecho y, en ese sentido, exigir su cumplimiento. Aunque la norma no lo dice, por lógica se entiende que el mismo derecho corresponderá a los herederos del tercero que aceptó el derecho antes de fallecer.

5. Nota final

Es interesante observar que el artículo analizado solo exige la aceptación cuando el tercero promueve el cumplimiento, pero no se fija –por lo menos expresamente– el mismo requisito cuando la exigencia viene del estipulante. Debe interpretarse, sin embargo, que el estipulante solo puede requerir el cumplimiento a favor del tercero cuando ya se dio la aceptación.

No creemos que, dada la omisión señalada, la norma se refiera al derecho del estipulante de exigir la prestación en su favor cuando el tercero no acepta, pues esta situación ya está regulada por el artículo 1460.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991; MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988; REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. La Ley. Buenos Aires, 1964; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991; SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983; STIGLITZ, Rubén S. Contratos - Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Exclusividad del tercero para exigir la obligación

Artículo 1462.- ***Cuando se deja exclusivamente al tercero el derecho de hacer exigible la obligación del promitente, el estipulante no podrá exonerar a este.***

Concordancias:
C.C. arts. 1363, 1461

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. Un artículo oscuro

La norma en comentario parte de un supuesto claro: que en el contrato a favor de tercero se haya establecido que el derecho de exigir el cumplimiento solo corresponde al tercero y no al estipulante (lo de hacer "hacer exigible" no puede ser interpretado como "aceptar" porque el que acepta es siempre el tercero). Presume entonces que el tercero ya aceptó el beneficio en su favor.

Lo que no se entiende es la consecuencia legal de la situación, vale decir, que en estos casos "el estipulante no podrá exonerar al promitente". La exoneración sería entonces para que el promitente no ejecute ya su prestación. Sin embargo, ello no tiene lógica pues en ningún caso el estipulante puede "exonerar" de su obligación al promitente luego de que el tercero ya aceptó el derecho.

Debe tenerse en cuenta que la revocación del derecho del tercero solo procede antes de la aceptación. Igual sucede con la modificación; y cualquier otro acto posterior que pretende privar de eficacia o extinguir el derecho del tercero exigirá la conformidad de este último, por lo cual no hay lugar para que se dé la exoneración de la que habla el dispositivo analizado. Es decir, la norma prohíbe algo que no tiene posibilidad legal ni fáctica.

2. Un problema de ubicación

De la Puente, luego de un análisis minucioso del tema, esboza una posible explicación para el problema que encierra el artículo 1462, a la cual nos remitimos totalmente.

Plantea que posiblemente la norma habría perdido sentido como consecuencia de su cambio de ubicación en el proceso de elaboración del Código Civil. Así, "la única explicación posible es que en la Ponencia original el artículo 97 de ella, que corresponde al artículo 1462 del Código Civil, estaba ubicado a continuación del artículo 96, que disponía que el estipulante puede revocar el contrato a favor de tercero en tanto no se hayan producido los casos de aceptación previstos en los artículos 90 y 92, por lo cual el artículo 97 significaría que el estipulante no podría exonerar al promitente mediante la revocación de la estipulación a favor del tercero si es que en el contrato se hubiera pactado dejar exclusivamente al tercero el derecho de hacer exigible la obligación del promitente. Como cambio de secuencia de los artículos, el artículo 1462 del Código Civil ha perdido el sentido original que podía haber tenido el artículo 97 de la Ponencia original".

Se trata, en conclusión, de una norma que no tiene aplicación práctica alguna.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991; MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988; REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991; SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983; STIGLITZ, Rubén S. Contratos–Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Derecho de sustituir al tercero

Artículo 1463.- *El estipulante puede reservar en el contrato el derecho de sustituir al tercero independientemente de la voluntad de este y de la del promitente.*

La sustitución a que se refiere el párrafo anterior no se trasmite a los herederos del estipulante, salvo pacto distinto.

Concordancias:
C.C. arts. 1363, 1465

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. La reserva del derecho a sustituir

Como se aprecia, el artículo 1463 del Código Civil permite la inclusión de un pacto en el contrato a favor de tercero para la sustitución o cambio de este último, aun luego de que hubiere aceptado el derecho en su favor. Si bien la configuración de este pacto exige acuerdo entre las partes, el ejercicio concreto de la facultad de sustituir corresponde al estipulante, incluso contra la voluntad del promitente.

En realidad, nos parece que aun si no existiera el artículo en comentario no habría óbice jurídico para la inclusión de un pacto de sustitución en un contrato a favor de tercero. Finalmente, pudiendo el estipulante prever que su interés de favorecer al tercero desaparezca y se reconduzca en favor de otra persona, puede acordar con el promitente la posibilidad de sustituir; lo que no vulnera norma legal alguna ni perjudica al tercero sustituido, quien conocía del condicionamiento y, por ende, de la precariedad de su derecho.

Es claro también que, en principio, la sustitución no tiene por qué perjudicar al promitente, al haber este aceptado esa posibilidad al celebrar el contrato. Sin embargo, puede suceder que el promitente incurra en ciertos gastos en el intento (frustrado) de cumplir frente al tercero sustituido o como consecuencia del cambio mismo de beneficiario (por ejemplo, el sustituto domicilia en otra localidad, por lo cual ahora resulta más costoso cumplir). Tales gastos deben ser de cargo del estipulante.

2. ¿Puede ser el mismo estipulante?

De la Puente, en discrepancia de la posición de Tuhr, opina que de ningún modo el estipulante puede designarse a sí mismo como sustituto: "Personalmente pienso que si quiere respetarse la naturaleza del contrato a favor de tercero, la estipulación debe beneficiar a un extraño al contrato, pues si acepta que el beneficiario pueda llegar a ser el propio estipulante, el contrato a favor de tercero se habrá convertido en un contrato normal, en el que la prestación se ejecutará a favor del titular de la obligación respectiva, que en esa eventualidad es el estipulante".

Estamos de acuerdo con la apreciación, pues permitir que el estipulante se sustituya como beneficiario, aun cuando el tercero ya aceptó, trastoca la funcionalidad económico-social del contrato a favor de tercero, que en efecto es el concreto beneficio a una persona ajena al contrato (por más que el estipulante pueda exigir el beneficio cuando no haya aceptación). En el fondo, además, ello resulta una soslayada forma de ejercer el derecho de revocación luego de la aceptación, violándose la *ratio* del artículo 1464 del Código Civil (aunque en este caso no se produzca la extinción del contrato).

No obstante lo dicho, nos parece que no hay problema legal alguno para celebrar un contrato atípico que permita al "estipulante" reservarse el derecho de sustituirse como beneficiario, siempre que el "promitente" no haya cumplido su obligación. Este contrato, plenamente factible, no generaría sin embargo un derecho directo a favor del tercero, efecto que solo es propio del contrato en favor de tercero.

3. Consecuencias de la muerte del estipulante

Salvo que se pacte algo distinto, los herederos del estipulante no pueden ejercer la facultad de sustituir al tercero. La razón la expresa claramente De la Puente, al señalar que "el derecho de sustitución es de carácter muy personal, ya que importa, a solo juicio del estipulante y sin expresión de motivo, privar a alguien de un beneficio para concedérselo a otro, lo cual determina que no sea normalmente transmisible a los herederos del estipulante".

Finalmente, y siguiendo a Medicus, no vemos óbice alguno para que la facultad de sustitución la ejerza el estipulante en vía testamentaria.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos-Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Revocación o modificación del derecho del tercero

Artículo 1464.- *El estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto no se hayan producido los casos de aceptación previstos en los artículos 1458 y 1459.*

Concordancias:
C.C. arts. 1458, 1459, 1467, 1468

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. El rol de la aceptación

Como se ha visto, en aplicación del artículo 1458 del Código Civil, el derecho del tercero surge directa e inmediatamente del contrato celebrado en su favor. Sin embargo, la misma norma especifica que para que el derecho sea exigible, el tercero debe comunicar su aceptación a las partes del contrato, estipulante y promitente.

La aceptación del derecho juega así un rol fundamental, pues determina finalmente que el contrato a favor de tercero produzca plenos efectos. Pero, igual de importante, es que en la práctica al derecho del tercero adquiere firmeza solo con la aceptación, pues hasta antes de ella la situación del derecho adquirido es verdaderamente precaria.

La principal manifestación de la precariedad de la que hablamos, la constituye el artículo 1464 que es materia de este análisis. Esta norma otorga amplias facultades al estipulante para poner fin inmotivadamente al derecho (ya adquirido) del tercero vía revocación o para modificarlo, siempre que el tercero no haya comunicado su aceptación y sin que este puede hacer nada para evitar el cambio. Por ende, solo la aceptación elimina la precariedad, perfecciona y otorga firmeza al derecho del tercero.

2. La facultad de revocar

La revocación es el acto unilateral del estipulante por el cual se priva de existencia jurídica al derecho del tercero (aunque, como lo señala Díez-Picazo, nada impide que se pacte la revocación conjunta por el promitente y el estipulante). Responde, por supuesto, a una variación del interés del estipulante por beneficiar al tercero, pudiéndola realizar siempre que este último no haya aceptado el beneficio.

Como lo explica De la Puente, se ha discutido en doctrina sobre la pertinencia de que se conceda un derecho de revocación en estos casos. Sobre todo porque el tercero ya adquirió el derecho por la sola celebración del contrato en su favor, por lo cual resulta ilógico que lo pierda en virtud de un acto posterior, unilateral e inmotivado del estipulante.

Sobre este punto, sin embargo, compartimos el criterio del autor mencionado en el sentido de que la figura de la revocación se justifica cuando el tercero, no obstante haber conocido del derecho, no se pronuncia aceptándolo o rechazándolo, actuando la revocación como un remedio para esta situación. Así, pues, "si el contrato a favor de tercero se celebra para beneficiar a este otorgándole un crédito contra el promitente, no obstante lo cual la inercia del tercero, al no formular su declaración de aceptación, frustra la finalidad del contrato, es necesario encontrar un remedio a la situación para evitar que el derecho del tercero quede en el aire, flotando entre el promitente, que ya es deudor, y el tercero, que aún no es acreedor. En mi opinión, ese remedio está constituido por la atribución de revocación concedida por

la ley a alguien, en virtud de la cual basta la declaración del revocante para que el derecho del tercero desaparezca, deje de existir".

3. Carácter recepticio

La revocación es un acto recepticio, que debe ir dirigido tanto al tercero como al promitente. Como lo señala Díez-Picazo, "al primero, porque disminuye su patrimonio por cuanto el derecho se le ha atribuido ya con la estipulación. Al segundo, para que no cumpla la prestación pactada a favor del tercero".

Por otro lado, y aun cuando nuestra legislación no lo señale, la revocación del beneficio puede hacerse en vía testamentaria.

4. Efectos de la revocación

Tal como lo señala Messineo, cuando la estipulación hubiese sido revocada (en tiempo oportuno) el derecho del tercero se pierde aunque ya hubiera sido legalmente adquirido. En el fondo, la revocación, en cuanto al efecto que produce, se asimila al rechazo del beneficio por el tercero.

Ahora, si bien el artículo que comentamos no precisa el efecto legal que en estricto produce la revocación, De la Puente señala que se trata de una causal de invalidez. A nuestro parecer, sin embargo, y siguiendo la lógica del artículo 1467 del Código Civil, que por efecto de la revocación considera inexistente ("...produce la extinción...") al contrato a favor de tercero, debería interpretarse que en virtud del artículo 1464 el derecho del tercero sería también inexistente y no inválido.

El tema, por supuesto, se presta a interpretaciones, sobre todo porque en realidad es un error que se incorporen en nuestro Código Civil dispositivos que apelen a la teoría o criterio de la "existencia" para considerar finalizado un acto, cuando el Libro de Acto Jurídico se ha estructurado sobre los conceptos de invalidez e ineficacia (más las sanciones legales de nulidad y anulabilidad), debiendo mantenerse la coherencia en el resto de libros. No obstante ello, al ser (legalmente) inexistente el contrato de donde emana el derecho del tercero, debería también considerarse inexistente el derecho mismo.

De otro lado, tal como lo precisa De la Puente, un segundo efecto de la revocación es que priva de efectos a cualquier declaración posterior del tercero por la cual este pretenda hacer suyo y/o exigir el derecho. "En otras palabras, la revocación priva de eficacia a la aceptación del tercero" (De la Puente).

5. Modificación

El artículo que se analiza concede también al estipulante el derecho de modificar el contrato, previo a la aceptación del tercero. Esta facultad se justifica igualmente en la falta de aceptación o de rechazo del derecho por parte del tercero, pero el interés del estipulante en este caso no será necesariamente "sancionar" (como sucede con la revocación) al tercero privándolo de todo (o parte) de su beneficio, sino que pueden presentarse varias posibilidades.

Así, por ejemplo, dada la inercia del tercero, el estipulante podría en efecto disminuir el beneficio, en desmedro del tercero y como una suerte de sanción. Pero, de repente, y si es verdaderamente fuerte el deseo del estipulante de beneficiar al tercero, podría optar más bien

por mejorar el derecho, de modo que se generen más incentivos para que el tercero acepte. En fin, las situaciones pueden ser variadas.

Un problema, sin embargo, que sí observamos en el dispositivo en comentario es que no exige la conformidad del promitente para la modificación del derecho del tercero. Se pierde de vista aquí que la modificación puede afectar la situación del promitente, haciendo más costo o complicado su cumplimiento. Consideramos, por ello, que la modificación no puede ser unilateral y exige la concurrencia indefectible de la aceptación del promitente.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos–Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Intransmisibilidad de la facultad de revocación o modificación

Artículo 1465.- ***La facultad de revocación o modificación no se trasmite a los herederos, salvo pacto distinto.***

Concordancias:
C.C. arts. 1218, 1463, 1464, 1466

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. La intransmisibilidad de la facultad de revocar

Díez-Picazo, en concordancia con la legislación española, señala que "el poder de revocación se transmite a los herederos del estipulante, porque forma parte de la situación jurídica contractual en la que ellos le suceden". La opción de la legislación peruana, sin embargo, es distinta, permitiéndose la transmisión de facultad de revocar solo si así se pacta.

En el fondo, el fundamento de esta regulación es similar al que se da con relación al artículo 1463, esto es, que la decisión de revocar (como lo es la de sustituir) resulta muy personal, sin que el estipulante deba expresar motivación alguna, por lo cual no resulta adecuada (o natural) una regla general de transmisión de esa facultad a los herederos. Como lo señala De la Puente, "en muchos casos la relación de valuta se origina en lazos de afecto o de especial consideración entre las personas del estipulante y del beneficiario, lo que justifica, aunque tal consideración no tenga carácter general para todos los casos, que se establezca como regla natural que la facultad de revocación no es transmisible a los herederos".

Finalmente, de ser el caso, el pacto en contrario reflejaría la opción también personal del estipulante de que sus herederos puedan revocar el beneficio y extinguir el contrato.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos–Teoría general. Tomo I. Depalma 1990.

Requisitos para la revocación o modificación

Artículo 1466.- ***Para que el estipulante y sus herederos, en su caso, puedan hacer valer la revocación o modificación, se requiere que el tercero haya conocido la existencia del contrato y no haya expresado aún la voluntad de hacer uso de su derecho.***

Concordancias:
C.C. arts. 141, 1464, 1465

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. El conocimiento del tercero

Al comentar el artículo 1464 del Código Civil, dijimos, siguiendo a De la Puente, que tanto la facultad de revocar como la de modificar el derecho del tercero se justificaban por la falta de aceptación o rechazo del derecho. Es decir, que ante la inercia del tercero era conveniente que el estipulante pudiera variar el destino del derecho, modificándolo o de plano extinguiéndolo vía revocación.

El artículo 1466 no es sino una confirmación de lo allí mencionado, complementando la regulación del artículo 1464, al señalar que la revocación y la modificación solo pueden hacerse valer si el tercero conoció de la existencia del contrato y no declara su voluntad de hacer uso del derecho. En suma, queda claro entonces que la eficacia del derecho a revocar o modificar está condicionada al conocimiento del contrato por parte del tercero.

2. Modificaciones posteriores

Por lo dicho, luego de que se produjo la aceptación no cabe de ningún modo, conforme a nuestra normatividad, una modificación (o revocación) del derecho (salvo que el tercero acepte el cambio) fundamentada en las variaciones que pudieren haberse suscitado en la relación de valuta entre estipulante y tercero, más concretamente por la pérdida o variación del interés del primero por beneficiar al segundo.

Aun cuando –por la razón que fuere– hubiere desaparecido (parcial o totalmente) el interés del estipulante de beneficiar al tercero, el derecho de este no podrá ser modificado o revocado contra su voluntad.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos–Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Extinción del contrato por revocación

Artículo 1467.- ***La revocación de la estipulación en favor del tercero produce la extinción del contrato, salvo pacto distinto.***

Concordancia:
C.C. art. 1464

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

1. Cómo queda el contrato luego de la revocación

El artículo 1467 regula el efecto concreto que produce la revocación, esto es, la extinción del contrato en favor del tercero. Así, pues, el solo ejercicio de la facultad revocatoria que le concede al estipulante el artículo 1464 deriva en la extinción de la relación entre promitente y estipulante, junto con la del derecho del tercero.

Esta opción no es, por cierto, pacífica en la doctrina ni en las legislaciones comparadas. En Italia, como lo hace ver De la Puente, la doctrina defiende la posición tomada por el Código Civil de ese país en el sentido de que la revocación conlleva a que el estipulante pueda exigir el beneficio en su favor, y en el entendido de que este cuenta con un interés propio en el contrato (distinto, claro está, del interés en que la ejecución sea en favor del tercero).

López de Zavalía considera también que si la ventaja se pierde para el tercero se dirige en adelante a favor del propio estipulante, pero "salvo que otra cosa resultare de una interpretación del contrato o del acto de revocación".

Con relación a lo dispuesto por nuestro Código Civil, pensamos que el efecto que debió atribuirse a la revocación, para mantener la coherencia con el artículo 1460 sobre la falta de aceptación, debió ser que se conceda al estipulante el derecho de exigir la prestación en su favor. No vemos justificación práctica para que el efecto en los dos casos mencionados sea distinto.

Debe tenerse en cuenta que la situación de las partes del contrato, frente a la falta de aceptación o a la revocación, es siempre la misma. En cuanto al promitente, en ambos casos ya no puede cumplir frente al tercero como inicialmente se pactó, por lo que debe definirse el destino de su prestación. Por su parte, el estipulante siempre puede tener un interés propio de aprovecharse del beneficio. En suma, al ser asimilables los supuestos, si en uno se optó por otorgarle el beneficio al estipulante, debió hacerse lo mismo en el otro.

No obstante lo dicho, la deficiencia manifestada se aminora de algún modo por la posibilidad del pacto distinto, admitido por el artículo en comentario. Mediante este pacto, entonces, el estipulante puede dejar sentado su deseo de valerse de la estipulación si en última instancia decide revocar el beneficio del tercero.

De otro lado, como lo hace ver De la Puente, resulta novedoso que para poner fin a la relación entre promitente y estipulante, el artículo sancione la "inexistencia" (... se produce la extinción...) del contrato, y no recurra al concepto más evidente de la ineficacia, que es el que además informa a nuestro Código Civil. Debe tenerse en cuenta que existen autores, como Lohmann, que consideran que la "existencia" es una calificación ajena a nuestro Derecho, pues jurídicamente los actos o negocios jurídicos simplemente valen o no.

A pesar de ello, convenimos con De la Puente en que la extinción de la que habla la norma debe entenderse como que el contrato deja de existir ("se acaba, termina") con efecto *ex nunc*, esto es, hacia delante "a diferencia de la nulidad y de la anulación que operan *ex tunc*".

2. La restitución de las prestaciones y/o los gastos

Por lo recién expresado, convenimos también con De la Puente en que la extinción del contrato determina que el estipulante y el promitente deban restituirse las respectivas prestaciones de la relación de cobertura, en el estado en que se encontraren cuando se produce la revocación.

Nos parece que en estos casos también procede que el promitente reclame al estipulante el pago de los gastos en los que hubiere incurrido –antes de la revocación– al tratar de cumplir su (frustrada) obligación frente al tercero.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Grijley. Lima, 1997. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia. 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos - Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Renuncia a la facultad de revocar, modificar o sustituir

Artículo 1468.- ***Se puede renunciar a la facultad de revocar, modificar o sustituir el contrato en favor de tercero.***

Concordancia:
C.C. art. 1464

Federico G. Mesinas Montero

1. Efectos de la norma

En virtud del artículo 1464 del Código Civil, el estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto no se haya producido la aceptación. Por su parte, el artículo 1463 señala que el estipulante puede reservar en el contrato el derecho de sustituir al tercero independientemente de la voluntad de este y de la del promitente. Como puede apreciarse, el artículo que ahora comentamos permite que el estipulante renuncie de forma previa a sus derechos de revocar o modificar el contrato o de sustituir al tercero, configurados en los dispositivos antes mencionados.

Un análisis lógico *a priori* hace pensar que la norma no conlleva problema alguno, pues si los derechos a revocar, modificar o sustituir corresponden al estipulante y están configurados en su único interés, no hay razón para que no pueda renunciar a ellos. El tema, sin embargo, merece un análisis más minucioso, pues se evidencian algunas dificultades en la aplicación práctica de la norma.

2. Retractación de la renuncia

López de Zavalía, por ejemplo, se cuestiona si verdaderamente el derecho de revocar, o *ius revocandi,* puede ser renunciable, de tal manera que se conceda al tercero un beneficio irrevocable y sin que haya mediado aceptación. Considera que ello no es posible pues no puede crearse un beneficio que, desde un punto de vista práctico, resulte realmente irrevocable sin declaración alguna del tercero. Y es que "si bien es verdad que, en principio, puede renunciarse a todos los derechos, no lo es menos que la renuncia puede ser retractada mientras no haya sido 'aceptada', de donde se sigue que, creado como irrevocable un beneficio en el contrato, o renunciada después la facultad de revocar, por la retractación de la renuncia se volvería al régimen de revocabilidad".

En nuestra opinión, no puede admitirse la posición recién citada si se quiere dar algún sentido al artículo 1468, por más que el problema planteado no deje de ser relevante. En efecto, puede interpretarse que luego de formulada la renuncia a la revocación e incorporada esta al contrato, el estipulante pueda retractarse de ella mientras no haya aceptación, teniendo en cuenta que está facultado también para modificar el contrato (aunque debería exigirse aquí la conformidad del promitente).

Nos parece, sin embargo, que de un modo indirecto puede encontrarse la solución al problema en el artículo 1466 del Código Civil, que introduce el elemento del conocimiento del tercero y le otorga un valor predominante a los efectos de la revocación o modificación del derecho de tercero. En tal sentido, si para hacer valer una revocación o modificación es necesario que el tercero haya conocido de la existencia del contrato, lo razonable es que pueda hacerse valer una retractación a la renuncia en la medida que el tercero no haya conocido

del contrato. En otras palabras, si la eficacia del derecho a revocar o modificar está condicionada al conocimiento del contrato, la eficacia de la renuncia a estos derechos debe sujetarse a la misma condición, por lo que cabría la retractación solo hasta antes de ese hecho.

3. El problema de la renuncia a la sustitución

Con relación al derecho de sustituir al tercero se presenta un problema adicional que explica claramente De la Puente. Y es que no resulta fácil de entender una renuncia a la facultad de sustitución si esta no opera legalmente, sino por reserva expresa del propio estipulante. En tal sentido, como lo señala el autor citado, "la mejor manera cómo el estipulante puede renunciar a la sustitución es no reservándose la facultad de hacerlo".

No obstante, precisa el mismo autor que no puede descartarse la posibilidad de que el estipulante se reserve en el contrato el derecho de sustituir al tercero y posteriormente, cambiando de opinión, renuncie a tal derecho. Solo así podría encontrarse alguna lógica a la facultad de renunciar a la sustitución, por más que se trate de un supuesto poco probable.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991. SPOTA, Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos - Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

Excepciones oponibles al tercero

Artículo 1469.- ***El promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato, pero no las que deriven de otras relaciones existentes entre él y el estipulante.***

Concordancia:
C.P.C. art. 446

Federico G. Mesinas Montero

1. Excepciones fundadas en el contrato

Si bien el derecho adquirido por el tercero, consecuencia del contrato celebrado en su favor, es relativamente autónomo al poder exigirse directamente al promitente, sin necesidad de intervención del estipulante; ello no significa, como lo precisa Messineo, que "no sea influido en modo alguno por la suerte de las relaciones entre el estipulante y el promitente", teniendo en este aspecto un carácter verdaderamente accesorio. Y, es que "como quiera que el derecho del tercero se basa inmediatamente en el contrato, queda sujeto también a todas las objeciones derivadas del mismo, o sea, a todas las objeciones que broten de los vicios, de la naturaleza o del contenido del contrato" (ENNECCERUS).

El artículo 1469 de nuestro Código Civil se alinea a este criterio, permitiendo que el promitente oponga al tercero las excepciones fundadas en el contrato, más específicamente en su relación de cobertura con el estipulante. El derecho del tercero depende así del destino del contrato: del cumplimiento del estipulante, de los vicios que pudieran concurrir, etc.

Entre las excepciones que comúnmente podrían plantearse, primero estarán aquellas vinculadas al incumplimiento del estipulante. Como lo señala Medicus, cuando la relación de cobertura está en un contrato recíproco (o de prestaciones recíprocas) normalmente produce efecto contra el tercero la excepción de contrato no cumplido o de incumplimiento, que permite la suspensión de la ejecución de la prestación debida.

En segundo término, estarán las excepciones vinculadas a los vicios de invalidez (nulidad o anulación, artículos 219 y 221 del Código Civil) u otros supuestos que produzcan la ineficacia del contrato celebrado y, por ende también, del derecho del tercero.

Es claro, también, que el promitente podrá oponerle al tercero las condiciones u otras circunstancias objetivas a las que esté supeditada la exigibilidad del derecho mismo. En síntesis, como lo señala Díez-Picazo, "debe entenderse que el promitente puede oponer las (excepciones) derivadas de las condiciones objetivas del derecho del tercero (v. gr., falta de vencimiento, prescripción, etc.) y las que derivan del contrato mismo del que el tercero traiga su derecho (por ejemplo, el estipulante incumplió el contrato, o es nulo)".

2. Excepciones inoponibles por ser ajenas al contrato

Puede verse que el artículo 1469 se cuida en señalar que no son oponibles al tercero las excepciones que deriven de relaciones existentes entre promitente y estipulante, ajenas al contrato que origina el derecho del tercero. La razón la explica claramente López de Zavalía: "El promitente puede oponer al tercero las defensas propias de la relación principal, pero en manera alguna las que tuviera contra el estipulante en razón de otras relaciones (como la de compensación); que pueda oponer las primeras es consecuencia de que la relación principal

cumple el papel de causa; que no pueda acudir a las segundas, resulta de la autonomía del beneficio en virtud de la creación directa".

Queda sobreentendido que tampoco serán oponibles por el promitente las excepciones que pudieren derivar de la relación de valuta, esto es, entre el estipulante y el tercero.

3. Excepciones en la relación entre tercero y promitente

Finalmente, en doctrina se discute si el promitente puede oponer al tercero las excepciones personales que tenga con este (esto es, distintas de las condiciones objetivas para exigir el derecho). Como puede apreciarse ello no desprende directamente del artículo 1469 del Código Civil.

No obstante, dada la naturaleza crediticia del derecho del tercero, no vemos obstáculo alguno para que el promitente efectúe tal oposición. Y es que, como señala De la Puente, "el promitente es un deudor del tercero, por lo cual puede oponerle todas las excepciones que normalmente puede oponer un deudor a su acreedor por razón de la relación existente entre ambos, como es el caso de la compensación de un crédito del promitente contra el tercero".

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. Perrot. Buenos Aires, 1987. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo V. PUCP Fondo Editorial. Lima, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1. Bosch. Barcelona, 1954. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Tomo I. Zavalía Editor. Buenos Aires, 1991. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1995. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Europa-América. Buenos Aires, 1986. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Ediar. Buenos Aires, 1988. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Astrea. Buenos Aires, 1999. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, 1991. SPOTA. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III. Depalma, 1983. STIGLITZ, Rubén S. Contratos–Teoría general. Tomo I. Depalma, 1990.

TÍTULO XI
PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN TERCERO

Definición

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 1321, 1354, 1471, 1537

RÓMULO MORALES HERVIAS

La promesa del hecho de un tercero es un contrato por el cual una parte, denominada promitente, promete a la otra parte, denominada promisario, que un tercero realizará un hecho y pagará una "indemnización", si el tercero no realiza el hecho. La pregunta que surge inmediatamente es si la promesa del hecho del tercero es una "obligación". La respuesta a esta pregunta es muy importante, porque si es una obligación, deberemos determinar si es una obligación de medios o de resultados. Si es una obligación de medios, el promitente deberá probar que ha sido diligente para exonerarse de la obligación de "indemnizar", en el supuesto que el tercero no realice el hecho. Si es una obligación de resultado, el promitente solamente se exonerará de responsabilidad si el tercero no pudo hacer el hecho por caso fortuito o fuerza mayor. También es muy importante determinar si realmente existe una "obligación de indemnizar" o una "obligación de resarcimiento", en el caso que el tercero no realice el hecho. En un caso aplicaremos las reglas del contrato, como los contratos de seguros, y en el otro caso las reglas de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

Hay algunas cuestiones que la doctrina admite pacíficamente sobre la promesa del hecho de un tercero. La primera cuestión es que la promesa del hecho de un tercero tiene "una eficacia solo entre el promitente y el promisario y no puede en algún modo vincular al tercero"[1]. Otra cuestión es que "la promesa puede constituir objeto de un autónomo contrato, así como puede simplemente constituir objeto de una cláusula contractual. No obstante, el uso del sustantivo 'promesa' puede corresponder a la figura del acto unilateral, ella va entendida como sinónimo de contrato"[2].

La norma bajo comentario tiene como fuente directa el Código Civil italiano[3], que regula la promesa del hecho de un tercero, dando énfasis que el promitente se obliga a "indemnizar" al otro contratante, si el tercero no efectúa el hecho prometido. La doctrina ha expresado que la "obligación del hecho del tercero es aquella que obliga al deudor al comportamiento ajeno. El deudor, precisamente, está obligado a que un tercero tenga un cierto com-

(1) FRANZONI, Massimo. "Il contratto e i terzi", en *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno, a cura di Enrico Gabrielli, Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, Torino, 1999, Tomo secondo, p. 1063.

(2) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1063.

(3) "Artículo 1381 del Código Civil italiano de 1942. Promesa de la obligación o del hecho del tercero.- El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero se niega a obligarse o si no cumple el hecho prometido".

portamiento negativo, estipulando o no estipulando un negocio jurídico, asumiendo una obligación, renunciando a un derecho, absteniéndose de una adquisición, exigiendo una obra de edificación en el propio fundo, etc."[4].

Bajo la influencia de la codificación francesa[5] se ha sostenido que en la promesa del hecho del tercero existen dos obligaciones, una obligación principal, cuya prestación implica persuadir al tercero, para que el tercero haga el hecho y una obligación accesoria, cuya prestación consiste en pagar una indemnización al promisario, si el tercero no hizo el hecho. De la Puente[6] sostiene que la "obligación principal del promitente es una de medios, constituida por su deber jurídico de gestionar ante el tercero para que este ejecute, a nombre propio, el hecho que tanto el promitente como el promisario desean que obtenga este último. De esta manera, el promitente asume una obligación factible de cumplimiento, pues no se trata de prometer el hecho del tercero –que escapa de sus posibilidades–, sino de prometer que hará lo posible por persuadir al tercero para que ejecute el hecho, lo cual sí está dentro de su esfera jurídica de acción". Agrega que la "prestación accesoria sustituye a la principal por el solo hecho de no obtenerse el resultado prometido. Si el promitente ha actuado diligentemente se tendrá por cumplida su obligación principal con la ejecución de la prestación accesoria; si, por el contrario, no es diligente en el cumplimiento de su obligación principal de medios, deberá además ejecutar la prestación accesoria, indemnizar los daños y perjuicios que su negligencia haya causado al promisario. Similarmente, si el promitente no actúa con diligencia en la ejecución de la prestación accesoria, deberá indemnizar al promisario los daños y perjuicios que con ello le cause"[7].

Luego De la Puente hace una precisión en el sentido que la expresión "indemnización" ha sido indebidamente utilizada en el texto del Código Civil "pues mediante la prestación sustitutoria no se busca indemnizar al promisario por la inejecución de la obligación principal de medios, sino simplemente reemplazar esta obligación, cuando el cumplimiento de ella es insuficiente para lograr el resultado, por una obligación accesoria o secundaria cuyo contenido es la prestación sustitutoria. La diligencia empleada en el cumplimiento infructuoso de la obligación principal no es óbice para que el promisario asuma la titularidad de la obligación accesoria y, en ejecución de ella, reciba la prestación sustitutoria. El promisario solo tendrá derecho a indemnización por daños y perjuicios cuando el promitente sea negligente en el cumplimiento de la obligación principal, que es de medios, o en el de la accesoria, que en teoría puede ser de medios o de resultado, aunque generalmente sea de esta última clase"[8].

Esta posición debe ser criticada porque en realidad el promitente no asume una obligación de medios. Si fuera así, será suficiente que el promitente pruebe que fue diligente para cumplir con su obligación, para evitar asumir la obligación accesoria. Si prueba su comportamiento

(4) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, L'obbligazione*, VI, Ristampa, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 114. El autor cita la jurisprudencia italiana que califica como obligación del hecho del tercero el compromiso del vendedor de hacer obtener al comprador el certificado de habitabilidad: C. de 25 de febrero de 1987, n. 1991.

(5) "Artículo 1120 del Código Civil francés de 1804.- Sin embargo, se puede estipular en nombre de un tercero, prometiendo la aprobación de este, quedando a salvo el otro contratante, el derecho de indemnización contra el promitente, si el que hubiera de obligarse en primer término, se negare a ratificar el pacto".
Es sintomático que el legislador francés haga referencia a la obligación que pudiera asumir el tercero.

(6) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Palestra Editores, Tomo III, Lima, 2001, p. 262.

(7) Ibídem, pp. 263-264.

(8) Ibídem, pp. 276-277.

diligente la obligación accesoria se extingue irremediablemente[9]. Tampoco es correcto decir que la "indemnización" es una prestación accesoria. Hay una confusión entre el contrato de promesa del hecho del tercero con el contrato de fianza el cual es accesorio del contrato principal. El autor refiere que la prestación accesoria sirve para "indemnizar los daños y perjuicios que su negligencia haya causado al promisario". Aquí notamos que el autor menciona el verbo "indemnizar" pero en realidad se está refiriendo al "resarcimiento" en el caso que el promitente incumpla con su "obligación principal de medios". En tal hipótesis, debemos aplicar las normas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones siempre y cuando el promisario haya sufrido un daño. En efecto, para que proceda la "indemnización" es necesario que ocurran dos situaciones de hecho. En primer lugar, que el promitente actúe negligentemente y, en segundo lugar, que el promisario sufra un daño. Si el promitente actúa con dolo y el promisario sufre un daño, el promitente no estará obligado porque ha asumido una "obligación principal de medios". No es casualidad establecer que la "promesa de la obligación o del hecho de un tercero determina, si el tercero rechaza, la obligación del promitente al resarcimiento del daño"[10].

A diferencia de la concepción de la obligación de medios, se sostiene que el contrato en referencia contiene una obligación de resultado: "Quien promete el hecho del tercero se obliga en orden a un resultado, y la falta de realización de él constituye un incumplimiento de la obligación asumida. De tal incumplimiento, el deudor responde salvo que el hecho del tercero sea impedido por un evento no previsible ni superable con el esfuerzo diligente que el promitente está obligado (por ejemplo: la quiebra del tercero)"[11]. Tampoco pensamos que el contrato de promesa del hecho de un tercero contiene una obligación de resultado, porque tal contrato sería nulo ya que el objeto del contrato sería imposible físicamente. En efecto, es imposible físicamente que el tercero haga el hecho porque el comportamiento que pudiera hacer el promitente para convencer al tercero es externo a la posibilidad de la realización del hecho de un tercero[12].

(9) FORNO FLOREZ, Hugo. "Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno", en *Advocatus*, Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima, Lima, Año III, Cuarta Entrega, 1992, pp. 44 y 47: "Se le objeta que si la promesa se configura como una obligación cuya prestación consiste en desplegar el esfuerzo ordinario necesario para que el tercero se obligue o ejecute el hecho, según corresponda, la prestación queda ejecutada luego que el promitente realice tal esfuerzo con la debida diligencia, y en consecuencia la obligación se extingue por cumplimiento, y el deudor queda liberado, independientemente de si el tercero efectivamente asume la obligación o ejecuta el hecho de que se trate". Y más adelante lo corrobora: "En las obligaciones de medios, en efecto, al deudor le basta desplegar la conducta programada en la obligación con la diligencia ordinaria requerida, con lo cual habría quedado ejecutada su prestación".

(10) SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del Diritto Civile*, nona edizione, Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997, pp. 127-128.

(11) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 120.

(12) FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. cit., p. 48: "Ahora bien, es conveniente puntualizar que el hecho de un tercero no puede concebirse como un resultado susceptible de establecerse como prestación a cargo del promitente, porque se trata de un resultado cuya obtención no depende de la actividad o conducta del promitente, y por lo tanto no reúne el requisito de posibilidad que es esencial a toda prestación (de medios o de resultado)". No compartimos este argumento porque para nosotros la prestación es un elemento de la obligación, pero los requisitos de la posibilidad, de la determinación, de la licitud y de la patrimonialidad están referidos al objeto del contrato: MORALES HERVIAS, Rómulo. "Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato, a propósito de la reforma del Código Civil", en *Advocatus*, Nueva Época, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 9, II, Lima, 2003, p. 242. Pero aceptamos que el requisito de la posibilidad es el aplicable para objetar a la teoría que sostiene que la promesa del hecho de un tercero contiene una obligación de resultado.

El modelo que el contrato de promesa del hecho del tercero contiene una obligación "llega a reconstruir la responsabilidad del promitente según el *régimen del artículo 1218*[13] (con acentuaciones de menor o mayor rigor, según la obligación de hacer que el tercero preste ya sea como obligación de medios o de resultado): posibilitará al promitente mayores *oportunidades* para ofrecer cualquier eficaz prueba liberatoria, alegando elementos que hagan no imputable al promitente la ausencia de prestación del tercero"[14].

Para otros, el contrato de promesa del hecho de un tercero es connatural "una garantía en cuya virtud la falta de la prestación convenida convierte, en determinadas hipótesis, el contenido de la obligación en un resarcimiento del daño (artículo 1381), es decir, en una prestación que es siempre posible"[15]. "Y en general la *promesa del comportamiento de un tercero* es convertida por la ley en una garantía que solo obliga al promitente. Es decir, permite hacer del comportamiento del tercero condición (*Wofür der Haftung*, diría BRINZ) de un contrato de garantía, según la cual, una parte se obliga frente a la otra a pagar una indemnización *(indennità)* para la hipótesis que el hecho del tercero no se realice (artículo 1381). En todo caso, la relación de obligación se circunscribe a las partes del negocio y asume el hecho del tercero solo como punto de referencia de la obligación a través de la contraparte: garantizando el hecho ajeno, el promitente no hace otra cosa, en resumen, que prometer el hecho propio y asume responder por su no realización (promete, como se decía en el Derecho común, *de rato, alias de propio*). Por lo que, si el promitente no asume realmente, sino que expresamente excluye, la garantía del hecho ajeno, que se concreta en una responsabilidad por daños, ha de considerarse que la nuda promesa no crea un vínculo jurídico"[16]. Lo curioso del planteamiento de Betti es que menciona que la garantía es para resarcir daños. Y para que no quede duda lo dice claramente en otra obra suya: "Ahora bien, en este caso, antes de que se produzca el daño, no podemos decir que haya una prestación en el sentido técnico tradicional, de una conducta valorable con un criterio de diligencia o de resultado útil de un obrar, sino que solo hay una garantía, una seguridad prestada por la sociedad aseguradora, por el solo hecho de haber asumido para sí el riesgo, con la obligación de abonar una indemnización, o resarcir un eventual daño al producirse el riesgo mismo"[17].

En el mismo sentido de Betti, Forno[18] sostiene que "el riesgo puede definirse como la posibilidad de la ocurrencia de un daño a causa de la verificación (o no verificación) de un evento que lo produce. Entonces, la asunción de la obligación o la ejecución de un hecho por parte de un tercero, en cuanto que no puede concebirse como un resultado cierto producto del obrar del promitente, es decir, como objeto de la obligación del promitente, puede más bien conceptualizarse precisamente como un riesgo (consistente en que el tercero no asuma la obligación o no ejecute el hecho) que determina la posibilidad de un daño en el promisario". Y como "toda relación de garantía, comprende en primer lugar la asunción de un riesgo, el cual se desplaza del promisario al promitente, y consiste en la probabilidad de la ocurrencia

(13) "Artículo 1218 del Código Civil italiano de 1942. Responsabilidad del deudor.- El deudor que no realiza exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño a menos que pruebe que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él".

(14) ROPPO, Vincenzo. "Il contratto", en *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 571.

(15) BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 367.

(16) Ibídem, pp. 549-550.

(17) BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, Tomo II, p. 43.

(18) FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. cit., p. 48.

de un daño, en el caso en que no tenga lugar el evento esperado, o sea, la asunción de la obligación o la ejecución del hecho por parte del tercero. La asunción de este riesgo es un efecto automático y directo del contrato de promesa y no requiere, por tanto, de ninguna prestación a cargo del promitente. En segundo lugar, también comprende una obligación en sentido técnico, que es la obligación de indemnizar al promisario y que tiene como contenido una prestación de dar (una suma de dinero)"[19]. Luego, se refiere que esta "obligación de indemnidad es no solo futura sino también eventual porque depende que se produzca un daño en el promisario y esto a su vez depende de que tenga lugar el evento temido (que el tercero no ejecuta el hecho prometido)"[20].

Quienes siguen el modelo de garantía, según el cual el promitente asume el riesgo de la ausencia del hecho de un tercero, no establecen con claridad la diferencia entre resarcimiento e indemnización: "la responsabilidad del promitente puede desprenderse aún en los casos en que la falta de la prestación del tercero no sea imputable por su culpa. Por el contrario, esto no significa que al promitente le sea impedido alguna excepción liberatoria: también aplicando el modelo de la garantía, de modo que se debería permitir liberarse probando *que el rechazo del tercero de obligarse o la falta de cumplimiento de su prestación son objetivamente justificados* (al límite porque la obligación o la prestación se convierten en imposibles) y tanto más si *dependen del hecho del promisario*"[21]. Debemos anotar que si el hecho depende del promisario no estamos en el supuesto de un contrato de promesa del hecho de un tercero y, por eso se incurre en un error al identificar el resarcimiento y la indemnización. De esta manera, abiertamente se admite que el "artículo 1381 (del Código Civil italiano) dice 'indemnizar' y no 'resarcir'. Sobre esta base, se ha sostenido que el promitente no debería al promisario el entero daño causado por la ausencia de prestación del tercero, sino respondería solo en los límites del valor de la prestación ausente. En todo caso, la indemnización podrá reducirse *ex* artículo 1227[22], si el promitente demuestra un concurso de culpa del promisario"[23]. Este mismo argumento de la imputabilidad de la culpa al promisario se aplicaría a quienes siguen el modelo de la obligación[24].

Para otro sector de la doctrina unifica los modelos de la obligación y de la garantía. Por un lado, el hecho del tercero es objeto inmediato de la promesa efectuada porque "la inactividad constituye objeto propio de la obligación asumida"[25]. Y por otro lado, se dice que es un supuesto de contrato de garantía autónomo en el sentido que la promesa del hecho del tercero asume una "función sustitutiva, porque la prestación de garantía es diversa del resultado

(19) Ibídem, p. 49.
(20) Ibídem, p. 50.
(21) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 572.
(22) "Artículo 1227 del Código Civil italiano de 1942. Concurso del hecho culposo del acreedor.- Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuye según la gravedad de la culpa y la dimensión de las consecuencias que han derivado de ella.
El resarcimiento no procede con respecto a los daños que el acreedor habría podido evitar con el empleo de la diligencia ordinaria".
Esta norma ha sido la fuente de las siguientes normas del Código Civil en el marco de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones:
"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".
"Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario".
(23) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 572.
(24) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 933-934.
(25) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1063.

obtenible con la actividad del tercero"[26]. Este modelo de unificación es objetable porque une los argumentos que hemos objetado en los modelos de la obligación y de la garantía. Nuestra posición será diferente a la desarrollada por la doctrina según el marco teórico que formularemos al comentar los artículos a continuación.

DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Derecho civil, Hechos y actos jurídicos, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Diritto Civile, Obbligazioni e contratti, Ristampa, Volume 3, UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1996; BULLARD, Alfredo. La asimetría de la información. A propósito del dolo omisivo, en Contratación contemporánea, Teoría general y principios, Instituciones de Derecho Privado, Bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, Editorial Temis S.A., 1, Santa Fe de Bogotá, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, VI, Ristampa, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p. A., 1999; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, La propietà, VI, Ristampa, Giuffrè Editore, S.p. A., 2001; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, Traducción y Notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, Tomo II; BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli, 2002; CARRESI, Franco. Il contratto, en: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1987, Volume XXI, Tomo II; COLUSI, Vittorio en I contratti di prestazione d'opera o di servizi en Lineamenti di Diritto Privato, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani S.p.A., Padova, 2003; CHECCHINI, Aldo. La promessa del fatto del terzo (artículo 1381 C.C.), en, Il contratto in generale, Trattato di Diritto Privato, Volumen XIII, a cura di Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, Tomo V; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo III; DI MAJO, Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176, en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto- Delle obbligazioni, A cura di Francesco Galgano, Nicola Zanichelli S.P.A., Bologna, 1988; DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti, Terza edizione riveduta e aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil, Segunda edición actualizada aumentada, Gaceta Jurídica, Miraflores, 2003; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones, en Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Derecho de obligaciones, Primera edición, Gaceta Jurídica, Miraflores, 2004, Tomo VI; FORNO FLOREZ, Hugo. Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno, en Advocatus, Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima, Lima, Año III, Cuarta Entrega, 1992; FORNO FLOREZ, Hugo. Los efectos de la oferta contractual, en Ius et Veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VIII, N° 15; FRANZONI, Massimo. Il contratto e i terzi, en Trattato dei contratti, diretto da Pietro Rescigno, a cura di Enrico Gabrielli, Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, Torino, 1999, Tomo secondo; GALLO, Paolo. Istituzioni di Diritto Privato, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Napoli, 2003; W. N., HOHFELD, Conceptos jurídicos fundamentales, Traducción de Genaro R. Carrió, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1968; LEÓN, Leysser. La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos, A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung), en Ius et Veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Año XIII, N° 26, 2003; LUMINOSO, Angelo. I contratti tipici e atipici, en Trattato di Diritto Privato, al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1995; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1998; MORALES HERVIAS, Rómulo. Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato, A propósito de la reforma del Código Civil., en Advocatus, Nueva Época, Revista

(26) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1065.

editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 9, II, Lima, 2003; MORALES HERVIAS, Rómulo. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en Revista Jurídica del Perú, Año LIV, N° 55, Febrero, Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, 2004; PROTO PISANI, Andrea. Le tutele giurisdizionali dei diritti, Studi, Jovene Editore S. P.A., Napoli, 2003; ROPPO, Vincenzo. Il Contratto, en Trattato di Diritto Privato, A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile, Nona edizione, Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997; TERRANOVA, Giuseppe. La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semántica dell'obbligo, en Europa e Diritto Privato, Rivista Trimestrale, Fascicolo 2, Dott. A. Giuffrè S.p. A., Milano, 2002; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2004; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato, Quindicesima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 2003; ZATTI, Paolo. Le situazioni giuridiche en Linguaggio e regole del Diritto Privato, Nuovo manuale per i corsi universitari, Quarta edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003; ZATTI, Paolo en Le situazioni giuridiche en Lineamenti di Diritto Privato, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani S.p.A., Padova, 2003.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Promesa de la obligación no suerte efectos si no se ha pactado por las partes

{S}e advierte que el contrato denominado "Convenio de Auspicio" contiene diversas prestaciones, entre ellas, la acordada en la cláusula décima cuarta, en la cual las partes convinieron que la demandante sería el hotel oficial de la Copa Ericsson Perú 2000, lugar donde se hospedarían todos los tenistas del torneo {...}. En tal sentido, nos encontramos ante un contrato de auspicio, por el cual la demandante sería designada como el hotel oficial del campeonato, y a cambio de promocionar el evento recibiría publicidad, lo que efectivamente sucedió, como consta de la afirmación vertida por la demandada en la carta notarial {...}; asimismo de la citada clausula décima cuarta no se advierte que la emplazada se haya obligado a que todos los tenistas se alojaran en Suites El Golf Los Incas, sino que como promotores del evento les informarían de la tarifa preferencial acordada, ya que de haberse pactado como afirma la actora, se habría asumido una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como es, que todos los participantes se hospeden en el citado hotel, caso en el cual la emplazada como promitente se hubiera obligado a indemnizar a la demandante si todos los tenistas no se hospedaban en su hotel, ello conforme lo establece el artículo 1470 del Código Civil, situación que no se advierte del convenio de auspicio {...} pues no se ha pactado la indemnización que exige esta clase de contratos que obliga al promitente directamente con su contratante en caso que el tercero no se obligue, promesa que tendría que estar claramente establecida en el convenio de auspicio {...} ***(Cas. N° 975-2010-Lima).***

Carácter sustitutorio de la indemnización

Artículo 1471.- ***En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.***

Concordancias:
C.C. arts. 1321, 1470

RÓMULO MORALES HERVIAS

Para determinar la naturaleza jurídica del contrato con promesa del hecho de un tercero es necesario una reformulación de los conceptos de "derecho de crédito", "obligación", "derecho potestativo", "tutela jurídica sustancial", "resarcimiento" e "indemnización".

La situación jurídica subjetiva es la "situación, o posición, en que viene hallarse un sujeto, por efecto de la aplicación de una o más reglas de derecho[1]. Se llama, en general, *situación jurídica activa* aquella en que se halla la parte en ventaja, porque su interés está protegido por la relación, y *situación jurídica pasiva* aquella en que se halla la parte en desventaja, porque el interés es sacrificado"[2]. Un ejemplo nos puede ayudar a comprender estos conceptos. Por el contrato de hospedaje[3], el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución. El interés del hospedante de prestar alojamiento, alimentación y otros servicios está subordinado al interés del huésped de disfrutarlos pero el interés del huésped de pagar la retribución está subordinado al interés del hospedante de recibirla. Por el contrario, el interés del huésped de recibir la habitación en las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos tengan la calidad e higiene adecuados[4] es protegido en relación del interés del hospedante de prestarlos en tales condiciones. Como se puede observar, los sujetos ocupan posiciones como consecuencia de la realización o acaecimiento de hechos jurídicos y de la aplicación de las normas jurídicas. El contrato de hospedaje es un hecho jurídico que produce posiciones o situaciones jurídicas subjetivas. Nótese que el concepto de interés es fundamental para comprender las posiciones jurídicas de los sujetos. El "interés es en efecto necesidad de un bien, y el interés tutelado por el derecho se concreta en relación al bien idóneo para satisfacer tal interés"[5].

La "situación subjetiva de la persona, que es obligada a un cierto comportamiento (a hacer o a no hacer alguna cosa: deber positivo o negativo) se llama deber"[6] o la *"situación de la persona que debe tener un cierto comportamiento*; el que supone obviamente, que una norma

(1) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*, nuovo manuale per i corsi universitari, Quarta edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, p. 47. Para el autor la regla de derecho "es solo aquella que se forma en uno de los modos de producción previstos por el mismo sistema", y las "reglas que regulan los modos de producción de las normas de un sistema jurídico se llaman normas de producción". Ob. cit., pp. 7-8. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, p. 72.

(2) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 47.

(3) "Artículo 1713 del Código Civil peruano.- 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".

(4) "Artículo 1715 del Código Civil peruano.- 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".

(5) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, La propietà*, VI, Ristampa, Giuffrè Editore, 2001, p. 50.

(6) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 48.

jurídica califique la conducta de aquella persona como *obligatoria*"[7]. El hospedante está obligado a prestar al huésped albergue, alimentación y otros servicios normales y adecuados; y el huésped está obligado a pagar una retribución.

De otro lado, el derecho subjetivo indica la "*situación jurídica de un sujeto* a la cual una o más normas aseguran la *posibilidad de satisfacer un cierto interés* económico o moral; se habla por eso de **derecho subjetivo**: el concepto de derecho, así usado, resume el contenido de las normas desde el *punto de vista del sujeto*"[8]. El hospedante tiene el derecho de satisfacer su interés a través de la retribución y el huésped tiene el interés de disfrutar normales y adecuados alojamientos, alimentación y otros servicios.

El derecho de crédito es "una *pretensión a una 'prestación'* que se puede valorar desde el punto de vista económico"[9]. Así, el deudor "*debe* realizar un comportamiento al cual está obligado; se halla por eso en una situación de *deber* o de *obligación* (deudor *qui debet*, que debe)"[10]. Tal comportamiento es la prestación que "'*debe ser susceptible de valoración económica*', aunque el interés, que se trata de satisfacer, no sea en sí y por sí de naturaleza patrimonial"[11]. Además "debe repararse que, sí aceptamos que en toda obligación existe siempre comprendido un resultado útil para el acreedor, deberá aceptarse también entonces que el interés de este está centrado en dicha utilidad ante todo, por encima del esfuerzo que realice el deudor para procurarle dicha utilidad. La prestación sigue siendo entendida como un elemento vital en el concepto de obligación, pero ya no como fin de esta, sino como el instrumento de cooperación a través del cual se procura al acreedor el resultado útil esperado"[12]. De esta manera es insostenible aplicar la distinción de las obligaciones de medios y de resultados porque la obligación contiene como elementos a la prestación y al interés del acreedor. "Con el término de 'prestación' se tiene por eso consideración *a la obtención del resultado* (entendido como realización del interés creditorio) *pero* a través *del comportamiento finalizado del deudor*"[13].

Aquí podemos indicar que la relación jurídica es aquel vínculo entre situaciones jurídicas subjetivas[14]. Por ejemplo, la obligación de prestar al huésped albergue, alimentación y otros servicios normales y adecuados esta relacionado con el derecho de disfrutar normales y adecuados alojamientos. Y la obligación de pagar una retribución está vinculado con el derecho de satisfacer su interés a través de la retribución.

(7) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 72.

(8) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 51. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 78: "Sobre todo observamos que en todas las expresiones indicadas la palabra "Derecho" es usada para indicar una posición del sujeto: la situación jurídica de una persona a la cual una norma asegura la posibilidad de satisfacer un cierto interés económico o moral; se habla por eso de derecho subjetivo".

(9) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 54. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 83.

(10) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 55. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 85.

(11) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 56. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 85.

(12) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones", en: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Derecho de Obligaciones, 1ª edición, Tomo VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 861.

(13) DI MAJO, Adolfo. "Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176", en: *Commentario del Codice Civile* Scialoja-Branca, Libro quarto-Delle obbligazioni, a cura di Francesco Galgano, Nicola Zanichelli, Bologna, 1988, p. 116.

(14) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 10: "La relación jurídica puede ser definida como la síntesis de situaciones subjetivas correlativas".

"Hay casos en que a un sujeto le es atribuido un *poder* al cual *no le corresponde una obligación*, pero si una sujeción: vale decir que el titular, ejercitando su poder, no hace valer una pretensión, sino determina directamente una modificación, en su propia ventaja, en la situación jurídica de la contraparte"(15). El titular del derecho "tiene el poder de determinar un cambio de la situación jurídica, que la otra parte sufre"(16).

El derecho potestativo es un derecho subjetivo que tiene por contenido la posibilidad de modificar unilateralmente la esfera jurídica de otro sujeto, para la satisfacción de un interés propio. Este derecho potestativo funciona como una pretensión material o sustancial.

Los conceptos de derecho de crédito y derecho potestativo son distintos ya "que la doctrina moderna se ha encargado de esbozar con suficiente nitidez la diferencia entre la deuda o deber como situación jurídica subjetiva de desventaja y el correlativo derecho de crédito como situación jurídica subjetiva de ventaja, de un lado; y, del otro, la sujeción, que es otro tipo de situación jurídica subjetiva de desventaja y el derecho potestativo que es la correlativa situación jurídica subjetiva de ventaja. En efecto, el derecho de crédito –que es a su vez un tipo de derecho subjetivo, pero no el único– es una situación jurídica subjetiva de ventaja porque está concebido para procurar a su titular la satisfacción de un interés considerado jurídicamente relevante y que le sirve de presupuesto. Como todo derecho subjetivo, el crédito es una situación de ventaja activa porque confiere a su titular una facultad de obrar en los términos que más adelante esbozaremos. Sin embargo, el tipo de interés de que se trata no permite ser realizado con el puro obrar del titular del derecho, puesto que tal realización requiere necesariamente de la cooperación de la conducta de otro sujeto; por eso, el derecho de crédito no es una situación de ventaja autosuficiente. En consecuencia el ordenamiento prevé la creación de una situación jurídica subjetiva en aquel otro sujeto, situación que es de desventaja en tanto que coloca a su titular en una situación de necesidad consistente en realizar la conducta (prestación) que satisfará el interés del acreedor; en tanto que consiste en una necesidad de obrar, se trata de una situación subjetiva de desventaja activa. La facultad de obrar que el crédito le confiere al acreedor consiste en pretender y por tanto en exigir al deudor la realización de la conducta que satisfará el interés de aquel. La coordinación de estas dos situaciones jurídicas subjetivas configura la relación obligatoria. Por su parte, el derecho potestativo es también una situación jurídica subjetiva de ventaja en tanto que confiere a su titular una facultad en procura de la realización de un interés propio jurídicamente relevante. Tal facultad consiste en la posibilidad de obrar de manera que también se trata de un derecho subjetivo. Pero como el interés que sirve de presupuesto al derecho potestativo se realiza mediante la alteración de la realidad jurídica de otro sujeto, el ordenamiento reconoce dicha alteración como consecuencia del obrar del titular del derecho, de manera que este puede satisfacer su propio interés directamente mediante el ejercicio de su propio derecho; por eso se dice que el derecho potestativo es autosuficiente. En este orden de ideas, no se requiere que otro sujeto desarrolle un comportamiento para satisfacer el interés del primero, solo se requiere el reconocimiento por parte del ordenamiento de la alteración de su esfera jurídica como consecuencia del ejercicio del derecho por parte de su titular. En consecuencia la situación jurídica subjetiva de desventaja que se crea en el sujeto pasivo, no le impone deber alguno sino que lo somete inexorablemente a sufrir dicha alteración en el caso en que el titular del derecho decida ejercerlo y efectivamente lo haga; por esta razón esa situación se denomina de sujeción"(17).

(15) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 55.
(16) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 84.
(17) FORNO FLOREZ, Hugo. "Los efectos de la oferta contractual", en: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VIII, N° 15, pp. 183-197.

De lo desarrollado, consideramos que el derecho de crédito ni el derecho potestativo son facultades. La facultad "es por eso la *situación del sujeto que puede realizar lícitamente un acto* (al cual es lícito tener un comportamiento descrito de la norma)"[18]. Y poder es "por consiguiente la *situación del sujeto que puede realizar eficazmente un acto* (al cual le es otorgado de producir determinadas *consecuencias jurídicas*)"[19]. "*Facultad y poder* son por ello dos conceptos diversos: el primero indica la posición de aquel que puede realizar *lícitamente* un acto, el segundo la posición de quien puede realizar *eficazmente* un acto"[20]. Por ello se dice con acierto que la "facultad no es por tanto una situación jurídica subjetiva autónoma sino uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho: ella por eso forma parte del contenido del derecho mismo"[21]. Un ejemplo claro es el derecho de propiedad que es un derecho subjetivo según el cual el interés protegido está relacionado al ejercicio de las facultades de usar y de disfrutar sobre el bien.

Por otro lado, la tutela jurídica sustancial de situaciones jurídicas subjetivas es el mecanismo de protección de las situaciones jurídicas subjetivas que opera cuando tales situaciones se lesionan o estén en peligro. El titular de una situación jurídica subjetiva debe poder gozar de medios de tutela que protejan su posición jurídica cuando tal posición esté en peligro de lesionarse o cuando existe lesión efectiva de tal posición[22]. Este concepto hace referencia a una "gama muy amplia de *instrumentos de protección y actuación* de las *situaciones jurídicas subjetivas* (no solo derechos)"[23]. Este concepto tiene que ver con la efectividad del sistema jurídico, "es decir, la efectiva aplicación de las normas vigentes en el ordenamiento, y por eso de la efectiva realización de los equilibrios de los intereses que las reglas de derecho tienden a establecer"[24].

Estos remedios o mecanismos de tutela contienen el poder de pedir la protección efectiva cuando su posición jurídica está en peligro o ha sido lesionada. En este sentido la categoría de pretensión procesal es irrelevante jurídicamente. El concepto de tutela jurídica sustancial es diferente diametralmente al concepto del derecho de acción. El derecho de acción es un poder jurídico que se dirige al órgano jurisdiccional para reclamar la prestación de la función jurisdiccional y obtener un pronunciamiento (sentencia). Este derecho es autónomo a la situación jurídica subjetiva existente y es abstracto porque cualquiera puede poner en movimiento la función jurisdiccional. Asimismo, se dice que el derecho de acción contiene una pretensión procesal la cual es la afirmación de una situación jurídica subjetiva y la reclamación de un pronunciamiento judicial. En el fondo la pretensión procesal se reduce al poder jurídico que tiene el titular de una situación jurídica subjetiva cuando el ordenamiento jurídico le otorga mecanismos de protección. El derecho de acción no depende de la situación jurídica subjetiva ni tampoco está subordinado a esta. El derecho de acción es autónomo respecto a la situación jurídica subjetiva.

(18) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 49. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 73.

(19) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 49. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 74.

(20) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 49. ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 74.

(21) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 58.

(22) DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, Terza edizione riveduta e aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 4.

(23) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Linguaggio e regole del Diritto Privato*. Ob. cit., p. 121.

(24) ZATTI, Paolo. "Le situazioni giuridiche" en *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 187.

Siguiendo a una teoría que relaciona las potestades y sujeciones[25] es importante expresar que "entre poder y pretensión, entre sujeción y obligación no existe aquella señal que no se puede satisfacer plenamente, aquella contraposición que encontramos en el esquema conceptual de Hohfeld, ya que, en realidad, la única diferencia está dada por el hecho que la pretensión y la obligación están constituidas por poderes y sujeciones *potenciales*, que se combinan en una estructura compleja. Se piensa: aquí no se quiere sostener que el mencionado esquema es erróneo y debe ser abandonado. En efecto, no se puede negar, que entre obligación y sujeción existe la misma diferencia que encontramos entre la potencia y el acto. Y se comprende muy bien por qué motivo la pretensión aparece como un concepto muy diferente del poder en sentido estricto o de los denominados derechos potestativos: en el fondo, tal situación subjetiva activa es paradójicamente caracterizada por un estado de inercia (aun si es una inercia... llena de tensión) ya que el acreedor está destinado a "esperar" la prestación del deudor y solo en caso de incumplimiento puede reaccionar con los poderes (ciertamente que invaden la ajena esfera jurídica) concedidos por el ordenamiento. Sin embargo, los mencionados poderes no son nada diferentes de la pretensión: constituyen el contenido, ya están en ella, también en el estado potencial"[26].

Como se ha observado muy bien, en el fondo las tutelas jurídicas sustanciales tienen la estructura de "derechos potestativos sustanciales"[27].

Para entender los conceptos "resarcimiento" e "indemnización" es importante tener en cuenta lo siguiente:

> "En realidad, creo que si en algo se puede mejorar el lenguaje técnico entre nosotros, lo ideal sería utilizar "resarcimiento", como en italiano (*risarcimento*) únicamente para la reparación de un daño a título de responsabilidad civil, e "indemnización", como en italiano (*indennizo*, aunque la similitud sea menor), para las cantidades que se abonan, no por la comisión de un hecho ilícito, sino en virtud de los más diversos títulos (como la suma que se paga en virtud de un contrato de seguro, donde el origen de la obligación no es legal, ni tiene su raíz en la imputabilidad del daño al sujeto que paga, es decir, la compañía de seguros, sino la voluntad de las partes)"[28].

En efecto, la responsabilidad civil es una tutela jurídica cuya tarea es "*trasladar* un *daño* de un sujeto a otro"[29]. Por eso, la víctima tiene un derecho al resarcimiento frente a un deber de resarcimiento atribuido al causante del daño. Las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil[30] y la indemnización son de distinta naturaleza jurídica, y por eso en un caso el causante tendrá el deber de pagar el resarcimiento por los daños sufridos y en el otro caso existirá la obligación o la sujeción de pagar la indemnización.

(25) HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pp. 67-80.

(26) TERRANOVA, Giuseppe. "La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semántica dell'obbligo". En: *Europa e Diritto Privato*, Rivista Trimestrale, Fascicolo 2, Dott. A. Giuffrè, Milano, 2002, p. 549.

(27) PROTO PISANI, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti, Studi*, Jovene Editore, Napoli, 2003, p. 207.

(28) LEÓN, Leysser. "La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos, A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)", en: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XIII, N° 26, Lima, 2003, p. 45.

(29) MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1998, p. 16.

(30) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones", en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV, N° 55, febrero, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 139: "Hay dos tipos de responsabilidad en el campo del Derecho privado. La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

Por ejemplo en el caso del seguro contra daños prevalece la función indemnizatoria. De esta manera, las reglas sobre el seguro están orientadas en el sentido de "impedir que el instrumento asegurador sea hábilmente manipulado para conseguir un enriquecimiento indebido"(31).

La "indemnización debida por el asegurador nunca puede superar el daño sufrido por el asegurado"(32).

"En el desarrollo de la relación rige el *principio indemnizatorio* según el cual el asegurador está obligado a indemnizar (el legislador usa el verbo resarcir pero impropiamente porque no se reconoce ningún ilícito) el daño sufrido por el asegurado como consecuencia del siniestro"(33).

Este principio indemnizatorio implica de "*tener indemne* al asegurado de una pérdida, el seguro no puede resolverse en una ganancia"(34). En efecto, "la indemnización debida al asegurador no puede en ningún caso superar la entidad del daño efectivamente sufrido"(35).

Por eso, es más propio denominar "derecho de resarcimiento" como aquel derecho que tiene la víctima en el régimen legal del Código Civil y "derecho de indemnización" el que tienen los beneficiarios del contrato de seguro.

DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Derecho civil, Hechos y actos jurídicos, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Diritto Civile, Obbligazioni e contratti, Ristampa, Volume 3, UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1996; BULLARD, Alfredo. La asimetría de la información. A propósito del dolo omisivo, en Contratación contemporánea, Teoría general y principios, Instituciones de Derecho Privado, Bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, Editorial Temis S.A., 1, Santa Fe de Bogotá, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, VI, Ristampa, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, La propietà, VI, Ristampa, Giuffrè Editore, 2001; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, Traducción y Notas de

La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones es la situación atribuida al deudor ante el incumplimiento de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación. Este supuesto está regulado en los artículos 1314 y siguientes del CC.

La responsabilidad aquiliana o extracontractual es la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra hechos jurídicos lesivos de la integridad de las situaciones jurídicas protegidas erga omnes por el ordenamiento. Este supuesto, también se le denomina responsabilidad 'aquiliana', en referencia a la lex Aquilia, aprobada por plebiscito no antes del 286 a.C. que sancionaba con penas pecuniarias las hipótesis de daños a las cosas de otros, y está normada en los artículos 1969 y siguientes del CC".

(31) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*, Ristampa, Volume 3, UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1996, p. 535.

(32) TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Quindicesima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 440.

(33) GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 1221. El autor critica el uso del verbo "resarcir" en lugar del verbo "indemnizar" que usa el legislador italiano en el artículo 1905 del Código Civil italiano: "Límites al resarcimiento.- El asegurador está obligado a resarcir en los modos y en los límites establecidos por el contrato, el daño sufrido por el asegurado como consecuencia del siniestro.

El asegurador responde del provecho esperado solo si se ha obligado expresamente".

Esta crítica es sustentable plenamente ya que la obligación de indemnización es el efecto que surge como consecuencia de la producción del daño en el asegurado.

(34) ZATTI, Paolo y COLUSI, Vittorio. "I contratti di prestazione d'opera o di servizi", en: *Lineamenti di Diritto Privato*. Ob. cit., p. 572.

(35) GALLO, Paolo. *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 364.

Derecho español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, Tomo II; BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli, 2002; CARRESI, Franco. Il contratto, en: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1987, Volume XXI, Tomo II; COLUSI, Vittorio en I contratti di prestazione d'opera o di servizi en Lineamenti di Diritto Privato, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003; CHECCHINI, Aldo. La promessa del fatto del terzo (artículo 1381 C.C.), en, Il contratto in generale, Trattato di Diritto Privato, Volumen XIII, a cura di Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, Tomo V; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo III; DI MAJO, Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176, en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto-Delle obbligazioni, A cura di Francesco Galgano, Nicola Zanichelli, Bologna, 1988; DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti, Terza edizione riveduta e aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil, Segunda edición actualizada aumentada, Gaceta Jurídica, Lima, 2003; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones, en Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Derecho de Obligaciones, Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, Tomo VI; FORNO FLOREZ, Hugo. Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno, en Advocatus, Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima, Lima, Año III, Cuarta Entrega, 1992; FORNO FLOREZ, Hugo. Los efectos de la oferta contractual, en Ius et Veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VIII, N° 15; FRANZONI, Massimo. Il contratto e i terzi, en Trattato dei contratti, diretto da Pietro Rescigno, a cura di Enrico Gabrielli, Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, Torino, 1999, Tomo secondo; GALLO, Paolo. Istituzioni di Diritto Privato, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003; W. N., HOHFELD, Conceptos jurídicos fundamentales, Traducción de Genaro R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968; LEÓN, Leysser. La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos, a propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung), en Ius et veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Año XIII, N° 26, 2003; LUMINOSO, Angelo. I contratti tipici e atipici, en Trattato di Diritto Privato, al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1995; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1998; MORALES HERVIAS, Rómulo. Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato, a propósito de la reforma del Código Civil., en Advocatus, Nueva Época, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 9, II, Lima, 2003; MORALES HERVIAS, Rómulo. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en Revista Jurídica del Perú, Año LIV, N° 55, Febrero, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004; PROTO PISANI, Andrea. Le tutele giurisdizionali dei diritti, Studi, Jovene Editore, Napoli, 2003; ROPPO, Vincenzo. Il Contratto, en Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile, Nona edizione, Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997; TERRANOVA, Giuseppe. La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semántica dell'obbligo, en Europa e Diritto Privato, Rivista Trimestrale, Fascicolo 2, Dott. A. Giuffrè, Milano, 2002; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato, Quindicesima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003; ZATTI, Paolo. Le situazioni giuridiche en Linguaggio e regole del Diritto Privato, Nuovo manuale per i corsi universitari, Quarta edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003; ZATTI, Paolo en Le situazioni giuridiche en Lineamenti di Diritto Privato, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003.

Pacto de la indemnización

Artículo 1472.- ***Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.***

Concordancia:
C.C. art. 1341

RÓMULO MORALES HERVIAS

En la promesa del hecho de un tercero "es admisible que el monto de la indemnización sea predeterminado en la promesa o sea limitado al máximo, como es en algunos modelos de *lettre de patronage*"(1).

La promesa del hecho de un tercero es un contrato entre el promitente y el promisario. El tercero no es parte en este contrato y por eso no está obligado frente al promitente ni al promisario. El contrato "es funcional a la exigencia merecedora de protección de predisponer un conjunto de intereses obviamente eficaz *inter partes* (por eso plenamente congruente respecto al señalado canon de la relatividad de los efectos contractuales) en todo o en parte 'subordinado' (en sentido atécnico) al comportamiento de un tercero"(2). Esta subordinación puede hacernos pensar que estamos en una situación jurídica subjetiva, diferente a la obligación, denominada "sujeción" que por el contrario es un término totalmente técnico.

Si el tercero no realiza el hecho, "la única consecuencia de la *promesa de la obligación o del hecho del tercero* será esta: deberé indemnizar a quien he hecho la promesa, aun cuando haya empleado todo medio para inducir al tercero"(3).

"El presupuesto que justifica la indemnización como sanción legal de la promesa está, por lo tanto, en una suerte de *intercambio* entre promesa y prestación del promisario, o, más exactamente, en una *reciprocidad* de sacrificios económicos, derivada de una elección consciente"(4). Según esta concepción, es perfectamente distinguible la indemnización y el resarcimiento. En el caso de la promesa del hecho del tercero hay "*la obligación de indemnizar*, que implica la *restitución* de una parte de la riqueza gastada o perdida por el promisario por la iniciativa emprendida y que constituye el efecto legal de la declaración, una vez verificada la *ausencia del hecho ajeno*, y el *resarcimiento*, que representa el valor del daño, que comprende todas las consecuencias (inmediatas y directas) derivadas del incumplimiento de

(1) FRANZONI, Massimo. "Il contratto e i terzi", en *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno, a cura di Enrico Gabrielli, UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Tomo secondo, Torino, 1999, p. 1072. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil, hechos y actos jurídicos*, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2, p. 1018 de la nota 29: "En especial, sobre las 'letras de patrocinio' (lettres de patronage), como documentos por medio de los cuales una sociedad matriz asume compromisos para con un banco con respecto a una sociedad-filial, en el acto de la estipulación de un contrato bancario (por ejemplo: una apertura de crédito)".

(2) CARRESI, Franco. "Il contratto", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, Volume XXI, Tomo II, p. 670.

(3) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 512.

(4) CHECCHINI, Aldo. "La promessa del fatto del terzo (art. 1381 C.C.)", en: *Il contratto in generale, Trattato di Diritto Privato*, Volumen XIII, a cura di Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, Tomo V, p. 397.

una obligación de *hacer*, daño que podrá ser resarcido según las reglas del ilícito contractual solo si el promitente es *responsable*, porque, con culpa o con dolo, ha impedido el evento"[5].

Este argumento puede ser objetado en el sentido que en el fondo estamos en un supuesto de responsabilidad objetiva como se establece en el caso de las garantías implícitas que debe prestar el proveedor frente al consumidor[6] o en las mal denominadas "obligaciones de saneamiento". Por eso, ahora se entiende cuando se dice que "la doctrina más avanzada ha ido perfilando la llamada prestación de garantía revitalizando el concepto romano del *praestare* (que concibieron los romanos al lado del *dare* y del *facere)* para aglutinar a toda esta nueva categoría de relaciones caracterizados por la atribución de una garantía por riesgos (que algunos como BARASSI llaman garantías impropias) dentro de las cuales se incluyen, por ejemplo, aquellas a que se refieren los artículos 1212[7], 1213[8], 1438[9] así como las que nuestro código conoce con el nombre de Obligaciones de Saneamiento (artículos 1484 y ss.)[10]".

Debemos establecer con claridad que tanto en la responsabilidad objetiva por infracción de la normativa de protección al consumidor como las "obligaciones de saneamiento"[11] no son comparables con la naturaleza jurídica del contrato de promesa del hecho de un tercero.

(5) CHECCHINI, Aldo. Ob. cit., pp. 419-420.

(6) "Artículo 104 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571.- El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.
El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.
En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18".
BULLARD, Alfredo. "La asimetría de la información. A propósito del dolo omisivo", en *Contratación contemporánea, teoría general y principios, Instituciones de Derecho Privado*, bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, Editorial Temis, 1, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 317: "No importa que sabía y que calló el proveedor; siempre será responsable por los daños que sus productos causen". En un sentido distinto: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 2ª edición actualizada aumentada, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 118: "La responsabilidad objetiva administrativa, para la Ley de Protección al Consumidor, no es más que una presunción *iuris tantum* de responsabilidad (a la cual no se le ha dado un término feliz) que puede ser disuelta, no solo acreditando los supuestos de ruptura del nexo causal, sino también, probando que el proveedor (en el caso de prestación de servicios) actuó utilizando la diligencia requerida. Por lo tanto, es cosa bien diversa de la responsabilidad objetiva diseñada en el Código Civil".

(7) "Artículo 1212 del Código Civil peruano.- El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto".

(8) "Artículo 1213 del Código Civil peruano.- El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto".

(9) "Artículo 1438 del Código Civil peruano.- 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".

(10) FORNO FLOREZ, Hugo. "Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno", en *Advocatus*, Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima, Lima, año III, cuarta entrega, 1992, p. 50; por eso expresa que el "riesgo, en efecto, consistía precisamente en que el evento temido podía ocurrir en daño del promisario, y a la indemnización fue pactada para mantenerlo indemne en esa eventualidad y por ello no puede hablarse de imposibilidad sobrevenida ni de causa no imputable".

(11) LUMINOSO, Angelo. "I contratti tipici e atipici", en *Trattato di Diritto Privato*, al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 120: "El fundamento de tal especial responsabilidad

Tampoco podemos asimilarlo al contrato de seguro[12]. En tales supuestos debe producirse un daño para que se produzcan las protecciones al consumidor, al comprador y al asegurado. Pero en el contrato de promesa del hecho de un tercero es indiferente que se produzca un daño y por ello es erróneo decir que existe una "prestación de garantía", simplemente lo que otorga el ordenamiento jurídico al promisario es una tutela jurídica sustancial denominada indemnización por la no realización del hecho de un tercero al igual como las garantías normadas en los artículos 1212, 1213 y 1438 del Código Civil.

La promesa del hecho de un tercero es un contrato por el cual el promitente asume el riesgo frente al promisario que el tercero hará un hecho. Esta promesa es una garantía que asume el promitente como consecuencia de la naturaleza jurídica del contrato del hecho de un tercero el cual es un contrato autónomo de garantía. Este contrato es parte de la relación entre poder (derecho potestativo de indemnización) y sujeción: "Naturalmente, tales sujeciones y poderes se desarrollan en el tiempo, ya que presuponen la falta de colaboración del deudor, o la verificación de otros hechos (la insolvencia) que pueden modificar el régimen de las modificaciones jurídicas normado al servicio del acreedor. Precisamente por esto, para describir las características de una relación, es necesario examinarla en una perspectiva diacrónica en la cual las situaciones subjetivas elementales, de poder y de sujeción, se actualizan, al verificarse determinadas condiciones que las hacen concretas"[13].

En el caso que no se efectúe el hecho del tercero, el promitente está en una situación de sujeción de asumir el pago de una indemnización en el monto del valor económico del coste del hecho del tercero. Nótese que el pago que debe realizarse no es a título de "resarcimiento" porque no ha incumplido ninguna obligación. La indemnización no tiene ningún punto de contacto con el resarcimiento de los daños que el promisario sufra como consecuencia de la no ejecución del hecho por parte del tercero Por el contrario, el promisario tendrá un derecho potestativo de exigir el pago de la indemnización en el caso que el tercero no haga el hecho aunque no haya sufrido un daño. El promitente estará en una situación jurídica de sujeción cuando el promisario ejercite su derecho potestativo de indemnización el cual es en el fondo una tutela jurídica sustancial.

DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Derecho civil, Hechos y actos jurídicos, Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I, Volumen 2; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Diritto Civile, Obbligazioni e contratti, Ristampa, Volume 3, UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1996; BULLARD, Alfredo. La asimetría de la información. A propósito del dolo omisivo, en Contratación contemporánea, Teoría general y principios, Instituciones de Derecho Privado, Bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, Editorial Temis S.A., 1, Santa Fe de Bogotá, 2000; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, VI, Ristampa, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, La propietà, VI, Ristampa, Giuffrè Editore, 2001; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, Traducción y Notas

está determinado por la objetiva inactuación o imperfecta actuación del efecto traslativo, derivada de anomalías preexistentes a la compraventa".

(12) FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. cit., p. 50: "El contrato de seguro de crédito (tipo muy parecido a la fianza) y el seguro en general, así como el saneamiento son formas de actuar la función de garantía. El contrato de promesa es también un tipo de contrato de garantía".

(13) TERRANOVA, Giuseppe. "La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semántica dell'obbligo", en *Europa e Diritto Privato*, Rivista Trimestrale, Fascicolo 2, Dott. A. Giuffrè, Milano, 2002, p. 549.

de Derecho español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, Tomo II; BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002; CARRESI, Franco. Il contratto, en: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Continuato da Mengoni, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1987, Volume XXI, Tomo II; COLUSI, Vittorio en I contratti di prestazione d'opera o di servizi en Lineamenti di Diritto Privato, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani S.p.A., Padova, 2003; CHECCHINI, Aldo. La promessa del fatto del terzo (artículo 1381 C.C.), en, Il contratto in generale, Trattato di Diritto Privato, Volumen XIII, a cura di Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, Tomo V; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo III; DI MAJO, Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176, en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto-Delle obbligazioni, A cura di Francesco Galgano, Nicola Zanichelli S.p.A., Bologna, 1988; DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti, Terza edizione riveduta e aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil, Segunda edición actualizada aumentada, Gaceta Jurídica, Lima, 2003; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones, en Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Derecho de Obligaciones, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, Tomo VI; FORNO FLOREZ, Hugo. Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno, en Advocatus, Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima, Lima, Año III, Cuarta Entrega, 1992; FORNO FLOREZ, Hugo. Los efectos de la oferta contractual, en Ius et veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VIII, N° 15; FRANZONI, Massimo. Il contratto e i terzi, en Trattato dei contratti, diretto da Pietro Rescigno, a cura di Enrico Gabrielli, Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, Torino, 1999, Tomo secondo; GALLO, Paolo. Istituzioni di Diritto Privato, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Napoli, 2003; W. N., HOHFELD, Conceptos jurídicos fundamentales, Traducción de Genaro R. Carrió, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1968; LEÓN, Leysser. La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos, a propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung), en Ius et veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Año XIII, N° 26, 2003; LUMINOSO, Angelo. I contratti tipici e atipici, en Trattato di Diritto Privato, al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1995; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1998; MORALES HERVIAS, Rómulo. Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato, a propósito de la reforma del Código Civil., en Advocatus, Nueva Época, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 9, II, Lima, 2003; MORALES HERVIAS, Rómulo. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en Revista Jurídica del Perú, Año LIV, N° 55, Febrero, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004; PROTO PISANI, Andrea. Le tutele giurisdizionali dei diritti, Studi, Jovene Editore, Napoli, 2003; ROPPO, Vincenzo. Il Contratto, en Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del Diritto Civile, Nona edizione, Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997; TERRANOVA, Giuseppe. La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semántica dell'obbligo, en Europa e Diritto Privato, Rivista Trimestrale, Fascicolo 2, Dott. A. Giuffrè, Milano, 2002; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato, Diciassettima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato, Quindicesima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003; ZATTI, Paolo. Le situazioni giuridiche en Linguaggio e regole del Diritto Privato, Nuovo manuale per i corsi universitari, Quarta edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003; ZATTI, Paolo en Le situazioni giuridiche en Lineamenti di Diritto Privato, Nona edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003.

TÍTULO XII
CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR

Contrato por persona a nombrar. Definición

Artículo 1473.- *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.*

La reserva de nombramiento no procede en los casos en que no es admitida la representación o es indispensable la determinación de los contratantes.

Concordancias:
C.C. arts. 145, 1421

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

1. Preliminar: ¿contrato o estipulación contractual?

Curiosamente, lo primero que se debe decir del llamado contrato por persona a nombrar es que no existe o, por lo menos, que no existe como un contrato independiente cuyo objeto se limite a designar a un tercero y constituirlo en parte, sin hacer una referencia concreta a un conjunto de derechos y obligaciones que serían, finalmente, la fuente que justifica la existencia de la figura.

A pesar que el *nomen iuris* otorgado a la institución bajo análisis pareciera decir lo contrario, es claro que el legislador ha pretendido referirse a una estipulación contractual que se puede incluir en diversos contratos. Esta consistiría en la reserva del derecho de designar a una tercera persona que asumiría todos los derechos y obligaciones derivados del negocio, reserva que puede ser efectuada por una o por ambas partes.

No resulta reiterativo, entonces, entender que nos encontramos ante un pacto de naturaleza accesoria que se puede incluir en una variedad de contratos y no ante un contrato particular nominado de esta manera, como erróneamente podría concluirse (BIANCA, DE LA PUENTE).

Sin perjuicio de lo indicado, es posible considerar como un contrato por persona a nombrar, a todo contrato que incluya la estipulación a la que hemos hecho referencia. Así, podemos hablar de una compraventa, una permuta o una prestación de servicios por persona a nombrar. Debe notarse, sin embargo, que lo que caracterizaría a cada contrato sería su propia naturaleza, siendo que el hecho de que se pacte por persona a nombrar resultaría importante pero siempre accesorio.

2. Utilidad de la estipulación

Dado que las instituciones jurídicas son exclusivamente medios para facilitar la interrelación social, deben contar con un determinado nivel de utilidad que justifique su incorporación a un ordenamiento particular. De lo contrario, resultarían por demás ociosas.

Precisamente, se ha justificado la inserción de esta figura en el Código Civil por cuanto a una de las partes puede no interesarle necesariamente mantener dicho estatus, por lo que se plantea la posibilidad de designar a una persona que asumirá sus derechos y obligaciones.

Asimismo, se entiende que la estipulación será útil en todos aquellos casos en que el interesado real, el *amici*, no desea aparecer como parte al momento de celebrar el contrato, cuestión que se puede deber a las más diversas circunstancias (CÁRDENAS).

No cabe duda que la institución bajo comentario es sumamente útil dado que permitiría, por ejemplo, que el estipulante pueda celebrar el contrato asumiendo tan solo la posición de intermediario. Además, en cualquier caso se reducirían los gastos de una doble transferencia de la titularidad materia del contrato (SCOGNAMIGLIO).

3. ¿Es posible celebrar cualquier contrato con la estipulación "por persona a nombrar"?

Hemos mencionado que se puede considerar contrato por persona a nombrar, a todo contrato que incluya la estipulación en cuestión. Por supuesto, esta afirmación no lleva consigo ningún afán generalizador, sobre todo si consideramos que no todo contrato puede contener una estipulación de esta naturaleza.

Como indicamos, el hecho que un negocio en particular se configure como un contrato por persona a nombrar es accesorio. Lo principal es el tipo de contrato que se está celebrando, sea una compraventa, una permuta, un arrendamiento, etc. La estipulación "por persona a nombrar" estará sujeta al tipo de contrato ante el cual nos encontremos. De esta manera, la posibilidad de incluir la referida figura estará condicionada por la naturaleza del contrato al que se pretenda anexar.

Bajo esta premisa, será necesario evaluar la importancia de la fungibilidad del estipulante, lo que nos lleva, finalmente, a ver si es posible que el *amici*, el tercero, puede reemplazarlo válidamente sin afectar la ejecución del contrato.

Precisamente, es la fungibilidad del estipulante la que nos lleva a cuestionarnos la posibilidad de insertar la estipulación en aquellos contratos que, por su propia naturaleza, deban ser ejecutados *intuitu personae,* ya que en estos son las particularidades del contratante, su propia persona y sus atributos, las que son tomadas en cuenta y determinan finalmente la celebración del contrato. En principio, por tanto, el referido carácter y la posibilidad de establecer la cláusula son contradictorios. O se tiene en cuenta lo uno o lo otro. Por supuesto, el pacto de la cláusula "por persona a nombrar" determinaría que, para las partes (y principalmente para el acreedor), el carácter personalísimo a tener en consideración en la etapa de cumplimiento obligacional no es tan relevante.

En el mismo orden de ideas, en los casos en que el carácter *intuitu personae* es, más bien, convencional, sería contradictorio establecer la cláusula, salvo en aquellos casos en que el mencionado carácter haya sido importante para la contratación mas no determinante para llevarla a cabo.

Por otro lado, el mismo problema de la fungibilidad del eventual estipulante podría plantearse respecto de contratos cuyo objeto sea regular, modificar, o extinguir una relación jurídica preexistente. Dado que el contenido de estos se encuentra sujeto al contrato que dio origen a la relación jurídica que vincula a las partes, por lo que podrían llamarse contratos de segundo rango o grado, no sería posible celebrarlos insertando la estipulación "por persona a nombrar." Estos contratos, debido a su vocación regulatoria, solo podrían afectar a las partes de la relación jurídica a regular, debido a que su propia condición determina la

imposibilidad de reemplazo de las partes. Considerar lo contrario nos llevaría a afirmar que estando dos sujetos vinculados por una relación jurídica generada por un primer contrato, una modificación de esa relación solo afectaría a uno de ellos y a un tercero, lo que resultaría absurdo (VISINTINI).

Es conveniente acotar, por su parte, que usualmente se ha entendido que la estipulación bajo comentario solo puede pactarse en los contratos con prestaciones recíprocas. Esto se ha pretendido justificar en la afinidad que existiría entre el llamado contrato por persona a nombrar y la cesión de posición contractual, o en el hecho de que en un contrato con prestación a cargo de una sola de las partes, el contratante supérstite podría verse perjudicado con la sustitución. Resulta claro que ninguno de dichos argumentos es lo suficientemente sólido. Así, la cesión de posición contractual y el llamado contrato por persona a nombrar tienen caracteres distintos que no justificarían un tratamiento similar. Asimismo, el riesgo de verse perjudicado con la sustitución no se minimiza por encontrarnos ante un contrato con prestaciones recíprocas. Es por lo anterior que consideramos que la estipulación "por persona a nombrar" podría pactarse, tanto en contratos con prestaciones recíprocas, como en aquellos con prestación a cargo de una sola de las partes. (VISINTINI; Cfr. DE LA PUENTE).

4. Problemática de la naturaleza del llamado contrato por persona a nombrar

Tradicionalmente, se ha pretendido entender al llamado contrato por persona a nombrar como un supuesto de representación, al considerarse que el estipulante, quien deja para sí la facultad de designar al tercero que asumirá los derechos y obligaciones emanados del contrato, actúa como representante de este último, independientemente de que tenga un poder o no (GALGANO). Se entendería, por tanto, que quien contrata en estos casos no lo hace sino a nombre de un tercero, el representante, que es en principio desconocido. En esta medida es que se hace referencia a la representación de una persona incierta (SCOGNAMIGLIO).

La tesis anterior no ha estado libre de duras críticas. Así, se ha considerado que el acto de reserva de designación no hace que el estipulante se aleje del contrato. Ciertamente, su estatus de parte se mantendrá incólume mientras no ejercite su derecho de designar al tercero que lo reemplazará. Es con la mentada designación, y con la correspondiente aceptación del tercero, que se entenderá realizada la sustitución con efectos retroactivos. Mientras no se realice la misma, y cabe la posibilidad de que nunca se llegue a realizar, los efectos emanados del contrato recaerán en la esfera jurídica del estipulante (BIANCA).

A la observación anterior se puede agregar que considerar al contrato en cuestión como un caso de representación, dejaría de lado todos aquellos supuestos en que, sin existir un poder previo, se establece la reserva basada en la mera expectativa del estipulante de encontrar a un tercero a quien transferir su posición contractual.

Por otro lado, se encuentra la postura que sostiene que el contrato por persona a nombrar viene a ser un contrato con sujeto alternativo y con efecto alternativo. En esta medida, el carácter alternativo estaría dado por una suerte de condición resolutoria implícita relativa a la determinación final del estatus del estipulante y, curiosamente, por una condición suspensiva relativa a la consagración del estatus de parte de la persona a determinar. Se plantea, de esta forma, que en caso se efectúe la designación del tercero, este asumirá con efecto retroactivo los derechos y obligaciones emanados del contrato, mientras que en caso no ocurriese la

designación el contrato quedará firme, también con efecto retroactivo, siendo que las partes, en definitiva, serían los contratantes originarios (MESSINEO).

El cuestionamiento a esta última idea es rotundo: la condición, como modalidad del negocio jurídico, afecta a este en su integridad. No podemos hablar de una condición suspensiva que solo lo sea para un aspecto parcial del negocio y, mucho menos, que otro aspecto esté sujeto, a su vez, a una condición resolutoria. No podría, entonces, afectar solo la condición de parte del estipulante (DE LA PUENTE).

Lo que ocurriría en el caso del llamado contrato por persona a nombrar, es que se pone en claro que la calidad de parte en el contrato quedará sometida a la elección que el propio estipulante haga. En otras palabras, este último, al haberse pactado la reserva de designación, puede optar por mantenerse en el contrato o determinar que un tercero asuma su posición al interior del mismo (CÁRDENAS, DE LA PUENTE).

Lo indicado anteriormente es lo que marcaría la diferencia con el contrato a favor de tercero, figura que genera efectos tanto para el estipulante de dicho contrato como para el tercero siendo, además, que este último nunca forma parte del mencionado contrato. En un contrato por persona a nombrar los efectos recaen de manera excluyente o en el estipulante o en el tercero que, finalmente, pasa a formar parte de la relación contractual.

5. Sobre la reserva de nombramiento

5.1. Contenido de la norma

La esencia de la estipulación "por persona a nombrar", radica en la facultad que se otorga al estipulante de designar a la persona que asumirá sus derechos y obligaciones, facultad que se manifiesta con la reserva de nombramiento. Conforme a lo establecido en la norma bajo comentario, se puede acordar que cualquiera de las partes haga la mencionada reserva. El carácter genérico de la redacción del artículo 1473 nos lleva a entender que incluso cabe la posibilidad de que cada una de las partes, en paralelo, formule la reserva. Importará en todo caso, como hemos ya mencionado, el grado de fungibilidad de cada una de las partes (DE LA PUENTE).

Por su parte, en lo que concierne al momento de determinación del tercero, la norma parecería establecer que corresponde identificar al *amici* en un momento posterior a la celebración del contrato. Entender esto, podría llevarnos a concluir que, en estricto, no podría identificarse al tercero desde el momento de la celebración del referido negocio, aun cuando se efectuase la subrogación en un momento posterior.

A pesar de lo anterior, no existe una razón suficiente para descartar esta última posibilidad, esto es, para que no haya reserva de la identidad del tercero. De hecho, podrían considerarse diversas razones que justifiquen que el estipulante identifique al *amici* desde la celebración del contrato como, por ejemplo, el hecho de que su contraparte tenga alguna razón para no vincularse con él. Ciertamente, esta última hipótesis no se correspondería con el *nomen iuris* otorgado a la figura. Sin embargo, no debemos olvidar que las instituciones jurídicas son solo medios que facilitan la interrelación social antes que construcciones dogmáticas. Así, en este caso, lo importante es la eventual designación del tercero como parte en el contrato antes que la reserva de su identidad, por lo que considerar como viable esta posibilidad no desnaturalizaría la institución (DE LA PUENTE; Cfr. COSSÍO).

5.2. Improcedencia de la reserva

Es en el segundo párrafo del artículo 1473 que se establece que la reserva de nombramiento no procede en aquellos casos en que no es admitida la representación o es indispensable la determinación de los contratantes.

Considerar la improcedencia de la reserva en los casos en que no es admitida la representación, parecería tener su origen en otorgarle al contrato que contiene la estipulación, la referida naturaleza. Lo que ocurriría, en este entendido, es que el estipulante, con poder del tercero, celebra un contrato reservándose, precisamente, la posibilidad de designarlo con posterioridad con el fin de que asuma sus derechos y obligaciones.

A pesar de ello, entender que el llamado contrato por persona a nombrar es un supuesto de representación, no solo es apreciar parcialmente la figura sino también desnaturalizarla. Por este motivo, el propio legislador ha aclarado que la referencia normativa a la representación no implica una toma de posición respecto a la naturaleza de la institución bajo comentario, más aún, cuando esta última puede existir sin que haya de por medio una relación previa entre el estipulante y el tercero. En este sentido, el propósito de la referencia a la representación sería excluir la posibilidad de estipular la reserva de nombramiento, en aquellos casos en que tampoco sea posible que el negocio en particular sea celebrado por medio de un representante (CÁRDENAS).

La norma establece, finalmente, que la reserva de nombramiento no procederá en los casos en que sea indispensable la determinación de los contratantes. Esto, como ya mencionamos, esta íntimamente relacionado con la fungibilidad de las partes al interior del contrato. Así, el legislador entiende que no procederá la reserva de nombramiento en todos aquellos casos en que las partes en el contrato, naturalmente o por pacto, no puedan transferir a un tercero sus derechos y obligaciones sin desnaturalizar la figura. Como hemos visto, el impedimento no solo abarcaría el caso de los contratos celebrados *intuitu personae* sino, además, todos aquellos supuestos en que la mencionada fungibilidad de las partes no concurra (CÁRDENAS; Cfr. DE LA PUENTE).

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, Contratos: Parte general; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Giuffrè. Milano, 1984, Il Contratto; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Contrato por persona a nombrar. En: AA.VV. Biblioteca para leer el Código civil, Volumen II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; CARRESI, Franco. Contratto per persona da nominare. En: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Tomo X, Varese; COSSÍO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1975; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Diritto Civile e Commerciale, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1990; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obligación-Dei contratti in generale, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980; PRIORI, Giovanni. Apuntes sobre el contrato por persona a nombrar. En: Advocatus, N° 3, Lima, 2000; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales, Lima, 1985; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991; VISINTINI, Giovanna. El contrato por persona a nombrar en el ordenamiento jurídico italiano. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Ara Editores, Lima, 2003.

Comunicación de la declaración de nombramiento

Artículo 1474.- ***La declaración de nombramiento debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder de veinte días, contados a partir de la fecha de celebración del contrato.***

La declaración de nombramiento no tiene efecto si no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada.

Concordancias:
C.C. arts. 1373, 1374, 1475, 1476

Javier Pazos Hayashida

La estipulación "por persona a nombrar", conforme a lo establecido en el artículo 1473, trae consigo la posibilidad de que sea designado, en el lugar del estipulante, un tercero que asuma los derechos y obligaciones de este. Esta posibilidad se hace tangible mediante la declaración de nombramiento del tercero, la *electio amici*, que se hace efectiva con la aceptación de este último.

1. Acerca de la declaración de nombramiento

Se considera que la declaración de nombramiento constituye un negocio jurídico unilateral de carácter puro y simple plasmado por el estipulante que determina que opere, con efecto retroactivo, la cesión de sus derechos y obligaciones al tercero designado (BIANCA, DE LA PUENTE).

Bajo esta premisa, puede considerarse que el estipulante designe a una persona, o incluso a varias, para que asuman sus derechos y obligaciones al interior del contrato. Como excepciones a esto se pueden considerar el que se haya excluido en el contrato la posibilidad de designar a una persona en particular (por ejemplo, un competidor de la contraparte) o a una pluralidad de sujetos (siendo solo posible designar a uno) o que, por la naturaleza de prestación materia del negocio en cuestión, no se pueda optar por ninguna de la posibilidades referidas (CARRESI).

Se puede hacer referencia a la curiosa posibilidad de que el estipulante se designe a sí mismo. Sin embargo, y dejando de lado el carácter ocioso y poco práctico del planteamiento, consideramos que, en ese caso, no nos encontraríamos ante una declaración de nombramiento dado que el estipulante ya forma parte del contrato por lo que designarse a sí mismo no generaría efectos sobre su propio estatus al interior de la relación contractual (además, sería absurdo considerar que su designación en ese caso opera con efecto retroactivo).

La potestad de designar a un tercero para que asuma los derechos y obligaciones de una de las partes es transferible, ya sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Por supuesto, en el primer caso, una vez transferida la potestad de designación, si el tercero (que ostenta la referida potestad) no efectúa el nombramiento, los efectos del negocio se mantendrán en la esfera jurídica del estipulante salvo que la transferencia en cuestión haya sido parte de una cesión de posición contractual o se haya pactado en contrario (DE LA PUENTE, PRIORI).

2. Oportunidad de la declaración

Se pretende que, una vez celebrado el contrato con la estipulación "por persona a nombrar," el período de incertidumbre relativo a quién será el sujeto sobre el que finalmente recaerán los efectos jurídicos del negocio dure el menor tiempo posible. En este sentido, el legislador ha establecido un período limitado dentro del cual la otra parte debe tomar conocimiento de la declaración de nombramiento. Nótese que, en la lógica del Código no es relevante el momento en que se efectúa la declaración sino, más bien, el momento en que esta es conocida por la contraparte.

De acuerdo a lo anterior, se ha considerado que la declaración en cuestión debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder de veinte días contados a partir de la fecha de celebración del contrato. Dada su naturaleza, se entiende que el mencionado es un plazo de caducidad (DE LA PUENTE).

Consideramos, por su parte, que el plazo establecido es entendido como un máximo. En este sentido, y dado que las partes pueden pactar por debajo del límite legal, solo operaría si no se ha establecido un plazo menor que, de igual forma, se computaría a partir de la celebración del contrato. Lo importante es que nos encontremos ante un plazo cierto, determinado, que no atente contra el verdadero sentido y utilidad de la institución (VISINTINI).

Queda claro que la declaración de nombramiento no tendría efectos si no es conocida por la otra parte. Así, su carácter recepticio permite que esta última tome conocimiento de la intención del estipulante de transferir efectivamente sus derechos y obligaciones al *amici*, ahora identificado con claridad.

Concordando la presente norma con el artículo 1374 del Código, se infiere que se dará por conocida la declaración de nombramiento emitida por el estipulante desde el momento en que la misma llegue a la dirección de la contraparte, a no ser que esta última pruebe haberse encontrado, sin culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Teniendo en cuenta lo indicado, puede inferirse que si la declaración de nombramiento no se realiza dentro del plazo establecido el contrato seguirá surtiendo efectos entre las partes contratantes quedando firme, en este sentido, ya que el estipulante habrá perdido su derecho a designar a un tercero.

3. Ineficacia de la declaración de nombramiento

En el segundo párrafo de artículo bajo comentario se establece que la declaración de nombramiento no tiene efecto si no es acompañada de la aceptación del *amici*. Resulta claro que es necesario que el tercero acepte asumir todos los derechos y obligaciones del estipulante para que pueda tomar su posición al interior del contrato. No podría considerarse que asuma el estatus de parte si es que no ha manifestado su voluntad en ese sentido (SCOGNAMIGLIO).

Desde la perspectiva de la contraparte esto resulta importante ya que, conociendo de la aceptación del tercero, asumirá certeramente que la declaración de nombramiento realmente surte todos sus efectos y que, por tanto, desde el momento en que toma conocimiento de ambos actos, declaración de nombramiento y la aceptación antes indicada, el *amici* se ha constituido en parte.

Nótese que el artículo parece indicar que es necesario que coincidan en el tiempo la comunicación a la otra parte de la declaración de nombramiento y la aceptación del tercero. Sin embargo, esto no tiene que ser necesariamente así. La aceptación del tercero podría establecerse en un acto previo del cual tomasen conocimiento las partes, como puede ser un poder (hipótesis expresamente contemplada en la legislación italiana). No hay una verdadera razón para descartar esta posibilidad, dado que, finalmente, los efectos serían los mismos (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE).

Aun cuando es claro, no es ocioso indicar que la referencia que hace el segundo párrafo a "acompañar" la declaración de nombramiento con la aceptación del tercero no quiere decir, de ninguna manera, que ambas declaraciones tengan que constar por escrito, lo que se desprende del texto del artículo 1475.

Por todo lo anterior, si la declaración de nombramiento no es sumada con la aceptación del tercero el contrato seguirá vinculando a las partes que originalmente lo celebraron. Lo mismo ocurrirá si el tercero rechaza su designación.

En paralelo se encuentra la problemática de la aceptación parcial del nombramiento por parte del *amici*. Entendemos que, en estos casos, la referida manifestación equivaldrá a un rechazo por lo que la declaración de nombramiento no surtirá efecto alguno. Lo mismo ocurrirá en los casos en que el estipulante designe a una pluralidad de sujetos ya que, aun cuando a un individuo se le estén atribuyendo solo parcialmente los derechos y obligaciones del estipulante, tiene que hacer una aceptación integral de la fracción que le corresponde. En caso contrario, no podríamos hablar de una aceptación *strictu sensu* (Cfr. PRIORI).

4. Comunicación al tercero

A pesar que el Código no lo menciona, resulta claro que es necesario que el *amici* conozca de su propio nombramiento. Esta declaración, aunque no tiene carácter constitutivo, es fundamental dado su carácter informativo. Definitivamente, si el *amici* no conoce de su nombramiento puede que sus intereses o los de su contraparte se perjudiquen, eventualmente, por su entendible inacción (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

A fin de minimizar los costos de la falta de información, se ha considerado que la comunicación al *amici* debe hacerse dentro del mismo plazo establecido para la comunicación a la otra parte. Sin embargo esto, en la práctica, pocas veces es posible ya que, naturalmente, la comunicación de la efectiva declaración de nombramiento es posterior a la propia declaración, salvo los casos en que el tercero y el *amici* se enteran al mismo tiempo de la manifestación de voluntad del estipulante (lo que no es la regla). No podríamos considerar, entonces, que la comunicación al tercero deba realizarse dentro del mismo plazo que el establecido para la propia declaración por cuanto esta última podría efectuarse en el último día del plazo, con lo que la comunicación al tercero se haría fuera del mismo (Cfr. ROMERO ZAVALA).

En este orden de ideas, consideramos, sencillamente, que la comunicación al *amici* de la declaración de nombramiento debe realizarse en un plazo prudencial una vez efectuada esta.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, Contratos: Parte general; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Giuffrè. Milano, 1984, Il Contratto; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Contrato por persona a nombrar. En: AA.VV. Biblioteca para leer el Código civil, Volumen

II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; CARRESI, Franco. Contratto per persona da nominare. En: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Tomo X, Varese; COSSÍO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1975; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Diritto Civile e Commerciale, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1990; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obligación-Dei contratti in generale, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980; PRIORI, Giovanni. Apuntes sobre el contrato por persona a nombrar. En: Advocatus, N° 3, Lima, 2000; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales, Lima, 1985; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991; VISINTINI, Giovanna. El contrato por persona a nombrar en el ordenamiento jurídico italiano. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Ara Editores, Lima, 2003.

Forma de la declaración de nombramiento y de su aceptación

Artículo 1475.- *La declaración de nombramiento y la aceptación por la persona nombrada deben revestir la misma forma que las partes hayan usado para el contrato, aunque no esté prescrita por la ley.*

Concordancias:
C.C. arts. 143, 144, 1411, 1413, 1425, 1474, 1476

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

1. La referencia normativa al contrato "base"

Teniendo en cuenta el principio de unidad contractual, el legislador ha considerado plasmar una norma como la presente, en la que se establece que la declaración de nombramiento y la correspondiente aceptación del *amici* deberán tener la misma forma del contrato celebrado entre las partes (CÁRDENAS).

No cabe duda que el artículo bajo comentario se remite al contrato, de cualquier tipo, celebrado entre el estipulante y su contraparte, y que incluya la estipulación "por persona a nombrar." Como se desprende del artículo 1473 del Código, la referida estipulación puede insertarse en los más diversos contratos (compraventas, permutas, arrendamientos, etc.) dentro de determinados parámetros. La referencia normativa, entonces, es a la forma de un contrato que goza de validez jurídica plena. Es obvio, que no se refiere a la forma de la cláusula que contenga la estipulación antes referida que, dado su carácter accesorio, mantiene la forma del principal (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

En este entendido, dependiendo de la naturaleza del contrato celebrado (en el que, de manera accesoria, se incluya la estipulación "por persona a nombrar"), nos encontraremos ante una forma u otra. Y esta puede ser el resultado de un mandato legal que sanciona su inobservancia con nulidad, una formalidad establecida *ad solemnitatem*, o producto del acuerdo de las partes, una formalidad establecida *ad probationem*. Es esta forma, legal o convencional, el referente normativo.

Sin embargo, entendemos que no es la validez del contrato celebrado lo que se encuentra en discusión. Así, la norma bajo comentario no establece un requisito adicional para la validez de llamado contrato por persona a nombrar. Se refiere a un requisito de forma de dos declaraciones posteriores a este y que, aunque vinculadas al mismo, pueden incluso no darse nunca sin que por esto quede mellada la validez del mentado negocio (Cfr. CÁRDENAS).

2. El requisito de forma *ad relationem*

El artículo 1475, como se desprende de lo indicado, contempla un requisito de forma *ad relationem*, tanto para la declaración de nombramiento como para la aceptación del mismo por parte del *amici*, por cuanto establece que cada una de las indicadas declaraciones de voluntad debe revestir la misma forma que el contrato que contiene la estipulación "por persona a nombrar." Esto se entiende dado el manifiesto vínculo entre este último y aquellas, esto es, en el primero encontramos, finalmente, la génesis de las segundas (VISINTINI).

La situación anterior es bastante clara en el caso de la declaración de nombramiento, efectuada por el estipulante, por cuanto es parte en el contrato y siendo que, mediante el

ejercicio de una facultad que el mismo negocio le otorga, pretende transferir todos sus derechos y obligaciones a un tercero lo que, finalmente, afectará la estructura del negocio.

Se discute, más bien, el hecho que la aceptación por parte del *amici* deba revestir la misma formalidad del contrato dado que, como tercero, el mencionado sujeto no es parte del mismo. A pesar de la observación, se ha considerado exigir la referida formalidad en este caso, de manera similar a lo que ocurre en el sistema italiano, teniendo en consideración que la declaración de nombramiento emitida por el estipulante no es suficiente para generar los efectos de la estipulación "por persona a nombrar", esto es, la sustitución del estipulante por el *amici*, sino que es necesaria la aceptación de este último. Por ello, por el carácter interdependiente de una declaración respecto de la otra, es que se considera que la aceptación del tercero debe revestir también la formalidad propia del contrato (MIRABELLI).

La norma peruana, a diferencia de su similar italiana, nada dice en relación a las exigencias de publicidad de determinados actos. El legislador italiano se ha planteado, en el artículo 1403 del Código Civil de su país, que si para ciertos efectos del contrato se requiere una forma de publicidad determinada, la misma será exigible tanto para la declaración de nombramiento como para la aceptación de la persona nombrada (SCOGNAMIGLIO). En el caso peruano esto no es un imperativo legal, sin embargo, nada impide que las partes acuerden someter la eventual declaración de nombramiento a determinadas exigencias de publicidad. Y, por su lado, aun cuando el *amici* no sea parte en el contrato, por las razones expuestas líneas arriba, su aceptación podrá sujetarse a las referidas exigencias.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, Contratos: Parte general; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Giuffrè. Milano, 1984, Il Contratto; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Contrato por persona a nombrar. En: AA.VV. Biblioteca para leer el Código civil, Volumen II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; CARRESI, Franco. Contratto per persona da nominare. En: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Tomo X, Varese; COSSÍO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1975; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Diritto Civile e Commerciale, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1990; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obligación-Dei contratti in generale, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980; PRIORI, Giovanni. Apuntes sobre el contrato por persona a nombrar. En: Advocatus, N° 3, Lima, 2000; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales, Lima, 1985; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991; VISINTINI, Giovanna. El contrato por persona a nombrar en el ordenamiento jurídico italiano. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Ara Editores, Lima, 2003.

Efectos de la declaración de nombramiento

Artículo 1476.- ***Si la declaración de nombramiento se hizo válidamente, la persona nombrada asume los derechos y las obligaciones derivadas del contrato, con efecto desde el momento de la celebración de este.***

En caso contrario o cuando no se efectúa la declaración de nombramiento dentro del plazo, el contrato produce efecto entre los contratantes originarios.

Concordancias:
C.C. arts. 1363, 1474, 1475

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

1. Apreciación preliminar

Celebrado un contrato con la estipulación "por persona a nombrar" y habiéndosele otorgado al estipulante la facultad de designar a un tercero para que asuma sus derechos y obligaciones, podemos encontrarnos ante diversos escenarios dependiendo de si el mencionado ha efectuado la declaración de nombramiento o no y, de haberla efectuado, de si se lo hizo válidamente o no. Se suma a esto considerar si el *amici* ha declarado su aceptación y si lo ha hecho, a su vez, de manera válida o no.

2. Consideraciones respecto al contenido del primer párrafo del artículo 1476

Si el estipulante ha efectuado la declaración de nombramiento conforme a lo establecido en los artículos 1474 y 1475, esto es, dentro del plazo de veinte días contados a partir de la fecha de celebración del contrato y revistiendo la misma forma que las partes hayan usado para este, además de los requisitos generales de todo negocio jurídico, nos encontraremos ante una declaración válidamente efectuada.

Empero, aun cuando el negocio en cuestión sea válido, para hacerlo eficaz se requiere de la aceptación del *amici*, también de conformidad con los artículos antes mencionados. Considerando esto, entendemos que el legislador yerra al otorgarle efectos directos a la mera declaración de nombramiento. Notamos, entonces, una contradicción entre el contenido de la norma bajo comentario y el segundo párrafo del artículo 1474.

Podría interpretarse que el legislador, en la presente norma, entiende la acepción "validez" en un sentido lato, pretendiendo englobar todos los factores que hagan que se manifieste, en la práctica, la institución. Sin embargo, dada la sistemática del Código en esta sección, no queda sino reiterar que validez y eficacia son dos fenómenos jurídicos distintos.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que el primer párrafo del artículo en cuestión se refiere de manera exclusiva a un supuesto: que el estipulante haya efectuado una declaración de nombramiento válida y que a esta se sume la aceptación del *amici*, también válidamente efectuada.

Quedan excluidos de la norma en cuestión, los casos en que, habiendo una declaración de nombramiento válida, la aceptación del tercero no se haya dado o, dándose, sea inválida ya que, en estos supuestos, no se dará la consecuencia que, de modo erróneo, se ha establecido de manera general.

3. Efectos de la conjunción de la declaración de nombramiento y su aceptación, válidamente efectuadas

Verificada la validez de la declaración de nombramiento emitida por el estipulante, así como la correspondiente validez de la aceptación de la misma por parte de la persona nombrada, esta última adquirirá, con carácter retroactivo, todos los derechos y obligaciones derivados del contrato y que eran propios del estipulante. En otras palabras, el *amici* derivará en parte material del contrato lo que se entenderá efectivo desde la fecha de celebración del referido negocio. Se aplica, así, lo que la doctrina italiana ha llamado principio de eficacia retroactiva del nombramiento (VISINTINI).

El carácter retroactivo de la figura, determina que el *amici* asuma todos los derechos, reales o personales, que se deriven del contrato o que hayan surgido entre la celebración del contrato y la efectiva cesión del estatus del estipulante como pueden ser, por ejemplo, los derechos sobre frutos o rentas. De igual modo se entenderá para el caso de las obligaciones, por ejemplo, los tributos.

Es importante tener en consideración que un contrato, por el solo hecho de contener una estipulación "por persona a nombrar" no está sujeto a condición suspensiva ni a ninguna figura análoga, por lo que no ha estado privado de eficacia en el lapso que media entre la celebración del referido negocio y la declaración de nombramiento. Así, los efectos del mismo se producen desde el momento de su celebración (BIANCA; Cfr. CARRESI, VISINTINI). Lo que ocurre es que el hecho que el *amici* asuma con carácter retroactivo el estatus de parte determina que dichos efectos se trasladarán a su esfera jurídica como si originariamente los hubiese asumido (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

Sin perjuicio de lo anterior, en la experiencia italiana se ha observado que, a pesar del carácter retroactivo otorgado a los efectos de la declaración de nombramiento, este no afectaría los plazos para interponer acciones de impugnación entendiéndose que estos se contarían a partir del día en que efectivamente el *amici* asume el estatus de parte. Resulta interesante la acotación en este sentido ya que solo desde ese momento el mencionado sujeto se encuentra en posibilidad material de proteger su estatus de parte (VISINTINI).

Por otro lado, y finalmente, debemos hacer referencia al supuesto en que el contrato originalmente no contenga la estipulación "por persona a nombrar" pero, mediante un negocio de segundo grado, se incorpore el referido acuerdo. Se ha indicado con claridad que, en estos casos, los efectos del nombramiento se retrotraerán no a la fecha de celebración del contrato, sino a aquella en que se agregó la estipulación mediante el negocio de segundo grado (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

4. Consecuencias de la falta de declaración de nombramiento, la invalidez de la misma, la falta de aceptación del tercero o la invalidez de esta última

Queda por dilucidar lo que ocurre cuando el estipulante no ha efectuado ninguna declaración de nombramiento dentro del plazo establecido o, efectuándola, esta sea inválida. A estos casos se pueden sumar aquellos en que, aun cuando se haya efectuado una declaración de nombramiento válida, el tercero no se haya pronunciado al respeto, haya rechazado manifiestamente el nombramiento o, habiéndolo aceptado, su declaración sea inválida.

La consecuencia ante la verificación de cualquiera de los casos mencionados es, sencillamente, que el contrato seguirá surtiendo efectos entre las partes que originalmente lo celebraron. Se entiende, así, consolidado el estatus del estipulante como parte del contrato.

A pesar que el segundo párrafo del artículo 1476 está referido solo a aquellos supuestos en que la declaración de nombramiento no ha sido efectuada válidamente, se entiende aplicable a todos los casos antes referidos ya que estos tienen en común la carencia de los elementos mínimos indispensables que determinen que el estipulante transfiera su estatus al *amici*.

Se ha observado que la redacción de la norma en cuestión puede llevar a confusión por cuanto podría entenderse que el contrato que contiene la estipulación "por persona a nombrar" solo produciría efectos desde el momento de la invalidación de la declaración de nombramiento o desde que vence el plazo para efectuar esta última. No es ocioso reiterar, entonces, que en estos supuestos, al igual que en el caso de los otros mencionados anteriormente, el contrato surte efectos desde el momento de su celebración. Este es, finalmente, el sentido de la norma (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, Contratos: Parte general; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Giuffrè. Milano, 1984, Il Contratto; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Contrato por persona a nombrar. En: AA.VV. Biblioteca para leer el Código civil, Volumen II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; CARRESI, Franco. Contratto per persona da nominare. En: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Tomo X, Varese; COSSÍO, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1975; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Diritto Civile e Commerciale, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1990; MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obligación-Dei contratti in generale, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980; PRIORI, Giovanni. Apuntes sobre el contrato por persona a nombrar. En: Advocatus, N° 3, Lima, 2000; ROMERO ZAVALA, Luis. Nuevas instituciones contractuales, Lima, 1985; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991; VISINTINI, Giovanna. El contrato por persona a nombrar en el ordenamiento jurídico italiano. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Ara Editores, Lima, 2003.

TÍTULO XIII
ARRAS CONFIRMATORIAS

El régimen de las arras confirmatorias en situación de cumplimiento

Artículo 1477.- *La entrega de arras confirmatorias importa la conclusión del contrato. En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.*

Concordancias:
C.C. arts. 1352, 1478, 1479

El régimen de las arras confirmatorias en situación de incumplimiento

Artículo 1478.- *Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras.*

Concordancias:
C.C. arts. 1428, 1479

El recurso al régimen general

Artículo 1479.- *Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales.*

Concordancias:
C.C. arts. 1219, 1321, 1428, 1478

JIMMY J. RONQUILLO PASCUAL

1. Tutela del derecho de crédito

La intensificación de los intercambios y de las relaciones económicas ha llevado a que, en la actualidad, el derecho de crédito cumpla un rol trascendental en nuestra sociedad. Sobre el particular se ha dicho que: "[E]l crédito aparece no ya únicamente como una posibilidad de obtener la prestación del deudor, sino generador de intereses, susceptible de entrar en un ciclo de negociabilidad en función de estos, de ser cedido obteniendo un beneficio, de ser cedido como garantía de otra obligación; el crédito pasa a formar parte del activo patrimonial, y como tal se computa. Por esa inclusión en el tráfico jurídico, el crédito se 'cosifica', e incluso para facilitar su movilidad se incorpora a un título, en los supuestos de los títulos-valores. La evolución social y económica determina la evolución del crédito: el tránsito de una economía agraria a otra industrial, y la propia dinámica de esta, marcan la trascendencia de estos derechos y la necesidad de una tutela más efectiva"(1).

(1) FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela. *La lesión extracontractual del crédito.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 28 y 29.

Por el derecho de crédito debemos entender a aquella titularidad que le permite a un sujeto (denominado acreedor) exigir o reclamar (facultad de pretender) de otro sujeto (denominado deudor) la realización de una conducta positiva o negativa (prestación), esto es, una acción o una omisión, dirigida a satisfacer el interés de aquel.

Y ese rol relevante que cumple el derecho de crédito en nuestra economía (dinámica o industrial) lleva a que los operadores del Derecho nos preocupemos por conocer los mecanismos de tutela del derecho subjetivo en cuestión, es decir, aquellos instrumentos dirigidos a garantizar la satisfacción del derecho de crédito. Así, de las diferentes clasificaciones que se podrían dar de aquellos mecanismos de tutela, podemos plantear una, que se da en tres niveles[2]:

a) **La tutela preventiva.-** Aquí podemos ubicar a aquellos mecanismos de tutela que las partes pueden pactar o ejercitar antes de que el crédito sea exigible: las garantías reales (hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis), las garantías personales (fianza, aval), las arras, la cláusula penal, la multa penitencial, etc.

b) **La tutela conservativa.-** Aquí podemos encontrar a aquellos mecanismos de tutela que buscan que el patrimonio del deudor se conserve o incremente a efectos de que, llegado el momento, aquel pueda ser afectado para la satisfacción del crédito: la acción revocatoria o pauliana, la acción subrogatoria, la acción de simulación, los actos conservatorios en los negocios jurídicos sujetos a condición, la anotación de demanda, etc.

c) **La tutela represiva.-** Aquí podemos ubicar aquellos mecanismos de tutela dirigidos a obtener el cumplimiento de la obligación, o el restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones, o la liberación del acreedor de un vínculo contractual que no le reporta ninguna utilidad, o la reparación de los daños: la acción de cumplimiento, las medidas cautelares, las medidas ejecutivas, la retención, la resolución por incumplimiento, la resolución por imposibilidad sobreviniente, la rescisión, el desistimiento, la revocación, la acción de reducción a equidad, la acción estimatoria, el resarcimiento, etc.

De este elenco de mecanismos de tutela del derecho de crédito, serán objeto de estudio en el presente trabajo las arras, y más específicamente, una clase de ellas: las arras confirmatorias.

2. La regla de vinculatoriedad del contrato y el desistimiento

El contrato, que es el instrumento principal de circulación de riqueza, se rige por seis reglas generales, a saber: **(i)** la regla de autonomía privada; **(ii)** la regla del consensualismo; **(iii)** la regla de relatividad; **(iv)** la regla de integralidad; **(v)** la regla de vinculatoriedad; y **(vi)** la regla de buena fe. En esta oportunidad solo analizaremos la quinta de las reglas mencionadas[3].

Sobre la regla de vinculatoriedad del contrato, debemos decir que existe una expresión atribuida a la doctrina tradicional que con algunas precisiones podría terminar graficando elocuentemente esta regla: "El contrato es ley entre las partes". La imprecisión técnica en que incurre la expresión es evidente porque es bien sabido que el contrato, ley no es, pues, entre

(2) Cfr.: Informe "Las otras garantías. Medios alternativos para asegurar el cumplimiento de un contrato". En: *Actualidad jurídica*. Tomo 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2005, p. 13.

(3) Para un desarrollo de las otras reglas mencionadas, permítasenos remitirnos a: RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *La resolución de los contratos. Problemas legislativos y jurisprudenciales del incumplimiento contractual*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018, pp. 21-44.

otras cosas, carece de eficacia social. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que algunos códigos civiles recojan literalmente la referida fórmula, tal es el caso del Código Civil colombiano de 1873 que, en su artículo 1602, señala: "Todo contrato legalmente celebrado **es una ley** para los contratantes (...)" [el resaltado es nuestro]; y del Código Civil venezolano de 1982 (artículo 1159[4]); otros Códigos acogen una fórmula similar como es el caso del Código Civil francés de 1804 que, en su artículo 1134, estipula que: "Los contratos legalmente celebrados **tienen fuerza de ley** entre los que los han hecho (...)"[5], fórmula que se repite en el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1372[6]) y en el Código Civil español de 1889 (artículo 1091[7]); sin embargo, tal fórmula tampoco escapa a la imprecisión técnica, pues un contrato no tiene fuerza de ley, ya que, de ser así, podría derogar leyes. Y ya con alguna mayor precisión el Código Civil uruguayo de 1868 señala en su artículo 1291 que: "Los contratos legalmente celebrados forman **una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma**", fórmula que se repite en el Código Civil argentino de 1869 (artículo 1197[8]). Con todo, creemos que resulta más adecuado decir que el contrato vincula a las partes como lo hace la misma ley o, si se prefiere, "el contrato vincula a las partes, así como la ley vincula a sus destinatarios"[9].

En nuestro sistema, la regla de vinculatoriedad se encuentra consagrada en el artículo 1361 del Código Civil, que prescribe que: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos [...]"; y en el artículo 62 de la Constitución, que establece:

> "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. **Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.** Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente" (el resaltado es nuestro).

Por esta regla debemos entender tres cosas: **primero**, las partes deben ejecutar el contrato en sus propios términos y no pueden desvincularse unilateralmente del mismo sino, en todo caso, por medio de un nuevo acuerdo; **segundo**, los términos contractuales no pueden ser modificados unilateralmente por alguna de las partes o por algún tercero sino, en todo caso, por medio de un nuevo acuerdo; y **tercero**, los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

No obstante, existen supuestos excepcionales en los que el vínculo contractual puede ser disuelto a iniciativa de una sola parte o los términos del contrato pueden ser modificados

(4) Artículo 1159 del Código Civil de Venezuela: "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por ley".

(5) En: *Código Civil francés / Code Civil. Edición bilingüe.* Traducción de Álvaro Núñez Iglesias. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 532.

(6) Artículo 1372 del Código Civil italiano: "Eficacia del contrato. El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por muto consenso o por causas admitidas por la ley (...)".

(7) Artículo 1091 del Código Civil español: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".

(8) Artículo 1197 del Código Civil de la República Argentina de 1869: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

(9) ROPPO, Vincenzo. *El contrato.* Traducción de Nélvar Carreteros Torres. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 495.

por un tercero o por la ley. Existen, entonces, **limitaciones a la regla de vinculatoriedad**, que vendrían a ser:

(i) **Las modificaciones judiciales.-** Si bien ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos contractuales, bajo determinadas circunstancias, sí lo puede hacer el juez. Así, puede verse, por ejemplo, el artículo 1346 del Código Civil, según el cual el juez, a solicitud del deudor, puede reducir la penalidad (cláusula penal) pactada por las partes, cuando esta resulte manifiestamente excesiva o cuando la prestación hubiese sido parcialmente cumplida; y, también, el artículo 1440 del Código Civil (que regula la acción de reducción a equidad), según el cual, si una prestación llega a ser excesivamente onerosa por la ocurrencia de hechos fuera de lo normal que las partes no pudieron prever al momento de celebrar el contrato, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

(ii) **Las modificaciones dispuestas por ley.-** Dentro de nuestro sistema jurídico encontramos al precitado artículo 62 de la Constitución Política del Estado, que establece que ninguna ley puede modificar los términos contractuales, pero al mismo tiempo encontramos al artículo 1355 del Código Civil[10], que establece que la ley, por consideraciones de interés social, sí puede alterar los términos contractuales. Frente a esta contradicción normativa sería fácil pretender aplicar el criterio de jerarquía y el criterio cronológico, para concluir que la norma constitucional ha derogado tácitamente a la norma legal y que, por lo tanto, los términos contractuales no pueden ser modificados por una ley posterior. Sin embargo, creemos –con Roger Merino[11]– que ambos dispositivos pueden convivir sobre la base de las siguientes consideraciones: una ley puede modificar los términos contractuales siempre que se fundamente en el **interés social**, siempre que se reconozcan nuevos derechos a los **grupos vulnerables** (consumidores, trabajadores, familia, medio ambiente) o representen alguna tutela para estos, pues, si bien tenemos en la Constitución una norma (artículo 62) que consagraría la inmutabilidad de los términos contractuales, también tenemos otras que recogen los principios de protección al consumidor (artículo 65), protección al trabajador (artículo 23), protección al medio ambiente (artículo 67) y protección a la familia (artículo 4); normas que, unidas a la cláusula general de dignidad de la persona (artículo 1) y a aquellas de la República social y democrática (artículo 43) y de la economía social de mercado (artículo 58), no pueden más que respaldar aquella tesis. Así, por ejemplo, en el 2010, con la expedición de la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, se sancionó con "ineficacia absoluta" aquellas cláusulas que limiten o restrinjan el derecho de retención o consignación de los consumidores (artículo 50 e), disposición que, evidentemente, busca tutelar a estos últimos (grupo vulnerable), de manera que los contratos que presenten una cláusula con tales características, aun cuando hayan sido celebrados con anterioridad a la expedición de la referida ley, se verán afectados en su contenido.

(10) Artículo 1355 del Código Civil.- "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

(11) MERINO ACUÑA, Roger. "La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado". En: *El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 43-110.

(iii) El desistimiento.- Que viene a ser el negocio jurídico unilateral con el cual una de las partes del contrato dispone la disolución del mismo. El desistimiento, entonces, importa el ejercicio de un derecho potestativo[12], el mismo que es atribuido por la ley o por una cláusula del contrato, a una o a ambas partes del mismo[13].

El desistimiento presenta las siguientes características[14]: **(i) Con relación al momento en que surte efectos:** el desistimiento, como toda declaración contractual dirigida a una determinada persona, es un acto recepticio, es decir, surte efectos desde que es de conocimiento del destinatario[15]; **(ii) Con relación a su forma:** el desistimiento puede tener una forma vinculada o no, sucederá lo primero cuando la ley o la cláusula contractual exijan alguna determinada formalidad. En algunos casos, la ley impone una formalidad (como sucede, por ejemplo, en el artículo 1365 del CC), pero en otros casos no (como sucede, por ejemplo, en los artículos 1700 y 1769 del CC); **(iii) Con relación a la causa que lo motiva:** el desistimiento puede ser libre o estar sujeto a un determinado presupuesto. Es libre, por ejemplo, en las relaciones contractuales de arrendamiento con plazo vencido (artículo 1700 del CC) o en aquellos contratos en donde se han pactado arras de retractación (artículo 1480 del CC); y está sujeto a determinados presupuestos, por ejemplo, en los contratos de obra, en donde se exige un justo motivo (artículo 1769 del CC), o en aquellos contratos en donde se han pactado arras confirmatorias que exigen la presencia de un incumplimiento (artículo 1478 del CC); **(iv) Con relación a la anticipación con que debe realizarse:** el desistimiento puede tener efecto inmediato, es decir, el contrato quedará extinguido tan pronto se reciba la comunicación haciendo uso del derecho potestativo, como sucede, por ejemplo, en las relaciones contractuales de arrendamiento con plazo vencido (artículo 1700 del CC); o puede requerir un plazo de preaviso, como sucede, por ejemplo, con el artículo 1365, del CC que exige una comunicación con una anticipación no menor de treinta días; y **(v) Con relación al momento en que puede ser ejercitado:** el desistimiento puede ejercitarse en cualquier momento desde que se celebró el contrato o puede estar sujeto a un plazo inicial o final, sucederá lo primero cuando las partes establezcan que el desistimiento podrá ejercitarse a partir de tal día, y sucederá lo segundo cuando las partes establezcan que el desistimiento solo podrá ejercitarse dentro de un determinado plazo, por ejemplo, un año, luego del cual ya no podrá hacerse uso del derecho potestativo.

El desistimiento puede ser de dos clases:

(a) Desistimiento convencional.- Cuando el derecho potestativo al apartamiento unilateral del contrato deriva del mismo programa contractual. Este desistimiento, en función de lo que hayan acordado las partes, puede ser motivado o inmotivado y puede ser gratuito u oneroso, esto es, puede pactarse una

(12) El derecho potestativo viene a ser aquella titularidad que le permite a un sujeto, con su sola declaración de voluntad, alterar o modificar la esfera jurídica de otro sujeto.

(13) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 505.

(14) Cfr.: Ibídem, pp. 505-506.

(15) Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1374 del CC, las declaraciones contractuales dirigidas a determinada persona se consideran conocidas desde el momento en que llegan a la dirección del destinatario, salvo que este pruebe que se encontró, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

contraprestación o no al ejercicio del derecho potestativo al apartamiento del contrato, sucede lo primero, por ejemplo, en el caso de las arras de retractación (artículo 1780 del CC).

(b) **Desistimiento legal.-** Cuando el derecho potestativo al apartamiento unilateral del contrato deriva de la ley. Este desistimiento, a su vez, puede ser de tres clases[16]:

- **Desistimiento de autotutela.-** Esta clase de desistimiento le permite a una de las partes "reaccionar contra eventos sobrevenidos que amenazan sus intereses contractuales: la liberación del vínculo es el medio con el que la parte se tutela"[17]. El ejercicio de este desistimiento exige, en principio, que concurran determinados presupuestos legalmente previstos como, por ejemplo, el incumplimiento, un justo motivo, una urgencia imprevista. Este específico desistimiento aparece, por ejemplo, en los artículos 1478 (arras confirmatorias), 1833 (contrato de depósito), 1769 (contrato de locación de servicios) y 1736 (contrato de comodato) del CC, etc. Cabe precisar que en ocasiones la ley no exige la presencia de ningún presupuesto para su ejercicio, como sucede, por ejemplo, en los artículos 1786 (contrato de obra) y 1808 (contrato de mandato sin representación) del CC.

- **Desistimiento de liberación.-** Esta clase de desistimiento le permite a una de las partes "sustraerse de un vínculo contractual que en caso contrario pesaría de manera intolerable sobre su libertad"[18]. Este desistimiento aplica en los contratos de duración indeterminada, en ocasiones la ley exige un plazo de preaviso (a veces determinado y otras veces razonable) y en otros no. Pueden verse, por ejemplo, los artículos 1365, 1700 (contrato de arrendamiento con plazo vencido), 1663 (contrato de suministro), 1733 (contrato de comodato) del CC, etc.

- **Desistimiento de arrepentimiento.-** Los desistimientos de arrepentimiento son aquellos que "la ley da a una parte, sin vincularlos a algún presupuesto, pero solo porque considera oportuno –en una lógica de especial protección de la parte– consentir a esta cambiar de idea respecto al contrato ya celebrado"[19]. Este específico desistimiento aparece previsto, por ejemplo, a favor de un consumidor que es parte en una venta agresiva (artículo 59 del Código de Protección y Defensa del Consumidor).

(16) Cfr.: ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 512-516; MERINO ACUÑA, Roger. "Conclusión anticipada del contrato". En AA.VV., *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 184-185.
(17) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 514.
(18) Ibídem, p. 513.
(19) Ibídem, p. 515.

3. Arras

3.1. Antecedentes históricos

Etimológicamente, el término arras proviene de una antigua voz fenicia, *arrha*, que denota un significado de garantía o fianza[20]. Los antecedentes históricos de nuestra institución, entonces, se remontan a los mercaderes fenicios[21] y a las relaciones comerciales que estos entablaron con los griegos, es así que su uso pasó a Grecia y, luego, a Roma. En Grecia, la entrega de arras suponía la promesa de celebrar en el futuro un contrato de compraventa y concedía a las partes la facultad de desistirse de aquella promesa[22]; aquí, las arras tuvieron, entonces, un carácter penitencial.

En el Derecho Romano primitivo, la entrega de arras representaba la conclusión del contrato de compraventa, y en el Derecho Romano clásico su uso alcanzó a otros contratos[23]; aquí, las arras tuvieron, entonces, un carácter confirmatorio. Plinio, al explicar el sentido de esta figura sostenía que "era una señal derivada de la necesidad práctica de dejar evidencia de la voluntad de pagar el precio, cuando por el peso de la moneda no era cómodo ni posible llevarla en cantidad suficiente a los mercados públicos"[24], se entendía, entonces, a las arras como la entrega de un bien (monedas, anillos) en señal o como prueba de conclusión de un contrato (arras confirmatorias).

En el Derecho justinianeo, se retomó la concepción griega de las arras, es decir, la entrega de estas permitía el desistimiento unilateral de la celebración de un contrato futuro[25].

Paralelamente, en el Derecho germánico la entrega de arras tuvo un carácter confirmatorio[26], es decir, representaban la conclusión de un contrato.

En este contexto histórico, podemos ver, entonces, que el rol de las arras ha oscilado entre constituir una señal de conclusión del contrato (arras confirmatorias) y permitir la separación unilateral del contrato (arras penitenciales o de retractación).

Y esos roles han llegado hasta las legislaciones modernas; así, tenemos que, por ejemplo, algunos códigos civiles acogen las arras confirmatorias (concepción del Derecho Romano primitivo y clásico): Alemania; otros acogen las arras de retractación (concepción del Derecho griego o del Derecho justinianeo): Francia y España; y otros cuerpos normativos acogen tanto las arras confirmatorias como las arras de retractación: Italia y Perú.

3.2. Noción

Las arras constituyen un pacto en mérito del cual una parte entrega a la otra un bien –generalmente dinero, pero no necesariamente, podría ser, por ejemplo, una joya–, a fin de confirmar la celebración de un contrato, garantizar su cumplimiento, resarcir los daños

(20) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Volumen II. 5ª edición. Civitas, Madrid, p. 403.
(21) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* . Tomo I. Contratos - Parte general. Librería Studium, Lima, 1986, p. 302.
(22) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV. Segunda Parte - Tomo IV, 2ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1996, pp. 149-150.
(23) Ibídem, p. 150.
(24) Citado por: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., p. 302.
(25) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 150.
(26) Ibídem, pp. 150-151.

derivados del incumplimiento y/o permitir el desistimiento del contrato. Uno u otro fin dependerá de la clase de arras que se pacte.

Las arras se traducen en la entrega de un bien que será señal de algo, en ocasiones, será señal de conclusión de un contrato y de la voluntad de cumplirlo, y en otras, será señal de la existencia de un derecho de desistimiento del contrato, es decir, de la facultad que tendrá una de las partes de desvincularse de un contrato.

Cabe precisar, desde ya, que el derecho de desistimiento se dará en cualquiera de las dos clases de arras que prevé nuestro ordenamiento jurídico, solo que en una de ellas (las arras confirmatorias), el desistimiento tendrá fuente legal y su ejercicio supone la existencia de un incumplimiento imputable, mientras que, en la otra (las arras de retractación), el desistimiento tendrá fuente convencional y su ejercicio no estará sujeto a ningún presupuesto. Dicho de otra forma, en un caso (las arras confirmatorias), el derecho de desistimiento no es connatural al pacto de arras y solo surgirá en un momento patológico de la relación contractual, mientras que en el otro caso (las arras de retractación), el derecho de desistimiento es connatural al pacto de arras y su ejercicio se dará dentro de un momento fisiológico de la relación contractual.

Las arras constituyen un pacto relativo a un determinado contrato, en esto se asemeja, por ejemplo, al contrato por persona a nombrar o al contrato a favor de un tercero.

Las arras constituyen un pacto que generalmente se estipula dentro de otro contrato, pero no hay ningún impedimento para que se estipulen en forma autónoma, aunque siempre serán relativas a otro contrato.

3.3. Clasificación de las arras

Como se ha visto al desarrollar los antecedentes históricos de nuestra institución, las arras han tenido diversos roles, y en función de ellos, y de la elaboración de los distintos textos legales, se han adoptado tipologías respecto a su clasificación.

En el curso de la historia se ha distinguido entre arras confirmatorias y arras de retractación. Algunos textos legales han previsto ambas clases de ellas y otras, solo alguna de las dos. Veamos.

Algunos códigos civiles han regulado únicamente las arras de retractación: en esa línea encontramos al Código Civil francés, que en su artículo 1590 señala: "Si la promesa de vender se hiciera con entrega de arras, cada una de las partes contratantes será libre de desistirse de ella, perdiéndolas el que las haya dado, y restituyendo el duplo el que las haya recibido"[27]; y al Código Civil español, que en su artículo 1454 establece que: "Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas".

Otros códigos civiles han regulado únicamente las arras confirmatorias: así, puede verse el Código Civil alemán que en su parágrafo 336 prescribe que: "(1) Si en la celebración de un contrato se entrega algo en concepto de arras, estas valen como señal de la perfección del contrato. (2) Las arras no valen, en la duda como dinero de arrepentimiento"[28].

(27) En: *Código Civil francés / Code Civil. Edición bilingüe*. Ob. cit., p. 674.

(28) En: *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*, traducción de Alberto Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 106.

Finalmente, encontramos códigos civiles que han regulado tanto las arras confirmatorias como las arras de retractación: En esa orientación encontramos al Código Civil italiano que en su artículo 1385 señala:

"**Arras confirmatorias.-** Si al momento de la conclusión del contrato una parte da a la otra, a título de arras, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, las arras, en caso de cumplimiento, deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida.

Si la parte que hubiese dado las arras no cumpliese, la otra puede desistir del contrato, conservando las arras; si por el contrario quien no cumple es la parte que las ha recibido, la otra parte puede desistir del contrato y exigir el doble de las arras.

Sin embargo, si la parte que no ha incumplido prefiere demandar la ejecución o resolución del contrato, el resarcimiento del daño es regulado por las normas generales".

Y, luego, en su artículo 1386 prescribe lo siguiente: "**Arras penitenciales.-** Si en el contrato se hubiese estipulado el derecho de desistimiento para una o ambas partes, las arras solo tienen la función de contraprestación del desistimiento. En este caso, el que se desiste pierde las arras que ha dado o debe restituir el doble de las que ha recibido".

En esa línea se encuentra también nuestro Código Civil, que en sus artículos 1477, 1478 y 1479 regula las arras confirmatorias, y en los artículos 1480, 1481, 1482 y 1483 regula las arras penitenciales o de retractación.

Un importante sector de la doctrina[29] prefiere adoptar, en cambio, una clasificación tripartita, distinguiendo entre arras confirmatorias, arras penales y arras penitenciales o de retractación. Las arras confirmatorias son aquellas que funcionan como señal de conclusión de un contrato y como garantía del cumplimiento del mismo. A su turno, las arras penales se encontrarían en una función intermedia entre las arras confirmatorias y las arras penitenciales[30], y "su función es simplemente perderse (por quien las dio) o devolverse dobladas (por quien las recibió) en caso de incumplimiento, pero sin autorizarlo. Este procedimiento es opcional para la parte fiel y, en caso de hacer uso de él, se dejará sin efecto el contrato"[31]. Finalmente, las arras de retractación serán aquellas que permiten a las partes desistirse de la celebración del contrato (en nuestro sistema jurídico, del contrato definitivo), en cuyo caso las perderá aquel que las entregó o las devolverá dobladas aquel que las recibió; las arras de retractación serán, en otras palabras, el precio o contraprestación por el ejercicio del derecho de desistimiento.

En nuestra opinión, la clasificación es bipartita, debiéndose distinguir únicamente entre arras confirmatorias y arras de retractación, pues lo que el referido sector de la doctrina entiende como arras penales no son sino un efecto de las arras confirmatorias por el que puede optar una de las partes en caso de que se verifique un incumplimiento imputable a la otra parte.

(29) DÍEZ-PICAZO Luis. Ob. cit., pp. 405-406; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., pp. 160-161.
(30) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 406.
(31) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 161.

3.4. Arras confirmatorias

a) Noción

Las arras confirmatorias constituyen un pacto en mérito del cual una parte entrega a la otra un bien, a fin de confirmar la celebración de un contrato, garantizar su cumplimiento y, de ser el caso, permitir a una de las partes –aquélla que no ha incurrido en incumplimiento– desistirse del contrato celebrado y obtener un resarcimiento por los daños derivados del incumplimiento, resarcimiento que se traducirá en conservar el bien entregado (si quien incumple es el que ha entregado las arras) o en recibir el doble de lo entregado (si quien incumple es el que recibió las arras).

b) Su carácter polifuncional

Tradicionalmente se le atribuye a las arras confirmatorias la función de confirmar o acreditar la celebración del contrato, de ahí el nombre que le es dado. Sin embargo, en la actualidad, a efectos prácticos, tal función ha venido a menos, pues si de acreditar o probar la celebración de un contrato se trata, es bien sabido que contamos con otros mecanismos mucho más eficientes para la obtención de dicho fin como sería, por ejemplo, la legalización de firmas, la escritura pública, la inscripción del contrato, etc. Es en este contexto que han cobrado mayor relevancia las otras funciones que cumplen las arras confirmatorias, como son la función de garantizar el cumplimiento del contrato y la función de liquidación convencional y anticipada del daño derivado del incumplimiento.

Pero estas no son las únicas funciones que se le atribuyen a las arras confirmatorias, la doctrina enumera y desarrolla varias otras funciones más. Así, sobre la base de los textos de Annibale Marini[32] y Marilena Gorgoni[33], podríamos decir que a nuestra institución se le han asignado las siguientes funciones: **(i)** la función de prueba de la celebración de un contrato (Trimarchi); **(ii)** la función de anticipación del precio (Ghiron); **(iii)** la función de medio de tutela preventiva del crédito (Branca); **(iv)** la función de medida de refuerzo del cumplimiento (Barbero, Giammarino); **(v)** la función de medio de coacción psicológica sobre el deudor (Messineo); **(vi)** la función de liquidación anticipada y convencional del daño derivado del incumplimiento de una obligación (Barassi, Lombardi); **(vii)** la función de pacto sancionatorio (Marini); **(viii)** la función de autotutela (Toschi Vespasiani, Fantechi); **(ix)** la función de dispositivo negocial para facilitar el desistimiento unilateral y la extinción de la relación (Torrasi).

De todas estas funciones que se le atribuyen a las arras confirmatorias, nos parece que se deben destacar cuatro de ellas:

(i) **La función de prueba de la celebración del contrato**, que –como ya se ha visto– actualmente ha perdido utilidad práctica, pues se cuenta con mecanismos más eficaces orientados a tal fin.

(ii) **La función de garantizar el cumplimiento del contrato**, que –como se acaba de ver– la doctrina, utilizando distintas nomenclaturas, ha preferido enunciar como función de medida de refuerzo del cumplimiento y función de medio de coacción

(32) MARINI, Annibale. Voz: "Caparra". En: *Enciclopedia giuridica*. Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, p. 1.

(33) GORGONI, Marilena. En: AA.VV. *Commentario del Codice Civile*. Diretto da Enrico GABRIELLI. *Dei contratti in generale*. A cura di Emmanuela NAVARRETA e Andrea ORESTANO, UTET Giuridica, Milano, 2011, pp. 1014-1015.

psicológica sobre el deudor. Las arras confirmatorias cumplen esta función, pues, ciertamente, el saber que uno puede perder el bien entregado sin recibir ninguna contraprestación o el saber que uno puede quedar obligado a devolver el doble de lo recibido sin obtener ninguna contrapartida, determina que exista una presión psicológica orientada al cumplimiento del contrato, es decir, si bien la voluntad de cumplir es connatural a la celebración de un contrato, si existen arras confirmatorias de por medio, dicha voluntad se ve reforzada.

(iii) **La función de autotutela**, que con mayor precisión ha sido enunciada por un sector de la doctrina como función de dispositivo negocial para facilitar el desistimiento unilateral y la extinción de la relación contractual, y que consiste en que dado el incumplimiento imputable de una de las partes, la otra podrá desvincularse del contrato mediante el ejercicio del derecho de desistimiento (desistimiento de autotutela). Así, Massimo Bianca explica esta función señalando que: "Otra función de las arras confirmatorias es aquella de autotutela, en tanto cada una de las partes tiene el poder de desistirse del contrato en caso de incumplimiento de la contraparte. No se trata aquí del derecho de libre desistimiento conferido por las arras penitenciales sino de un poder que permite a la parte que no ha incumplido resolver [sic] el contrato sin tener que iniciar acción judicial o intimar al cumplimiento"(34).

(iv) **La función de liquidación convencional y anticipada del daño derivado del incumplimiento**, pues, ciertamente, al pactarse arras confirmatorias, las partes sabrán, desde un inicio, que si se verifica una situación de incumplimiento, de la cual evidentemente podrían surgir daños materiales o inmateriales, la parte fiel podrá obtener una situación de indemnidad, en principio, conservando las arras (si quien incumple es quien las entregó) o exigiendo y obteniendo el doble de su valor (si quien incumple es quien las recibió); y decimos en principio, pues, como se verá más adelante, la parte fiel puede optar no por el efecto de las arras, sino por el remedio general que vendría a ser el resarcimiento de los daños.

Las dos primeras funciones cobran relevancia en el momento fisiológico de la relación contractual (cumplimiento), y las dos últimas cobran relevancia en el momento patológico de la relación contractual (incumplimiento). Las arras confirmatorias, entonces, cumplen funciones tanto en el momento fisiológico como en el momento patológico de la relación contractual.

La denominada función de anticipación del precio no parece ser connatural a nuestra figura y más bien resulta ser eventual, pues el cumplimiento de dicha función depende, en primer lugar, de que el contrato se cumpla y, en segundo lugar, de que el bien entregado en calidad de arras pueda ser imputado a la ejecución de la prestación debida. Asimismo, esta función solo prestaría atención a la parte que entregó las arras, empero perdería de vista a aquella parte que recibió las arras, pues solo respecto de aquella, en caso de que cumpla, se podría hacer referencia a la anticipación del precio. Cuestionando la atribución de esta función se ha dicho, además, que: "La retención de las arras a favor de quien cumplió no debe confundirse con el simple pago de un anticipo de la prestación. De hecho el pago de un anticipo no implica ni el remedio del desistimiento ni alguna predeterminación del daño resarcible"(35).

(34) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo V. La Responsabilità. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 362.
(35) Ibídem, p. 365.

c) Sus perfiles estructurales

Respecto a los perfiles estructurales de las arras confirmatorias, debemos decir que: **(i)** las arras confirmatorias suponen la existencia de un acuerdo expreso, en ese sentido, entonces, queda descartada la presencia de arras confirmatorias por voluntad unilateral y la sola entrega de una suma de dinero o de algún otro bien no es suficiente para constituirlas[36]. Por lo tanto, las arras confirmatorias constituyen un negocio jurídico bilateral, y más precisamente un contrato (secundario)[37]; **(ii)** las arras confirmatorias constituyen un contrato que tiene naturaleza real en la medida que para su constitución no es suficiente el solo acuerdo, sino que se perfecciona con la entrega que una parte hace a la otra de una suma de dinero o de algún otro bien[38]; **(iii)** generalmente, la arras se entregan al momento de la conclusión del contrato principal, y así lo sugiere el artículo 1477 del CC, sin embargo, es posible que tal entrega se produzca sucesivamente, es decir, después de la conclusión del contrato, pero siempre antes de la exigibilidad de las obligaciones que derivan de este[39]. Un importante sector de la doctrina incluso afirma que la entrega de las arras puede producirse antes de la conclusión del contrato principal[40]; sin embargo, nosotros consideramos que esta última tesis no se condice con la función de prueba de la celebración del contrato que cumplen las arras confirmatorias ni con su carácter de contrato secundario o accesorio; **(iv)** las arras confirmatorias constituyen un contrato que tiene naturaleza accesoria, es decir, es un contrato coligado a un contrato principal, así; las arras confirmatorias siguen las vicisitudes del contrato al cual accede[41], de manera que la invalidez, resolución o rescisión del contrato principal conlleva la ineficacia del pacto arral; en otras palabras, "la suerte de la relación principal incide sobre el destino de las arras, pero no sucede lo contrario, porque las arras confirmatorias no hacen sentir su relevancia sobre la relación principal y no son esenciales para su eficacia"[42]. Entonces, las arras confirmatorias pueden ser entendidas como un contrato, pero un contrato accesorio y ello es así porque las funciones que cumplen las arras no pueden desarrollarse sino con relación a un contrato distinto, que vendría a ser el contrato principal[43]. En esa misma línea se ha dicho que: "El pacto de arras tiene carácter accesorio en tanto presupone un contrato principal que aquel está dirigido a reforzar"[44]; **(v)** al entender a las arras confirmatorias como un contrato (aun cuando secundario o accesorio), ello exige la presencia de dos partes, una entregará alguna suma de dinero o algún otro bien a la otra, aunque no se excluye la posibilidad de que las arras sean recíprocas, esto es, que cada una de las partes entregue a la otra alguna suma de dinero o algún otro bien; **(vi)** el objeto de las arras usualmente es una suma de dinero, pero, en términos generales, podría ser cualquier cosa cuya propiedad es susceptible de ser transmitida. El Código Civil italiano tiene una concepción un tanto restringida del objeto de las arras, pues dicho objeto solamente podría consistir en

(36) GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1016.
(37) MARINI, Annibale. Ob. cit., p. 2.
(38) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo I. UTET, Torino, 1993, p. 173; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. 2ª edición, reimpresión (revisada). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 153; MARINI, Annibale. Ob. cit., p. 2; GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1019; BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 369.
(39) TRIMARCHI, Pietro. Voz: "Caparra". En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo VI, Giuffrè Editore, Milano, 1960, p. 194; GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1020; MARINI, Annibale. Ob. cit., p. 3.
(40) TRIMARCHI, Pietro. Ob. cit., p. 194, MARINI, Annibale. Ob. cit., p. 3; BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 368.
(41) D'AVANZO, Walter. Voz: "Caparra". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA. Tomo II, UTET, Torino, 1958, p. 895; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, Ob. cit., p. 173.
(42) GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1017.
(43) MARINI, Annibale. Ob., cit., p. 2.
(44) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 368.

una suma de dinero o en algún otro bien fungible, entendiéndose por este a aquel que puede ser sustituido por otro. La doctrina italiana se muestra mayoritariamente conforme con dicha solución y explica la razón de dicha restricción en la imposibilidad de cumplir con la obligación de restituir las arras dobladas si estas estuvieron constituidas por bienes infugibles[45][46]. Nuestro Código Civil no exige que el bien dado en arras sea uno fungible, no existe una restricción de ese tipo, por lo tanto, podrían entregarse en calidad de arras bienes infungibles, es decir, bienes que no son susceptibles de ser reemplazados por otros, entonces, pueden darse en calidad de arras, por ejemplo, dinero, joyas, artefactos, herramientas de trabajo, máquinas, bienes muebles determinados e incluso bienes inmuebles, y en caso de que sea necesario restituir las arras dobladas respecto de un bien infungible, esto es, en caso de que quien haya incurrido en incumplimiento imputable sea aquel que las recibió, deberá entregarse, además del bien (infungible) recibido, el valor económico de este, es decir, su valor en dinero, de ahí que sea recomendable que, en tales casos, las partes convengan en el valor monetario que se le asignará al referido bien. No podrán ser objeto de las arras una promesa de pago como, por ejemplo, una letra de cambio, en tanto que esta no tiene por sí misma carácter satisfactorio, ya que necesita que el deudor cumpla la obligación y, hasta que esto no suceda, ninguna ventaja económica puede tenerse de su posesión[47], tampoco podrá ser objeto de las arras la cesión de un crédito[48]; **(vii)** el pacto arral supone la entrega de cosas y esa entrega es en propiedad, es decir, la entrega de las cosas transfiere la propiedad de las mismas, propiedad que sale del patrimonio del *tradens* e ingresa al patrimonio del *accipiens,* empero se trata de una transferencia que ciertamente depende de las vicisitudes relativas a la ejecución del contrato principal[49] o, si se prefiere, se trata de una propiedad susceptible de cambiar de mano[50]. En efecto, es una transferencia que va a depender del pacto de las partes, que bien podrían acordar que, en caso de cumplimiento, la cosa determinada (entregada en calidad de arras) le sea restituida a quien la entregó, o que va depender de que aquel que la recibió cumpla con la obligación a su cargo, pues, de no ser así, la parte que realizó la entrega tendrá derecho a exigir la restitución del bien entregado y, a su vez, la entrega de otro bien de igual clase o de su valor económico, o que va depender de la validez y eficacia del contrato principal, pues en caso de que este devenga en inválido o ineficaz, quien entregó el bien tendrá igualmente el derecho a exigir su restitución, ya que, en cualquiera de los contextos reseñados, la justificación causal del efecto real ya producido vendría a menos; **(viii)** finalmente, si el pacto arral supone la transferencia de la propiedad del bien entregado, ello exige que quien entrega dicho bien sea propietario de este[51].

d) Arras confirmatorias y cumplimiento del contrato principal

La relación entre el cumplimiento del contrato y las arras confirmatorias aparece regulada en la segunda parte del artículo 1477 del CC, según el cual: "(...) En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza

(45) GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1019; MARINI, Annibale. Ob. cit., p. 3; D'AVANZO, Walter. Ob. cit., p. 896.
(46) Un sector de la doctrina española también considera que solo los bienes fungibles pueden ser objeto de las arras confirmatorias: JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual.* Civitas, Madrid, 1987, p. 347.
(47) TATARANO, Giovanni. "Caparra confirmatoria". En: AA.VV. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Pietro PERLINGIERI. Libro cuarto, I, UTET, Torino, 1980, p. 498.
(48) ZOPPINI, Andrea. "La clausola penale e la caparra", En: AA.VV. *I contratti in generale*, a cura de Enrico GABRIELLI. Tomo II. UTET, Torino, 1999, p. 909.
(49) MARINI, Annibale. Ob. cit., pp. 3-4.
(50) GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1019.
(51) Cfr.: GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1020.

de la prestación"; y para explicar aquella relación utilizaremos un ejemplo: "A" (vendedor) y "B" (comprador) celebran un contrato de compraventa de un departamento, fijando como precio la suma de US$ 150,000.00. Las partes acuerdan, además, que el departamento será entregado y el precio pagado al trigésimo día de haberse celebrado el contrato; asimismo, al momento de la celebración del contrato "B" entrega a "A", en calidad de arras confirmatorias, la suma de US$ 10,000.00.

En situación de cumplimiento contractual, las dos funciones de las arras que destacan son la función de prueba de celebración del contrato y la función de garantizar el cumplimiento del contrato. Expliquemos esto con el ejemplo enunciado: los US$ 10,000.00 entregados al momento en que se celebró el contrato de compraventa no es simplemente dinero, no es un adelanto del precio, sino que es dinero que simboliza o representa algo, es una señal de que el contrato fue celebrado y de que existe una voluntad de cumplimiento reforzada. Así, si llegado el día treinta, "A" entrega el departamento y "B" paga US$ 140,000.00, es decir, se da una situación de cumplimiento, es recién en ese momento que los US$ 10,000.00, inicialmente entregados cumplen la función de medio de pago, es decir, es recién en ese momento que los US$ 10,000.00 se pueden imputar a la prestación debida, y ello es así en la medida que existe homogeneidad entre aquello que ha sido dado y la prestación debida: se entregó dinero en calidad de arras y la prestación, que consiste en el pago del precio, también debe hacerse en dinero. Entonces, para que el bien entregado en arras pueda ser imputado a la ejecución de la prestación a cargo de aquel que realizó aquella entrega debe existir homogeneidad entre aquello que se entregó y aquello que es debido. Si tal homogeneidad no existe, entonces, el bien entregado en calidad de arras, en principio, debe ser restituido al *tradens*, ello sucedería, por ejemplo, si lo que se hubiese entregado en calidad de arras no hubiese sido dinero (los US$ 10,000.00), sino un reloj o un anillo de oro, en dicho caso, una vez que "B" haya pagado los US$ 150,000.00 el día 30, "A" tendrá que devolver el reloj o el anillo de oro; y dijimos que ello será así solo en línea de principio, pues es perfectamente posible que las partes, asignándole un valor económico al reloj o al anillo de oro, hayan acordado, en ejercicio de su autonomía privada, que tal bien sería imputado a la prestación debida.

Por lo demás, como bien ha precisado Manuel De La Puente: "[E]s posible que una cosa entregada en calidad de arras no pueda ser aplicada a la ejecución de una prestación determinada, porque su naturaleza no se lo permite, como es el caso de todas las prestaciones de hacer y de no hacer y determinadas prestaciones de dar"[52]; así, por ejemplo, si se celebra un contrato de locación de servicios en donde el locador ha entregado una cosa en calidad de arras, esta jamás podrá ser aplicada a la ejecución de la prestación a su cargo.

e) Arras confirmatorias e incumplimiento del contrato principal

La relación entre el incumplimiento del contrato y las arras confirmatorias aparece regulada en el artículo 1478 del CC, según el cual: "Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras".

En situación de incumplimiento contractual, las dos funciones de las arras que destacan son la función de autotutela y la función de liquidación convencional y anticipada del daño derivado del incumplimiento. Veamos.

(52) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 181.

El incumplimiento de cualquiera de las partes activa la función de autotutela de las arras confirmatorias para permitir a la otra parte, aquella que no incumplió, separarse unilateralmente del contrato, es decir, desistirse del contrato. Y al mismo tiempo se activa la función de liquidación convencional y anticipada del daño derivado del incumplimiento, en tanto que si la parte que incumplió fue aquella que entregó las arras, la otra, además de desistirse del contrato, podrá conservarlas; y si la parte que incumple es aquella que recibió las arras, la otra, además de separarse del contrato, podrá exigir el doble de las arras. En esa misma línea se ha dicho que: "Las arras confirmatorias son una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles que una parte da en garantía de la ejecución del contrato, entendiendo que en caso de que incumpla la otra parte podrá desistirse del contrato y retener definitivamente la suma o las cosas recibidas. La parte que ha dado las arras puede legalmente desistirse del contrato en caso de incumplimiento de la otra parte, y tiene derecho de exigir el doble de las arras pagadas"[53].

Con relación al específico mecanismo de tutela en mérito del cual se deja sin efecto el contrato, nuestro Código Civil –a diferencia del Código Civil italiano, que sí hace expresa mención de dicho mecanismo–, no nos da mayores luces, pues se limita a señalar que la parte fiel "puede dejar sin efecto el contrato" y, como es bien sabido, un contrato puede quedar sin efecto en mérito a su resolución, rescisión, revocación, anulación, etc. En ese contexto, nuestra doctrina ha entendido que nuestro Código Civil, y específicamente el artículo 1478, está haciendo referencia a la resolución contractual[54], empero este importante sector de nuestra doctrina no explica cómo así el artículo siguiente de nuestro Código Civil, es decir, el 1479, hace expresa referencia al uso de la resolución contractual en caso de que el acreedor opte por dejar de lado el régimen de las arras confirmatorias. En efecto, si el artículo 1479 del CC nos dice que la parte fiel del contrato puede optar por el remedio de la resolución contractual dejando de lado el régimen de las arras confirmatorias, entonces, al acogerse a este último régimen, al dejar sin efecto el contrato, no puede estar haciendo uso del remedio de la resolución contractual, sino de uno distinto. En un ingenioso intento por armonizar ambas normas se ha dicho que el artículo 1479 del CC estaría haciendo referencia únicamente a la resolución judicial, mientras que el artículo 1478 del CC se estaría refiriendo a la resolución extrajudicial (resolución por intimación y resolución por cláusula resolutoria expresa). En efecto, esta doctrina sostiene que: "Siendo que la causa para dejar sin efecto el contrato es el incumplimiento atribuible a una de las partes, no cabe más que afirmar que dicha consecuencia es producto de la resolución. La cuestión está en determinar si la resolución debe ser judicial o extrajudicial, y en este último supuesto, por autoridad del acreedor (CC: art. 1429) o por haberse apelado a la cláusula resolutoria expresa prevista en el contrato (CC: art. 1430). Para hallar respuesta a esta interrogante precisamos revisar el artículo 1479 CC. En él se dice que la parte fiel que haya optado por alguna de las alternativas ahí previstas –lo que implica haber rechazado la transformación de las arras confirmatorias en penales– podrá 'demandar la ejecución o resolución del contrato'. Quiere decir entonces que la resolución que se produzca en aplicación del artículo 1478 únicamente podrá ser extrajudicial, esto es, por autoridad del acreedor

(53) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 361.

(54) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., p. 308; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 188; GUTIÉRREZ ZANELLI, Frank. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 799.

o ejercitando el pacto comisorio. La resolución judicial, entonces, está reservada para los casos del artículo 1479, donde no cabe hablar de arras penales"[55].

En nuestra opinión, el remedio de la resolución por incumplimiento, sea judicial o extrajudicial, no aplica dentro del régimen de las arras confirmatorias (artículo 1478 del CC), sino solo cuando se prescinda de dicho régimen y se opte por el régimen general (artículo 1479 del CC), en donde podremos hacer uso, precisamente, de los remedios generales: resolución contractual, cumplimiento y resarcimiento. El remedio que se utiliza para dejar sin efecto el contrato dentro del régimen de las arras confirmatorias no es la resolución por incumplimiento, sino el desistimiento unilateral. Sostener que dentro del régimen de las arras confirmatorias el contrato se deja sin efecto en mérito a la resolución extrajudicial importaría que la parte fiel o debe (necesariamente) pactar una cláusula resolutoria expresa en su contrato o debe conceder al deudor un plazo no menor de quince días para que cumpla la prestación a su cargo, y ninguna de estas situaciones es exigida por el artículo 1478 del CC, que más bien señala que ante el incumplimiento la parte fiel puede dejar sin efecto el contrato automáticamente con su sola declaración, la misma que no requiere de ninguna forma particular. Asimismo, la resolución por incumplimiento opera tanto frente a un incumplimiento imputable como frente a un incumplimiento que no es imputable a título de culpa o dolo al deudor, mientras que el incumplimiento que habilita a dejar sin efecto un contrato dentro del régimen de las arras confirmatorias debe ser necesariamente un incumplimiento imputable al deudor, pues así lo exige expresamente el artículo 1478 del CC.

Ahora, cierto es que el artículo 1479 del CC hace referencia a que el acreedor que desea prescindir del régimen de las arras confirmatorias puede "demandar la resolución del contrato", es decir, hace referencia solo a la resolución judicial, empero ello obedece a que al mismo tiempo hace referencia al remedio del cumplimiento y del resarcimiento, los cuales solo pueden ser actuados en vía judicial. Lo cierto es que la parte fiel que desea dejar de lado el régimen de las arras confirmatorias y optar por el régimen general de tutela contractual puede resolver judicial o extrajudicialmente el contrato, en el primer caso, podrá al mismo tiempo peticionar el resarcimiento de los daños (acumulando esta pretensión a la de resolución del contrato) y, en el segundo caso, podrá peticionar que se declare judicialmente la legalidad de la resolución extrajudicial practicada en su oportunidad y, adicionalmente (como pretensión principal o autónoma), que se le otorgue un resarcimiento por los daños derivados del incumplimiento.

Por otro lado, es importante precisar que el desencadenamiento de los efectos de las arras confirmatorias puede estar supeditado a un incumplimiento específico o a un incumplimiento general del contrato y, en este último caso, el incumplimiento deberá ser un incumplimiento imputable e importante[56]. Así, las arras confirmatorias conceden "a la parte fiel dos opciones, donde se verifique un incumplimiento que tenga las características de la unilateralidad, de la imputabilidad y de la no escasa importancia: la facultad de desistirse del contrato (desistimiento de autotutela) y de retener las arras recibidas o de pretender el doble en el caso que las haya pagado; aquella de pedir la ejecución del contrato (o su resolución) y el resarcimiento del daño según las reglas generales"[57]. Y si ambas partes alegan el incum-

(55) PALMADERA ROMERO, Doris. "Las arras confirmatorias: reforzando el cumplimiento del contrato o fijando el monto indemnizatorio por su incumplimiento". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2005, p. 13. p. 16.

(56) Cfr. BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 362.

(57) GORGONI, Marinela. Ob. cit., pp. 1023-1024.

plimiento de la otra, corresponderá al juez determinar cuál de las dos partes tiene el derecho de desistimiento, para ello deberá realizar el mismo análisis que realiza en caso de solicitudes recíprocas de resolución por incumplimiento, es decir, debe realizar una evaluación comparativa de la conducta de ambas partes con relación al contrato, teniendo en cuenta los preceptos generales sobre la imputabilidad y la importancia del incumplimiento, a fin de establecer cuál de ellas ha hecho venir a menos, con su propia conducta, el interés de la otra en conservar el contrato(58).

Pero dentro del régimen de las arras confirmatorias en caso de incumplimiento del contrato, estas no solo tienen la función de permitir el desistimiento del contrato, sino también la de funcionar como liquidación convencional y anticipada de los daños derivados del incumplimiento. En efecto, frente al incumplimiento del contrato, la parte fiel podrá retener las arras recibidas o exigir el doble de lo entregado y así aliviar los daños que se hubiesen podido derivar del incumplimiento sin tener la necesidad de acreditar la existencia y magnitud de los mismos, pues "el daño por el incumplimiento es liquidado globalmente en la medida de las arras"(59). En ese sentido se ha dicho que: "[L]a parte que recibió las arras, para aliviar el daño no tiene que pretender ninguna prestación; ella tiene ya en sus manos la suma o la cantidad de cosas fungibles que en su tiempo le fueron entregadas a título de arras. Por tanto, si lo juzga oportuno, tiene la facultad de retener las arras y de disolver el vínculo contractual. La necesidad de ejecutar una prestación, sin embargo, se da en la hipótesis de que quien entregó las arras haya cumplido y el incumplido sea, en cambio, aquel que las recibió, en tal caso, el primero podrá dar por terminado el contrato y exigir del segundo el doble de las arras que este recibió"(60).

Al tener las arras la función de actuar como liquidación convencional y anticipada de los daños derivados del incumplimiento, coincidimos con Palmadera cuando señala: "En la elección del bien que se entregará en arras confirmatorias deberá no solo evaluarse su empatía con la prestación que se pretende asegurar, sino también su equilibrio económico con los eventuales y futuros daños provocados por el incumplimiento en su ejecución"(61).

f) Las arras confirmatorias y la opción por los remedios generales

El artículo 1479 del CC señala: "Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales".

Pues bien, como se acaba de ver en el apartado anterior, en caso de incumplimiento del contrato, la parte fiel puede desistirse del contrato y optar por retener las arras recibidas o exigir el doble de las mismas en caso de haberlas entregado, es este el régimen de las arras confirmatorias. Pero esa no es la única opción que tiene la parte fiel, pues, como se desprende del precitado artículo, esta puede optar por dejar de lado el régimen de las arras confirmatorias y optar por el resarcimiento de los daños según las normas generales, en tal caso, la parte fiel no se desistirá del contrato, sino que demandará la resolución del contrato o el cumplimiento

(58) En tal sentido se han pronunciado la Cassazione 23 gennaio 1989, n. 398 y la Cassazione 27 agosto 1991, n. 9158, ambas citadas por BIANCA, Massimo. Ob. cit, p. 362.

(59) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 514.

(60) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil.* Tomo I, Volumen II, Hechos y actos jurídicos. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1995, pp. 774-775.

(61) PALMADERA ROMERO, Doris. Ob. cit., p. 15.

del mismo y, en uno u otro caso, podrá adicionalmente peticionar (como pretensión principal) el resarcimiento de los daños.

En nuestra opinión, sea que la resolución del contrato se haga en forma judicial o extrajudicial, la parte fiel puede peticionar el resarcimiento de los daños según los criterios generales, es decir, además de la antijuricidad, el criterio de imputación y la relación causal, se deberá acreditar la existencia y cuantía del daño. Si se opta por la resolución judicial, la parte fiel podrá, dentro de ese mismo proceso, peticionar el resarcimiento de los daños (aquí, la sentencia en torno a la resolución del contrato será constitutiva), y si se opta por la resolución extrajudicial, la parte fiel deberá luego iniciar un proceso judicial en el que peticionará que se declare la legalidad de la resolución extrajudicial y podrá, dentro de ese mismo proceso, peticionar el resarcimiento de los daños (aquí, la sentencia en torno a la resolución del contrato será declarativa).

En esa línea se ha dicho que: "[S]i quien sufre el incumplimiento prefiere, puede pedir la liquidación del daño según los criterios generales: en tal caso no se separará, sino pedirá la resolución por incumplimiento. Y si, no obstante el incumplimiento, permanece interesado en la ejecución del contrato, pedirá esta (además, eventualmente, del daño): entonces ni se separará ni pedirá la resolución"(62).

Alberto Trabucchi realiza una ulterior precisión al señalar que, en caso de que la parte fiel opte por el régimen general, "las arras no valen como medio de liquidación del daño, sino como garantía parcial y concreta; esto es, como anticipo recibido del pago de los daños que serían fijados por el juez. He aquí la diferencia y las ventajas de esta figura respecto de la cláusula penal"(63). La ventaja a la que se alude se evidencia cuando la parte fiel es quien recibió las arras, empero no es tal cuando la parte fiel es quien entregó las arras. Sin embargo, la precisión que hace el citado autor nos permite concluir que si la parte fiel es quien recibió las arras y opta por el régimen general, puede ejercer derecho de retención sobre las arras hasta que se le pague el resarcimiento, y si la naturaleza de las arras y la del resarcimiento son homogéneas, aquellas aplicarán como parte del pago de este. Finalmente, si quien incumplió el contrato fue la parte que recibió las arras, no existe ninguna razón para que las conserve y, sea que la parte fiel opte por el desistimiento (régimen de las arras confirmatorias) o por la resolución (régimen general) del contrato, deberá devolverlas.

Coincidimos con Max Arias-Schreiber(64) cuando señala que, en ejercicio de su autonomía privada, las partes pueden excluir el recurso al artículo 1479 e imponer la aplicación exclusiva del artículo 1478, de manera que la reparación se traducirá siempre en la retención de las arras recibidas o en la devolución del doble de su valor, según sea el caso; aunque, ciertamente, hay que agregar la precisión que, sobre el particular, hace Manuel De la Puente en el sentido de que aquel pacto será válido "siempre que no produzca la violación directa o indirecta de lo establecido por el artículo 1328 del Código Civil, según el cual 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"(65).

(62) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 514.
(63) TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 136.
(64) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. cit., p. 309.
(65) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 196.

g) Las arras confirmatorias y las arras de retractación

Como se ha visto, nuestro Código Civil ha adoptado la clasificación bipartita que distingue entre arras confirmatorias y arras de retractación, el régimen de las primeras aparece regulado entre los artículos 1477 y 1479 del CC, mientras que el régimen de las segundas encuentra regulación entre los artículos 1480 y 1483 del CC. La noción de las arras de retractación puede verse en el artículo 1480 del CC, que señala: "La entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos".

Las arras de retractación también son señal de algo, señal de que existe el derecho a retractarse, derecho que puede estipularse a favor de una o ambas partes. Así, a diferencia de las arras confirmatorias que son polifuncionales, las arras de retractación tienen la sola función de contraprestación o precio por la atribución de la facultad de desistimiento(66). A nivel funcional, podríamos mencionar, también, que las arras de retractación no tienen la función de reforzar el vínculo contractual, sino que más bien lo debilita(67).

Nuestro legislador, a diferencia del Código Civil italiano, ha optado por restringir el radio de acción de las arras de retractación, circunscribiendo su aplicación únicamente a los contratos preparatorios (compromiso de contratar y contrato de opción). Esto también constituye una diferencia con relación a las arras confirmatorias, las cuales pueden pactarse en cualquier contrato, es decir, incluso en los contratos preparatorios.

A diferencia del régimen de las arras confirmatorias, en el régimen de las arras de retractación no existe incumplimiento y, en consecuencia, tampoco existen daños que resarcir. En efecto, quien celebra un contrato preparatorio tiene dos formas de cumplir: **(i)** celebrando el contrato definitivo; y **(ii)** ejercer el derecho de desistimiento perdiendo o pagando el precio correspondiente que vendría a estar representado por las arras entregadas o por el doble de su valor, según sea el caso. En efecto, el desistimiento, en este caso, es un derecho que encuentra su fuente en el contrato preparatorio (desistimiento convencional) y, en consecuencia, la retractación para no celebrar el contrato definitivo constituirá el ejercicio regular de un derecho y, en ese contexto, no hay lugar a ningún resarcimiento (artículo 1971 del CC). En esa misma línea se ha dicho, respecto de las arras de retractación, que: "La figura, pues, no tiene relación alguna con el incumplimiento, sino que ofrece una compensación, segura e inmediata, a la parte no resistente, que, si fue quien entregó las arras, tiene derecho a demandar el doble"(68).

h) La ausencia de una calificación expresa de las arras

Puede suceder que las partes hayan pactado la entrega de arras, empero omitieron calificarlas como confirmatorias o de retractación. Ante esa situación de incertidumbre con relación a entenderlas como arras confirmatorias, arras de retractación o ninguna de ellas, nuestra doctrina ha planteado dos tesis: **(i)** para que las arras sean confirmatorias o de retractación es necesario un pacto expreso en uno u otro sentido, entonces, "si en un contrato se inserta un pacto sobre entrega de algo, que se denomina simplemente 'arras', debe entenderse que lo entregado, si por su naturaleza es susceptible de aplicación a la ejecución del contrato, constituye una entrega a cuenta de la prestación debida. Si ello no es posible, las llamadas 'arras'

(66) MARINI, Annibale. Ob. cit., p. 4.
(67) GORGONI, Marinela. Ob. cit., p. 1033.
(68) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 775.

no cumplen función alguna y deben ser devueltas a quien las entregó"[69]; **(ii)** si las partes han omitido calificar a las arras, basta determinar si el contrato es preparatorio o no, si lo es, entonces, deben entenderse como arras de retractación, pues en nuestra legislación, estas arras solo aplican en los contratos preparatorios y, en caso contrario, esto es, que el contrato no sea uno preparatorio, deberán entenderse como arras confirmatorias[70].

Ninguno de los dos planteamientos nos termina de persuadir, por lo que nos animamos a plantear una tercera tesis: en nuestra opinión, si las partes han convenido la entrega de arras, pero han omitido calificarlas, deben ser entendidas como arras confirmatorias, en la medida que las arras de retractación representan una genuina excepción al principio de vinculatoriedad del contrato que emerge no de la ley, sino del acuerdo de las partes, por lo tanto, si en el contrato –que es su fuente– no se le ha atribuido con claridad dicho carácter, entonces no podría aplicar una presunción en ese sentido. No creemos que deban entenderse como una mera entrega a cuenta de la prestación debida si es que es susceptible de imputarse a esta última y que, en caso de no ser así, no cumplirían ninguna función (como sostiene la primera tesis), pues ello importaría desconocer la intención de las partes que quisieron realizar esa entrega en señal de algo. Asimismo, no parece que pueda compartirse la segunda tesis en la medida que las arras confirmatorias también pueden pactarse en un contrato preparatorio.

i) Arras confirmatorias y cláusula penal

Entre las arras confirmatorias y la cláusula penal existen puntos en común:

(i) Ambas constituyen mecanismos de tutela preventiva del crédito.

(ii) Ambas emergen del ejercicio de la autonomía privada de los particulares.

(iii) Ambas constituyen un pacto accesorio respecto de un contrato principal.

(iv) Ambas tienen entre sus funciones la de constituir una liquidación convencional y anticipada de los daños que deriven de un incumplimiento contractual.

Sin embargo, así como tienen rasgos comunes, también presentan importantes diferencias:

(i) La cláusula penal supone una promesa de pago en caso de incumplimiento, en tanto que las arras confirmatorias importan la entrega efectiva de una suma de dinero o de alguna cosa. Así, las arras confirmatorias representan una tutela más solícita para el acreedor, al menos para el caso en donde la parte que incurrió en incumplimiento es aquella que entregó las arras. En esa misma línea se ha dicho que las arras confirmatorias "permite[n] al acreedor, en la hipótesis de incumplimiento de la contraparte, obtener una tutela inmediata y, en general, más solícita de la que podría conseguir haciendo valer la cláusula penal"[71].

(ii) La cláusula penal limita el resarcimiento a la prestación prometida, salvo que las partes hubiesen pactado el resarcimiento del daño ulterior; en cambio, en las arras confirmatorias, la parte fiel puede optar por actuar el régimen específico de las mismas, esto es, conservar las arras recibidas o exigir el doble de su valor si fue quien las entregó, o puede optar por actuar el régimen general, que implica que el resarcimiento por los daños se exigirá en función de los criterios generales, a menos que

(69) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 168.
(70) PALMADERA ROMERO, Doris. Ob. cit., p. 14.
(71) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 774.

las partes hayan renunciado a la aplicación del régimen general y se haya pactado como único recurso frente al incumplimiento la actuación del régimen de las arras confirmatorias.

(iii) El campo de tutela de la cláusula penal es mayor al de las arras confirmatorias, pues aquel no se reduce al incumplimiento de la obligación, sino que alcanza también al retardo en el cumplimiento.

(iv) El juez, a solicitud de parte, puede reducir equitativamente el monto de la cláusula penal, en caso de que este sea manifiestamente excesivo o en caso de que la obligación haya sido parcialmente cumplida; en cambio, tal posibilidad no está prevista para el caso de las arras, de manera que el juez no podrá reducir las arras ni siquiera en caso de que resulten manifiestamente excesivas. Un sector de la doctrina española[72] considera que sí es posible que el juez pueda reducir las arras en caso de que estas resulten manifiestamente onerosas, para lo cual se haría una aplicación analógica de la norma que permite la reducción de la cláusula penal, ya que ambas figuras tienen una función común, la de liquidación convencional y anticipada de los daños; sin embargo, nosotros consideramos que ello no es factible, pues se olvida que la norma que permite la reducción de la cláusula penal (en nuestro caso: el artículo 1346 del CC) es una norma excepcional –la regla general en materia contractual es la vinculatoriedad del contrato (artículo 1363 del CC), siendo uno de los significados de esta regla el que los términos contractuales no pueden ser modificados ni por las partes ni por un tercero– y, de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del CC, la norma que establece excepciones no se puede aplicar por analogía.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. "Exégesis". Tomo I. Contratos: Parte General. Librería Studium, Lima, 1986; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo V. La Responsabilità. Giuffrè Editore, Milano, 1994; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Tomo I, Volumen II, Hechos y Actos jurídicos. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1995; D'AVANZO, Walter. Voz: "Caparra". En: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA. Tomo II, UTET, Torino, 1958; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El contrato en general". En: Para leer el Código Civil. Vol. XV. Segunda Parte - Tomo IV, segunda edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1996; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias. Volumen II. Quinta edición. Civitas, Madrid; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela. La lesión extracontractual del crédito. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; GORGONI, Marilena. En: AA.VV. "Commentario del Codice Civile". Diretto da Enrico GABRIELLI. "Dei contratti in generale". A cura di Emmanuela NAVARRETA e Andrea ORESTANO, Milano: UTET Giuridica, 2011; GUTIÉRREZ ZANELLI, Frank. En: AA.VV. Código Civil comentado. Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004; JORDANO FRAGA, Francisco. La responsabilidad contractual. Editorial Civitas, Madrid, 1987; MARINI, Annibale. Voz: "Caparra". En: Enciclopedia giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, 1988; MERINO ACUÑA, Roger. "La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado". En: El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; MERINO ACUÑA, Roger. "Conclusión anticipada del contrato". En AA.VV., Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Gaceta Jurídica, Lima, 2007; PALMADERA ROMERO, Doris. "Las arras confirmatorias: reforzando el cumplimiento del contrato o fijando el monto indemnizatorio por su incumplimiento". En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, Tomo 134, Lima enero, 2005; RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. La resolución de los contratos. Problemas legislativos y jurisprudenciales del incumplimiento contractual. Gaceta Jurídica, Lima, 2018; ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Nélvar

(72) JORDANO FRAGA, Francisco. Ob. cit., p. 348.

Carreteros Torres. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto. Tomo I. Torino: UTET, 1993; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Segunda edición, reimpresión (revisada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; TATARANO, Giovanni. "Caparra Confirmatoria". En: AA.VV. Codice Civile Annotato con la doctrina e la giurisprudenza, a cura di Pietro PERLINGIERI. Libro cuarto, I, UTET, Torino, 1980; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; TRIMARCHI, Pietro. Voz: "Caparra". En: "Enciclopedia del diritto". Giuffrè Editore, Tomo VI, Milano, 1960; ZOPPINI, Andrea. "La clausola penale e la caparra", En: AA.VV. I contratti in generale, a cura de Enrico GABRIELLI. Tomo II. UTET, Torino, 1999.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Arras confirmatorias no son propias de los contratos preparatorios

{A}nalizando la denuncia de interpretación errónea de los artículos 1477 y 1478 del Código Civil, en la interpretación de una norma jurídica debe atenderse a la finalidad que busca la norma, atender a su aspecto teleológico, siendo que las arras confirmatorias son propias de los contratos definitivos, mas no de los contratos preparatorios; ello en atención a que un contrato preparatorio responde a la situación en donde las partes no quieren o no pueden celebrar aún el contrato definitivo, entonces, lo propio de los contratos preparatorios es la posibilidad de pactar arras de retractación, resultando coherente se les permita pactar el arrepentimiento del contrato preparatorio a través de la entrega de arras de retractación {...}. Pero, no resulta viable aplicar arras confirmatorias a contratos preparatorios, por la naturaleza propia de cada uno de ellos; en efecto, en un contrato preparatorio, y de manera específica, en un compromiso de contratar, las partes se obligan en el futuro a celebrar un contrato definitivo, por ello, el compromiso debe contener por lo menos los elementos esenciales del contrato definitivo; si las arras confirmatorias operan ante el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones (para que se devuelvan, imputen o se devuelvan dobladas), de qué obligaciones se está hablando en un contrato preparatorio {...} ***(Cas. N° 3048-2009-Lima Norte).***

El incumplimiento de la obligación atiende a una causa imputable a una de las partes

Atendiendo a que existieron hechos ajenos a la institución financiera que no pudieron ser previstos, se trataba de una situación no imputable a su parte, en ese sentido la cláusula cuarta del Contrato de Arras se sustenta en el artículo 1478 del Código Civil, que señala como supuesto del incumplimiento de la obligación, la existencia de una causa imputable, por tal motivo al no haber la parte demandante cumplido con probar la existencia de responsabilidad del Banco Continental en las causas imputables que originaron la demora en la adquisición de la propiedad, en tomar posesión del bien, y luego en perder la posesión, corresponde que al amparo del artículo 200 del Código Procesal Civil se declare infundada la demanda ***(Cas. N° 2592-2015-Lima).***

TÍTULO XIV
ARRAS DE RETRACTACIÓN

Las arras de retractación

Artículo 1480.- *La entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos.*

Concordancias:
C.C. arts. 1414 y ss.

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

La fuente del artículo en comentario es el artículo 1334 del Código Civil de 1852, cuya aplicación procedía dentro de la promesa de venta, al prescribir que: "Si en la promesa se da alguna cantidad por arras, cualquiera de las dos partes puede revocar su consentimiento, perdiendo las arras el que las dio, y devolviéndolas dobladas el que las recibió".

En el Código de 1852 solo se reguló expresamente las arras de retractación, situación que varió con el Código Civil de 1936, el cual normó las arras confirmatorias en el artículo 1348[1] y las de retractación en el 1349, señalando que: "Pueden las partes estipular el derecho de retractarse. En este caso si se retractare la parte que dio las arras, las perderá en provecho del otro contratante; si se retractare el que las recibió, las devolverá dobladas".

Antecedente en el Derecho comparado podemos encontrar en el anterior Código Civil argentino de 1869, el cual regulaba únicamente las arras penitenciales (artículo 1202, 1 y 2 párrafos). El Código Civil italiano las regula en el artículo 1386, mientras que el francés en su artículo 1590. En Colombia, se regula en el artículo 1859 de su cuerpo civil. En el Derecho español, si bien su Código no regula expresamente las arras penitenciales o de retractación, para el Tribunal Supremo y la doctrina civil española, estas se desprenden de su artículo 1454, pero solo extensible a la compraventa. Igualmente, el Código chileno las recoge en su artículo 1803 referido a la compraventa, señalando audazmente que se entregan en calidad de prenda de la celebración o ejecución del contrato. De distinto parecer fue el Código Civil de Prusia, quien indicó que las cosas dadas en arras pasan en propiedad inmediatamente y en todos los casos al que las recibe (artículo 216).

2. Arras de retractación: origen, definición y alcances

2.1. Origen y funciones que cumplían las arras o señales

En términos generales, arra significa lo que se da en "señal", "manifestación", "garantía" o "prueba", usualmente una cantidad de dinero u otro bien (mueble o inmueble), que una de las partes entrega a la otra como testimonio del acuerdo contractual. Con el devenir

(1) Fue el Código de Comercio de 1902 el que primeramente reguló las arras confirmatorias, omitiendo las de retractación, cuando en su artículo 338 indicaba que "las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario".

del tiempo las arras pasaron a convertirse en institución de aseguramiento de derechos, al ser considerado como aquello que se da en prenda o garantía de un contrato. Es precisamente este último matiz, al que se le conoce como arra de retractación o penitencial, pues concede la facultad o potestad para arrepentirse de la conclusión de un contrato, vale decir, que aquel que entrega las arras en calidad de retractación, tiene el derecho de consumar íntegramente el contrato o arrepentirse del mismo, siendo que en este último caso perderá aquello que haya entregado a la otra parte, funcionando como una prima de castigo o multa, estipulada en beneficio de la parte que se mantiene fiel a la obligación contractual(2).

A saber, la doctrina a clasificado a las arras en tres tipos: arras confirmatorias, de retractación y penales. La primera es señal o prueba de seriedad de la celebración del contrato, sin otorgar el derecho de desistirse de él. Las de retractación facultan el derecho de desistirse del negocio contractual, tanto para la parte que las dio como para la que las recibió. Finalmente, cuando la parte fiel al contrato tiene el derecho de apropiarse de las arras confirmatorias o cuando la incumplidora las tiene que devolver dobladas, estas adquieren una naturaleza de arras penales, advirtiendo que es una subespecie de las confirmatorias.

Los orígenes históricos del arra o las arras se encuentran en los fenicios, en Grecia y en Roma, habiendo alternado indistintamente entre la calidad de confirmatoria o de retractación. Siguiendo a reconocidos autores como León Barandiarán, Arias Schreiber, De la Puente y Lavalle, Banedes, Enneccerus y Risolia, la palabra arra etimológicamente proviene de la palabra fenicia *arrha*. En el Derecho Griego el arra podía consistir en un negocio preparatorio de una compraventa real futura, con la facultad de desistirse de la promesa con la pérdida del arra por quien lo había dado, o la restitución del doble por quien la había recibido (BADENES, p. 314). En el Derecho prejustinianeo se contemplaba al arra como una prueba o confirmación del contrato simbolizada mediante la entrega de monedas o dinero. Las posteriores *Institutas* admitieron la posibilidad de emplearse como mecanismo de arrepentimiento. En la época de Justiniano, la *arrha poenitentialis*, fue considerada como un mecanismo válido para liberarse de una obligación contractual. Con el Código de Napoleón de 1804 se recoge el criterio de las arras penitenciales (artículo 1590), mientras que en el Derecho Germánico tuvieron inicialmente un carácter confirmatorio y luego una función indemnizatoria a través de un contrato preparatorio real (DE LA PUENTE, p. 330). Y es en nuestra legislación civil vigente, se admite las arras penitenciales o de retractación (artículo 1480), sin dejar de lado las confirmatorias (artículo 1477).

2.2. Definición de arras de retractación o penitenciales

Las arras de retractación, denominadas antiguamente como arras penitenciales, son aquellas arras que generan (para quien las entrega, como para quien las recibe) el derecho de retractarse de una relación contractual existente y por cumplirse. Es un instituto contractual por el cual se diluye válidamente el vínculo obligacional. No es en estricto la facultad con que cuentan las partes de desistirse de cumplir con el contrato, sino es el bien, representativo de un valor económico, entregado a la celebración del negocio contractual con la expresa intención de conceder la facultad de arrepentimiento a una o a todas las partes. La consecuencia

(2) Como se aprecia, existe bajo el común membrete de arras dos clases abiertamente distintas en cuanto a sus objetivos: las confirmatorias y las de retractación. Las arras confirmatorias, no aseguran el cumplimiento del contrato pero lo refuerzan. Este tipo de arras cumple la función probatoria de haberse llegado a un acuerdo de voluntades, son pues la prueba que el contrato ha sido concluido pero no ejecutado. A diferencia de las arras de retractación, cuya función es otorgar a la parte que las entrega, el derecho de arrepentirse de celebrar el contrato definitivo, perdiéndolas en favor de quien las recibe.

de arrepentirse del contrato involucra, para quien ejerce esta facultad, la pérdida del bien o su restitución doblada, si quien se arrepiente es quien lo dio –en el primer caso–, o quien las recibió –en el segundo–.

Estas autorizan a no cumplir la obligación asegurada, a cambio de perderlas el que las dio, manifestando Manuel Albaladejo que las arras penitenciales "por un lado, aseguran la obligación, en cuanto que, si no se cumple, se pierden; pero, por otro lado, facilitan el incumplimiento, en cuanto que, conformándose con perderlas, se puede el deudor desligar de aquella" (ALBALADEJO, p. 274). De similar parecer, el destacado jurista español Luis Díez-Picazo expresa que las arras penitenciales "pueden cumplir la función de permitir a ambos contratantes desligarse posteriormente del contrato ya perfeccionado y por consiguiente obligatorio" (DÍEZ-PICAZO, p. 405). Sin embargo, para Renato Scognamiglio, las arras penitenciales no significaban mas que el poder de desistimiento otorgado a una de las partes o a ambas (SCOGNAMIGLIO, p. 153), concentrándose –este autor italiano– en los efectos que produce la entrega del bien pero no en la naturaleza jurídica del título por el cual estos bienes se entregan.

Advirtiendo el distingo con las señales confirmatorias, Max Arias Schreiber, expresaba que "ya no estamos, en efecto, en presencia de una manifestación o señal de la voluntad de cumplir un contrato, sino por el contrario, ante la eventualidad válida de que las partes se arrepientan de ejecutarlo. El sentido de estas arras (de retractación) no está, por consiguiente, en reafirmar el valor del contrato, sino de autorizar a resolverlo. Confiere, pues, el derecho de retractarse de una relación convencional existente y por cumplirse"[3]. Ramón Badenes, apoyándose en Bonet, apunta que las señales penitenciales, "pueden perseguir un fin expiatorio (*arrha poenitentialis*) y entonces viene a ser una especie de multa que abona anticipadamente una de las partes, por reservarse el derecho de rescindir el contrato a su libre arbitrio" (BANEDES, p. 318).

Como se aprecia, las arras penitenciales –a diferencia de las confirmatorias– producen la extinción lícita del vínculo contractual, lo cual ha sido apreciado como un decaimiento de la obligatoriedad de los contratos, por ello en el codificador restringió la regulación de las arras de retractación a los contratos preparatorios y no a la generalidad de los contratos. En efecto, en virtud del artículo 1480, la entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios, lo cual es sumamente polémico, pues jurídicamente nada impediría que las partes celebren actos jurídicos coligados de depósito y de penalidades, bajo condiciones suspensivas, con el propósito lícito de lograr los mismos efectos que la entrega de arras penitenciales en contratos definitivos: contraprestación por derecho de arrepentimiento[4].

Ahora bien, el numeral bajo comentario, dispone que las arras de retractación se dan exclusivamente en los contratos preparatorios, permitiendo a cualquiera de los contratantes

(3) Otros autores como Raymundo Salvat, coinciden con este parecer, cuando expresa que "las arras en lugar de propender al fortalecimiento del vínculo contractual, sirven aquí para debilitarlo, mediante la posibilidad de su extinción por el ejercicio del derecho de arrepentimiento. Desde este punto de vista puede observarse que las arras penitenciales constituyen una excepción o limitación al principio que, a falta de pacto comisorio expreso, las partes solo pueden exigir el cumplimiento del contrato" (SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino*. V. Tomo 1, Contratos. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1946, p. 141).

(4) No será ajeno que algunos consideren que las arras confirmatorias cumplen en la práctica, los mismos efectos que las de arrepentimiento. Lo cual sería admisible si se permitiera a la parte fiel renunciar a iniciar cualquier acción por daños y perjuicios posteriores, hecho que es rechazado por el Código Civil en los artículos 1328, 1520 y 1986, pues no se puede renunciar anticipadamente a estas acciones.

arrepentirse o deshacer el negocio con los efectos patrimoniales de la pérdida para el que entrega las arras y se arrepiente, y la restitución doblada para el que las recibe y se retracta.

3. Características de las arras de retractación

3.1. Las arras de retractación se dan exclusivamente en los contratos preparatorios

Los contratos preparatorios típicos regulados en el Código Civil son el compromiso de contratar (artículo 1414) y el contrato de opción (artículo 1419)[5]. Conviene precisar, que por medio del **compromiso de contratar** las partes se obligan recíprocamente a perfeccionar un contrato en el futuro. En la eventualidad que una de las partes se niegue a suscribir el contrato definitivo, como consecuencia de un compromiso de contratar, la otra parte puede exigir judicialmente la celebración del contrato, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios (salvo que se hayan estipulado arras de retractación).

Por el **contrato de opción** una de las partes (promitente) queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra (optante) tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no. A diferencia de lo que sucede con el compromiso de contratar, en el contrato de opción el optante puede perfeccionar el acuerdo definitivo manifestando su voluntad recepticia, por lo tanto la eventual negativa del promitente no impide que el contrato genere todos los efectos legales previstos desde que esta voluntad se produce[6].

Al momento de la celebración del contrato preparatorio, una de las partes (usualmente el deudor de la futura obligación) entrega una cantidad de dinero o algún bien en calidad de arras de retractación, a fin de neutralizar en quien las recibe, el riesgo por el posible ejercicio del derecho de desistimiento en el futuro[7] y, por lo mismo, la frustración del contrato definitivo.

Si bien basta que una de las partes entregue las arras de retractación al momento de la celebración del contrato preparatorio, a la luz de la lectura del artículo 1480, nada impide que se pueda concertar que ambas o todas las partes contratantes entreguen señas o arras penitenciales (arras de retractación recíprocas).

Nuestro cuerpo civil admite las señas de retractación en todo tipo de contratos preparatorios (*pactos de contrahendo*), por el contrario existen códigos, como el francés (artículo 1590), que solamente las aceptan en las promesas de venta.

(5) Existen otros contratos preparatorios como el contrato de corretaje y la cláusula compromisoria, que no son típicamente recogidos por nuestro cuerpo civil.

(6) Se debe tener en cuenta que en realidad el contrato de opción resulta más útil en las transacciones que el compromiso de contratar. Autores como Hugo Morote Núñez han advertido sobre la carencia de utilidad práctica del compromiso de contratar de nuestro Código Civil, pues, afirma que existen instituciones en nuestro ordenamiento que sirven con eficiencia para tutelar los mismos intereses que pretende amparar el compromiso de contratar, como son el contrato de opción recíproca (artículo 1420), la compraventa con reserva de propiedad en la compraventa (artículo 1583) y el contrato con reserva de estipulaciones (artículo 1360) (MOROTE NÚÑEZ, Hugo. "Análisis funcional del compromiso de contratar", Tesis para optar el grado académico de bachiller en Derecho, Lima, 1988. PUC/FD, Ver también nuestro trabajo, "Una visión sobre el compromiso de contratar y su función dentro del sistema contractual" en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 14, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 17-26). Es en razón de ello, que en la práctica legal las arras de retractación surgen principalmente en los contratos de opción.

(7) En el ámbito del Derecho Financiero es usual este tipo de operaciones en los denominados contratos derivados financieros (de opción, de futuros, *forward* y *swaps*).

3.2. Por su naturaleza accesoria se materializan como un pacto arral

Las arras de retractación son de naturaleza accesoria al contrato matriz con el cual se vincula jurídicamente. Toma forma de un pacto arral en el negocio contractual que las partes celebran. En la medida que es un pacto accesorio, su nulidad o vicio no afecta al contrato matriz o principal; por el contrario, si contrato principal se viera afectado de ilicitud, esta también arrastraría al pacto arral.

La vigencia de las arras de retractación depende del acto jurídico contractual del cual es accesoria, adquiriendo la condición de elementos accidentales del negocio, esto es, aquellos componentes jurídicos que los agentes estipulan voluntariamente con el firme propósito de establecer alguna modalidad a la eficacia del acto jurídico, pero cuya presencia no interesa para su estructura y validez, por no ser esencial al mismo. Dentro de las modalidades del acto jurídico, hay quienes han considerado a las arras de retractación dentro del esquema de la condición resolutiva (artículos 171 y ss.)[8].

¿Qué sucede si el contratante al cual le corresponde entregar el bien en calidad de arras de retractación, no lo hace? Como hemos expuesto, el pacto arral es un elemento accidental pues responde a una naturaleza accesoria, de tal forma que no influye en la validez de la relación jurídica matriz o principal. En ese escenario, si la parte obligada a entregar las señales de retractación se niega u omite hacerlo, simplemente no surtirá efectos el pacto arral; vale decir, que no existirá el derecho de retractarse, ni surtirá efectos la sanción de pérdida del bien, la devolución del duplo o la imputación al crédito, pues precisamente porque no se ha entregado bien alguno, es imposible aplicar estos últimos efectos. Por el contrario, mantienen plena vigencia las obligaciones concertadas en el contrato matriz o principal.

3.3. Se perfecciona con la entrega o tradición del bien

Si bien el artículo 1480 no hace mención expresa a la característica real de las arras de retractación, esta surge de su propia naturaleza. No es comprensible una arra de retractación sin entrega o *traditio* de los bienes para su consumación; en este sentido, la tradición se convierte en un elemento constitutivo de este acto jurídico accesorio.

En opinión de Luis Díez-Picazo (p. 404) y Renato Scognamiglio (p. 153), es característica de las arras su entrega al momento de la celebración del contrato, respondiendo a un carácter real, pues para su existencia y eficacia se requiere la transmisión posesoria. No es ajeno, por ello, que las señales penitenciales sean catalogadas como instituciones del derecho real de garantía, asimilables a la prenda y al derecho de retención, en donde la posesión del bien es la característica fáctica más relevante.

La tradición es consubstancial a las arras de retractación, por ello, no podemos afirmar que estamos en presencia de ellas si no hay entrega, física o jurídica, en favor de una de las partes, pues precisamente la tradición es la característica que las distingue de la cláusula penal, en donde solo existe una promesa de pagar la penalidad o multa, pero no existe entrega de la misma al momento de su concertación.

(8) A la luz de la Teoría General del Acto Jurídico es teóricamente permisible que la entrega de las arras de retractación sea la causa-fin o motivo determinante por el cual las partes contraten, de tal forma que la elevan a elemento constitutivo del contrato preparatorio, siendo nulo por falta o ausencia de causa, si es que la mencionada entrega (por la cual celebran el contrato preliminar) no se materializa.

Como habíamos expuesto anteriormente, las arras de retractación son accesorias y también de efectos reales, siendo así, si la parte obligada a entregar dinero o algún otro bien en calidad de arras no cumple con ello, no afecta al contrato principal del cual se desprende, simplemente no habrá surtido efecto las arras ante la falta de la entrega.

3.4. Requieren ser expresas

Todas las clases de arras se caracterizan por ser expresas. No toda dación de dinero o especie en el momento de la estipulación del contrato constituyen arras, desde que pueden haber sido entregadas a cuenta de la contraprestación (precio, arriendos, remuneración, etc.) y así debe entenderse el acuerdo, cuando quiera que no aparezca de modo explícito y seguro que las partes han entendido estipular arras de retractación. Por ello las arras penitenciales deben ser señaladas expresamente en el contrato preparatorio.

Pero qué solución debemos dar, en el caso que se señale expresamente que determinado bien o cosa es entregado a título de arras, sin mencionar la clase de estas. Raymundo Salvat es de opinión, que ante el silencio de las partes contratantes para calificar el tipo de arras entregadas, debe presumirse que han querido establecer arras penitenciales (SALVAT, p. 142). El parágrafo II del § 336 del BGB de manera prudente señala que: "En caso de duda la señal se considerará dada a título de pena". En realidad existe mucha controversia respecto de este tema, pues León Barandiarán, de parecer distinto, indicaba que: "las causas rescisorias de los contratos no deben presumirse, sino entenderse restrictivamente", dando a entender que ante el silencio debiera presumirse que las partes han querido establecer un pacto arral confirmatorio (LEÓN BARANDIARÁN, p. 163).

Luego de explicar que esta disyuntiva no existía en el derogado Código de 1936, pues su artículo 1348 prescribía que las arras se reputarán dadas en señal de conclusión del contrato, situación que no ha sido debidamente resuelta por el vigente Código nacional, De la Puente y Lavalle participa de la doctrina y jurisprudencia española la cual se inclina por considerar que la entrega de arras, a secas, representa un principio de cumplimiento (DE LA PUENTE Y LAVALLE, pp. 343-344), descartando que se deban de entender como arras penitenciales.

4. Análisis de las arras de retractación estipuladas en nuestro Código Civil

4.1. Bienes que pueden darse en arras de retractación

Nuestro ordenamiento jurídico civil no entra a tallar en las clases o tipos de bienes sobre los que puede recaer un pacto arral, sin embargo, las normas dispensadas a las arras de retractación nos advierten importantes características que estos bienes deben tener, así nos señala que estos deben ser objeto de "entrega", que las arras entregadas son pasibles de "pérdida" en provecho del otro contratante, que pueden ser "devueltas dobladas" o "imputables al crédito", según su naturaleza.

a) Dinero y títulos valores.- El dinero suele ser el bien más común para ser entregado en calidad de arras de retractación (e incluso confirmatorias). Su entrega no solo puede ser en efectivo, sino también mediante un título que lo represente (cheque, por ejemplo). En este sentido, nada obsta para que las partes contratantes acuerden entregar o recibir títulos valores en calidad de arras de retractación, mediante el endoso de los mismos.

Este tipo de bien tiene una ventaja evidente, como es su fácil cuantificación. Si quien se arrepiente de perfeccionar el contrato definitivo es quien recibió las arras, las deberá devolver dobladas en su monto, en este sentido si se entregó 100 deberá devolverse 200, no existe

mayor complejidad en esta operación; asimismo, permite imputar su monto fácilmente al crédito, sin mayor controversia.

b) Muebles.- Los bienes muebles, en principio, no representan mayor inconveniente para ser entregados a título de señales de retractación, pues como sabemos la entrega se consuma con la tradición. Pero, cuando la norma sanciona con la devolución del doble, es donde empieza a cuestionarse su validez, dado que si se entrega un vehículo en arras de retractación, ¿deberá devolver dos vehículos quien los recibió y quien se desiste de firmar el contrato definitivo? Cómo poder cuantificar el doble de un bien mueble, pues como sabemos las valorizaciones de bienes suelen ser fuente de innumerables controversias.

En realidad no existe impedimento legal para que las partes se obliguen a entregar bienes muebles como arras de retractación, por ello la doctrina predominante apunta a indicar que en caso de tener que devolver el duplo de las cosas muebles, el obligado deberá restituir el bien más un monto en dinero igual a su valor.

c) Inmuebles.- Igual que el criterio predominante para el caso de los bienes muebles, la sanción de devolver el doble de lo entregado se materializa reintegrando el inmueble más un monto igual a su valor.

En términos generales no habría inconveniente en entregar en arras de retractación bienes inmuebles, siempre que se proceda a su entrega física como jurídica, siendo en este último caso que la entrega se materializaría mediante inscripción registral. Ahora bien, teóricamente no debería haber objeciones, desde el punto de vista registral, para la inscripción de este tipo de actos jurídicos modales.

d) Intangibles, derechos y créditos.- Los bienes intangibles y los derechos, podrían ser dados en arras de retractación en la medida que puedan ser entregados jurídicamente de manera válida y eficaz. Una marca comercial o un derecho de concesión, podrían ser consignados en señal de retractación, en la medida que su entrega jurídica o sin desplazamiento se produzcan vía inscripción en los registros correspondientes. Sobre los intangibles o derechos que no merezcan inscripción registral, no pueden ser objeto de arras de retractación, como sería el caso del *know how* o algún derecho de suministro exclusivo, entre otros ejemplos.

Los créditos por sí mismos, están excluidos de ser arras penitenciales, pues en su mayoría consisten en acreencias que se reportan en contratos o actos extra-contractuales, resultando abiertamente imposible efectuar una entrega a la contraparte, pues por consistir en obligaciones puras, estas en la práctica pueden ser prometidas a varios beneficiarios a la vez. Lo cual nos lleva a concluir, que en este caso, resulta imposible retener o confiscar el crédito, menos afirmar que el cedente los pierde efectivamente a favor del poseedor. Distinto sería el caso, que este crédito conste en un instrumento cambiario, para lo cual nos remitimos a los criterios de los títulos valores.

4.2. ¿A título de qué se entregan las arras de retractación?

Suele pasar inadvertida la naturaleza jurídica de la entrega de las arras de retractación o penitenciales, si bien nuestro ordenamiento civil alude que estas se entregan, se pierden, se devuelven dobladas o se imputan como pago, no se precisa si la entrega que hace una de las partes es en propiedad, depósito, garantía o en calidad de algún otro título jurídico.

Debemos advertir que en este caso nuestra posición no está del todo definida, en principio por que a tenor de los artículos del Código Civil existen disposiciones contradictorias. Analizando la operatividad de este instituto se puede apreciar que la parte que las recibe recién hará suya la arra, cuando la parte que la entregó se arrepiente de la conclusión del contrato definitivo y no al momento de la entrega, que resulta ser un acto anterior.

Podría considerarse que opera un depósito sobre los bienes, lo cual no guarda lógica desde que entregar un bien a título de depósito no impide que el propietario pueda disponer del mismo, celebrando una venta o un mutuo a favor de un tercero. En este caso, la parte que entregó las arras de retractación no podría perder la propiedad del bien, simplemente por que este ya no se encuentra dentro de su patrimonio, sino dentro del patrimonio de un tercero, con lo cual es fácil advertir que el depositario no cuenta con seguridad alguna, que es precisamente el verdadero objetivo de las arras o señales.

En esta situación, podría apuntarse que el título por el cual se entregan las arras es en garantía (prenda, anticresis o hipoteca), lo cual no sería del todo preciso, más aún, cuando sabemos que nuestro Código Civil consagra la nulidad del *pacto comisorio*, vale decir, prohíbe que el acreedor se apropie del bien objeto de la garantía. Siendo así, la única manera válida por la cual la parte que recibe las arras penitenciales confisque el bien entregado, es que su transmisión se haya efectuado a título de propiedad, caso contrario no se justificaría las situaciones en que se devuelven bienes distintos a los recibidos, como cuando se entrega dinero o cosas fungibles. Solo transmitiendo los bienes a título a propiedad es que podemos aplicar los efectos de las arras de retractación. Así también lo ha entendido el Código Civil de Prusia, el cual en su artículo 216 señala que: "las cosas dadas en arras pasan en propiedad inmediatamente y en todos los casos al que las recibe".

Sin embargo, no puede afirmarse que exista una transmisión simple de propiedad, razón por la cual estamos de acuerdo con aquello que esbozara Pothier sobre la entrega en propiedad bajo condición, en el caso de las arras (reseñado por RISOLIA, p. 53).

4.3. Aspectos controvertidos sobre los bienes entregados

No cabe dar en arras de retractación bienes que no son de propiedad del que las entrega. Tomando partido por que la entrega de señales involucra la transmisión de la propiedad condicionada, sería rescindible la entrega de bienes ajenos.

Evidentemente, si los bienes entregados son fructíferos o se efectúan mejoras sobre los mismos, dichas mejoras acrecentarán las arras de retractación. El problema se suscita cuando tenga que devolverse el duplo de lo recibido: ¿Se devuelve el doble de lo recibido originalmente o de lo incrementado con los frutos (y las mejoras, de ser el caso)? Corresponde a la jurisprudencia actuar con justicia en estos casos sumamente controvertidos.

De otro lado, ¿puede darse en arras de retractación, el mismo bien que será materia del contrato definitivo (por ejemplo, un vehículo en la compraventa, libros en una donación, derechos de autor en la cesión de derechos, títulos valores en el *factoring*, una marca en un contrato de franquicia, el monto total de dinero a prestar en el mutuo, etc.)?

Aparentemente no habría inconveniente en ello, sin embargo, carecería de sentido dar en arras penitenciales, de manera preparatoria, precisamente aquello que será objeto de celebración del contrato definitivo, tomando en consideración que –si bien el Código no lo dice– las arras suelen ser montos o valores menores a la obligación definitiva, sirviendo como una especie de prestación parcial, que finalmente adquiere carácter penitencial. Una operación

contractual por la cual se entregue en arras de retractación aquel bien que será materia del contrato definitivo, resulta inadmisible, pues puede estar encubriéndose transferencias gratuitas con la intención de burlar los derechos de terceros.

4.4. Relación entre las arras y el pacto comisorio ¿puede el beneficiado apropiarse del bien entregado en garantía?

En el particular caso de las arras de retractación, esta institución no hace sino burlar la prohibición por la cual el acreedor puede hacerse de la propiedad del bien otorgado en garantía, ante el incumplimiento de las obligaciones de un deudor.

¿Acaso no estamos hablando de incumplimiento de las obligaciones cuando la persona que dio las arras decide finalmente retractarse de la operación contractual? Así por ejemplo, con la finalidad de revestir de legalidad y, por lo tanto, de eludir la nulidad del pacto comisorio, las partes pueden decidir que en vez de otorgarse una prenda sobre una mercancía, esta tenga la condición de arras de retractación, pues en el entendido de ser considerado como "prenda" el beneficiario no podrá hacerse de la propiedad de la mercancía ante el incumplimiento, contrario es el caso si se le denomina "arras" a dichas mercaderías.

Como sabemos la posición adoptada por el Código Civil es prohibir el *pacto comisorio*, el cual es legalmente burlado por la utilización de otras figuras jurídicas reguladas en el mismo Código, lo que hace incomprensible mantener formalmente la mencionada prohibición, como además lo demuestran las arras en el presente caso.

4.5. El incumplimiento de los contratos y el derecho de retractarse

Se afirma que al estipularse un pacto arral de retractación dentro de un contrato preparatorio, la parte que se arrepiente de celebrar el contrato definitivo no actúa de manera contraria al contrato, sino que se ajusta a sus términos (por ello no se habla, en propiedad, de incumplimiento sino simplemente de retractación o desistimiento).

En este sentido, la institución arral en comentario tiene una ventaja relevante para la parte que se desiste, en comparación con su símil confirmatoria: como no hay incumplimiento del contrato, no hay lugar a una acción por daños y perjuicios.

El derecho de retractarse no es resolución del vínculo obligacional, pues esta solo procede cuando ha mediado incumplimiento de la otra parte, situación imposible de acontecer, dado que precisamente la otra parte se conduce de manera fiel al contrato, vale decir, no hay incumplimiento atribuible de su parte.

Finalmente, si bien es expresa la designación de las arras penitenciales (al ser una característica esencial de esta institución), no lo es el ejercicio del derecho de retractación o desistimiento. El derecho a retractarse puede ser manifestado de manera expresa o tácita, conforme a las reglas generales del Acto Jurídico.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, Contratos en General. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima, 1988; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Volumen II. De los Contratos en General. Lima, 1939; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos. Tomo I. Taller de Imprenta de la UNMSM. Lima, 1966; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2003; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil peruano. Tomo IV. WG Editor. Lima, 1992; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de las Obligaciones, Volumen Primero. Ed. José María

Bosch. Barcelona, 1997; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino V. Tomo 1. Contratos. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1946; RISOLIA, Marco Aurelio. Significación y funcionamiento de las arras en el Código Civil argentino. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960; PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit Civil, Tomo III. París, 1921; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Segundo. Editorial Civitas. Madrid, 1996; BANEDES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa. Tomo I. Ed. José María Bosch. Barcelona, 1995; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996; MOROTE NÚÑEZ, Hugo. Análisis funcional del compromiso de contratar. Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Lima, 1988. PUCP/FD; ALDEA CORREA, Vládik. Una visión sobre el compromiso de contratar y su función dentro del sistema contractual. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 14, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Las arras de retractación son propias de contratos preparatorios

{A}nalizando la denuncia de interpretación errónea de los artículos 1477 y 1478 del Código Civil, en la interpretación de una norma jurídica debe atenderse a la finalidad que busca la norma, atender a su aspecto teleológico, siendo que las arras confirmatorias son propias de los contratos definitivos, mas no de los contratos preparatorios; ello en atención a que un contrato preparatorio responde a la situación en donde las partes no quieren o no pueden celebrar aún el contrato definitivo, entonces, lo propio de los contratos preparatorios es la posibilidad de pactar arras de retractación, resultando coherente se les permita pactar el arrepentimiento del contrato preparatorio a través de la entrega de arras de retractación (Cas. N° 3048-2009-Lima Norte).

CORTE SUPERIOR

Las arras de retractación facultan la desvinculación de un contrato preparatorio sin que implique incumplimiento contractual

{L}os artículos 1480 a 1483 del Código Civil están referidos a arras de retracción; Tercero: que, el artículo 1480 del Código Civil establece que la entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos; Cuarto: Que, en virtud de estas arras de retractación se autoriza la desvinculación de los contratantes, sin que por esto exista incumplimiento contractual razón por la cual la pérdida de las arras o la devolución de las mismas dobladas, constituye un efecto de la voluntad de arrepentirse, de no querer celebrar el contrato definitivo, y no de la inejecución del contrato ***(Sentencia Exp. N° 1019-99, Corte Superior de Justicia de Lima).***

Los efectos de la retractación

Artículo 1481.- *Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante.*

Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho.

Concordancias:
C.C. arts. 1256, 1354, 1477 y 1478

Renuncia al derecho de retractación

Artículo 1482.- *La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación.*

Concordancias:
C.C. arts. 141 y 1354

Destino de las arras por celebración del contrato definitivo

Artículo 1483.- *Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.*

Concordancias:
C.C. arts. 1256, 1354, 1477 y 1478

VLÁDIK ALDEA CORREA

I. Comentario a los artículos 1481 y 1483

Las disposiciones contenidas en los numerales 1481 y 1483 regulan los efectos de las arras de retractación, en los casos de ejercerse el derecho de arrepentimiento y en el supuesto de consumarse el contrato definitivo, sin embargo, nuestro Código Civil no las ha regulado de manera consecutiva.

1. Antecedentes

El artículo 1481 tiene antecedente en el artículo 1334 del Código Civil de 1852, cuando este señalaba que: "(...) cualquiera de las dos partes puede revocar su consentimiento, perdiendo las arras el que las dio, y devolviéndolas dobladas el que las recibió".

En el mismo sentido, fue recogido en el Código de 1936, cuando su artículo 1349 indicaba que: "Pueden las partes estipular el derecho de retractarse. En este caso, si se retractare la parte que dio las arras, las perderá en provecho del otro contratante; si se retractare el que las recibió, las devolverá dobladas".

Por su parte, el actual artículo 1483 no tuvo antecedente en el Código de 1852, sino en el numeral 1350 del Código Civil de 1936, el mismo que prescribía que: "No habiendo estipulación en contrario, las arras se considerarán como parte de pago de la obligación. Cuando por la naturaleza de la prestación estipulada, no fuese ello posible, deberán ser restituídas al tiempo en que el contrato sea ejecutado".

2. Efectos si se ejerce el derecho de retractación

Como vemos, las señas penitenciales o arras de retractación son un válido mecanismo extintivo de obligaciones contractuales, cuando una de las partes manifiesta a la otra su voluntad de arrepentirse de cerrar o celebrar el contrato definitivo.

En este escenario, el bien dado a título de arras de retractación lo pierde quien lo entrega y se retracta; o lo tiene que devolver doblado, cuando el que se arrepiente es quien lo recibió al momento de celebrarse el contrato preparatorio. En ambas situaciones se habrá provocado la extinción de la relación jurídica obligacional.

Este efecto extintivo, ha llevado a cuestionar si las arras de retractación refuerzan los contratos o por el contrario promueven su ruptura. Al respecto debemos precisar que las partes en libre ejercicio de su autonomía privada pueden establecer las condiciones por las cuales pondrán fin a su relación jurídica, de tal forma que en la institución que nos avoca, no podemos afirmar que exista un debilitamiento del contrato, ya que en ningún momento los contratantes se han apartado del mismo.

a) Si quien se retracta es aquel que dio las arras de retractación

Conforme al artículo 1481 del Código Civil, si el que se retracta es quien las entregó las pierde automáticamente. La parte que recibió el bien en señal se hará definitivamente de la propiedad entregada, por ello las arras de retractación, bajo ciertas circunstancias, funcionan como el precio pactado para desligarse de un contrato.

En este primer supuesto, la parte que recepcionó las arras penitenciales se apropia de las mismas, pero se encuentra impedido de demandar acumulativamente el cumplimiento del contrato. Acá hay un distingo muy importante con las arras confirmatorias, pues en estas últimas es viable confiscar las señas y además demandar por la ejecución del contrato.

Imaginemos que una empresa denominada "Modelo S.A." celebra un contrato de opción de compraventa de un vehículo con la empresa "Inversiones S.A.C.", por el cual a la primera se le concede la opción para adquirir el mencionado bien por el plazo de 4 meses. "Modelo S.A." en cumplimiento expreso del contrato preparatorio hace entrega de S/. 5,000 en calidad de arras de retractación. Ocurre que a los dos meses de celebrado el contrato de opción, "Modelo S.A." comunica su voluntad de negarse a celebrar el contrato definitivo de compraventa del vehículo. Ante esta negativa, es decir, ante el ejercicio del derecho de retractarse corresponde la pérdida de las arras penitenciales entregadas (S/. 5,000), *ipso jure*, en favor de "Inversiones S.A.C.", manteniendo además la propiedad del vehículo.

b) Si quien se retracta es aquel que recibió las arras de retractación

Si la parte que recibió las arras de retractación es quien decide arrepentirse de celebrar el contrato definitivo, como sanción tendrá que devolver el doble de lo recibido.

La sanción establecida no solo consiste en reintegrar el bien recibido, sino además en suministrar un monto igual como penitencia. Como hemos manifestado, la fórmula legal consagrada por el artículo 1481 ("devolverlas dobladas"), está pensada mayormente para los casos en que se consigna dinero (p.e. S/. 5,000) o bienes fungibles (p.e. 30 Kg. de arroz) en calidad de arras penitenciales, de tal forma que resulta correcto referirse a la obligación de devolverlas dobladas (S/. 10,000 o 60 Kg. de arroz).

Pero existen supuestos en los cuales es improbable entregar el doble de lo dejado en arras penitenciales, como en el caso de haberse transmitido un inmueble de determinadas dimensiones y ubicado en una zona comercial estratégica. Peor aún es el caso de bienes únicos o en ejemplares exclusivos: resulta imposible entregar el doble de la obra "La Estación de Saint Lazare" de Monet o de un manuscrito original de César Vallejo, por ser estos bienes irrepetibles.

En casos como estos últimos, la doctrina se inclina por considerar que la parte que se encuentra obligada a devolver el doble de lo recibido, simplemente deberá entregar, en sustitución, el valor dinerario que dichos bienes representen. Siendo que determinar la valorización de un bien, es un asunto bastante delicado y fuente de no pocas controversias.

Vemos, pues, que el contratante que no se aparta del contrato, tiene el derecho a que se le devuelva el bien dejado en arras de retractación (más un monto igual a su valor), en tal sentido puede ejercitar su derecho de reivindicación de la propiedad.

Siguiendo con el ejemplo antes descrito, "Inversiones S.A.C." al arrepentirse de celebrar el contrato definitivo y al haber recibido los S/. 5,000 en arras de retractación, se encuentra obligada a entregar el doble de dicho monto a "Modelo S.A.", vale decir, deberá desembolsar S/. 10,000 por haber ejercido el derecho de desistimiento.

En este tipo de arras, es bastante infrecuente, en la práctica, encontrarnos con casos en que se hayan devuelto las arras dobladas, pues lo ordinario es el supuesto de pérdida por arrepentimiento de quien las entrega.

3. Efectos si se celebra el contrato definitivo

Si el contrato definitivo se celebra, esto es, no tiene ocurrencia el derecho de retractarse, las arras penitenciales que hayan sido entregadas deberán ser devueltas o pueden ser imputadas al crédito, según la naturaleza de la prestación.

Las arras de retractación se entregan al momento de celebrarse el contrato preparatorio o preliminar, de tal forma que al otorgarse el contrato definitivo, el artículo 1483 del Código Civil, obliga a devolverlas de inmediato. Alternativamente, a elección del contratante que las recibió, se puede imputar sobre el crédito, es decir, que lo puede considerar como parte de la prestación debida, si es que la naturaleza de la prestación lo admite.

¿Podría el beneficiado, alterar el orden dispuesto en el artículo 1483?, ¿sería válido que primero las impute sobre su crédito, antes que devolverlas de inmediato? Consideramos que el orden dispuesto por nuestro Código no es del todo apropiado, pues lo natural es que primero ocurra la imputación en pago, y si, por determinadas circunstancias, esta no fuera posible recién se procede a la devolución postrera.

De tal forma que bien harían las partes en pactar convencionalmente un orden inverso en el destino de las señales de retractación cuando se celebre el contrato definitivo.

Volviendo sobre el ejemplo antes descrito, si el optante "Modelo S.A." acepta celebrar el contrato de compraventa del vehículo, "Inversiones S.A.C." tiene la alternativa legal de devolver las arras de retractación a "Modelo S.A." (lo cual como hemos explicado no resulta natural) o de imputar los S/.5,000 como parte del precio por la venta del vehículo, quedando pendiente el pago del saldo, conforme a lo acordado.

4. Los efectos de las retractaciones recíprocas

Habrá que ponerse en el escenario en donde todas las partes contratantes desean ejercer su derecho de retractación en la misma oportunidad. En primer lugar, tenemos que quien las recibe y se retracta queda obligada a devolver el doble (segundo párrafo, artículo 1481), y en segundo lugar, el que las entrega está penado con perder lo transmitido (primer párrafo, artículo 1481). Entonces, si compensamos dichas prestaciones tenemos como resultado que quien las recibe, deberá restituir el bien originalmente pactado, generando un efecto parecido así se hubiera celebrado un mutuo disenso.

Tenemos pues, que "Inversiones S.A.C.", por ejercer el derecho de retractación, debe entregar a "Modelo S.A." S/.10,000 (el doble de los S/. 5,000 entregado en arras), pero a su vez, "Modelo S.A." habría perdido los S/.5,000 originalmente entregados, por haber ejercido el mismo derecho. Como la sanción legal es más gravosa para la parte contratante que las recibe (el doble de lo recibido), luego de una compensación de las prestaciones resultará que "Modelo S.A." recobrará los S/. 5,000.

II. Comentario al artículo 1482

1. Antecedentes

El artículo 1482 del Código Civil referido a la renuncia al derecho de retractación, no tiene antecedentes en el Código de 1852, ni en el derogado Código Civil de 1936.

2. Oportunidad del ejercicio de derecho a retractación

Evidentemente, la oportunidad para ejercer el derecho a retractación es hasta antes del vencimiento del plazo dispuesto en el contrato preparatorio para la celebración de la relación contractual definitiva. No cabe renuncia a este derecho después de vencido dicho plazo[1].

Si bien el pacto arral es de carácter real, no lo será necesariamente el ejercicio del derecho de arrepentimiento, vale decir, que este opera con la sola manifestación de retractación, sin requerirse, por ejemplo, la entrega del doble de lo recibido, en el caso que quien se desiste es aquel que lo recibió. Este detalle puede generar confusiones pues la parte que debe recibir el doble –ante su no entrega– puede demandar su cumplimiento, debiendo precisarse que la pretensión es que cumpla con la única obligación subsistente, la entrega del doble de lo recibido; y no el celebrar el contrato definitivo, pues esta obligación quedó sin efecto ante el ejercicio del derecho de retractación.

3. Renuncia al derecho de retractación

Como señalaba Max Arias Schreiber "se infiere (...) que las arras de retractación favorecen a todos los contratantes, esto es, tanto a quien las entrega como a quien las recibe. Empero, no existe impedimento para que este último renuncie al derecho de retractación, en cuya hipótesis el único que podrá válidamente desligarse del contrato es quien hizo entrega de las arras" (ARIAS-SCHREIBER, p. 158).

(1) El Código Civil peruano no regula particularmente el plazo para el ejercicio del derecho de retractación, a diferencia de su similar colombiano el cual señala en su artículo 1860 que "si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega". Por ello, cabe interpretar del Código nacional que a falta de estipulación de los contratantes con respecto al plazo del derecho de retractación, este procede hasta el momento acordado para la celebración del contrato definitivo.

En términos generales los derechos pueden ser materia de renuncia, expresa o tácita. Así que se puede renunciar a los derechos ganados como consecuencia del arrepentimiento del otro contratante (p.e. el doble de lo entregado), como también cabe la renuncia al derecho de retractarse.

Sin embargo, llama la atención que el Código Civil regule únicamente la renuncia del derecho a la retractación y no a otros derechos derivados de las arras penitenciales o de arrepentimiento. No solo ello, sino que careciendo de amplitud, solo consagra la renuncia al derecho de retractación para la parte que recibe las arras penitenciales, obviando a la parte que las entrega.

En ese sentido coincidimos con la autorizada opinión de De la Puente y Lavalle, cuando indica: "ahora bien, ¿por qué el Código nacional ha concedido la posibilidad de renunciar solo a la parte que recibe las arras? Pienso que igualmente estaría justificado que quien entrega las arras pueda renunciar a la retractación, desde que existen las mismas razones, aunque convengo en que carece de motivación que quien entrega las arras renuncie al beneficio de esa entrega, ya que estaría entregando algo a cambio de nada" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 388).

A lo mejor, la explicación del criterio restrictivo del artículo 1482 del Código Civil radica en que nuestro ordenamiento trata de eliminar cualquier acto jurídico que quiera encubrir, en la práctica, una prestación adelantada del contrato definitivo que aún no se celebra. Pero ello solo se lograría cuando al celebrarse el contrato preparatorio o en un pacto posterior, todas las partes intervinientes renuncian a ejercer su derecho de retractación, haciendo inútil esta institución arral y no así cuando la renuncia solamente involucra a una o algunas de las partes, sean estas quienes reciben las señas de retractación o quienes las entregan.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, Contratos en General. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima, 1988; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Volumen II. De los Contratos en General. Lima, 1939; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos. Tomo I. Taller de Imprenta de la UNMSM. Lima, 1966; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2003; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil peruano. Tomo IV. WG Editor. Lima, 1992; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de las Obligaciones, Volumen Primero. Ed. José María Bosch. Barcelona, 1997; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino V. Tomo 1. Contratos. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1946; RISOLIA, Marco Aurelio. Significación y funcionamiento de las arras en el Código Civil argentino. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960; PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit Civil, Tomo III. París, 1921; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Segundo. Editorial Civitas. Madrid, 1996; BANEDES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa. Tomo I. Ed. José María Bosch. Barcelona, 1995; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Ed. Universidad, Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

TÍTULO XV
OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones generales

Ámbito de aplicación del saneamiento

Artículo 1484.- *Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien.*

Concordancias:
C.C. arts. 896 y ss., 923, 947, 948, 999, 1026, 1027, 1529, 1602, 1609, 1621, 1648, 1666 y 1728; LEY 26887 art. 28

Definición del saneamiento

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 1486, 1491, 1503, 1524 y 1527; LEY 26887 art. 28

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

La obligación de saneamiento se originó en los casos de evicción, posteriormente se extendió a los vicios ocultos de los bienes y al hecho propio del transferente. En efecto, el artículo 1484 tiene su antecedente en el artículo 575 del Código Civil de 1852, el cual regulaba la evicción y saneamiento en caso de enajenación, pero solo cuando esta procedía a título oneroso. Asimismo, el artículo 1415 del mismo Código consideraba al saneamiento como un elemento natural, pues señalaba que el vendedor se encontraba obligado a ello, aunque no se haya expresado en el contrato, en este mismo sentido apuntaba el artículo 1370 del Código Civil de 1936.

Por su parte, el artículo 1485 del vigente Código Civil tiene su antecedente en los artículos 575, 1415 y 1417 del Código de 1852 y en los artículos 1351, 1370 y 1372 del Código Civil de 1936. De igual forma, encontramos su fuente en los artículos 1474 del Código español y 1893 del Código colombiano.

2. Definición de saneamiento

El artículo 1485 del Código Civil regula el saneamiento, el cual consiste en la obligación natural que tiene todo transferente de un bien o derecho, de garantizar al adquiriente el disfrute de los mismos, vale decir, que su adquisición debe ser jurídicamente segura o que, dicho bien o cosa, cumple con los propósitos por el cual se adquirieron. El transferente está, pues, obligado a responder legalmente en caso el adquirente sea privado del goce del bien por

parte de un tercero, por hechos propios del transferente o por vicios propios de la cosa, pues dichos eventos dan como resultado que el bien sea inidóneo para la finalidad por la cual fue adquirido o que se produzca un menoscabo en su valor.

La obligación de quien transfiere no se agota en la celebración del contrato mismo, sino que se extiende en el tiempo, pues el Derecho Civil estima que, atendiendo al principio de la buena fe contractual, el adquirente debe ser protegido y garantizado durante un lapso prudente. Un análisis económico de esta figura jurídica, se sustenta en que el Derecho Civil debe presumir normalmente cuál sería el arreglo a que arribaran las partes de ocurrir algún evento, usualmente previsible, que afecte la propiedad, posesión o uso del bien adquirido, siendo que en este escenario lo más natural sería dejar indemne al adquiriente perjudicado, es por ello que se dispone legislativamente obligaciones de saneamiento como garantías implícitas.

Este tema es visto como un caso de asimetría informativa, entre la parte que transfiere el bien y la parte que lo adquiere. El transferente, se entiende, que conoce del bien, tiene experiencia en su uso y manipulación, sabe (o al menos está en condiciones de saber) de cualquier defecto, vicio, carga o gravamen que puede recaer sobre la cosa, información con que no cuenta el adquirente y que, en la mayoría de casos, no está en aptitud de obtener previamente a la compra.

Así, no existe un mecanismo eficiente y voluntario de transmisión de la información integral sobre el bien, en primer lugar por que no existe incentivos para el transferente en divulgar toda la información por el temor a que el adquirente se desista de la compra y, en segundo lugar, cuando la información tiene un nivel de complejidad que difícilmente pueda ser entendida por personas distintas al transferente, lo cual deriva en un resultado idéntico, es decir, el desistimiento de la compra por parte del adquirente. Es en estos casos, en que se justifica el surgimiento de la obligación de saneamiento, debido a que no existen suficientes incentivos en el transferente para divulgar toda la información relativa al bien materia de la operación contractual.

Evidentemente en la figura del saneamiento existe un criterio de justa equivalencia entre las prestaciones, que nació originalmente en el contrato de compraventa y que luego se extendió a otras figuras contractuales que involucren trasferencia de un derecho de propiedad, posesión o uso de un bien. Así, en la compraventa de una de las partes se obliga a entregar el bien, mientras que la otra se obliga a pagar su precio, siendo que al ocurrir la desposesión del bien o al afectarse por algún vicio propio o generado por quien lo transfiere, hace que el adquirente pierda el bien o que este no sirva para a finalidad que lo adquirió, razón por la cual se exige una devolución del precio o una disminución del mismo, en su caso[1].

Cuando una persona celebra un contrato se obliga al perfeccionamiento del mismo. La obligación de saneamiento da una acción distinta, es decir, hace responsable al transferente

(1) Estamos, pues, en la esfera de la responsabilidad contractual, por ello el español Manresa y Navarro explica que si el adquirente "se ve privado de la cosa o en la misma resultan vicios o defectos que imposibilitan o dificultan su uso y disfrute, el fin que el comprador se propuso no se logra, y el precio por él entregado no tiene su equivalente en la cosa recibida. Ante estos hechos es de evidente justicia que surja una responsabilidad en el vendedor. Esta responsabilidad se hace efectiva saneando" (MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 200). De manera correcta, Manuel De la Puente expone que "basta que se produzca una de las causales que señala la ley para el funcionamiento del saneamiento para que surja la responsabilidad del transferente, independiente del dolo o culpa de su parte, que solo tiene incidencia para los efectos de la indemnización de los daños y perjuicios" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo III. Palestra Editores, 2ª edición, Lima, 2001, p. 410).

ante el defecto de poder perfeccionar su obligación. Enneccerus, hace un símil interesante respecto a la transferencia de un crédito (ENNECCERUS, pp. 71-73), el destacado jurista alemán cuando se refiere a que el transferente responde por la existencia jurídica del derecho cedido –como una obligación de saneamiento– pero no por la posibilidad de hacerlo efectivo, es decir, no responde por la solvencia del deudor cedido.

Cuando el adquiriente pierde legalmente el bien adquirido o pierde la utilidad esperada, es que opera el saneamiento como mecanismo de indemnización, distinto a la acción de perfeccionamiento de la transferencia de la cosa. Este hecho se grafica claramente en el supuesto de evicción, cuando el transferente carece de título para transmitir derecho sobre el bien, en este caso no es admisible solicitar el perfeccionamiento de la transferencia a una persona que carece de legitimidad para transferir, pero si es válido exigirle una reparación civil. En palabras del destacado civilista nacional Max Arias Schreiber, el objetivo que persigue la institución del saneamiento "es dejar indemne al adquirente cuando este no se encuentra en aptitud de utilizar el bien dentro de la finalidad para lo cual lo adquirió en propiedad, posesión o uso. Dentro de este enfoque, –agrega el citado autor– el saneamiento constituye en esencia una indemnización, dado que cuando se transfiere y correlativamente se adquiere la propiedad (adquisición definitiva) o la posesión o uso (adquisición temporal), se pone de manifiesto el deber que tiene el transferente de que el adquirente disfrute del bien adquirido; y si ello no es posible debido a la falta de título o derecho del primero, a defectos del bien o a hechos propios del transferente, debe entonces repararse el daño ocasionado" (ARIAS-SCHREIBER, p. 164).

Desde cierta perspectiva, la obligación de saneamiento constituye una variante para exigir el cumplimiento del contrato traslativo del bien, entregando en sustitución una obligación distinta (como ocurre cuando se procede a la indemnización) o entregando una contraprestación menor a la originalmente pactada[2].

Como habíamos adelantado, la obligación de garantía puede ser considerada así como una simple prolongación de la obligación de entrega (como opinan los MAZEAUD, p. 267). Sin embargo, sería absurdo un escenario legal en donde el transferente garantice y responda ilimitadamente por el bien transferido. Es por ello, que las obligaciones de saneamiento deben de ajustarse a criterios de temporalidad y prudencia, pero, jurídicamente nada impide que el propio transferente se obligue al saneamiento por un plazo mayor a lo dispuesto en la norma civil.

En suma, esta institución tienen que ver con la finalidad o causa por la cual una persona adquiere un bien. Por el saneamiento, el transferente se obliga a garantizar el disfrute de ese bien, no solo en el sentido de no ser perturbado por un tercero, sino en el entendido que cumple bien con su finalidad, caso contrario el transferente deberá responder al adquirente. Con ello, la ley busca defender el equilibrio contractual que debe existir al momento

(2) Autores como Atilio Aníbal Alterini sostienen que "el saneamiento (...) da lugar a que el adquirente ejerza las acciones de cumplimiento del contrato: por tanto, aquel tiene asimismo, derecho a requerir al garante que perfeccione el título, o subsane los defectos (...) o que le indemnice los daños que ha sufrido" (ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general.* Ed. Abeledo-Perrot, primera reimpresión, Buenos Aires, 1999, p. 544). Por su parte, de manera muy precisa Jorge Eugenio Castañeda señala que "la obligación que importa el saneamiento es correlativa al derecho que tiene cada contratante para tratar de hacer efectiva la prestación que debe su contratante contrario. El derecho a que se le sanee la prestación que recibe lo tiene el acreedor que a su vez, es deudor de su prestación" (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo primero. El derecho de los contratos. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966, p. 282).

de celebrarse el contrato y lo hace aun cuando los contratantes no hayan advertido la existencia de la rotura de dicho equilibrio (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 400).

3. Alcance de la obligación de saneamiento

El saneamiento solo existe en las obligaciones de dar, esto es, en las obligaciones que consistan en la entrega de un bien a título de propiedad, posesión o uso.

Como hemos afirmado, el saneamiento es un elemento natural que existe en todo contrato que involucre una transferencia o entrega de un bien, ya sea de consumación inmediata o de tracto sucesivo. Lo encontraremos presente en contratos civiles como compraventa, suministro, arrendamiento, mutuo, comodato, permuta, depósito, donación, prenda; o en contratos de índole comercial como en el contrato de sociedad al efectuarse el aporte social o en operaciones de arrendamiento financiero *(leasing)*.

¿Es necesario que se haya producido la transferencia del derecho de propiedad, posesión o uso del bien, para que surja la obligación de saneamiento? Cabe advertir que las reglas de saneamiento no se aplican, en sentido estricto, sobre contratos reales, vale decir, aquellos que efectivamente transfieran derechos de propiedad, posesión o uso, sino –como informa el artículo 1484– sobre aquellos que sean simplemente "relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien", no siendo exigible que dicha transferencia se materialice necesariamente por el contrato o acto jurídico distinto.

No es jurídicamente relevante que el contrato en el cual se tiene por propósito la transferencia de la propiedad, posesión o uso de la cosa, tenga una naturaleza definitiva o un plazo indeterminado. Es admisible que el saneamiento también se aplique en contratos temporales o de plazo fijo.

Asimismo, la obligación de saneamiento que tiene el transferente, alcanza a los contratos de transferencia onerosa o gratuita. Como se recordará los Códigos Civiles de 1852 (artículo 575) y el de 1936 (artículo 1370), solo reconocían la obligación al saneamiento en los contratos onerosos, desprotegiendo a los adquirentes a título gratuito, situación que ha sido revertida con el cuerpo civil vigente.

3.1. Saneamiento en obligaciones de hacer: reglas especiales

Ahora bien, en principio debería rechazarse la aplicación de las reglas de saneamiento en las obligaciones de hacer (contratos de prestación de servicios), pues como hemos apreciado están reservadas para las obligaciones de dar un bien o cosa. Sin embargo, existen obligaciones de hacer, particularmente, aquellos negocios contractuales en los que la prestación del servicio puede consistir en elaborar una obra concreta (como por ejemplo en los contratos de obra o los de edición) y en donde la obligación no solo se circunscribe a obtener el resultado, es decir, elaborar la obra pactada, sino también en trasladar la propiedad (posesión o uso) de dicho resultado.

Si bien en estos casos, se suelen dictar reglas especiales de saneamiento para proteger al adquirente (comitente), como ocurre en nuestro Código Civil con el contrato de obra (artículos 1782 al 1784), somos de la opinión, que incluso en estos casos no debe existir impedimento alguno para aplicar las normas generales de las obligaciones de saneamiento (siempre que no resulten contrarias a las disposiciones particulares), haciendo responsable al contratista por la evicción, por el hecho propio del transferente o por vicios ocultos del bien transferido, de ser el caso.

3.2. Transferencias distintas a bienes tangibles: derechos o créditos

Tanto el artículo 1484 como el 1485 anotan que existe saneamiento en los casos de transferencia de un bien. Por ello, no cabe duda que el transferente debe responder ante el adquirente cuando ha procedido a la entrega de bienes, siendo estos, muebles e inmuebles tangibles. Pero cuando las normas de saneamiento hacen mención a bienes, ¿podremos comprender dentro de tal concepto a los derechos?

Estimamos que el concepto de bien dentro de las disposiciones referidas al saneamiento, no se reduce a la transmisión de cosas tangibles, sino que puede abarcar a la entrega de derechos y créditos. Razón por la cual, participamos por que hay lugar a saneamiento también en la transferencia de intangibles como derechos (marcas comerciales o derechos de concesión) o créditos (deudas impagas), coincidiendo con la posición del destacado jurista nacional Manuel De la Puente y Lavalle quien dice que "respecto a la transferencia de los derechos, considero que si el concepto de bien comprende tanto las cosas como los derecho, no hay inconveniente legal alguno para que la responsabilidad por saneamiento se aplique a los contratos que constituyen los títulos mediante los cuales se transfieren derechos, como es el caso de la venta de derechos" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 408). Nuestro Código Civil no debe reducirse a proteger al adquirente de cosas sino también al de intangibles, máxime aun cuando modernamente es usual que estos últimos superan el valor de aquellas. Aquí la protección no es al bien en sí mismo, sino a la finalidad, destino o disfrute normalmente esperado por el adquirente del bien o derecho.

4. Supuestos de aplicación del saneamiento

Nuestro Código Civil señala expresamente tres supuestos dentro de los cuales el transferente del bien responde por el saneamiento ante el adquirente, a saber la evicción, los vicios ocultos del bien y los hechos propios del transferente.

a) Saneamiento por evicción

Acontece cuando el adquirente es privado de derecho de propiedad, posesión o uso, ya sea total o parcialmente, por así haberlo dispuesto una sentencia judicial o una resolución administrativa firme[3], en razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia del bien. La evicción es el despojo lícito que soporta dicho adquirente.

Si el adquirente pierde el bien por existir sobre el mismo un derecho ajeno y anterior al contrato relativo a la transferencia (como por ejemplo en el caso del heredero preterido que posteriormente reivindica judicialmente su herencia), el transferente debe indemnizar al adquirente por el perjuicio patrimonial ocasionado (pérdida del derecho de propiedad, posesión y/o uso). El vendedor o transferente del bien se encuentra obligado a responder por el despojo patrimonial, restituyendo su precio o valor, los frutos, las costas del juicio, las mejoras, los tributos, los intereses y/o indemnizando al adquirente, de ser el caso.

b) Saneamiento por vicios ocultos

El transferente estará obligado al saneamiento cuando al tiempo de la transferencia del bien, este presenta vicios ocultos. A diferencia de la evicción, en el saneamiento por vicios ocultos no se requiere de una resolución judicial, arbitral o administrativa previa, por lo que el adquirente o comprador podrá exigir directamente al transferente que responda por los

(3) Aunque el Código Civil no lo ha previsto, deberíamos agregar, también, al laudo arbitral.

vicios o defectos, fundado en que el bien ha perdido las cualidades necesarias para la finalidad por la cual se adquirió o porque dichos vicios reducen su valor de adquisición.

c) Saneamiento por hecho propio del transferente

El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio de este, que disminuye el valor del bien o lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto. Es decir, que por una conducta propia del transferente (y no por un evento ajeno, como es el caso de la evicción y los vicios ocultos) el bien resulta inservible para los propósitos de su adquirente.

La conducta del *tradens* incumple con el deber implícito de abstención que existe en un contrato de transferencia de un bien, nos referimos a abstenerse de cualquier acto que perturbe al adquirente de la propiedad, posesión o uso del bien. El hecho atribuible al transferente puede haber sido, incluso, anterior a la transferencia del bien, pues lo que se requiere en realidad para que el obligado responda es que el hecho no permita destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que el mencionado bien disminuya su valor.

5. Responsabilidad de carácter objetivo

El saneamiento no surge de manera inmediata, requiere que suceda un evento futuro (por ejemplo la evicción) para que recién produzca efecto la exigibilidad de la obligación, pues está supeditada a una condición suspensiva. Si no ocurre el evento, pues sencillamente no nace la obligación al saneamiento.

Ahora bien, una vez ocurrido el evento o acontecida la causal, por la cual el transferente debe responder civilmente ante el adquirente, se debe cumplir *ex lege* con esta obligación, sin entrar a discutir la participación del dolo o culpa en el evento. Por ello, podemos señalar que la obligación de saneamiento se caracteriza por operar automáticamente, pues consiste en una responsabilidad de carácter objetivo.

Debe recordarse que el análisis del dolo o la culpa del transferente (responsabilidad subjetiva) se discute jurídicamente para efectos de determinar la indemnización por daños y perjuicios, como bien mandan los artículos 1495 inciso 7 y 1512 inciso 5, de ser el caso, mas no para la exigibilidad del saneamiento.

DOCTRINA

ALDEA CORREA, Vládik. El saneamiento por vicios ocultos en el Derecho Civil, y la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho del Consumidor. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 19, abril, Lima, 2000, ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General. Ed. Abeledo-Perrot, primera reimpresión, Buenos Aires, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en General en Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, segunda edición, Lima, 1988; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, Tomo Primero El Derecho de los Contratos. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores, 2ª edición, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer Bosch. 3ª edición, Barcelona, 1966; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo X. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia,

segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996; POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Trad. Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de saneamiento en sentido amplio y estricto

{...} {L}as obligaciones de saneamiento, en su concepción más amplia, significa hacer sanar una cosa, repararla o remediarla; sin embargo, en su concepción contractual estricta es considerado como la obligación del transferente de la propiedad, posesión o el uso de un bien, de remediar al adquirente por las consecuencias de actos de terceros que invoquen un derecho anterior a la transferencia, de vicios ocultos del bien y de actos del propio transferente que, de acuerdo con el Derecho peruano, no permitan destinar el bien a la finalidad por la cual fue adquirido o disminuyan su valor ***(Cas. N° 1284-2005-Lima).***

El saneamiento cubre un defecto o vacío en el cumplimiento de la obligación

{S}anear, en su concepto más amplio significa remediar una cosa, y en su acepción contractual el saneamiento es considerado como la obligación del transferente del bien de remediar al adquiriente por los vicios ocultos del bien, de tal manera que la obligación de saneamiento, es complemento de la de entregar y se está obligado a sanear en tanto no se entregó una cosa como se debía, así, la obligación de sanear cubre este defecto o vacío y {...}, asegura al adquiriente que podrá gozar de la cosa conforme a su destino, como establecen los artículos 1484 y 1485 del {Código Civil} ***(Cas. N° 1735-97-La Libertad).***

Presunción de destino normal del bien

Artículo 1486.- *Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.*

Concordancias:
C.C. arts. 1485, 1505

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Finalidad de la adquisición del bien

Esta norma sin antecedentes en nuestra codificación civil, consagra una presunción sobre el destino del bien materia de transferencia, cuando las partes han guardado silencio respecto de ello al momento de celebrar el acto jurídico contractual.

Cuando no existe una manifestación expresa ni tácita (conforme a los parámetros del artículo 141) sobre la finalidad de la adquisición, se deberá entender que el bien es adquirido para darle un uso normal. El propio Código ha establecido ciertos criterios que deberán seguirse para descubrir cuál es el uso normal del bien adquirido, estos son las características propias del bien, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

Como sabemos, los bienes cumplen la función de satisfacer los intereses y necesidades de los particulares. Lo que el Código Civil propone es que se presuma que el motivo de adquisición del bien es satisfacer aquel interés o necesidad que a primera vista se advierte que el bien puede lograr, tomando en consideración que este puede servir para muchas finalidades, pero debemos reducirnos solo aquellas que resulten ordinarias y naturales. Así por ejemplo, cuando una persona adquiere un vehículo de carrera, se estima que el motivo que impulsa al comprador es querer satisfacer su necesidad de transporte, pues por las características del bien, el mismo está diseñado precisamente para ese propósito. De tal forma que el adquirente del vehículo no puede alegar posteriormente que lo compró para una finalidad distinta que no se advierte ordinariamente de este bien como puede ser, por ejemplo, para transporte de carga. De igual forma, aquel que compra una obsoleta máquina de escribir en una casa de antigüedades, no puede alegar que lo adquirió con el propósito de mecanografiar, si es que ello no fue manifestado al momento de la celebración del contrato, pues se presume que el propósito de su adquisición es utilizarla como una pieza de colección o para fines decorativos.

2. La causa-fin de los contratos

Cuando el dispositivo hace referencia a la finalidad de la adquisición, nos encontramos ante la concurrencia de la Causa del Acto Jurídico, vale decir, la presencia del motivo determinante que ha inducido la celebración del contrato, el cual varía en cada relación jurídica contractual.

Todos los negocios jurídicos tienen una causa (entiéndase, causa-fin) cualquiera que esta sea, la cual varía de un tipo de negocio a otro (causa fin-objetiva), incluso varía en los negocios del mismo tipo (causa fin-subjetiva). Sin embargo, la causa a la cual nos referimos como elemento estrictamente esencial de los negocios contractuales es aquella que no puede faltar porque corresponde a la naturaleza propia del negocio jurídico que se desea configurar; no a otros. Es un elemento que se da estrictamente en un tipo específico de contrato.

De tal forma, que la causa o finalidad de la adquisición presente en un contrato de compraventa de una mercadería, varía en otro contrato de compraventa de la misma mercadería, incluso, cuando en ambos casos el adquirente sea el mismo. La causa que lo lleva a celebrar un negocio contractual, podría no ser la misma para otro contrato aparentemente idéntico. Corresponde al intérprete determinar la finalidad de la adquisición en cada operación contractual, conforme a los criterios que señala el comentado artículo 1486.

Finalmente, debe tenerse presente que nuestro Código Civil exige que la finalidad o causa de la adquisición sea lícita (artículo 140 inciso 3), esto es, que la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso del bien no tenga un propósito ilícito. Si la causa del contrato es ilícita, el contrato es nulo, por lo que no existirá la obligación a saneamiento alguno.

3. Criterios para hallar el destino normal del bien transferido

En principio la finalidad de la adquisición debe ser manifiesta para gozar de protección civil. Pero en aquellas situaciones en la cual no se puede advertir del propio contrato, el propósito, voluntad o finalidad que primó en el adquirente, es que debemos sujetarnos a ciertos criterios dispuestos por el codificador. Así, si las partes no señalaron nada al respecto, se presume que su voluntad es dar a bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de su adquisición y las costumbres del lugar.

Las características son aquellas cualidades o atributos que tienen un bien y en base a los cuales se puede sugerir su destino o sus diversas utilidades. Por ejemplo, en razón de sus variadas características, una computadora puede servir para muchos fines relacionados al campo informático, siendo absurdo que por sus atributos se destine a dar iluminación.

La oportunidad de adquisición de un bien determinado, es otro de los criterios que deberá tomarse en cuenta para concluir cuál es la finalidad de dicha adquisición. Imaginemos que en determinada fecha tuvo lugar un concierto de música de alguna celebridad internacional, de tal forma que la adquisición de las entradas a dicho concierto varios días después del mismo, no tiene otro propósito más que guardarlas como colección o recuerdo. En este caso, por la oportunidad o momento en que se efectúa la adquisición del bien, es evidente que su finalidad no responde a las características del mismo (asistir a un concierto de música), sino a una diversa (coleccionarlas o mantenerlas de recuerdo).

Nuestro Código Civil menciona también que deberá considerarse las costumbres del lugar, para determinar el destino normal del bien, en caso de existir silencio en el contrato. Lo que no menciona el Código es si se debe tomar en cuenta las costumbres del lugar de celebración del contrato, del lugar de ejecución del mismo, del lugar de donde provienen las partes o algún otro. Este es sin duda uno de los criterios más complicados de sancionar. Somos de la opinión que todas estas posibilidades deberán tomarse en cuenta, no pudiendo reducirnos a solo una de ellas, pues, incluso en la práctica internacional (artículo 2095) es muy probable que estas costumbres concurran simultáneamente en un mismo contrato de transferencia.

4. Presunción *iuris tantum*

Ahora bien, la presunción establecida en el artículo 1486 del Código Civil, es *iuris tantum*, vale decir, que si bien en el contrato no se manifiesta (expresa o tácitamente) la finalidad, causa o motivo por el cual se adquiere, bien pudiera quebrarse la presunción a que se arribe aplicando los criterios antes descritos, ofreciendo pruebas en contrario.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en General, en: Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, 2ª edición, Lima, 1988; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. 3ª edición, Barcelona, 1966; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996; POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Trad. Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Se presume que la finalidad de la adquisición de un bien es el destino normal

{E}l artículo 1486 del Código Civil parte del supuesto de que en el contrato no se indique expresa ni tácitamente la finalidad de la adquisición, en cuyo caso establece que debe presumirse que la finalidad de la adquisición es el destino normal, cuyo contenido debe establecerse en razón de las características de bien objeto del contrato, de la oportunidad de su adquisición y las costumbres del lugar de ubicación del bien; todo lo cual requiere que en la etapa procesal correspondiente se establezca, de acuerdo al caso concreto, el contenido de la presunción aludida, lo que finalmente es un tema de carácter probatorio cuyo análisis no está dentro de las atribuciones de la Corte Casatoria (Cas. N° 1417-97-Lima).

Transmisión hereditaria de la obligación y derecho de saneamiento

Artículo 1487.- *Tanto la obligación como el derecho de saneamiento se trasmiten a los respectivos herederos.*

Concordancias:
C.C. arts. 660, 1218, 1363, 1733, 1993; LEY 26887 arts. 240 y 276; LEY 27287 art. 71.3

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Alcances del artículo 1487: transmisibilidad de derechos y obligaciones del saneamiento

Este dispositivo no tiene antecedentes en los Códigos Civiles anteriores, sin embargo recoge un principio en el Derecho Civil, por el cual a los herederos se les transmiten los derechos y las obligaciones del causante. El artículo 1487 solo regula la transmisión sucesoria, *mortis causa*, no así la transmisión contractual, *inter vivos*, la cual es dejada a cargo del artículo 1488.

El artículo 1487 bajo comentario, es de poca utilidad práctica, pues por la aplicación sistemática e integral de las normas del Código Civil, el mismo resulta reiterativo de los artículos 660, 1218 y 1363 del mismo cuerpo legal.

El artículo 660 se refiere a la transmisión sucesoria de pleno derecho, cuando establece que "desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores". Esta es, pues, la regla general en materia de transmisión *mortis causa*, la cual en determinadas situaciones y relaciones jurídicas admite salvedades.

Así, el numeral 1218, refiriéndose solo al traspaso de obligaciones, señala los casos en que proceden excepciones a la regla general, cuando menciona que "la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado lo contrario". Llevando esta norma al caso de saneamiento nos deja serios problemas de aplicación, principalmente situándonos en obligaciones de saneamiento que sean inherentes a la persona del transferente, por el cual dichas obligaciones no se transmitirían a los herederos. Consideramos que esta excepción se aplicaría a contratos de prestación de servicios, mas no a contratos de trasferencia de bienes, que es en los que opera el saneamiento, de tal forma que los herederos del transferente deberán de responder ante el adquirente (o ante sus herederos).

El artículo 1218 también nos plantea como excepción a la transmisión de obligaciones, cuando la ley lo prohíba. Uno de estos casos sería la primera parte del artículo 1733, el cual señala la intransmisibilidad de los derechos y obligaciones a los hederos del comodatario, excepción que sería aplicable a los supuestos de saneamiento.

También habrá intransmisibilidad de las obligaciones y derechos al saneamiento cuando así se haya pactado al momento de celebrarse el contrato de transferencia del bien, es decir, que puede acordarse no transmitir a los herederos del transferente las obligaciones y a los herederos del adquirente los derechos al saneamiento, lo cual guarda concordancia con el artículo 1489 del Código Civil.

Finalmente, como se sabe el saneamiento solo surge de contratos de transmisión de derechos de propiedad, posesión y uso de bienes, por ello resulta aplicable el artículo 1363 del Código nacional, el cual apunta que "los contratos solo producen efectos entre las partes

que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles".

2. Aspecto no regulado: transmisión a personas jurídicas

Como podemos apreciar el artículo 1487 responde a una doctrina y legislación desfasada por los tiempos modernos. Este dispositivo, al igual que el 660, 1218 y 1363, regulan situaciones jurídicas pensando que estas operaciones solo se celebran entre personas naturales.

En efecto, nuestro Código Civil al regular la transmisión hereditaria (persona natural que hereda a otra), desatiende los traspasos de derechos y obligaciones que pueden protagonizar las personas jurídicas. El Código es rico en casos en donde se advierte que tiene una visión doméstica de los hechos y actos jurídicos que regula, olvidándose que muchos de ellos tienen como protagonistas no a personas naturales, sino a personas jurídicas. Hechos y actos efectuados por personas jurídicas (sociedades mercantiles, asociaciones, empresas individuales de responsabilidad limitada, fundaciones, cooperativas, entre otras) son incluso patrimonialmente más relevantes que aquellas efectuadas por personas naturales, los cuales deben merecer de protección legal.

En razón de ello, sería inaceptable afirmar que no existe posibilidad de trasmitir las obligaciones y derechos al saneamiento de una persona jurídica a otra o a una persona natural. Jurídicamente nada impide que las obligaciones y derechos al saneamiento se transmitan por cesión, fusión, escisión, reorganización e, incluso, en caso de extinción de una persona jurídica.

En la práctica contenciosa, esta situación es conocida como sucesión procesal y regulada acertadamente en el artículo 108 del Código Procesal Civil, cuando prescribe que al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores (entiéndase personas naturales o jurídicas) en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso, ocupando el lugar de otro, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido.

Si hacemos un símil, la extinción de una persona jurídica es la muerte de esta (con idénticas características a la de una persona natural), lo cual no impide que se produzca una transmisión del saneamiento, sea en la cabeza del transferente o del adquirente, situación no comprendida textualmente en el artículo bajo comentario.

Bien se haría en reemplazar la mención a herederos en los artículos 1218, 1363 y 1487 del Código Civil, que solo se reduce a la esfera de las personas naturales, por la mención genérica de "sucesores", que como hemos apreciado también puede comprender a las personas jurídicas.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General. Ed. Abeledo-Perrot, primera reimpresión, Buenos Aires, 1999; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en General en Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, 2ª edición, Lima, 1988; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. 3ª edición, Barcelona, 1966; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996.

Exigibilidad y cómputo del plazo de caducidad

Artículo 1488.- *El adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores a este, en la medida que estos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes.*

Los plazos de caducidad de las acciones de saneamiento contra los transferentes anteriores al inmediato se cuentan a partir de la celebración de sus respectivos contratos.

Concordancias:
C.C. arts. 1183, 1485, 1500 inc. 5), 1514, 1526, 1954, 1955, 2004 y ss.

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Transferentes contra quienes puede reclamarse el saneamiento

La obligación de saneamiento tiene una naturaleza jurídica de una responsabilidad contractual. Manteniendo esta visión, el artículo 1488 del Código Civil estipula que el adquirente solo podrá reclamar el saneamiento a su inmediato transferente, es decir, con quien haya celebrado el contrato referido a la propiedad, posesión o uso del bien; mientras que excepcionalmente se les podrá exigir a los transferentes anteriores, salvo que en sus contratos se hubiera eliminado la obligación al saneamiento por evicción, por vicios ocultos o por hecho propio del transferente.

Nada impide que el adquirente pueda demandar de manera acumulativa la obligación al saneamiento, por que sobre el bien transferido pueden coexistir, por ejemplo, supuestos de vicios ocultos y hechos propios del transferente. Pero dicha demanda se plantea principalmente contra el inmediato transferente, evidenciando la naturaleza contractual de la relación jurídica, siendo que en la práctica resulta sumamente infructuosa extenderla hacia los anteriores transferentes del bien, debido a los breves plazos de caducidad del derecho de saneamiento o a los pactos exonerativos de responsabilidad de los cuales no suelen conocer los adquirentes finales.

Distinto es el caso cuando la transferencia del bien se da dentro de una relación de consumo, es decir, cuando la operación contractual se celebra dentro del marco de las normas de protección al consumidor. Dichas normas recogen un criterio moderno que responde a una responsabilidad extracontractual, siendo inaplicables al consumidor o adquirente final del bien, los pactos exonerativos o limitativos de responsabilidad. El objetivo de estas normas es brindar una mayor protección al consumidor, lo cual no se desarrolla precisamente como una obligación de saneamiento, sino como una responsabilidad por producto defectuoso o responsabilidad por inidoneidad del producto, los cuales, como hemos comentado, tienen naturaleza extracontractual, pues obligan a antiguos proveedores o transferentes que no intervinieron en el contrato de transferencia del bien. Con lo cual los consumidores adquieren un grado de protección mayor que aquel que ofrecen las normas del Código Civil.

En el caso del saneamiento, el Código peruano establece un sistema de responsabilidad civil contractual en la transferencia de bienes. Este hecho queda demostrado, particularmente, en el saneamiento por vicios ocultos, cuando se consagra que el adquirente tiene derecho a resolver el contrato obligando al transferente al pago del valor que tiene el bien al momento de la resolución (acción redhibitoria) o, en todo caso, puede optar por exigir la reducción en el precio del bien (acción *quanti minoris),* los cuales son sanciones eminentemente contractuales.

2. La responsabilidad solidaria o mancomunada en caso de intervenir varios transferentes

Si bien el artículo 1488 del Código Civil, teóricamente permite que el adquirente no solo pueda reclamar el saneamiento a su directo transferente sino también a los transferentes anteriores (en la medida que estos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes y en tanto no haya caducado el derecho al saneamiento), nada dice el Código peruano si, en el caso de exigir el derecho a una pluralidad de transferentes, estos deben responder de manera solidaria o mancomunada.

Tanto el caso en que en la transferencia de un bien intervengan directamente varios transferentes o cuando existe la posibilidad de reclamar el saneamiento a más de uno de los anteriores transferentes, consideramos que existe una obligación mancomunada, es decir, que los obligados al saneamiento responderían de manera divisible. No sería procedente aplicarles las normas de las obligaciones solidarias (a diferencia de lo que acontece en el Derecho del Consumidor), pues conforme al artículo 1183 del Código Civil, la solidaridad no se presume, se requiere que expresamente la ley o el título de la obligación la establezcan. En suma, si los contratos de transferencia no señalan expresamente la solidaridad en caso del saneamiento, pues sencillamente no existiría acción solidaria contra ellos, los mismos que responderán mancomunadamente.

3. Caducidad del derecho al saneamiento

El artículo en comentario, regula el inicio del cómputo para la caducidad del derecho a exigir el saneamiento contra los transferentes anteriores, señalando que este empieza a computarse a partir de la celebración de sus respectivos contratos, al margen de la oportunidad en que se haya hecho la entrega del bien.

El artículo 1488 del Código Civil no menciona los plazos de caducidad, los cuales se regirán por las disposiciones especiales de la evicción (artículo 1500 inciso 5), de los vicios ocultos (artículo 1514) y de los hechos propios del transferente (artículos 1514 y 1526).

Tenemos que el artículo 1500 inciso 5 del Código Civil, señala expresamente que el derecho a exigir el saneamiento por evicción caduca en un (1) año a partir de la fecha en que se produjo la mencionada evicción. Debemos entender que esta regla (un año a partir del momento en que se produjo la evicción) se aplica al inmediato transferente, siendo que para los transferentes anteriores se les aplicará el mismo plazo de un (1) año, pero difiere el momento en que empieza a computarse la caducidad, la cual será a partir de la celebración de sus respectivos contratos. Esta regla no protege cabalmente al adquirente, pues en los hechos solo tendrá acción de saneamiento por evicción contra su inmediato transferente.

De igual forma, debido a los breves plazos de caducidad de las acciones redhibitorias y estimatorias a las que tiene derecho el adquirente de un bien con vicio oculto (conforme lo ha establecido el artículo 1514 del Código Civil: tres meses si se trata de bienes muebles y seis meses en el caso de bienes inmuebles), hacen prácticamente inviable una acción de saneamiento contra los transferentes anteriores, pues la caducidad opera a partir de la celebración de sus respectivos contratos traslativos (artículo 1488), lo que hace –en la generalidad de casos– que cuando el perjudicado adquiera la cosa con vicio oculto, ya se ha extinguido el derecho a pedir el saneamiento a varios (sino a todos) los transferentes anteriores a su inmediato transferente.

Igualmente, por la aplicación concordada de los artículos 1514, 1525 y 1526 del Código nacional, la situación de los adquirentes que deseen exigir el saneamiento por hechos propios de transferentes anteriores, resulta ser de una abierta desprotección civil, debido a los diminutos plazos de caducidad que se tendía contra estos, los cuales son de tres o seis meses a partir de la celebración de sus sendos contratos, dependiendo si son muebles o inmuebles, respectivamente.

4. Colofón

Conforme están reguladas las acciones de saneamiento por vicio oculto y por hecho propio del transferente, no queda claro si los transferentes anteriores se encuentran obligados al saneamiento por vicios o hechos no generados por ellos, sino por el transferente inmediato o directo, claro está, siempre que no hayan caducado las acciones correspondientes.

Pensamos que, en estos casos, los transferentes anteriores igualmente deben responder ante el adquirente, aunque no hayan participado en el vicio oculto o realizado el hecho que perjudique el valor o destino del bien transferido, pues su obligación al saneamiento los compromete a garantizar una adquisición segura y el normal disfrute de la cosa, pudiendo repetir contra el directo autor del vicio o hecho perjudicial, aplicando similar criterio al existente en las normas de protección al consumidor. Siendo este un buen mecanismo legal que desalienta los actos negligentes e impulsa a un control entre transferentes, lo cual redunda en un eficiente tráfico jurídico de bienes.

DOCTRINA

ALDEA CORREA, Vládik. El saneamiento por vicios ocultos en el Derecho Civil, y la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho del Consumidor. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 19, abril, Lima, 2000; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en General en Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, 2ª edición, Lima, 1988; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. 3ª edición, Barcelona, 1966; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996; POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Trad. Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, 1998.

Pactos modificatorios de la obligación de saneamiento

Artículo 1489.- ***Los contratantes pueden ampliar, restringir o suprimir la obligación de saneamiento, salvo el caso contemplado en el artículo 1528.***

Concordancias:
C.C. arts. 1328, 1354, 1497, 1519, 1520, 1528, 1986

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

El numeral 1489 tiene sus antecedentes en los artículos 1416 y 1417 del Código Civil de 1852, aplicándose entonces, solo al contrato de compraventa. En el primero de los citados señalaba que: "pueden los contratantes ampliar o restringir a su voluntad la evicción y el saneamiento; pueden también pactar que el vendedor no quede sujeto a esta obligación". Por su parte, el artículo 1417 expresaba que: "aunque se hubiese pactado que no quede sujeto el vendedor a saneamiento, lo estará, sin embargo, al que resulte de un hecho personal suyo: todo pacto en contrario es nulo".

En el Código Civil de 1936 podemos encontrar como antecedentes los artículos 1362, 1371 y 1372. El artículo 1362 decía que se podía restringir, ampliar o renunciar la responsabilidad por los vicios redhibitorios. Con el mismo criterio, tenemos al artículo 1371 indicando que los contratantes pueden: "ampliar o restringir la evicción y el saneamiento; pueden también pactar que el enajenante no quede sujeto a estas obligaciones". Conforme al dispositivo 1372, se disponía que aunque se hubiese pactado que el enajenante no estaría obligado al saneamiento, lo estará si resulta de un hecho personal, siendo nulo todo pacto en contrario.

Finalmente, como antecedente del artículo 1489 del Código nacional, en el Derecho extranjero, podemos mencionar al artículo 1487 del Código Civil italiano.

2. Ampliación, restricción y supresión de la obligación de saneamiento

Ateniéndonos al principio de la autonomía contractual, es válido que los particulares configuren sus relaciones jurídicas intersubjetivas de la manera que consideren más conveniente a sus intereses, siempre que no trasgredan normas de orden público. Por ello, en principio, los contratantes pueden regular libremente los alcances de la obligación de saneamiento, suprimiéndola total o parcialmente, alterándola o ampliándola, debido a que esta institución jurídica responde a un orden netamente privado.

Como bien ha desarrollado Max Arias Schreiber, "la obligación de saneamiento es un elemento natural del contrato, nada impide que pueda ser ampliada, restringida o suprimida, pero en la medida de que conste en forma indubitable. En otras palabras, ninguna de estas tres posibilidades se presumen ni están implícitas" (ARIAS-SCHREIBER, p. 168). En todo contrato existen elementos naturales, vale decir, aquellos que están presentes sin necesidad de mención expresa por las partes, pero los cuales pueden ser eliminados, siendo que para ello se requiere de una manifestación precisa. Por ello, ha dicho De la Puente y Lavalle que: "dado el carácter excepcional de la modificación de la obligación de saneamiento, la cláusula que la contiene debe ser lo suficientemente explícita para que no quede duda de la exacta voluntad de las partes" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 432).

En los contratos de transferencia de la propiedad, posesión o uso de un bien, las partes podrán ampliar la obligación de saneamiento (elemento natural de este tipo de contratos), pudiendo establecer que el transferente deberá responder por las mejoras, incluso por aquellas que no fueran hechas de buena fe por el adquirente (como exige el artículo 1495 inciso 6).

Asimismo, los contratantes podrán restringir o reducir el saneamiento del transferente a solo pagar la mitad del precio del bien, en caso del ejercicio de la acción redhibitoria por el adquirente, en el saneamiento por vicios ocultos (artículo 1511).

El Código permite que los celebrantes del contrato acuerden la supresión del saneamiento, esto es, la exoneración de toda responsabilidad u obligación del transferente, como ocurre por ejemplo, cuando se pacta que el vendedor no responde por la evicción en caso que el adquirente pierda el bien por acción judicial, administrativa o arbitral de un tercero. Esta supresión no es procedente en algunos supuestos legales que analizaremos luego.

También es legítimo que se pueda acordar la modificación del saneamiento, señalando, por ejemplo, que el transferente se obliga a responder por hechos propios, de manera distinta al dinero.

Finalmente, los pactos o acuerdos destinados a restringir, ampliar o suprimir la obligación de saneamiento, pueden ser concertados tanto al momento de celebrar el contrato traslativo del bien, como en un acto jurídico posterior.

3. Casos de excepción al artículo 1489

El artículo 1528, sanciona con nulidad el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo. De tal forma que vendría a constituirse como la excepción a la regla que permite la modificación de la responsabilidad proveniente de las obligaciones de saneamiento.

Sin embargo, el citado artículo 1528 (aplicable únicamente al saneamiento por hecho propio del transferente) se flexibiliza cuando admite que puede ser válida, a criterio del juez (o árbitro), la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación se exprese en el contrato.

De otro lado, no podemos afirmar que nuestro Código nacional permita con absoluta libertad la alteración de las obligaciones de saneamiento del transferente (principalmente la supresión o exoneración), pues existen dispositivos como el artículo 218 que declaran como nulos las renuncias anticipadas de acciones que se funden en dolo, error, violencia e intimidación.

Igualmente el numeral 1328, sanciona con nulidad los pactos que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, de tal forma que si el transferente incurre en dolo o culpa inexcusable respecto de su obligación a garantizar la idoneidad del bien, no podría ampararse en los pactos mencionados (con igual sentido apuntan los artículos 1497 y 1519).

Finalmente, debemos mencionar el artículo 1398 referido a la contratación por adhesión y a las cláusulas generales de contratación, en el cual se señala que en aquellos contratos no aprobados administrativamente, no serán válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad (como las obligaciones de saneamiento). Es decir, que en aquellos contratos de transferencia referidos a la propiedad, posesión o uso de un bien, que no hayan sido aprobados administrativamente,

siempre será exigible el derecho al saneamiento por parte del transferente, pues toda estipulación que pretenda limitarla o exonerarla se tendrá por no válida.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en General, en: Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, 2ª edición, Lima, 1988; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, Tomo Primero. El Derecho de los Contratos. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. 3ª edición, Barcelona, 1966; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996.

El saneamiento en ventas forzosas

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

Concordancias:
C.C. art. 1495; C.P.C. arts. 725 y ss.; LEY 27287 arts. 233 y 239

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

Este artículo no tiene antecedentes en el Código Civil de 1852, pero sí en el de 1936.

El anterior Código señalaba en su artículo 1382 que "en las ventas forzadas hechas por la autoridad judicial, el vendedor no está obligado sino a restituir el precio que produjo la venta". Como vemos, el vigente artículo 1490 no hace sino reproducir el criterio establecido en su antecesora, reduciendo el saneamiento a la restitución del precio, regulando únicamente el supuesto de la venta forzada, debido principalmente a que en el Código Civil de 1936 la figura del saneamiento solo estaba prevista para los contratos de compraventa.

Asimismo, el numeral 1382 del Código anterior solo reguló el caso de las ventas forzadas efectuadas por la autoridad judicial. El vigente artículo 1490 es amplio al reconocer que estas ventas forzadas pueden ser realizadas no solo por jueces, sino por cualquier autoridad o entidad autorizada por ley.

Como antecedentes en la legislación extranjera, tenemos el artículo 1649 del Código de Napoleón y el artículo 1489 del Código Civil español, los cuales regulan las ventas judiciales.

2. Ventas forzadas hechas por autoridades

El Código peruano –al igual que otros tantos en el extranjero– se inclina por limitar el saneamiento en caso de haberse operado una venta forzada realizada por una autoridad debidamente facultada por ley, la cual puede ser judicial, administrativa, arbitral o particular, reduciéndola únicamente a la obligación de restitución del precio pagado. En estas transferencias forzadas no existe la obligación de indemnizar, pagar costas o tributos, pues, como se dijo, el saneamiento se restringe a la devolución del precio pagado por el adquirente.

Este artículo habla de "ventas forzadas"; lo más apropiado hubiera sido que se haga mención a "transferencias forzadas", pues el campo de aplicación del artículo 1490 solo se reduce a los contratos de compraventa, razón por la cual también se hace referencia al "precio".

La explicación a tal aplicación restringida se aloja, primero, en sus antecedentes normativos, los cuales siempre han hablado de ventas, siendo que así ha sido recogido por el Código vigente; y, segundo, en el sentido de que los tribunales peruanos suelen no innovar en el modo de cómo adjudicar bienes a los adquirentes en procesos de ejecuciones forzadas, los cuales son atorgados en propiedad, obviando poder hacerlo a título distinto vía arrendamiento, concesión, usufructo, entre otras figuras jurídico-patrimoniales. En la jurisprudencia comparada encontramos casos en donde los jueces han advertido que más valor se puede obtener de un bien embargado o en vía de remate, otorgándolo judicialmente en arrendamiento o concesión, y no necesariamente en venta.

Como hemos adelantado, en el artículo bajo comentario se habla de restitución del precio (como única obligación de saneamiento en el caso de ventas forzadas), por lo que no se encontraría bajo su esfera de aplicación, cuando se paga renta o indemnización al adquirente del bien.

¿Quién es el obligado al saneamiento?, ¿lo es la autoridad que realiza la venta forzada, el deudor que es forzado a la venta o el acreedor ejecutante del deudor? La doctrina civil discute arduamente este tema, no existiendo un criterio uniforme. Para algunos el obligado legalmente al saneamiento es la autoridad (judicial, administrativa, arbitral o civil), por ser el transferente directo del bien. Para otros lo viene a ser el deudor, debido a que la titularidad sobre el bien pasa directamente del deudor al adquirente. Finalmente, hay quienes arguyen que el acreedor ejecutante es el obligado al saneamiento, debido a que por su acción civil se ha impulsado el traspaso del bien al adquirente. No se conoce de posiciones en las que se atribuya la existencia de una obligación solidaria entre algunos o todos ellos, máxime aún si consideramos que por principio la solidaridad no se presume sino que debe estar expresamente señalada por la norma.

De una lectura cuidadosa del artículo 1490 del Código Civil, podemos advertir que el saneamiento se reduce a la obligación de restitución del precio que produzca la transferencia, en tal sentido, solo puede restituir aquel que ha recibido el precio. Solo se encuentra en la situación jurídica de restituir el precio y, por lo tanto, obligada al saneamiento, aquella persona que efectivamente lo percibió. Así, podría pensarse que los acreedores son los únicos obligados al saneamiento restringido (restitución del precio), lo cual estimamos que no es del todo cierto pues, como suele ocurrir, muchas veces el precio pagado por el adquirente es percibido por la autoridad (comúnmente judicial), quien luego puede resolver entregar todo o parte del precio al acreedor ejecutante y, de ser el caso, el saldo existente puede disponer ser entregado al deudor ejecutado. Imaginemos entonces que la autoridad recibe el precio pagado por el adquirente, pero antes de proceder su entrega al acreedor y/o deudor, acontece una causal de saneamiento (evicción, vicio oculto o hecho propio del transferente); en este caso el obligado a la restitución del precio pagado será la autoridad. De igual manera, si la causal de saneamiento se presenta posteriormente al momento en que la autoridad entrega el precio al acreedor y, de ser el caso, entrega el saldo al deudor, serán estos los obligados a la restitución del mismo, en virtud del artículo 1490. Como apreciamos el obligado a la devolución del precio pagado por el transferente, no es en esencia un solo sujeto, pues dependerá del momento en que se exige el derecho al saneamiento, pudiendo ser los obligados la autoridad que efectúa la venta forzada, el acreedor ejecutante y/o el deudor ejecutado.

Finalmente, debemos señalar que debiera evaluarse la posibilidad de ampliar la obligación del saneamiento en caso de transferencias forzadas. ¿Por qué restringir la responsabilidad por el saneamiento en estos casos?, no encontramos una justificación para tal desprotección al adquirente, quien solo podría reclamar por la devolución del precio pagado, encontrándose en una situación inferior en caso de que su adquisición hubiera procedido vía una venta voluntaria. Esta desprotección legal, indudablemente, repercute en el precio de las ventas forzadas, las cuales ordinariamente suelen ser bajas, pues existe latente un riesgo que involucra que en el eventual caso que surgiera una causal de saneamiento, el adquirente únicamente podría exigir el precio pagado, mas no los daños, tributos o intereses sufridos. Los perjuicios mencionados no podrán ser reparados civilmente vía la obligación al saneamiento, quedándole al adquirente la necesidad de iniciar una acción por enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955), con la dificultad de poder determinar contra quién dirigir la mencionada acción, pues, por ejemplo, en el caso de existir un lucro cesante del adquirente, debido a que

sobre el inmueble adquirido en venta forzada instauró su local comercial (inmueble que posteriormente lo pierde por efecto de la evicción), siendo que en este caso virtualmente no podría plantearse enriquecimiento sin causa contra el evincente, ni contra la autoridad, ni acreedor ejecutante o deudor ejecutado, pues no existe un enriquecimiento evidente en ellos. Por el contrario, el lucro cesante sí sería indemnizado por el transferente a favor del adquirente en el caso de situarnos ante un contrato ("voluntario").

DOCTRINA

ALDEA CORREA, Vládik. El saneamiento por vicios ocultos en el Derecho Civil, y la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho del Consumidor. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 19, abril, Lima, 2000; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en General en Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, 2ª edición, Lima, 1988; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Palestra Editores, 2ª edición, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. Tercera edición, Barcelona, 1966; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Alcances de la venta forzada y saneamiento por evicción

{Los} artículos 1491 y 1492 del Código material establecen que hay lugares de saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien; y que, en virtud a ello, 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, lo prescriben así debido a que el contrato a que se refieren proviene del acuerdo al que han llegado la libre manifestación de la voluntad de las partes contratantes, perteneciente al Derecho Privado; y no cuando ha sido producto del incumplimiento de la Ley; tal como ocurre en las ventas forzadas para cuyos casos, el saneamiento se limita a la restitución del precio que produzca la transferencia, conforme lo establece el artículo 1490 del Código Civil, esto es, el adquirente, de presentarse el caso, tiene derecho única y exclusivamente, respecto del saneamiento, a la restitución del precio ***(Cas. N° 3752-2002-Lima).***

CAPÍTULO SEGUNDO
Saneamiento por evicción

Definición

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 867, 896, 923, 947, 982, 999, 1026, 1484 y ss., 1492 y ss., 1501, 1900; LEY 26887 art. 28

CARLOS FLORES ALFARO

Comenzaremos nuestro comentario recordando que de acuerdo a la política legislativa de nuestro ordenamiento civil el saneamiento busca proteger la situación jurídica del adquirente de un bien, atendiendo al cumplimiento de la finalidad de su adquisición o a la conservación del valor del bien adquirido.

Sin embargo, es difícil conocer la finalidad para la que fue adquirido el bien cuando las partes no lo han acordado expresamente en el contrato, debiendo, en todo caso, comprenderla a partir de la interpretación constitucional de que su explotación debe ser "conforme a su destino natural en la economía" (Expediente N° 0008-2003-AL/TC).

Si la evicción, por privación total, anula todas las facultades adquiridas por el titular del objeto, ya sean de disposición, disfrute y uso (toda ellas, por cierto, quepan en el derecho de propiedad), resulta innecesario persuadirnos sobre el efecto de este hecho en el valor del bien. Distinto es el caso de la privación parcial del bien, donde la necesidad del saneamiento se evidencia básicamente por la disminución del valor económico del bien.

1. El saneamiento: obligación legal

Si el saneamiento es la "obligación (legal) de responder al adquirente" cuando ha sufrido la pérdida total o parcial del bien recibido, y con ello la posibilidad de alcanzar la finalidad de su adquisición y su valor económico, entonces nos encontramos frente a una relación obligatoria derivada de la responsabilidad del transferente de compensar todos los perjuicios económicos producidos en la esfera del adquirente con ocasión de la privación de los derechos transferidos.

La definición de nuestro Código lo distancia de la propuesta de el Código italiano que entiende al saneamiento como una respuesta o garantía debida por el transferente cuando el adquirente sufre la pérdida de la cosa, lo que incluye necesariamente la reparación del daño; o del Código argentino, que entiende por saneamiento a la obligación del transferente de evitar que el adquirente sufra la pérdida de la cosa y de indemnizarlo si esto se produce.

Sobre esto último conviene destacar el error lógico del razonamiento legislativo argentino al entender al saneamiento como una obligación de garantía debida por el transferente al adquirente en el caso de "turbación" de los derechos recibidos, así como una obligación de reparar los daños y perjuicios cuando la evicción ya se consumó, toda vez que en el primer

caso, el incumplimiento de esa "obligación" en ningún modo puede ser resarcido por vía directa, sino que deberá esperar necesariamente a la consumación de la evicción (privación) para que proceda la reparación por su incumplimiento. Piénsese, qué pasaría entonces, si a pesar de que el transferente no cumple con su obligación de garantía de defender en juicio el derecho trasmitido y a pesar de ello el adquirente no pierde el derecho adquirido, es evidente que en este caso no procede la reparación de daño alguno o, en un caso contrario, cuando el vendedor a pesar de haberse apersonado a la defensa no logra evitar que el derecho del adquirente se pierda, entonces de todas maneras procederá el saneamiento. En consecuencia, la llamada "obligación de garantía" (defensa del comprador) es indiferente para determinar la procedencia de la obligación de saneamiento por evicción.

Se debe precisar que en el Código peruano, al igual que en el italiano y el español, la citación al transferente supone una carga para el adquirente, de manera que si no prueba su realización pierde todo derecho a saneamiento.

2. ¿Qué es la evicción?

Como se puede observar de lo dicho hasta el momento, en esta materia, el Código peruano no sigue a pie juntillas los conceptos de los sistemas jurídicos que lo antecedieron, lo que no le resta coherencia en sus planteamientos, correspondiendo a la doctrina y jurisprudencia peruana cubrir algunas lagunas advertidas en esta especial propuesta. Lamentablemente, en nuestro país el desarrollo de esta materia aún es limitado, ya que los pocos casos judiciales en los que se ha mencionado el tema son principalmente los de compraventa de bien ajeno.

Distinto es, por ejemplo, el caso argentino, donde su jurisprudencia perfeccionó lo que establecía el Código anterior de 1869, al interpretar que existe evicción cuando el cesionario ha sufrido los pagos parciales que se efectuaran al cedente, sin que ellos hayan sido descontados del precio capital (CC0203 LP, B 85206 RSD-45-97 S 13-3-1997); o el caso italiano, donde su doctrina distingue que hay evicción parcial (artículo 1484 del CC italiano) cuando el tercero es el copropietario que hace valer su derecho sobre la cuota ideal del adquirente (CIONCI).

En el Perú, el concepto de evicción está definido en el presente artículo e integra las siguientes características de manera necesariamente concurrente:

- **Deben intervenir tres sujetos: el transferente, el adquirente y el tercero**

De la Puente los nombra, con mayor propiedad, como: "*Evincente* a quien hace valer judicialmente su mejor derecho; *evicto* al adquirente que sufre la privación de su derecho, o sea sobre quien recaen los efectos de la evicción; y *saneante* al responsable del saneamiento por evicción". Todos estos términos derivan del verbo latino *"evincere"*, palabra que: "Sirve para designar la situación que sobreviene a raíz de una derrota en juicio" (LÓPEZ DE ZAVALÍA citado por WAYAR).

- **Privación total o parcial de un derecho de propiedad, uso o posesión (o de todos a la vez) de un bien**

Resulta fácil comprender que se produzca evicción por la privación total de derecho "sobre" la cosa adquirida. En todo caso este será nuestro primer apunte, los derechos no son "de un bien", como dice la norma sino recaen "sobre un bien". De la Puente informa que fue en el artículo 1509 del primer proyecto del Código que se cambió la expresión "sobre la cosa" por la de "derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien".

En otro aspecto, nos preguntamos: ¿la referencia a "parcialmente" que hace el artículo está dirigida a los atributos del derecho de propiedad, uso y posesión o a la extensión física del bien o bienes objeto de la transferencia, o a ambos?

Sobre el particular, el doctor Arias Schreiber manifiesta que se trata de: "La privación total o parcial, temporal o definitiva" del derecho, con lo que amplía las referencias del artículo bajo comentario, que parece contener solo parámetros espaciales para otorgarle también parámetros temporales. Empero, creemos que nuestra duda puede ser absuelta, de mejor manera, por "la fuerza de los hechos", como diría Roppo, que por la doctrina.

Veamos, si una persona transfiere la propiedad de un bien a otra (por ejemplo: una casa de campo) y no le informa que sobre él ha celebrado un contrato de arrendamiento o usufructo por las próximas dos temporadas de verano, el adquirente podría verse privado de sus derechos de uso y disfrute sobre el bien, durante las próximas temporadas de verano. Y digo "podría" porque para que haya evicción será necesario que además concurran otros requisitos, como una decisión judicial o administrativa firme a favor de los derechos del tercero arrendatario y usufructuario. Pero si así fuera, sería lógico que el adquirente requiera del transferente el correspondiente saneamiento por evicción al verse privado de uno de los atributos del derecho adquirido. Un caso similar fue resuelto en Argentina de la siguiente manera: "La evicción parcial tiene lugar cuando el adquirente ha sido privado de parte de la cosa o **se ha afectado el contenido o la extensión de su derecho**, en razón de reconocerse derechos reales sobre la misma. Teniendo en cuenta que la garantía no puede jugar solo frente a derechos reales, sino a todo menoscabo del derecho de propiedad, aun del derivado del ejercicio de derechos personales, que corresponde al vendedor resarcir los perjuicios ocasionados por la evicción al adquirente que se ha visto privado del uso y goce del inmueble adquirido en virtud de la existencia de un contrato de locación anterior; (...) ya que el adquirente a título oneroso se encuentra privado de ejercer el uso y goce del inmueble inherente a su derecho de propiedad durante el plazo de duración del contrato y ello sin duda implica un menoscabo resarcible" [CC0001 SI 74 35 RSD-687-99 S 22-12-1988, juez Cabrera de Carranza (SD)].

Por lo anterior, consideramos que la noción de privación parcial de nuestro código debe ser entendida, esencialmente, en todos los sentidos que afecten la finalidad económica que el adquirente tenía previsto otorgarle al bien, sin importar si esta fue concebida antes, durante o después de la celebración del contrato.

El requisito que estamos observando hace referencia a los derechos de propiedad, uso y posesión, pero nos preguntamos: ¿podrían integrarse otros derechos reales o personales?

Lo primero que observamos es que la evicción se puede producir por afectaciones a los derechos de propiedad, uso y posesión sobre bienes tangibles e intangibles, de modo que todo contrato con finalidad traslativa puede ser objeto de evicción ya sea que se trate de contratos típicos, como la compraventa, usufructo, permuta, donación, aportes de capital social, cesión de créditos, o atípicos, nominados o innominados.

Al referirse la evicción a los derechos de propiedad, uso y posesión pretende integrar todo derecho real que pueda ser consecuencia de un contrato con finalidad traslativa. Es más, el derecho de propiedad por sí solo abarca los derechos de uso y posesión. Ciertamente podría discutirse sobre si la "superficie" no está incluida en los derechos reales anteriores, o la "obligación" se relaciona con el titular y no con el propietario, pero creemos que, finalmente, siempre podrán ser incluidos en los tres efectos reales mencionados.

Finalmente, recordaremos la advertencia hecha por De la Puente en sentido que los derechos de propiedad, uso o posesión sobre un bien no siempre se adquieren directamente por efecto del contrato, sino que en los casos de bienes muebles debe verificarse además la tradición.

- **Resolución judicial o administrativa firme**

La doctrina reciente ha discutido mucho sobre el momento en que se produce la evicción. Para un sector mayoritario esta se produce desde la mal llamada "obligación de evicción" que supone la defensa del adquirente en el juicio que se le pretenda privar de sus derechos (perturbación) y la reparación total de los derechos perdidos (privación). Se sigue esta corriente en el Derecho argentino y, con matices, en el italiano. En cambio, en el sistema civil peruano, como en el español, la evicción se produce con la resolución judicial o administrativa firme, es decir, la evicción es un hecho jurídico.

Nosotros compartimos la posición peruana ya que el sistema argentino confunde los conceptos de "saneamiento" y "evicción", de modo que a la obligación de saneamiento de defensa (según su Código) y de reparación la consideran como evicción. El problema parte de la propia redacción de su norma. Algo distinto es el caso del sistema italiano que considera a la "turbación" como una evicción que causa la suspensión del pago de la contraprestación.

Como quedó dicho, nuestro Código exige una situación jurídicamente objetiva para que sea considerada evicción. En este sentido nos preguntamos, ¿corresponderá algún tipo de saneamiento a favor del adquirente, si luego de un largo proceso se concluye que el tercero no tenía ningún derecho? Consideramos que no, porque "el enajenante no puede ser responsable de la aventura de un tercero". [CC0000 TL 8350 RSD-16-23 S 19-5-1987, juez Casarini (SD)].

Por la posición adoptada por nuestro Código y la naturaleza de la evicción como hecho jurídico, queda fuera de toda duda la posibilidad de que esta se produzca cuando el tercero ejerza solo perturbaciones de hecho sobre los derechos del adquirente.

Es menester recordar que la posibilidad de exigir el saneamiento a partir de una resolución administrativa firme fue incluida recién a partir del Código Civil del 1984, y gracias al aporte de la doctrina española (DE LA PUENTE) y su intención apunta a incluir todo pronunciamiento de autoridad competente como causa de evicción. Para ser más explícitos, juzgamos que, en general, este requisito sostiene a los casos en que la evicción se produce por una norma legal o llamada "hecho del príncipe" o cuando se priva al adquirente de sus derechos en un proceso en el que ni siquiera ha sido notificado, como una usucapión. También se puede incluir los casos en los que la autoridad se ha pronunciado en contra del derecho del adquirente pese a que el proceso fue iniciado por este.

Finalmente, si somos estrictos debemos afirmar que la resolución firme será aquella que se encuentre consentida y/o ejecutoriada en los términos del artículo 123 del Código Procesal Civil o el 222 del T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General o, en términos de Chiovendà, que se haya producido la "preclusión definitiva" del proceso, lo cual no implica que la resolución deba estar ejecutada materialmente.

Queda claro que la evicción se verifica con la resolución firme (causa jurídica), no siendo necesario esperar la ejecución material de esa resolución (que en el Perú puede suceder después de mucho tiempo) y la desposesión efectiva (causa real) total o parcial del derecho sobre el bien.

En la solución adoptada por nuestro código, se debe advertir que la causa jurídica (resolución firme) sí perjudica la finalidad o el valor del bien adquirido cuando se trata del derecho

de propiedad, pero no necesariamente cuando se trata de los derechos específicos de uso y posesión, toda vez que estos últimos son de realización material.

Al respecto, De la Puente ha expresado su opinión en el sentido de que la sentencia firme, que declara el derecho a favor del tercero, es suficiente para que se produzca la obligación de evicción; sin embargo, como el saneamiento supone una indemnización, para que esta se fundamente debe existir un daño y ese sería la desposesión. Con la salvedad del derecho de propiedad, antes mencionada, compartimos este parecer, sin embargo debemos puntualizar que la producción de la causa jurídica es suficiente para reclamar el saneamiento, en tanto este tiene un efecto compensatorio antes que de reparación, lo que se puede integrar si se acredita el dolo o la culpa (artículo 1495 del CC).

- **El derecho que reclama el tercero debe ser anterior a la transferencia**

Para conocer cabalmente este requisito debemos saber cuándo se produce la transferencia del bien que conlleva los derechos de propiedad y/o de uso y/o de posesión. Cualquiera sea la teoría a la que se adscriba el lector, en el derecho peruano los bienes inmuebles se transfieren por mérito del acuerdo y los bienes muebles por la *traditio*, quedando entendido entonces que estos serán los momentos de la transferencia, según se trate de cada tipo de bien.

En la práctica, esta solución aparentemente sencilla, es la causa de la mayoría de problemas sobre saneamiento, máxime si como en el Perú, la informalidad alcanza niveles insostenibles.

Sin embargo, la mayor discusión doctrinal y legislativa no estriba en reconocer el momento de la transferencia, sino en evaluar si la protección al adquirente puede incluir al tercero cuyo derecho tiene una causa contemporánea o posterior a la transferencia.

Si bien nuestro codificador, ya terció en esa discusión, con un pronunciamiento contundente, ya que, como bien observaba el recordado profesor sanmarquino Arias Schreiber: "No puede responsabilizarse (al transferente) por un derecho que no existía cuando hizo la transferencia".

A este respecto, si tenemos en cuenta que en el Perú los pocos casos en los que se ha discutido judicialmente la evicción han estado relacionados con la venta de un mismo bien a varias personas a la vez, reconoceremos la lógica del razonamiento de De la Puente en el sentido de que si el derecho del tercero es contemporáneo a la transferencia por una acción defraudatoria del transferente (concurrencia de acreedores), este problema ya está resuelto por el artículo 1524 del Código, que establece el saneamiento por hecho propio del transferente, por lo que no sería necesario incorporar el requisito de la causa contemporánea para la evicción.

Nosotros estamos de acuerdo con la posición de nuestro codificador, ya que se puede comprobar que en los países que destacan la posibilidad de un derecho contemporáneo, no regulan de manera separada el saneamiento por evicción y el saneamiento por hecho propio del transferente.

3. La evicción y la compraventa de bien ajeno

Antes de concluir con este comentario, quisiéramos pronunciar brevemente nuestra opinión sobre la relación que existe entre estas figuras jurídicas, toda vez que esta es muy difundida a nivel jurisdiccional.

Conforme se desprende de una lectura a *contrario sensu* del artículo 1539 del Código Civil el contrato de compraventa de bien ajeno es válido y eficaz cuando el comprador conocía de

la ajenidad del bien objeto de la transferencia o cuando resultaba jurídicamente improbable que el vendedor conozca de su ajenidad. Además, los contratos de compraventa de bien ajeno se perfeccionan cuando el vendedor se encuentra en la facultad de transferir la propiedad.

Pues bien, siguiendo los conceptos vertidos respecto a la evicción, diremos que en los contratos de compraventa de bien ajeno no puede haber saneamiento por evicción del derecho de propiedad, toda vez que el adquirente no puede ser privado de derechos que aún no ha recibido. En cambio, sí procede en este tipo de contratos, el saneamiento por la evicción de los derechos de uso y posesión, que son derechos de contenido fáctico.

La rescisión de la que habla este artículo, en cambio, es un remedio que ataca la eficacia del negocio por causal existente al momento de su celebración, por lo que, a diferencia del saneamiento por evicción, no debe esperar a la pérdida del derecho.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano. Tomo I, Contratos: Parte General, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV, Segunda Parte-Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; RODRÍGUEZ MORATA, Federico. Venta de cosa ajena y evicción (estudios de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa). José María Bosch Editores S.A., Barcelona, 1990; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios. I, teoría de la evicción. Astrea, Buenos Aires, 1989; CASTAÑEDA. Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos. Teoría general de los contratos. Tomo Primero, Imprenta UNMSM, Lima, 1965; ESPINO MÉNDEZ, Alejandro y VÁSQUEZ MARÍN, Elizabeth. Las obligaciones de saneamiento en el Código Civil peruano. Librería Ediciones Jurídicas, Lima, 2003; PESCHIERA B., Alejandro. Una aproximación al saneamiento por evicción en el Código Civil de 1984. En: Rev. Thémis 14, 1989; CIONCI, Luigi. Problemi in materia di evizione parziale ed invertita. En: www.jus.initn.it; ESCOBAR ROZAS, Freddy. Reflexiones en torno a la llamada venta de bien ajeno. En: Themis N° 29, pp. 147-164; CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I, Trad. E. Gomez Orbaneja. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954; ROPPO, Vincenzo. Divagaciones no muy ortodoxas en materia de contratos. En: Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2003.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR

Definición del saneamiento por evicción

{L}a evicción consiste en la privación que sufre el adquirente, cuando es desposeído en todo o en parte del derecho que adquirió, debido a una sentencia firme y por causa anterior o contemporánea al contrato. En tanto que el saneamiento, resulta ser la obligación legal que tiene a su cargo el enajenante para devolver al adquirente el precio de la cosa e indemnizarle los daños y perjuicios que en razón le hubiera ocasionado.

Entre ambas existe una relación estrecha, pues, la evicción es la causa y el saneamiento el efecto, por lo que no existe saneamiento sin evicción, pero puede existir evicción sin saneamiento.

El saneamiento por evicción no es un simple deber como consecuencia del incumplimiento de los contratos, sino que se comporta y utiliza como una institución autónoma e independiente, dotada de una función indemnizatoria generalizada en todos los contratos donde se transfiere la propiedad, posesión o uso de cualquier bien. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1491 del Código Civil, debe saneamiento el transferente a favor del adquirente, al ser privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien ***(Sentencia Exp. N° 396-90, Corte Superior de Justicia de Lima).***

Evicción por allanamiento o abandono

Artículo 1492.- *Se produce la evicción cuando el adquirente, con el asentimiento del transferente, se allana a la demanda o hace abandono del bien sin esperar la resolución de que trata el artículo 1491.*

Concordancia:
C.C. art. 1491

CARLOS FLORES ALFARO

Este artículo desarrolla una ampliación a la *fattispecie* típica de la evicción que, si bien mantiene la obligación de verificarse en el marco de un proceso contencioso judicial o administrativo, ya no exige que este haya concluido para su producción, sino bastará con el requisito del asentimiento del transferente para dos situaciones: allanamiento a la demanda o abandono del bien.

1. Allanamiento a la demanda

Aunque se trata de una institución de carácter procesal, su concepción resulta importante para comprender el artículo bajo comentario.

Se trata de un acto procesal de disposición sustantiva, permitido por la ley, que ejerce el emplazado, y tiene por objeto acceder a la pretensión de su contraparte. Es una manifestación de voluntad procesal de autocomposición de la litis que, por su efecto preclutorio, se encuentra admitida en nuestro ordenamiento en cualquier etapa del proceso, hasta antes de la sentencia.

Este acto procesal responde en la mayoría de los casos al reconocimiento de la inexistencia de fundamentos jurídicos para defender el derecho propio o a una evaluación de las dificultades reales para ganar el pleito, incluyendo el criterio de costo-beneficio.

En el caso propuesto por este artículo, la referida evaluación debe ser realizada por el adquirente y transferente, de manera conjunta, toda vez que el acto procesal resultará de la suma de ambas voluntades, aunque sea ejercido por uno solo de ellos.

En nuestro ordenamiento procesal se diferencia entre *allanamiento* y *reconocimiento*, en el sentido de que en el primero se reconoce la validez de la pretensión propuesta en contra, y en el segundo se aceptan los fundamentos fácticos y jurídicos de la misma. En este sentido, debemos entender que la referencia solo al *allanamiento* encuentra su sustento en que el adquirente (eventual demandado) no tiene por qué reconocer los hechos y el derecho de los que deriva la pretensión o la demanda, los cuales sí podrían ser conocidos por el transferente. Sin embargo, no vemos por qué no pudo incluirse al *reconocimiento* de la demanda (con asentimiento del transferente) como una causa de producción de evicción, al igual el *allanamiento*, toda vez que este acto siempre deberá realizarse de manera consensuada entre el transferente y el adquirente, es decir como una voluntad única.

Asimismo, prevé nuestro Código adjetivo que el *allanamiento* puede estar dirigido a una o más pretensiones contenidas en la demanda, y solo en caso de que contemple a todas se emitirá inmediata sentencia. Al respecto, pensamos que por la especialidad de la norma que estamos analizando, bastará que el *allanamiento* incluya la pretensión que tiene por objeto reconocer el derecho de propiedad, uso o posesión del tercero y no de toda la demanda. Además, siguiendo esta línea de pensamiento, concluimos que la referencia *"a la demanda"* debe

ser entendida también a la reconvención descrita en el artículo 445 del C.P.C. (más conocida como *contrademanda* en la teoría general del proceso) y, específicamente, a la pretensión contenida en la reconvención, que permitirá la privación total o parcial de los derechos reales adquiridos por el *evicto*. Sustentamos nuestro criterio en que solo en estos casos se perderá la finalidad de la transferencia.

2. El abandono del bien

A diferencia del anterior supuesto, que se desarrolla en la práctica procesal, al igual que el supuesto principal de evicción jurídica, el acto de abandonar el bien es un acto esencialmente físico que *per se* no supone necesariamente la privación de los derechos del adquirente, por tanto, la pérdida de la finalidad de la transferencia, como veremos más adelante.

En efecto, si bien el abandono es una causa de extinción del derecho de posesión, para que se configure jurídicamente debe ser irrevocable (entendemos así el requisito del factor físico e intencional que menciona ARIAS-SCHREIBER). Nos explicamos, para que se produzca la evicción no bastará solo el *abandono* del bien, sino además será necesario que ese *abandono* se realice a través de la entrega física del bien al tercero, ya que en el extremo fáctico en el que se realiza esta operación, los efectos negativos para el adquirente solo podrían surgir luego de que el bien pase a la esfera jurídica del tercero, ya que de otro modo la desposesión podría ser reversible.

Algunos podrían observar que este supuesto fáctico contiene un vestigio de la tradición romana y francesa, que entiende como obligación fundamental del vendedor asegurar al comprador la posesión pacífica de la cosa, de modo que bastará la desposesión del bien para que se produzca evicción. Esta posesión inclusive fue fuente de distinción entre el ejercicio de la pretensión de evicción y la de resolución, ya que se concebía que esta última podía plantearse cuando el vendedor no cumplía con la entrega de la cosa, mientras que la primera resultaba procedente cuando ya se habría producido la posesión del bien por parte del adquirente (MESSINEO citado por PESCHIERA), lo que induce a pensar que la acción de abandono del bien, como acto productor de evicción, tiene su antecedente en la doctrina reseñada.

Al respecto, consideramos que, más que antiguas reminiscencias, el recurso al "abandono del bien" tiene mayor sentido en la necesidad legislativa de coherencia con los sistemas de traslación de propiedad existentes en el Perú, aquel del mero consenso para los inmuebles y el de la *traditio* para los bienes muebles. Entonces, cuando se trate de bienes inmuebles la evicción se puede producir por el allanamiento consentido por el enajenante a la demanda del tercero, y cuando se trate de bienes muebles, bastará el abandono del bien con asentimiento del transferente. Empero, esta conclusión nos obligaría a hacer, por vía de interpretación, una distinción que la ley no hace, lo cual no está permitido por nuestro sistema constitucional, por lo que corresponderá al legislador precisarla.

Por su parte, el profesor De la Puente observa que en el caso del derecho de propiedad, el abandono del bien solo afecta a uno de los privilegios de este derecho, el de posesión, permitiéndole al propietario continuar ejerciendo sus otras facultades.

También concordamos con el autor antes mencionado cuando dice que no se puede asimilar el abandono del bien al allanamiento a la demanda, ya que este último caso no implica la culminación del proceso y, más aún, no priva necesariamente al adquirente de realizar la finalidad económica para la que se procuró el bien.

3. Los supuestos deben desarrollarse en el marco del proceso

Si bien con esta norma se abandona la exigencia del previo reconocimiento judicial o administrativo del mejor derecho del tercero frente al adquirente, la llamada "evicción jurídica", se mantiene el requisito de la discusión ante autoridad competente del derecho del tercero, ya que es en este ámbito donde debe necesariamente producirse la evicción.

Como hemos visto, el allanamiento a la demanda puede tener un efecto procesal inmediato, declarándose el derecho del tercero sobre el bien. A la larga se logra un efecto similar al enunciado en el artículo anterior. Además, con este acto, el adquirente y el transferente, luego de haber evaluado sus posibilidades de éxito, habrán evitado los gastos que suponen esperar hasta la conclusión del proceso, optando por una decisión más eficiente.

Ante esto nos preguntamos ¿por qué no se incluyeron en el texto otras formas de conclusión del proceso, como la conciliación, la transacción judicial, el desistimiento de la pretensión (para los casos que la evicción se produce por juicio iniciado por el propio adquirente) e inclusive la conciliación prejudicial? La razón que impulsó al legislador a incluir al allanamiento resulta perfectamente asimilable a estos casos. La introducción de estas alternativas de solución de conflictos debe esperar una futura modificación legislativa o próximas interpretaciones jurisprudenciales.

Finalmente, otra modificación que nos atrevemos a recomendar, en mérito de las consideraciones anteriores, es el cambio de la disyuntiva "o" por la copulativa "y" o, en todo caso, la unión "y/o" de los supuestos de allanamiento a la demanda y abandono del bien, lo que daría mayor coherencia a la norma y perfeccionaría sus efectos.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano. Tomo I, Contratos: Parte General, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos. Teoría general de los contratos. Tomo Primero, Imprenta UNMSM, Lima, 1965; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV, Segunda Parte-Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; ESPINO MÉNDEZ, Alejandro y VÁSQUEZ MARÍN, Elizabeth. Las obligaciones de saneamiento en el Código Civil peruano. Librería Ediciones Jurídicas, Lima, 2003; PESCHIERA B., Alejandro. Una aproximación al saneamiento por evicción en el Código Civil de 1984. En: Rev. Thémis 14, 1989; RODRÍGUEZ MORATA, Federico. Venta de cosa ajena y evicción (estudios de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa). José María Bosch Editores S.A., Barcelona, 1990; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios. I, teoría de la evicción. Astrea, Buenos Aires, 1989.

Liberación del transferente

Artículo 1493.- ***Si el adquirente, con el asentimiento del transferente, ha evitado la evicción mediante un pago, el transferente puede liberarse de todas las consecuencias del saneamiento con el reembolso de lo pagado, de los intereses, de todos los gastos en que haya incurrido el adquirente y de la indemnización a que se refiere el artículo 1495, inciso 7.***

Concordancias:
C.C. arts. 1260, 1262, 1492, 1495 inc. 7)

CARLOS FLORES ALFARO

Este artículo, al igual que el anterior, tiene por finalidad economizar los costos que suponen esperar a la producción de la evicción a través de una resolución firme emitida por autoridad competente, cuando la pretensión del tercero ha sido evaluada como válida por el adquirente y el transferente o, en todo caso, de onerosa contradicción, por las características del caso o la dificultad probatoria.

Por este procedimiento, el transferente evitará los costos que le significarían, en una situación semejante, pagar la evicción luego de concluido el proceso, y el adquirente (formalmente) quedará en la misma situación patrimonial en la que estaba antes de ser notificado del reclamo del tercero, pudiendo inclusive ser acreedor de una indemnización en caso de que se acredite el dolo o la culpa del transferente.

1. ¿Se trata de un pago por evicción?

A diferencia de los artículos anteriores en los que se habló del saneamiento y de la evicción y sus distintas maneras de producirse, en este artículo se señala el caso del pago para evitar la evicción. Así, esta norma nos informa sobre el pago que realiza el adquirente a favor del tercero, y del consiguiente reembolso por parte del transferente.

El supuesto fáctico del que parte el artículo que estamos comentando es la no producción de la evicción, pero no porque no exista la posibilidad de su producción sino porque fue evitada por el adquirente. La pregunta que surge es ¿desde qué momento se considera la existencia de esa posibilidad? Puede ser cuando el adquirente es notificado con el reclamo del tercero, en el marco de una conciliación prejudicial o un proceso judicial o administrativo (a lo que llamaremos "la perturbación") o, simplemente, cuando el adquirente ha tomado conocimiento cierto de la posibilidad de ser objeto de una pretensión dirigida a privarle de los derechos reales adquiridos (a lo que llamaremos "la amenaza"). No existe una posición doctrinal ni jurisprudencial en el Perú al respecto; sin embargo somos de la opinión que esta posibilidad solo puede ser tal cuando se ha verificado la perturbación, que supone la manifestación formal de la voluntad reivindicatoria del tercero, a diferencia de la amenaza, en la que el tercero solo demuestra su voluntad de manera informal y sin ánimo vinculante.

2. ¿El pago se realiza dentro de un proceso?

En la línea de lo afirmado anteriormente, el pago del adquirente al tercero puede realizarse en cualquier momento luego que el adquirente es comunicado del reclamo del tercero, ya sea en el ámbito del proceso obligatorio de conciliación prejudicial o en el proceso judicial o administrativo mismo. Este "acuerdo" de pago se encontrará sujeto a las normas propias de la transacción.

En efecto, por la transacción las partes se hacen mutuas concesiones y deciden respecto de un asunto dudoso o litigioso. La parte conformada por el tercero reclamante cede en su pretensión de titularidad sobre los derechos de propiedad, uso o posesión, y la parte conformada por el adquirente y el transferente reconoce por esta concesión un pago determinado, de modo tal que la litis o duda queda resuelta. Al producirse esta transacción se crea una nueva relación obligatoria que tiene como deudor al adquirente y como acreedor al tercero.

Esta transacción se puede producir en cualquier etapa del proceso, inclusive durante el trámite del recurso casatorio. Por supuesto, la oportunidad en la que se realice este negocio jurídico será determinante para la cuantía de la posterior obligación de reembolso que corresponderá al transferente.

Finalmente, por tratarse de un acto de disposición de los derechos cuya titularidad se discute, la autoridad competente encargada de la causa, cuando el proceso ya se haya iniciado, deberá evaluar la procedencia del mismo y homologarlo para que sus efectos tengan la autoridad de la cosa juzgada y, de esa manera, zanjar definitivamente el asunto.

3. ¿Por qué se necesita el consentimiento del transferente?

En la obligación de pago nacida de la transacción no hemos mencionado la presencia del transferente; sin embargo, su participación en todo el acto de transacción resulta fundamental, toda vez que a la larga será el encargado de asumir todos los costos derivados de la misma.

Si bien el transferente puede participar como demandado o como coadyuvante, o no participar, junto al adquirente, este último no podrá realizar ningún acto dispositivo sin consentimiento del primero, porque perdería su derecho, en este caso concreto, al reembolso de lo pagado.

La norma tiene sentido porque si le concediese al adquirente la facultad de actuar por su propia cuenta, a pesar de haber notificado al transferente, expondría a este último a la mala decisión del primero, quien por evitar cualquier molestia puede acceder a pagar de inmediato al tercero, sin importarle la verosimilitud del derecho que reclama, y con la seguridad de ser reembolsado por el tercero. Una norma así sería ineficiente porque incentivaría conductas perversas que a la larga aumentarían los costos de transacción, ya que a estos se les tendría que agregar el costo de cualquier reclamo de tercero sea válido o no.

4. ¿El pago se realiza solo en dinero?

La pregunta incluye tanto a la transacción realizada entre el adquirente y el tercero como a la obligación de reembolso a cargo del transferente. Siguiendo lo mencionado por Gutierrez, el pago supone una conducta de cumplimiento en la que concurren los principios de identidad, integridad y oportunidad.

Entonces, si como dijimos, el pago del adquirente, con asentimiento del transferente, a favor del tercero deriva de un contrato llamado transacción por el que se crea la nueva relación obligatoria en la que corresponde al adquirente la obligación y al tercero el derecho de crédito, corresponderá a las partes establecer libremente el objeto de esta prestación. Así, esta obligación puede tener por objeto la prestación de dar, hacer o no hacer, y solo en el primero de los casos podríamos hablar de una prestación dineraria. Cualquiera sea la prestación pactada a cargo del adquirente, lo importante será que esta se realice con identidad, en integridad y en la oportunidad pactadas, para que tenga efectos de cumplimiento.

La norma nos dice que en este caso el adquirente puede liberarse de "las consecuencias del saneamiento" si reembolsa lo pagado por el adquirente, confundiendo sin querer los términos, ya que al no haberse producido la evicción tampoco habrá lugar al saneamiento; lo que existe, en todo caso, es un derecho a ser indemnizado si se acredita el daño.

Este "reembolso" como lo llama la ley, si bien tiene un sentido dinerario, pensamos deberá realizarse a través de similar prestación a la ejecutada por el adquirente, salvo que por mutuo acuerdo se reintegre el valor monetario de la misma. Además, y con mayor razón si se trata de una prestación de hacer o no hacer, el transferente deberá devolver los gastos incurridos y una indemnización por los eventuales daños y perjuicios.

5. ¿Se puede hablar de subrogación?

La subrogación es una institución de Derecho Civil aplicable a las obligaciones y, específicamente, al cumplimiento de las obligaciones, en su estado consumado: el pago. Por este medio un tercero se coloca en la posición obligacional del deudor y realiza el pago directo al acreedor.

Moisset de Espanés amplía el campo de este instituto civil a todo efecto sustitutorio o de reemplazo que puede utilizarse incluso en los derechos reales, con la sustitución de bienes. Aunque no es el lugar para discutir esta posición, solo diremos que no estamos de acuerdo con asimilar una institución civil tan específica a su expresión gramatical más cercana, es una licencia semántica que no debe permitirse.

En todo caso, en nuestro ordenamiento civil la subrogación se observa en el Derecho de las Obligaciones, y esta puede ser convencional o legal. La distinción entre ambas se desprende de su propia definición, debiendo acotar que los supuestos de la segunda están expresamente previstos en el Código en una relación de *numerus clausus*: i) pago por deudor solidario o indivisible, ii) pago por quien tiene interés legítimo en el cumplimiento y iii) pago a acreedor preferente.

Veamos ahora la situación que plantea la presente norma: el adquirente realiza un pago a favor del tercero y luego repite lo pagado contra el transferente (más, eventualmente, una indemnización). Efectivamente, el supuesto legal descrito tiene la apariencia de una subrogación; sin embargo, esta impresión resultará errónea, salvo en un caso muy poco frecuente.

Me explico, si la obligación que nace de la transacción es realizada entre el adquirente y el tercero, serán estos los conformantes de la relación obligatoria, el primero como deudor y el segundo como acreedor (también hay una contraprestación, pero esta no influye en el análisis). Esta obligación es totalmente distinta a la probable relación existente entre el transferente y el tercero, es un vínculo nuevo, por tanto el adquirente no ha intervenido en la relación en lugar del original deudor, ya que él mismo es el deudor original. Luego, cuando el adquirente solicita el reembolso al transferente, no lo hace porque tenga la calidad de subrogado, sino porque la ley lo autoriza.

Pero tampoco puede ser una subrogación legal porque lo descrito en el presente artículo no encaja en ninguno de los supuestos establecidos para esta clase de subrogación, ni siquiera en el que autoriza la subrogación por legítimo interés, ya que, como repito, el transferente no es deudor en el contrato de transacción.

La única posibilidad que encontramos para poder hablar de subrogación es que, previo pacto entre el adquirente y el transferente, sea este último quien participe en el contrato de

transacción como obligado al pago, y el adquirente sea quien ejecute la prestación acordada. Entonces sí se habría producido una subrogación legal que obligaría al transferente a efectuar el reembolso de lo pagado al adquirente subrogado.

La norma que estamos comentando no prohíbe esta última posibilidad, pero estaríamos frente a un uso innecesario de la "subrogación" ya que sus efectos serían los mismos a su no utilización.

6. ¿Siempre se incluye la indemnización?

La indemnización por daños y perjuicios solo procederá en caso de que el transferente haya incurrido en dolo o culpa al celebrar el contrato; en caso de que no se verifique la existencia de este factor de atribución subjetiva, el reembolso de lo pagado solo tendrá un efecto compensatorio.

Al igual que en el saneamiento por evicción, en el caso del reembolso de lo pagado por no haberse producido la evicción, también tiene una finalidad compensatoria y solo llegará al resarcimiento integral, vale decir, daño emergente, lucro cesante y daño moral, en caso se acredite la existencia de elementos de atribución subjetiva.

En la práctica intuimos que el reembolso, los intereses y los gastos serán de fácil acreditación de manera que no siempre será necesario reclamarlos por la vía judicial, pero no sucederá lo mismo para el cobro de los daños y perjuicios, que seguramente requerirá siempre de pronunciamiento jurisdiccional. En este caso el mayor problema será acreditar, además de los daños y perjuicios, la culpa inexcusable y el dolo, ya que la culpa leve se presume.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano. Tomo I, Contratos: Parte General, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos. Teoría general de los contratos. Tomo Primero, Imprenta UNMSM, Lima, 1965; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV, Segunda Parte-Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; ESPINO MÉNDEZ, Alejandro y VÁSQUEZ MARÍN, Elizabeth. Las obligaciones de saneamiento en el Código Civil peruano. Librería Ediciones Jurídicas, Lima, 2003; PESCHIERA B., Alejandro. Una aproximación al saneamiento por evicción en el Código Civil de 1984. En: Rev. Thémis 14, 1989. AA. VV., Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Derecho de Obligaciones. Tomo VI, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2004; RODRÍGUEZ MORATA, Federico. Venta de cosa ajena y evicción (estudios de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa). José María Bosch Editores S.A., Barcelona, 1990; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios. I, teoría de la evicción. Astrea, Buenos Aires, 1989.

Improcedencia del saneamiento

Artículo 1494.- *No hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por dolo o culpa inexcusable del adquirente.*

Concordancias:
C.C. arts. 1318, 1319, 1328

CARLOS FLORES ALFARO

La obligación de saneamiento resulta improcedente cuando deriva de conductas del adquirente que permitan al tercero hacer exigible su potencial derecho.

1. ¿Se trata de hacer exigible de un derecho real?

La noción de exigibilidad está más ligada a la relación obligatoria que a una situación subjetiva real. En ese sentido, la obligación resulta exigible cuando su prestación sea "posible objeto de demanda en juicio y de condena, y susceptible de una consiguiente ejecución forzosa", nos dice Betti siguiendo a Krückmann.

En términos más modernos pero contundentes, una obligación deviene en exigible cuando no está sujeta a condición, plazo ni modo, o estos ya se han verificado.

Si bien en la Antigüedad no se observaba una distinción entre las obligaciones y los derechos reales, esta separación obedece a una ficción práctica, y desde Roma se distingue entre los modos de obligarse como la estipulación y los modos de adquirir, como la mancipación (BONNECASE según OSTERLING Y CASTILLO). En la actualidad son muchas las diferencias que hay entre ambos derechos. Justamente, Osterling y Castillo realizan una relación de las mismas, siendo la que más nos interesa para los efectos de nuestro comentario, aquella que diferencia al derecho de crédito u obligación por la potestad de exigir a una o más personas el cumplimiento de una prestación, del derecho real que otorga la potestad de plantear esta exigencia *erga omnes*, ya que la exigencia del derecho real es de un deber jurídico de abstención.

Entonces, para el caso de los derechos reales también podremos hablar de exigibilidad, pero de una manera distinta a la utilizada comúnmente en el Derecho de las Obligaciones. Un derecho real será exigible cuando se puede hacer valer jurídicamente frente a todas las personas y exigir de ellas la abstención del ejercicio de ese mismo derecho.

Para usar un ejemplo relativo a la evicción, citaremos el caso de un adquirente "X" que goza de su derecho de propiedad sobre un bien, y en consecuencia todas las personas deben abstenerse de ejercer el mismo derecho sobre el bien, y puede ser privado de él si la autoridad competente determina que un tercero "Y" es el verdadero titular del derecho de propiedad sobre el mismo bien. En consecuencia, a partir de ese reconocimiento, corresponde a "Y" exigir a los demás el deber de abstención. Como la oponibilidad es *erga omnes,* "X" debe respetar la titularidad reconocida por la autoridad. En este caso el derecho de propiedad de "Y" es exigible desde que es reconocido por la autoridad competente, y es a partir de este momento que el titular reconocido del derecho podrá utilizar todas las vías legales (exigir) para que su derecho sea respetado por todos.

Cuando este artículo nos habla de hacer exigible el derecho del tercero ¿debemos entender que se trata solo de los derechos reales de propiedad, uso y posesión, o también de otros derechos reales e, inclusive, de derechos personales?

Siguiendo a Perlingieri no debemos olvidar que un bien puede ser punto de referencia de situaciones subjetivas de diferente contenido y, en particular, diversos derechos reales pueden convivir sobre un mismo bien, pero lo que no puede suceder es que se opongan. De hecho la relación que nace será definida "real" no por su referencia a la "res", sino porque deriva de una situación subjetiva real. Así, un derecho de propiedad puede convivir con un derecho de posesión y de usufructo sobre un mismo bien, y un derecho de superficie puede anular un derecho de posesión, o una servidumbre puede afectar un derecho de propiedad.

En este orden de ideas, según cada caso, podrán oponerse a los derechos de propiedad, uso y posesión del adquirente, iguales o diferentes derechos reales del tercero. Inclusive la exigibilidad de una obligación contractual puede oponerse a determinado derecho real, como el caso del derecho del arrendatario frente al derecho de posesionario o del propietario.

En conclusión, cuando en esta norma se prevé la posibilidad de hacer exigible un derecho de tercero, se deberá entender que se trata de cualquier derecho real o de crédito capaz, según las circunstancias, de privar total o parcialmente los derechos de propiedad y/o uso y/o posesión del adquirente.

Arias Schreiber, comentando este artículo, plantea el caso de que el derecho del tercero es potencial y gracias al adquirente se vuelve exigible, lo que en términos de nuestro comentario anterior supone que el derecho real o de crédito del tercero llega a ser reconocido por la autoridad competente (exigible) gracias a la conducta dolosa o culposa del adquirente.

Debe quedar claro que el proceso de reconocimiento es distinto al de exigibilidad, ya que en términos concretos, cuando el artículo bajo comentario priva del saneamiento al adquirente que por su conducta permite que el derecho del tercero se haga exigible, lo que está diciendo es que esa conducta debe ser apreciada en la etapa de reconocimiento del potencial derecho. Esta etapa se inicia desde que el adquirente conoce del reclamo formal del tercero hasta que se emite la resolución firme que reconoce el mejor derecho del tercero.

2. La culpa inexcusable

El sistema de graduación de la culpa utilizado por nuestra legislación, especialmente en materia de responsabilidad civil contractual, divide a la culpa en culpa leve y culpa inexcusable (existen otras graduaciones, pero esta es la utilizada por el Código) y define a la primera como la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación, según circunstancias de persona, tiempo y lugar (artículo 1320 CC) y a la segunda, simplemente, como "negligencia grave" (artículo 1319 CC).

De lo anterior desprendemos que el concepto de culpa en nuestro Código está dominado por el concepto de negligencia, es decir la omisión de un deber, más que de impericia, falta de capacidad o de imprudencia, exceso en el cumplimiento. Aunque, Wolcoott, siguiendo a la jurisprudencia italiana, nos informa que la negligencia "en sentido amplio" incluye a la impericia y la imprudencia.

Estando de acuerdo con la tendencia anterior, concluiremos que en nuestra legislación las "culpas" solo se distinguen por lo "ordinario" y lo "grave" de las conductas que las contienen en referencia con un estándar de comportamiento.

El estándar de comportamiento se deduce de la conducta promedio y la perspectiva racional de los terceros, que permitan delinear un comportamiento razonable (ALPA). Como esta

conducta se observa en el contexto de los casos, en materia de responsabilidad civil se acostumbra utilizar como modelo al "buen padre de familia".

Sin embargo, en el Perú es muy posible que este modelo no sea suficiente, mucho menos para evaluar la conducta del adquirente en materia de "evicción". En efecto, en nuestro país la mayoría de padres de familia, a lo largo de su vida, difícilmente conocerán la experiencia legal de adquirir un bien de alto valor (una casa, un auto) y la mayor parte de los que sí acceden a esta experiencia no utilizan una (o la misma) perspectiva legal en sus actos (GUEVARA y THOME). Entonces, siguiendo la metodología del Sistema de Responsabilidad Civil, en este caso consideramos prudente utilizar como estándar al comprador inmobiliario promedio (en Lima), para integrar en su persona a todos los sujetos que adquieren un bien de alto valor.

Bajo el parámetro planteado nos preguntamos ¿qué no debe hacer un comprador inmobiliario promedio cuando enfrenta una impugnación formal de un tercero sobre la veracidad de los derechos de propiedad, uso y posesión que adquirió? Si su negligencia, imprudencia o impericia es permitida por la ordinaria defensa de su derecho, estaremos frente a casos de "culpa leve" que, para este caso, resulta innecesario ejemplificar; pero si su negligencia, imprudencia o impericia es superior a la ordinaria o grave, estaremos frente al supuesto contemplado en este artículo.

Lamentamos no poder alimentarnos de nuestra jurisprudencia para señalar algunos casos de culpa inexcusable bajo la normativa de este artículo, por lo que nos esforzaremos en ofrecer algunos ejemplos de la vida cotidiana: cuando el adquirente no asiste a las audiencias para explicar su posición a la autoridad competente o cuando deja caducar el plazo de contestación de la demanda, u olvida ofrecer elementos probatorios entregados por el transferente. Cuando el abogado del adquirente actúa como su apoderado también será pasible de culpa inexcusable, si este no asiste a los informes orales de las instancias superiores. Como dijimos en comentarios anteriores, el proceso en el que se reconoce el derecho del tercero también puede haber sido iniciado por el propio tercero, digamos un desalojo donde el tercero opone su mejor de derecho de uso o propiedad, en este caso habrá culpa inexcusable del adquirente si no contesta la reconvención de manera oportuna o falta a las audiencias.

No incluimos entre nuestros ejemplos los casos de actuación del adquirente sin conocimiento del transferente, porque ellos son supuestos legales de pérdida del derecho al saneamiento según el artículo 1500 del Código Civil.

3. ¿Se debe incluir la culpa leve?

Nos detenemos brevemente para comentar nuestra posición respecto de la propuesta de dos ilustres comentaristas del Código, como son Arias Schreiber y De la Puente, de incluir a la culpa leve del adquirente como causa de la exigibilidad del derecho del tercero y, en consecuencia, la pérdida del derecho al saneamiento, con lo que se equiparía este artículo con el requisito del inciso 7 del artículo 1495 del Código sustantivo.

El supuesto descrito en la presente norma tiene como consecuencia práctica la pérdida de un derecho legal o convencional del adquirente. Este derecho la mayoría de las veces es pactado de manera automática por corresponder al modelo *tipo* de los contratos de transferencia. Generalmente el adquirente ni siquiera está enterado de lo que este "raro" término legal (evicción) significa, pero sí es consciente de que en caso de que su derecho pierda vigencia frente al derecho de un tercero, del cual ni siquiera fue informado, podrá exigir a su transferente algún tipo de satisfacción.

El doctor Castañeda nos dice que "en todo contrato de compraventa, por ejemplo, está implícita la garantía de evicción y consiste en que el vendedor garantiza la pacífica posesión y goce de la cosa vendida", además precisa "en resumen: la entrega de la cosa vendida no agota las obligaciones del vendedor. En la venta es necesario transferir el derecho de propiedad sobre la cosa vendida; y si el vendedor no lo tiene, es incuestionable que es responsable".

Sin perjuicio de la posibilidad que franquea la ley a las partes de pactar sobre el saneamiento, resulta jurídicamente conveniente alentar a que los transferentes respondan por la evicción de los derechos que transfieren antes que eximirlos. Por ello, resulta lógico que en el caso de los daños y perjuicios causados por el transferente se incluya a la culpa leve (inciso 7 del artículo 1495 CC).

Asimismo, para lograr este cometido, otro de los mecanismos legales que utiliza es la exclusión de la culpa leve del adquirente como causa de pérdida del mismo, ya que ello lo haría caminar por una cuerda muy delgada, cuando de lo que se trata es de ofrecerle las garantías para que pueda disfrutar de sus derechos.

En este marco, consideramos que la previsión legal descrita en el presente artículo es consistente con la política de saneamiento propuesta por este Código, que privilegia el logro de la finalidad de la transferencia.

4. ¿Cuándo hablamos de dolo?

Si los actos gravemente contrarios al modelo objetivo de conducta diligente por parte del adquirente son causa de pérdida de saneamiento, con mayor razón lo serán sus actos intencionales, cuando estos tienen por finalidad hacer exigible el derecho del tercero. En este último caso estamos hablando de "dolo" desde el punto de vista del Derecho Civil.

Casos a la vista son cuando el adquirente y el tercero se encuentran coludidos, o cuando el adquirente, pese a tener las pruebas de la certeza del derecho adquirido, no las presenta en ninguna instancia del proceso.

Se discute si el consentimiento del adquirente de una sentencia contraria supone culpa inexcusable o dolo de su parte, pero lo cierto es que el único acto procesal que le exige la ley es solicitar la notificación de la demanda al transferente. En ese caso, la no impugnación de una sentencia contraria no sería responsabilidad del adquirente, sino del transferente, quien estaría en mejor posición para conocer la legitimidad de la pretensión del tercero.

5. La prescripción

Para concluir conviene pronunciarnos sobre un tema muy cercano a lo dispuesto en la presente norma, como es el caso de la evicción iniciada antes de la transferencia y producida con posterioridad a ella, gracias a que el adquirente no adoptó las previsiones suficientes para evitar el cumplimiento del término.

Al respecto, De la Puente nos informa que a diferencia del legislador argentino que ha dejado a criterio del juez la decisión sobre conceder el saneamiento, cuando el derecho que ha causado evicción es posterior a la transferencia, nuestro Código Civil, en el artículo que estamos comentando, solo permite la exclusión del saneamiento cuando hay culpa inexcusable o dolo del adquirente.

Si bien ambas soluciones nos parecen acertadas y no se deberían contraponer, según la confianza que la sociedad tenga en sus magistrados, la adoptada por nuestro Código sustantivo parece más prudente, ya que no expone al adquirente a la posibilidad de pérdida de su derecho de saneamiento sino por hecho propio (pacto previo, culpa inexcusable o dolo).

DOCTRINA

ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Trad. Nélvar Carreteros Torres, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano. Tomo I, Contratos: Parte General, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998; BETTI, Emilio. Teoría General de la Obligaciones. Tomo I, Trad. José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. El Derecho de los Contratos. Teoría general de los contratos. Tomo Primero, Imprenta UNMSM, Lima, 1965; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV, Segunda Parte-Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; ESPINO MÉNDEZ, Alejandro y VÁSQUEZ MARÍN, Elizabeth. Las obligaciones de saneamiento en el Código Civil peruano. Librería Ediciones Jurídicas, Lima, 2003; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2002; GUEVARA GIL, Armando y THOME Joseph. Apuntes sobre el pluralismo legal. En: Rev. Ius Et Veritas N° 19, Lima, 1999; OSTERLIG PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo I, Fondo Editorial, Perú, 1994; PERLINGIERI, Pietro. Il Diritto Civile. Nella legalitá costituzionale. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984; PESCHIERA B., Alejandro. Una aproximación al saneamiento por evicción en el Código Civil de 1984. En: Rev. Thémis 14, 1989. AA.VV., Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Derecho de Obligaciones. Tomo VI, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2004; RODRÍGUEZ MORATA, Federico. Venta de cosa ajena y evicción (estudios de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa). José María Bosch Editores S.A., Barcelona, 1990; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios. I, teoría de la evicción. Astrea, Buenos Aires, 1989; WOOLCOTT, Olenka. La culpa profesional en el campo sanitario. En: Rev. Derecho y Sociedad N° 17.

Derechos que comprende el saneamiento

Artículo 1495.- *El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente:*

1.- *El valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido.*

2.- *Los intereses legales desde que se produce la evicción.*

3.- *Los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.*

4.- *Las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas.*

5.- *Los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente.*

6.- *Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente.*

7.- *La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato.*

Concordancias:
C.C. arts. 890, 891, 894, 896, 917, 1244, 1314, 1318, 1319, 1320, 1321, 1489 y 1493; LEY 26887 art. 28

MARIO ATARAMA CORDERO

1. El valor del bien

El Code Napoleónico dispone que el vendedor tiene la obligación de restituir íntegramente el precio al adquirente afectado con la evicción o evicto; puesto que, al producirse la evicción, el precio que el vendedor retiene carece de causa[1]. La restitución debía incluir el precio y los accesorios recibidos, a pesar de que el bien haya disminuido su valor debido a su negligencia o fuerza mayor.

El Código español, a pesar de que utiliza al término "precio" se está refiriendo realmente al valor de la cosa, puesto que el inciso 1 del artículo 1478 está redactado de la siguiente manera: "La restitución del precio que tuviere la cosa al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta".

Nuestro Código, asume una posición similar, estableciendo una responsabilidad objetiva sobre el tema, es decir, carece de importancia que el vendedor haya actuado con buena o mala fe, dolo o culpa; basta que se produzca la evicción para que el vendedor esté obligado a resarcir al adquirente.

El inciso 1 del artículo 1495, al reparar en la finalidad para la que fue adquirido el bien, resguarda para el adquirente, el derecho de reclamar no solo el valor económico que el bien pueda tener al momento de producirse la evicción, sino que le permite el resarcimiento del valor subjetivo que el bien representaba para él; así por ejemplo, si el bien fuese el único inmueble desde el cual su propietario pudiera tener vista de toda la ciudad y justamente por dicha razón hubiera sido adquirido, la valorización del mismo debería incluir, para estos efectos, esa particularidad. Esto se explica en tanto no estamos frente a una resolución contractual propiamente dicha, donde el efecto es que se restituyan las cosas al estado que tenían

(1) PLANIOL, Francis Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo X, La Habana: Cultural, 1943, p. 110.

precontrato, sino que –en una situación sui géneris– se mantienen los efectos del contrato como si la génesis del mismo hubiese sido perfectamente válida.

Cabe precisar que, conforme al artículo 1491 del Código Civil, se debe el saneamiento por evicción desde que 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"; sin embargo, cabría distinguir hasta dos momentos relevantes en la evicción, primero el momento en que se expide la resolución de última instancia judicial o administrativa (resolución ejecutoriada), o el vencimiento del plazo para que el adquirente pueda apelar la resolución, que sin ser la emitida por la última instancia, resuelve el fondo del asunto (resolución consentida); finalmente, pero no menos importante con un sistema judicial como el nuestro, se encuentra el momento en que se ejecuta judicial o administrativamente la resolución firme. Al respecto debemos señalar que nuestra legislación opta por permitir al adquirente solicitar el resarcimiento del valor del bien, aun cuando mantenga la posesión del mismo en calidad de precario.

Creemos además, que la valorización del bien materia de evicción debe dejarse en manos de peritos que, atendiendo a criterios de mercado, puedan establecer el valor real del bien, conforme a la finalidad por la que fue adquirida; elemento subjetivo que puede producir más de un problema probatorio.

2. Los intereses

Cuando en el artículo se habla de intereses no se está refiriendo a los intereses del precio con el que se adquirió el bien, en el caso de la compraventa, sino a los intereses que se devenguen a partir del momento de la evicción, momento en el cual el adquirente pierde su derecho a la propiedad, al uso o a la posesión del bien.

Los intereses se calcularán a partir del valor del bien, determinado de acuerdo a las reglas establecidas en el inciso 1) del mismo artículo 1495 del Código Civil.

El inciso 5 artículo 1478 del Código Civil español señala que: "Cuando se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador el derecho a exigir del vendedor: (...) 5. Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe"; es decir, el pago de intereses solo procede si hubo mala fe del vendedor.

3. Los frutos

Conforme a lo establecido en el artículo 890 del Código Civil, son frutos los provechos renovables que produce un bien sin que se altere ni disminuya su sustancia, es decir, un excedente económico, en ese sentido será fruto la renta producida por el arrendamiento del inmueble, por citar un ejemplo.

Si el artículo 908 del Código Civil establece que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, habría una aparente contradicción con la redacción del inciso 3 del artículo 1495, pues en este, el evicto debe devolver los frutos devengados por el bien durante el tiempo que poseyó de buena fe.

Debemos precisar que si bien la redacción del inciso 3 no es clara, entendemos que el transferente deberá reembolsar al evicto los frutos que efectivamente restituyó al evincente y no el valor de los que estaba obligado a restituir. Cabe agregar que no basta que el proceso de evicción termine con una sentencia a favor del evincente, sino que se requiere además que

el fallo judicial ordene al evicto el pago de los frutos percibidos, claro, de recaer la sentencia sobre un bien fructífero.

Por otro lado, a fin de levantar la aparente contradicción debemos señalar que el adquirente puede mantener frente al transferente una posesión de buena fe, sin embargo frente al evincente su posesión de buena fe terminará con la notificación de la demanda del proceso de evicción, pudiendo el juez ordenar el pago de los frutos percibidos durante el proceso hasta la emisión de la sentencia.

4. Las costas

Conforme al artículo 410 del Código Procesal Civil, las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. El artículo 412 señala que la imposición de la condena de las costas del proceso no requiere ser demandado, siendo de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración.

Nuestro Código Procesal Civil distingue entre costas y costos del proceso, constituyendo los costos el honorario del abogado de la parte vencedora más un 5% destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial donde se tramita el proceso. No obstante que el inciso 4) del artículo 1495 del Código Civil habla de costas, consideramos que este término incluye lo que el nuevo ordenamiento procesal regula como costos del proceso.

Cabe precisar que la obligación del pago de las costas contenida en este inciso 4), está referida al juicio de evicción, sin regular el pago de las costas que podrían generarse en el proceso de saneamiento entre el evicto y el transferente. Tampoco se regula el pago de las costas efectuadas por el adquirente si este resultara vencedor en el proceso de evicción, en el caso de que el tercero vencido no las pague por ser insolvente o se declare infundado el reclamo de costas contra este; además se omite la regulación del pago de las costas incurridas por el evincente cuando el adquirente no pueda pagarlas o se establece judicialmente su exoneración. Respecto a este tema, consideramos que el reembolso de las costas podrían subsumirse en la indemnización de daños y perjuicios que regula el inciso 7) del artículo 1495 siempre que se pruebe el dolo o la culpa del transferente al momento de la celebración del contrato.

Debemos agregar que el reclamo de costas solo será procedente si el adquirente solicitó oportunamente que se notificara al transferente con la demanda del proceso de evicción conforme lo establece el inciso 1) del artículo 1500.

5. Los tributos y gastos

Ya el Code de Napoleón establecía en su artículo 1630, inciso 4, que el vendedor está obligado, en caso de que se concrete la evicción, al reembolso de los gastos y derechos del contrato, entre los que se encuentran los honorarios del notario, los derechos de timbre, registro y transcripción. En nuestro caso, el tributo aplicable a las transferencias es el impuesto de alcabala y los gastos fijos que se tienen que asumir hasta la inscripción de la compraventa, abarcan desde los honorarios del abogado que suscribe la minuta, hasta los gastos registrales correspondientes al valor del inmueble, pasando por los gastos del notario quien se encarga de elevar la minuta a la calidad de escritura pública e ingresar los partes notariales al registro correspondiente.

Nuestro Código Civil, prescribe en su artículo 1364 que los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o

pacto distinto. El artículo 1530 del mismo cuerpo legal señala que los gastos de entrega son de cargo del vendedor y, los gastos de transporte, a un lugar diferente del de cumplimiento, son de cargo del comprador, salvo pacto distinto. Además el artículo 1556 dispone que cuando se resuelve la compraventa por falta de entrega, el vendedor debe reembolsar al comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado e indemnizarle los daños y perjuicios.

Puesto que, conforme a lo señalado en el inciso 1 del artículo 1495 bajo análisis, el adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedir al transferente el valor del bien "al momento de la evicción", es decir, se parte del supuesto de la validez del contrato hasta el momento de la evicción; no sería justificable el reembolso de los tributos y gastos en los que habría incurrido el vendedor para celebrar el contrato. No obstante ello, lo que la norma busca es garantizar para el adquirente la posición económica que tendría si no se hubiera producido la evicción, y en ese sentido, no estaría reñida con esta voluntad del legislador el reembolso de los gastos y tributos incurridos en la celebración del contrato; aunque creemos que esa protección debió extenderse al reembolso de los tributos asumidos de buena fe por el adquirente, en el lapso que va entre la celebración del contrato y la sentencia que ordene la evicción; puesto que dichos tributos serían pagados en la creencia de que es el propietario del bien.

6. Las mejoras

Conforme a lo establecido en el artículo 916 del Código Civil, las mejoras son necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien; son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien, y son de recreo cuando sin ser necesarias ni útiles sirven para el ornato, lucimiento y mayor comodidad.

El artículo 917 del Código Civil señala que el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual. Agrega el artículo 917 que dicha regla no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial, sino cuando se trata de las necesarias.

No obstante lo establecido en los indicados artículos del Código Civil, el inciso 6 del artículo bajo análisis precisa que el adquirente tiene derecho al reembolso de todas las mejoras efectuadas, siempre que haya actuado con buena fe y no hayan sido abonadas por el evincente.

Conforme a la redacción inequívoca de los artículos 916 y 917 del Código Civil, solo serán reembolsables las mejoras necesarias introducidas en el bien con posterioridad a la citación judicial. Sin embargo, consideramos que sería conveniente aplicar la regla contenida en el artículo 907 del Código Civil de tal manera que se considere que existe buena fe mientras las circunstancias permitan al adquirente creer que posee legítimamente el bien, tomando en cuenta que conforme al artículo 914 se presume la buena fe del poseedor salvo prueba en contrario.

Asimismo el presente inciso establece una doble obligación de reembolso de mejoras a favor del adquirente, una dirigida contra el vendedor del bien y otra contra el evincente. Puesto que es el evincente quien se beneficia con el aumento del valor del bien producto de las mejoras, este será el deudor de las mismas frente al adquirente, quien deberá reclamarle el pago de lo invertido en las mejoras. Sin embargo, creemos que el presente inciso establece una responsabilidad solidaria no obstante que la acción se dirija en un primer momento contra el evincente.

El inciso detallado está en concordancia con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1495 puesto que se busca compensar al adquirente con el valor total que para él tiene el bien, atendiendo a la finalidad para la cual fue adquirido. En ese sentido, las mejoras útiles y de recreo pueden tener un interés especial para él, conforme a la finalidad para la cual fue adquirido el bien tal como puede suceder en la adquisición de una casa de playa o de campo donde son estas mejoras las que le permitirán un mejor disfrute del bien.

Resulta ilustrativo indicar que el Derecho francés regula el presente supuesto desde la perspectiva de la mala fe del vendedor quien está obligado a reembolsar al adquirente todas las impensas (mejoras) hechas por este, aun cuando no hayan producido en el bien aumento de valor alguno. Si el vendedor hubiese actuado con buena fe no estará más que obligado al reembolso de las mejoras útiles y necesarias.

7. Los daños y perjuicios

La responsabilidad objetiva del vendedor, de resarcir los rubros detallados del inciso 1 al 6 del artículo 1495 del Código Civil, se quiebra en el inciso 7, siendo exigible la indemnización de daños y perjuicios solo si se prueba el dolo o la culpa del transferente al momento de la celebración del contrato.

Puesto que el saneamiento no ataca la validez del contrato, podría parecer más apropiado utilizar el concepto mala fe que los de dolo y culpa, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1362 del Código Civil, que obliga a las partes a negociar los contratos con buena fe; mientras que los conceptos dolo y culpa están más vinculados a la inejecución de obligaciones.

En ese sentido, la norma española señala que tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor: "Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe" (artículo 1478, inciso 5), siendo la mala fe del vendedor lo que Rodríguez llama: "un criterio de agravación de la responsabilidad por evicción: al vendedor no solo se le hace responsable de las consecuencias señaladas en las cuatro primeras reglas del artículo 1478, sino que además deberá responder del contenido –obligacional– previsto en esta última, esto es pleno resarcimiento"(2), sin embargo agrega que: "En un sentido amplio, la mala fe del vendedor se contrapone a la buena fe. Así, el vendedor estará en mala fe siempre que altere o vulnere las reglas o deberes mínimos de rectitud y diligencia que en cada circunstancia pueden exigirse a la conducta de las personas. En este sentido, la mala fe del vendedor se equipara no solo al dolo en sentido estricto, sino también a la culpa lata"(3).

Como puede apreciarse, si bien el legislador pudo optar entre utilizar los conceptos dolo y culpa, o el de mala fe; la elección del legislador peruano no está reñida con la naturaleza indemnizatoria del saneamiento por evicción, cubriendo además los supuestos de falta de diligencia debida del vendedor, al momento de la celebración del contrato. Cabe aclarar que para el citado autor, la mala fe –para el caso de la norma española– debería entenderse en un sentido estricto, como actuación dolosa.

(2) RODRÍGUEZ MORATA, Federico. *Venta de cosa ajena y evicción*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1990, p. 284.

(3) Ibídem, p. 286.

Deberá tomarse en cuenta además que el artículo 1500 del Código Civil señala que el adquirente pierde el derecho a exigir el saneamiento si al celebrar el contrato conocía que el bien era litigioso o ajeno.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Contratos: Parte General. Tomo I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1965; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979, T. IV, Vol. I; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Tomo II, Lima: Cultural Cuzco, 1983; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo VI. Lima, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica de Perú. 1996; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; PLANIOL, Francis Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo X, La Habana: Cultural, 1943; RODRÍGUEZ MORATA, Federico. Venta de cosa ajena y evicción. Barcelona: José María Bosch Editor, 1990; SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. Il contratto en Trattato di Diritto Privato. Dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET), vol. 10, tomo segundo, Torino 1982; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas generales del Derecho Civil. Traducción de Agustín Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privatto. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1989.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El saneamiento por evicción debe comprender el pago del valor del bien

Que, el inciso 1 del artículo 1495 del Código Civil, indica efectivamente que el saneamiento por evicción debe comprender el pago del valor del bien, y el artículo correspondiente del Código Civil de 1936, indicaba el pago del precio del bien; mas esos dispositivos no aclaran cuál sería el reintegro por ese concepto si solo se ha pagado –como en el presente caso– solo una parte del precio del bien. Segundo. Que, en ese caso, debe interpretarse el inciso 1 del artículo citado del Código Civil en vigencia, en el sentido que debe repetirse el pago hecho, vale decir, la suma entregada como parte del precio, de lo contrario se incurriría en un enriquecimiento indebido a costa del vendedor, estableciéndose el pago de una cláusula penal excesiva no pactada e improcedente, pues aparte se fijan los daños y perjuicios que la evicción ha producido ***(Cas. N° 972-97-Lima).***

Limitaciones del saneamiento por evicción en ventas forzosas

El transferente queda obligado al 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. En este caso el adquirente podrá exigir al obligado la restitución del valor del bien al momento de la evicción, el pago de intereses, tributos, gastos, costas, indemnización por daños y perjuicios, entre otros; potestades que emanan de la aplicación de la norma de derecho privado consagrada en el artículo 1495 del Código Civil, por tratarse de un contrato surgido de la libre manifestación de voluntad de las partes. Situación que será distinta tratándose de un contrato que sea producto del cumplimiento forzoso de la ley, concerniente al derecho público, en el cual los efectos del saneamiento estarán limitados a la restitución del precio que produzca la transferencia, de acuerdo al numeral 1490 del citado Código ***(Cas. N° 3752-2002-Lima).***

Mejoras hechas por el transferente

Artículo 1496.- ***Si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido hechas por el transferente, su valor será considerado a cuenta de lo que tenga que pagar este a aquel.***

Concordancias:
C.C. arts. 917, 1495 inc. 6)

MANUEL MURO ROJO

En cuanto a las mejoras efectuadas sobre el bien materia de la evicción deben distinguirse dos situaciones: i) que las mejoras hayan sido realizadas por el adquirente, o ii) que las mismas hayan sido efectuadas por el transferente.

1. Mejoras hechas por el adquirente

De la primera situación se ocupa el artículo 1495 inc. 6) del Código Civil al regular lo referente al reembolso de las mejoras realizadas por el adquirente, disponiendo que este tiene derecho al [valor de] "todas las mejoras hechas de buena fe" y que "no [hayan sido] abonadas por el evincente". Igual regla contenía el Código de 1936 al señalar que "las mejoras no abonadas por el reivindicante al que sufrió la evicción, le serán pagadas por el enajenante" (artículo 1378).

Estas disposiciones están plenamente justificadas debido a que, por motivo de la evicción, el adquirente pierde la propiedad, la posesión o el uso del bien frente al mejor derecho de un tercero (evincente), de modo que es de toda justicia que se le abone el valor de todas las mejoras que introdujo en el bien, sean estas necesarias, útiles o de recreo, pues la norma no distingue y, por el contrario, se refiere a *"todas las mejoras"*.

Aunque este tema concierne más bien al artículo 1495, no quisiera dejar de plantear una situación que podría presentarse y que supondría una aparente colisión entre un eventual pacto de mejoras y lo dispuesto en el artículo 1495 inc. 6). Ocurre muy a menudo que en los contratos de arrendamiento (que tienen que ver con la transferencia de la posesión y uso), las partes suelen acordar que las mejoras de recreo (y aun las útiles) quedarán en beneficio del bien sin derecho a reembolso. Me pregunto qué sucedería si respecto de un contrato de arrendamiento con un pacto de este tipo y con un plazo de varios años, (digamos cinco o seis años), se produce la evicción por acción de un tercero a los primeros meses del plazo; el arrendatario que es privado de la posesión ¿tendría derecho al reembolso del valor de "todas las mejoras" invocando el artículo 1495 inc. 6)? o ¿solo tendría derecho al valor de las mejoras necesarias que hubiere efectuado, habida cuenta que según el contrato las partes convinieron en que las útiles y las de recreo se quedarían en beneficio del bien sin derecho a reembolso?

Me inclino a pensar que en este caso el arrendatario (adquirente de la posesión que luego pierde por evicción), tiene derecho al valor de todas las mejoras (es decir, prevalece lo dispuesto en el artículo 1495 inc. 6), pues no solo su posesión ha quedado trunca para el resto del plazo del contrato debido a un hecho ajeno al mismo por el que debe responder el transferente (artículo 1491), ya que frustra las expectativas económicas del adquirente, sino sobre todo por el "carácter indemnizatorio que tiene el saneamiento por evicción" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 346).

2. Mejoras hechas por el transferente

De la segunda situación se ocupa el artículo 1496 del Código Civil, que no registra antecedente en el Código de 1936. Este caso se puede ejemplificar de la siguiente manera: i) "A" transfiere a "B" la posesión y uso de un bien a título de arrendamiento; ii) en el curso del contrato "A", en su condición de propietario, efectúa mejoras necesarias (o de cualquier otra clase) por un monto de 100; iii) posteriormente un tercero (evincente) invoca mejor derecho y ejerce la acción respectiva, lo cual traerá como consecuencia (si gana el proceso), la privación a "B" de la posesión y uso del bien. Entonces, como dice Manuel De la Puente (p. 356), si el juez al declarar el mejor derecho del evincente lo condena a abonar el valor de las mejoras al adquirente y en efecto lo hace, entonces según lo establecido en el artículo 1496, dicho valor (100 en el ejemplo) deberá ser considerado a cuenta (o descontado) del monto que, por concepto de saneamiento, el transferente deba pagar al adquirente perjudicado por la evicción, monto que será determinado sobre la base de los conceptos reembolsables señalados en el artículo 1495. Así, si el monto reembolsable total es de 500, a este se restarán los 100 de las mejoras que ya recibió el adquirente.

La norma es del todo justa y coherente; ya ha manifestado Max Arias Schreiber (p. 370), que se trata de evitar un empobrecimiento injustificado del transferente (y, desde luego, un enriquecimiento, también injustificado, del adquirente).

3. El reembolso de mejoras y los contratos relativos a la transferencia de la propiedad

Una cuestión que puede advertirse al analizar estos supuestos de reembolso de mejoras a favor del adquirente (artículo 1495 inc. 6) y a favor del transferente (artículo 1496), es que tal reembolso no funciona cuando se trata contratos relativos a la transferencia de la propiedad, por la simple razón de que en esos casos no puede hablarse de que existan mejoras.

En efecto, empecemos con la hipótesis del artículo 1496. Si el transferente transfiere (valga la redundancia) un bien en propiedad, no hay posibilidades de que luego le haga mejoras, ya que dicho bien no le pertenece; en otras palabras, las mejoras y el derecho a su reembolso solo son posibles cuando el bien debe restituirse. Tampoco hay posibilidad de calificar como mejoras todos los "arreglos" que le hizo al bien antes de enajenarlo; en este caso lo único que hay es un precio. Es decir, si "A" quiere vender su automóvil a "B", pero antes de eso lo pinta, le pone llantas nuevas, espejos nuevos, etc., esos "arreglos" no son mejoras, solo son elementos que van a permitir obtener un mejor precio y, por consiguiente, la inversión efectuada estará subsumida en el precio. En ese sentido –en relación al artículo 1496 y en relación a un contrato relativo a la transferencia de la propiedad– no cabe que en el proceso de evicción el juez, al declarar el mejor derecho del evincente, le ordene abonar el valor de las mejoras; pues, como hemos dicho, estas no existen a favor del transferente.

Lo mismo puede decirse respecto de la hipótesis del artículo 1495 inc. 6) cuando se trata de contratos relativos a la transferencia de propiedad. En estos casos, el adquirente recibe el bien en propiedad, por cuanto todo lo que le haga para mejorarlo o hacerlo más productivo no puede ser calificado como mejora, ya que el bien no está destinado a ser restituido. Por ejemplo, si "A" le compra a "B" un vehículo (adquiere la propiedad) y luego de la adquisición lo pinta, le pone llantas nuevas, espejos nuevos, etc., esos "arreglos" no son mejoras, solo son elementos que le van a permitir un mejor confort, ya que él no va a devolver el bien y, por consiguiente, no va a exigir reembolso de mejoras. En ese sentido, de producirse la evicción, el adquirente no puede exigir el valor [actual] del bien (artículo 1495 inc. 1) más el valor de

las "mejoras efectuadas" (artículo 1495 inc. 6), sino que ambos conceptos se subsumen en uno solo que es el del inc. 1) del artículo citado: "el valor del bien al momento de la evicción ...".

Siguiendo con el ejemplo, supongamos que "A" compró el vehículo a "B" por un precio de 1,000 y luego le hizo "arreglos" (pintura, llantas, espejos) por 200; producida la evicción "A" no puede exigir a "B" que, en virtud del saneamiento, le restituya el valor del bien al momento de la evicción (que sería al menos 1,200), más 200 que es el valor de las mejoras, o sea 1,400 en total. Es claro que solo puede pedir el valor del bien al momento de la evicción (al menos 1,200), el mismo que ya incluye el incremento del valor del bien en el mercado producido a consecuencia de los arreglos efectuados.

Por estas consideraciones es que en los puntos 1 y 2 de este comentario hemos utilizado ejemplos de contratos relativos a la transferencia de la posesión y uso, ya que advertimos que no es posible hablar de reembolso de mejoras (a favor del adquirente o del transferente) cuando se trata de contratos relativos a la transferencia de la propiedad, salvo mejor parecer.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo V. W.G. Editor, Lima 1993.

Renuncia al saneamiento por evicción

Artículo 1497.- ***Cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce esta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución. No es válida esta renuncia si el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable.***

Concordancias:
C.C. arts. 1318, 1319, 1328, 1489; LEY 26887 art. 28

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos introductorios

En el estudio del presente artículo debemos efectuar en primer término una explicación sobre cuál es nuestro concepto respecto al *saneamiento por evicción.* Desde nuestro punto de vista, el saneamiento por evicción refiere a la situación jurídica subjetiva de desventaja activa –deber jurídico– que asume el sujeto deudor en virtud del cual al transferir la propiedad o posesión de un determinado bien debe eliminar (respecto del bien) todo tipo de proceso o controversia judicial a fin de permitir una adecuada satisfacción del adquirente del derecho.

De existir un proceso judicial respecto al bien, como por ejemplo: que se ordene una medida cautelar que afecte la titularidad del adquirente del derecho (como es el caso de una anotación preventiva o de un embargo), entonces este podrá solicitar el saneamiento correspondiente (que el deudor realice los actos indispensables para que el bien se encuentre libre de toda afectación jurídica a fin de lograr satisfacer plenamente el interés de quien lo adquirió) o la resolución del contrato (por afectar gravemente al interés del sujeto acreedor, tornando inútil el bien para el propósito previsto en el contrato) y en ambos casos el pago de una indemnización.

2. Estructura normativa del artículo 1497

El presente artículo tiene los siguientes elementos constitutivos normativos:

a) Norma primera:

Supuesto de hecho: Si existe un pacto por medio del cual el transferente no se obliga a efectuar el saneamiento por evicción y este se realiza.

Nexo causal: Entonces.

Consecuencia jurídica: El sujeto transferente debe devolver al adquirente la contraprestación que recibió.

Salvedad: Salvo que el adquirente renuncie a dicha devolución.

b) Norma segunda:

Supuesto de hecho: SI el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable y renuncia el adquirente a la devolución de la contraprestación.

Nexo causal: Entonces.

Consecuencia jurídica: Es inválida la renuncia.

3. Análisis normativo

a) Norma primera

Tal como lo podemos apreciar del supuesto de hecho de la norma jurídica objeto de comentario, si bien existió un pacto por medio del cual *el transferente no se obligó a efectuar el saneamiento por evicción*, este (el saneamiento) fue realizado y por lo tanto el sujeto adquirente es quien se afecta, al haberse perjudicado su interés objeto de satisfacción, entonces deberá restituir la contraprestación, puesto que esta tiene como causa de *ejecución (sinalagma funcional)* la realización de la prestación, que al no efectuarse no justifica el desarrollo de una conducta recíproca.

La devolución que regula la presente norma jurídica corresponde al ámbito de libre actuación del sujeto beneficiario; en otros términos, refiere a los derechos que el sujeto (adquirente) tiene y que puede ejercitar o renunciar. La renuncia es el acto jurídico por el que un sujeto voluntariamente y de modo consciente decide **no beneficiarse** con los efectos jurídicos que determinado hecho jurídico produce a su favor, así por ejemplo tenemos: la renuncia del *representante* por la que este sujeto (quien recibe las atribuciones del representado) decide no realizar los actos encomendados, declarando de modo expreso e inequívoco su voluntad de no seguir siendo titular de la situación jurídica asumida en virtud del acto jurídico de apoderamiento. También podemos citar como ejemplo la renuncia realizada por quien se beneficia de los efectos de la prescripción, por la que un sujeto quien es demandado por otro (cuya pretensión no puede ser ejercitada al haber transcurrido el tiempo para su ejercicio de acuerdo con el Código Civil peruano) decide no interponer la excepción de prescripción extintiva, continuando el proceso judicial.

b) Norma segunda

De acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil, es inválido el pacto por el que un sujeto renuncia de forma anticipada a interponer una pretensión cuando existe "dolo o culpa inexcusable", puesto que el ordenamiento jurídico no puede permitir que un sujeto, quien actúa de modo intencional (dolo según el artículo 1318 del Código Civil) o con negligencia grave (cuando es un especialista, "negligencia grave" según el artículo 1319 del Código Civil), no asuma las consecuencias jurídicas de su actuar, puesto que ello abriría las puertas a una realidad caótica.

La segunda norma jurídica reconocida en el artículo 1497 del Código Civil peruano responde al mismo contenido funcional del artículo 1328, por lo que "el pacto por medio del cual el adquirente renuncia a la devolución de la contraprestación cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable sería inválido". Respecto a esta norma, debemos desarrollar dos puntos que no se precisan de modo óptimo:

b.1) ¿Sobre qué recae la culpa inexcusable o el dolo del transferente?

La norma jurídica no es clara respecto al tema cuestionado, pero desde nuestro punto de vista consideramos que el dolo o la culpa inexcusable se refiere a la causa del saneamiento, es decir, a la "existencia de un proceso o controversia judicial respecto del bien" que, intencionalmente o de modo negligente, el transferente asume afectando el derecho e interés del adquirente.

No obstante lo indicado, algún sector de la doctrina podría entender que el dolo o la culpa inexcusable se refiere al acto jurídico por medio del que el adquirente renuncia, así se podría entender que el sujeto transferente estaría engañando o induciendo a error al adquirente

para que este no ejercite legítimamente su derecho. Tal posición no la compartimos, puesto que el dolo al que se hace referencia en el supuesto de la norma no puede confundirse con el vicio de voluntad (dolo) regulado en el artículo 210 del Código Civil, puesto que el dolo regulado refiere al artículo 1318, siendo un criterio de atribución de responsabilidad civil.

b.2) ¿Qué tipo de invalidez regula el artículo 1497 del Código Civil?

Desde nuestro punto de vista la invalidez o supuesto de ineficacia estructural que regula la segunda norma jurídica objeto de comentario, es la nulidad, puesto que nos encontramos ante un supuesto que afecta la esencia del acto jurídico y determina una afectación de los requisitos de validez, lo que implica una violación del interés público (distinto al interés privado que corresponde al afectado por un acto anulable). La causal de nulidad que corresponde alegar en el presente caso es la que el artículo 219 del Código Civil establece en su numeral 7 que indica "cuando la ley lo declara nulo".

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.

Notificación de la demanda al transferente

Artículo 1498.- ***Promovido juicio de evicción, queda el adquirente obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que esta se notifique al transferente que él designe.***

Concordancia:
C.C. art. 1499

RÓGER ZAVALETA RODRÍGUEZ

1. Citación al transferente

Cuando una persona transmite a otra un derecho (de propiedad, uso o posesión) le garantiza la existencia y legitimidad de ese derecho. En esta línea, ante una eventual privación en el ejercicio del derecho transmitido, dispuesta en una resolución judicial o administrativa firme, el transferente está obligado a responder frente al adquirente por los perjuicios que haya sufrido. Esto es lo que en doctrina se denomina "garantía de evicción".

Esta garantía es impuesta por la ley al transferente y se manifiesta en una obligación de dar: la reparación de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la evicción del bien transmitido (véase el artículo 1495 del Código Civil). Es obvio que al transferente no le conviene que la evicción se produzca; de lo contrario estaría obligado a la reparación. Por ello, se le reconoce la facultad de intervenir en el proceso judicial que inicie el tercero contra el adquirente con el objeto de privarlo del derecho que le fuera transmitido, alegando un mejor derecho. Nuestro Código Civil, denomina a este proceso con el nombre –atávico y completamente desfasado– de "juicio de evicción".

El juicio es una categoría lógica que se forma por la composición o descomposición de dos o más conceptos; es la operación que vincula dos o más representaciones de nuestro intelecto y da lugar a un conocimiento mediato y nuevo. El proceso implica un juzgamiento, es decir, una actividad en donde por medio de diversos juicios se genera una conclusión razonable que soluciona y pone fin a la controversia. No es, pues, acertado asimilar el proceso al juicio, como hasta ahora se suele hacer; y, por ende, es incorrecta la denominación de "juicio de evicción".

Por otro lado, es importante destacar que la pretensión del proceso iniciado por el tercero contra el adquirente no es propiamente de evicción. La evicción, es decir, la privación del derecho de propiedad, uso o posesión del bien transmitido, es la consecuencia de que se ampare la pretensión del tercero, pero no la pretensión misma. Por ejemplo, en una demanda de reivindicación que interpone un tercero contra el adquirente, alegando mejor derecho de propiedad, la pretensión será la reivindicación del bien transferido; y, si se llega a declarar fundada la demanda, la consecuencia será la privación del derecho de propiedad que "ejercía" el adquirente. En tal sentido, cuando nos refiramos al proceso de evicción estaremos significando todo aquel proceso iniciado por un tercero contra el adquirente cuya consecuencia, de ser amparada la pretensión del primero, será la evicción.

El profesor argentino Ernesto Wayar[1], siguiendo a Josserand[2], considera que uno de los aspectos bajo los que se presenta la garantía de evicción es el de una obligación positiva o

(1) Cfr. WAYAR, Ernesto C. *Evicción y vicios redhibitorios*. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 16.
(2) Cfr. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Contratos*. T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, pp. 263-275. Coincide: MAZEAUD, Henri y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 264.

de hacer, que se traduce en el deber que tiene el obligado de acudir en defensa del adquirente, asistiéndolo o sustituyéndolo procesalmente, frente a cualquier pretensión deducida contra del adquirente por parte de un tercero. Esta concepción, proveniente del Derecho Romano, fue asumida por nuestros Códigos Civiles de 1852 (artículo 1414) y 1936 (artículo 1375).

Según indica De la Puente[3], esta "garantía incidental" es lo que en nuestro ordenamiento civil se consideraba como evicción; y solo cuando el transferente era vencido en el proceso se generaba una segunda obligación, denominada "garantía por evicción consumada", consistente en una obligación de dar: reparar los daños y perjuicios causados al adquirente por la evicción. Así, tanto en el Código Civil de 1852, como en el de 1936, se dispuso que promovido del juicio contra el adquirente, en los casos que hay lugar al saneamiento, el enajenante estaba obligado a salir a la defensa y a continuarla hasta la sentencia que cause ejecutoria.

La evicción, anota De la Puente[4], es "(...) la privación que sufre el adquirente, por mandato de una sentencia firme, del derecho a la propiedad, posesión o uso de una cosa, que adquirió del transferente por razón de un contrato". Añadimos que la evicción también puede producirse en virtud de una resolución administrativa firme. Con ese agregado, lo importante es destacar que las perturbaciones judiciales o extrajudiciales que no lleguen a concretarse en una privación del derecho transferido no constituyen evicción; y, bajo esta perspectiva, ciertamente es desafortunada la concepción de la garantía incidente o saneamiento incidental; pues, antes que la privación del derecho transferido ocurra, el transferente estará cumpliendo cabalmente su contrato y no se encontrará obligado al saneamiento y mucho menos a cumplir con una supuesta "garantía incidental".

La intervención del transferente en el proceso no es un derecho del adquirente y una obligación (correlativa) del transferente, sino que se trata de una facultad de este último, quien con su intervención procurará que la evicción no se produzca, cautelando –en definitiva– su patrimonio, el cual podría verse afectado con el pago de la reparación de los daños y perjuicios a favor del adquirente, si se produjese la evicción. La intervención procesal del transferente no constituye una obligación de hacer, porque –además de los argumentos esgrimidos por De la Puente– la participación de una persona en un proceso civil siempre se rige por el principio dispositivo y, por ende, no puede estar sujeta a conminación alguna. V.gr., condenarle al pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor del adquirente, que –según el artículo 1321 del Código Civil– es la sanción por la inejecución de las obligaciones.

Para posibilitar la intervención del transferente en el proceso de evicción es necesario que él tome conocimiento de su inicio. De ahí que el artículo en comento establezca que el adquirente (demandado) está obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que esta se notifique al transferente que él designe. La notificación al transferente no tiene por finalidad imponerle el deber de apersonarse en el proceso, sino permitírselo para conjurar la amenaza de la evicción y evitarse con ello asumir el saneamiento. En rigor, tampoco constituye una obligación del adquirente solicitar al juez que notifique al transferente con la demanda incoada en su contra por el tercero. Se trata más bien de un imperativo de su propio interés (carga), ya que si el adquirente omite realizar dicha solicitud perderá el derecho de exigir el saneamiento en caso se produjese la evicción (véase el inciso 1 del artículo 1500

(3) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Tomo III, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 442-443.
(4) Ibídem, pp. 444-445.

del Código Civil). Tratándose de una carga, el adquirente tampoco podría ser condenado al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Como observaremos en el comentario del próximo artículo, nuestro Código Civil establece que si el transferente "sale a juicio" ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta la conclusión del "juicio". Pues bien, este precisamente es el supuesto que da pie a la denuncia civil: que el demandado considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido.

La denuncia del pleito, como lo denomina el Código de Procedimiento Civil de Colombia, es una categoría procesal que permite incorporar al proceso a una persona que puede verse afectada con la decisión que en él recaiga. Nuestro Código Procesal Civil la denomina denuncia civil y Ana María Arrarte[5] la define como el "(...) instituto procesal por el cual una de las partes pone en conocimiento del juez que existe alguien más que puede verse afectado con la decisión que recaiga en el proceso, por lo que solicita su intervención. Es decir, es la incorporación de un sujeto a la relación procesal –sea en calidad de parte o de tercero– a pedido de una de las partes procesales".

El profesor Parra Quijano[6] destaca que existe toda una tradición en la mayoría de códigos de hablar de denuncia del pleito, como equivalente al saneamiento por evicción; o de citación por evicción, siendo que esta es una de las muchas figuras de derecho material que se pueden hacer valer por medio de aquella. En Argentina[7], por ejemplo, la denuncia del pleito únicamente rige para los casos de citación por evicción. Sin embargo, otros Códigos, como el de Colombia, se refieren genéricamente a la denuncia del pleito; aunque señala Parra que en dicho país la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de restringir su aplicación únicamente al caso de la evicción. En nuestro país, la denominada denuncia civil cuenta con una regulación genérica, y no únicamente circunscrita a la citación del proceso de evicción.

El principal efecto de la denuncia civil, cuando es considerada procedente, consiste en que el denunciado (en este caso el transferente), una vez que haya sido emplazado, tenga la calidad de litisconsorte del denunciante (en este caso el adquirente), gozando por tanto, de sus mismas facultades. El asunto es que, conforme al artículo 1499 del Código Civil, si el transferente decide participar en el proceso, sustituye al adquirente como demandado, pudiendo este –si lo solicita– coadyuvar en la defensa. En este contexto, cabe preguntarnos: ¿en el proceso de evicción, qué facultades corresponden al adquirente y al transferente llamado por aquel? Por cuestiones metodológicas, daremos respuesta a esta interrogante en el comentario del próximo artículo, por ahora veamos cuáles son los efectos de la denuncia al transferente.

El artículo 1498 del Código Civil nada prescribe sobre los efectos de la solicitud de emplazamiento. De la Puente[8], sin embargo, considera que "(...) implícitamente el Código Civil está estableciendo que el plazo que tiene el adquirente para contestar la demanda de

(5) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. T. I. Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, setiembre de 1997, p. 150.

(6) Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. *La intervención de terceros en el proceso civil*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 196.

(7) Código Procesal Civil y Comercial argentino.
"Artículo 105.- Tanto el actor como el demandado podrán pedir la citación de evicción; el primero, al deducir la demanda; el segundo, dentro del plazo para oponer excepciones previas en el juicio ordinario, o dentro del plazo fijado para la contestación de la demanda en los demás procesos".

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., pp. 498-499.

evicción queda ampliado por todo el tiempo necesario para que el transferente, si decide salir a juicio, pueda contestar oportunamente la demanda del evincente dentro de su propio plazo para hacerlo". Según hemos anotado en el párrafo anterior, la solicitud de emplazamiento al transferente es una típica denuncia civil, por lo que el trámite y los efectos de la denuncia son regulados por el Código Procesal Civil. Al respecto, el artículo 103 de este texto legal señala: "Si el Juez considera procedente la denuncia, emplazará al denunciado con las formalidades establecidas para la notificación de la demanda, concediéndole un plazo no mayor de diez días para que intervenga en el proceso, el cual quedará suspendido desde que se admite la denuncia hasta que se emplaza al denunciado (...)".

Si el adquirente (demandado) no plantea la denuncia civil; es decir, si no pide al Juez que emplace con la demanda al transferente que él designe, pierde su derecho a exigir el saneamiento por la evicción, en caso esta llegue a concretarse. Nuestro Código Civil, a diferencia del Código Civil de Venezuela[9] –que sigue en este aspecto al Código Civil francés[10]–, no requiere, además, que el vendedor pruebe que tenía medios de defensa suficientes para ser absuelto de la demanda. Tampoco precisa, como lo hace el artículo 1048 del Código Civil y Comercial de Argentina[11], que el adquirente acredite que era inútil citar al transferente por no existir oposición justa que hacer al derecho del tercero vencedor. Basta que el adquirente incumpla con la carga regulada en el artículo bajo comentario, para que pierda su derecho de exigir el saneamiento al transferente.

2. Designación del transferente

De la lectura del dispositivo bajo análisis se infiere que la demanda deberá ser notificada al transferente que el adquirente designe. Esto se relaciona con lo prescrito por el artículo 1488 del Código Civil, conforme al cual el adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores a este, en la medida que estos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes. Este último dispositivo posibilita que el adquirente perjudicado con la evicción pueda exigir el saneamiento a uno o mancomunadamente a varios transferentes; sin embargo, para ello deberán haber sido citados con la demanda interpuesta por el tercero. Si el último transferente, cualquiera de los anteriores obligados con sus inmediatos adquirentes, o todos ellos no son citados con dicha demanda,

(9) Código Civil de Venezuela.
"Artículo 1517.- Cesa la obligación de sanear por causa de evicción, cuando el comprador no hace notificar al vendedor de la demanda de evicción en los términos señalados en el Código de Procedimiento Civil, y el vendedor prueba que tenía medios de defensa suficientes para ser absuelto de la demanda".

(10) Código Civil de Francia.
"Artículo 1044.- No tiene lugar el saneamiento si el comprador no ha hecho notificar al vendedor la demanda de evicción en el término señalado en el código de procedimiento y el vendedor prueba que tenía medios de defensa suficientes para hacer valer su derecho y ser absuelto en la demanda".

(11) Código Civil y Comercial de Argentina
"Artículo 1048. Cesación de la responsabilidad En los casos en que se promueve el proceso judicial, la responsabilidad por evicción cesa:
a) si el adquirente no cita al garante, o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal;
b) si el garante no comparece al proceso judicial, y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, o no interpone o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable;
c) si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante; o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable.
Sin embargo, la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho".

quedarán liberados de su obligación de saneamiento, según lo prescrito por el artículo 1500, inciso 1, del Código Civil.

3. Citación al transferente en un procedimiento administrativo

El artículo 1500, inciso 1, del Código Civil, únicamente establece la pérdida del derecho de exigir el saneamiento cuando el adquirente no pidió y cuidó que se citara al transferente con la demanda del proceso de evicción, sin embargo, guarda silencio respecto de la resolución que da inicio a un procedimiento administrativo susceptible de producir la privación del derecho de propiedad, uso o posesión. El artículo 1498 del Código Civil, tampoco trata este asunto y únicamente regula la actuación del adquirente frente a un proceso judicial, pese a que el artículo 1491 del mismo texto reconoce que la evicción puede producirse tanto por una resolución judicial, como por una resolución administrativa; ambas firmes.

Si la teleología del artículo 1498 del Código Civil es darle la oportunidad al transferente para que intervenga en un proceso judicial, con el propósito de evitar la evicción y el consecuente saneamiento, no vemos porqué no se estableció expresamente que el transferente también debe ser comunicado del inicio de un procedimiento administrativo susceptible de producir evicción; sobre todo si la resolución administrativa firme genera su obligación de saneamiento. En torno a este punto, cabe recordar que la responsabilidad por evicción es objetiva; con lo cual, producida la privación del derecho de propiedad, uso o posesión del bien al adquirente por parte del tercero, el primero tendrá derecho a que el transferente cumpla con el saneamiento. El único concepto que requiere de dolo o culpa del transferente es el contemplado en el inciso 7 del artículo 1495 del Código Civil, referido a la indemnización por daños y perjuicios; los demás (restitución del valor del bien objeto de la evicción, intereses legales desde que se produce la evicción, frutos devengados por el tiempo que el adquirente poseyó el bien de buena fe, costas del proceso de evicción, tributos y gastos del contrato asumidos por el adquirente y las mejoras hechas por este, no abonadas por el tercero) operan con total prescindencia del dolo o culpa del transferente[12].

En buena cuenta, si la resolución administrativa firme trae como consecuencia la evicción del bien transferido, el transferente automáticamente estará obligado al saneamiento, salvo el caso de la indemnización de daños y perjuicios que –como hemos visto– requiere de la probanza del dolo o la culpa en que incurrió el transferente al momento de celebrar el contrato sobre el bien materia de la evicción. Los legisladores del Código Civil de 1984, entonces, a la par que introdujeron a la resolución administrativa firme como título en virtud del cual puede producirse la evicción, debieron establecer que el adquirente tenía el deber de solicitar se notifique al transferente que él designe con la resolución que da inicio al procedimiento administrativo y que su omisión acarrearía la pérdida de su derecho al saneamiento.

Nada de eso fue previsto, y ante el vacío cabe preguntarse: ¿qué pasa si el adquirente no pide y cuida que se notifique al transferente con la resolución que da inicio al procedimiento administrativo? La respuesta a esta interrogante seguramente no estará exenta de discrepancias y caerá en el terreno de lo opinable. Así, habrá desde quienes sostengan que el transferente de todas formas está obligado al saneamiento, hasta quienes señalen que la omisión del adquirente produce la pérdida de su derecho a exigir el saneamiento. Pues bien, la última interpretación implica una aplicación analógica del artículo 1500, inciso 1, del Código Civil. El problema es que este dispositivo restringe los derechos del adquirente y desde luego establece

(12) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 468.

una excepción; en tal sentido, no es aplicable por analogía, conforme a lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil[13]. En este escenario, la única interpretación dentro del sentido literal posible, lamentablemente, es que el adquirente, así no solicite que se notifique al transferente con la resolución que inicia el procedimiento administrativo susceptible de causar evicción, mantendrá su derecho al saneamiento. Desde luego, al margen del texto legal, esta no es la solución más idónea, razón por la cual deben modificarse los artículos pertinentes del Código Civil en el sentido aquí expresado.

4. Aseguramiento de la futura pretensión de saneamiento

Un último tema por desentrañar en relación con el artículo 1498 del Código Civil es si en el caso de la evicción cabe el denominado "aseguramiento de la pretensión futura". Según anota Calamandrei[14]: "Cuando una persona se encuentra en causa por un objeto acerca del cual un tercero está obligado por derecho sustancial, a prestarle garantía, puede comportarse, en relación a ese tercero garantizador de dos maneras diferentes: puede limitarse a llamarlo en causa al solo objeto de informarlo de la pendencia de la causa principal; o puede llamarlo en garantía proponiendo contra él, al mismo tiempo que lo llama a la causa principal, la demanda de garantía, es decir, de regreso". En doctrina se denomina a la primera de las maneras, denuncia del pleito[15] o litisdenunciación[16]; y, a la segunda, llamamiento en garantía[17]. La diferencia entre ambas es eminentemente procesal; de este modo, si además de comunicar al tercero del inicio de la controversia, este resulta vinculado como parte y puede ser condenado en la eventualidad que el llamante pierda el proceso, ocurre el llamamiento en garantía; si, en cambio, simplemente se notifica al tercero de la existencia del proceso para que ayude al llamante en su defensa, sin que este proponga una pretensión en su contra, estamos frente a la denuncia del pleito[18].

En lo que toca a la evicción, nuestro Código Civil –tal como hemos visto– establece que el adquirente se encuentra "obligado" a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que esta se notifique al transferente que él designe. Respecto al llamamiento en garantía, sin embargo, nada dice; y bajo la vigencia de nuestro Código Procesal Civil es conveniente que así sea. Según relata De la Puente[19], el artículo 135 de la segunda, tercera, cuarta y quinta ponencias sustitutorias y del anteproyecto y el artículo 1521 del primer Proyecto de Código Civil que remplazaría al Código Civil de 1936, disponían que conjuntamente con la citación al transferente de la demanda del juicio de evicción podía el adquirente, simultáneamente a dicha citación, entablar acción contra el transferente para que, en caso que se declare fundada la demanda de evicción, se le condenara, también simultáneamente, para que prestara el saneamiento. El artículo 1498 del Código Civil, finalmente, quedó redactado sin este texto, lo cual ha llevado a De la Puente[20] a sostener que bajo la vigencia del Código de Procedimien-

(13) Código Civil.
"Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley
La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".
(14) CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962, p. 345.
(15) Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit., p. 192.
(16) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO Y PÉREZ CRUZ, Martín. *Derecho Procesal Civil*, T. I, 2ª edic., Forum, Oviedo, 2002, p. 306.
(17) Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, T. II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 411.
(18) Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit., p. 192.
(19) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 501.
(20) Ídem.

tos Civiles no cabía el aseguramiento de la pretensión futura, pues el artículo 247 de dicho Código permitía ejercitar en una misma demanda dos o más acciones, siempre que no sean incompatibles; situación que –a su criterio– no se da en el caso que se examina, en tanto el proceso de evicción tiene partes distintas a las del proceso de saneamiento.

En el Perú, al igual que en Colombia[21] y Uruguay[22], el llamamiento en garantía abarca todos los casos vinculados al derecho de repetición, incluido el saneamiento por evicción. El primer párrafo del artículo 104 de nuestro Código Procesal Civil al respecto señala: "La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero, con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él".

El mismo dispositivo antes glosado dispone, en su segundo párrafo, que el llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103; es decir, si el Juez considera procedente la solicitud del adquirente-demandado, emplazará al transferente o a los transferentes que este designe, con las formalidades para la notificación de la demanda, concediéndole un plazo no mayor de diez días para que intervenga en el proceso, el cual quedará suspendido desde que se admite el aseguramiento de pretensión futura hasta que se emplaza al denunciado.

En el caso que nos ocupa; y, en general en los demás casos que dan lugar al aseguramiento de pretensión futura, al emplazado (transferente) no le conviene que quien lo llama al proceso (adquirente), lo pierda. Por eso, el segundo párrafo del artículo 103 del Código Procesal Civil prescribe que una vez emplazado, el denunciado (transferente) será considerado como litisconsorte del denunciante (adquirente) y tendrá las mismas facultades que este. Eso sí, cabe la posibilidad que el tercero salga vencedor, y en este caso el Juez deberá pronunciarse sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado, según se infiere de la última parte del mencionado artículo 103.

Este pronunciamiento no significa mayor complicación, pues en la evicción –como hemos anotado– la responsabilidad es objetiva, con la salvedad de la indemnización por daños y perjuicios; razón por la cual la controversia respecto de la relación sustancial entre el adquirente y el transferente, prácticamente solo debería circunscribirse a la responsabilidad subjetiva de este último, en caso que el primero haya exigido el pago de la indemnización. Si ello no hubiese ocurrido, el Juez debe disponer que el transferente cumpla con su obligación de saneamiento, bastando para el efecto que se fundamente en el hecho de la evicción.

(21) Código de Procedimiento Civil de Colombia.
"Artículo 57.- Llamamiento en garantía.- Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación (...)".

(22) Código General del Proceso uruguayo.
"Artículo 51.- Intervención necesaria por citación.- El demandado en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquel respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia afecta. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer, tendrá los mismo derechos, deberes y cargas que el demandado".

DOCTRINA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano. En: Revista peruana de Derecho Procesal. T.I. Asociación Civil Revista peruana de Derecho Procesal, Lima, setiembre de 1997; CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, EJEA, Buenos Aires, 1962; Código Procesal Civil y Comercial argentino; Código Civil de Venezuela; Código Civil de Francia; Código Civil de Argentina; Código de Procedimiento Civil de Colombia; Código General del Proceso uruguayo; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, Palestra, Lima, 2001; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso, T.II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985; GÓMEZ DE LIAÑO Y PÉREZ CRUZ, Martín. Derecho Procesal Civil, T.I, Forum, 2ª edic., Oviedo, 2002; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Contratos, T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951; MAZEAUD, Henri y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986; PARRA QUIJANO, Jairo. La intervención de terceros en el proceso civil, Depalma, Buenos Aires, 1986; WAYAR, Ernesto C. Evicción y vicios redhibitorios, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Intervención sustitutoria y coadyuvante en el proceso

Artículo 1499.- ***Si el transferente sale a juicio ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta la conclusión del juicio.***

Cuando el adquirente lo solicite puede coadyuvar en la defensa.

Concordancias:
C.C. arts. 1492, 1498

RÓGER ZAVALETA RODRÍGUEZ

1. La sustitución procesal y la intervención coadyuvante

Ante una demanda cuya consecuencia, en caso se declare fundada, sea la evicción, quien se encuentra en mejor posición para contestarla es, sin duda, el transferente; no necesariamente el inmediato, sino cualquiera de los anteriores obligados al saneamiento con sus inmediatos adquirentes; y, en forma especial, el primer transferente obligado al saneamiento. Y es que la causa de la evicción se manifiesta en el derecho del tercero anterior a la transferencia; de modo que será el transferente quien tenga todos los elementos de juicio para refutar los argumentos del tercero respecto al mejor derecho que este alega frente al adquirente[1]. Esta es la explicación por la cual se prevé que si el transferente se apersona al proceso, sustituye al adquirente hasta la conclusión del mismo.

La opción acogida por el legislador peruano no está exenta de problemas, los cuales se evidencian principalmente cuando el análisis se realiza desde la perspectiva procesal. Repárese que en la estructura de esta norma jurídica se encuentran involucradas varias categorías procesales. Por ejemplo, la sustitución procesal, con los institutos vinculados a ella (legitimidad para obrar extraordinaria y alcances subjetivos de la cosa juzgada); y la intervención coadyuvante. Las situaciones procesales que implican cada una de estas categorías, influyen directamente en los intereses de cada sujeto. De ahí que sea necesario referirnos brevemente a cada una de estas categorías antes de analizar este artículo.

a) La sustitución procesal

Por lo general, suele decirse que en un proceso las partes de la relación jurídico-procesal deben ser las mismas que las de la relación jurídico-material. Pero, como la acreditación respecto de la titularidad del derecho subjetivo es un tema de fondo, cuando en el proceso se afirma dicha titularidad y se imputa la correlativa obligación, se habla de legitimación para obrar ordinaria, como presupuesto para el dictado de una sentencia de mérito[2]. En determinados casos, sin embargo, la ley faculta a un tercero (ajeno a la relación material)

(1) Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. *La intervención de terceros en el proceso civil.* Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 208-209.

(2) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional.* T. II, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 74, pone los siguientes ejemplos para distinguir entre legitimación y tema de fondo:
"1°) Si A demanda a B respecto de un contrato de compraventa y afirma que él, A, es el comprador y que B es el vendedor, con esas simples afirmaciones uno y otro quedan legitimados, pudiéndose entrar en el tema de fondo y debatir y resolver en torno a la existencia del contrato y de cualquiera de las consecuencias jurídicas derivadas del mismo.
2°) Si C demanda a D con referencia a una concreta relación jurídico-material y afirma que él, C, no es titular de esa relación o que no lo es D, estaremos ante un supuesto de falta de legitimación, siendo ya inútil continuar el debate respecto de la existencia de la relación o de alguna de las consecuencias de la misma".

para que, actuando en nombre e interés propio, sustituya a una de las partes e inicie o, en su caso, continúe con el trámite del proceso hasta su conclusión[3]. Dado que este tercero, pese a que actúa en nombre propio, ejercita un derecho material ajeno, los efectos de la cosa juzgada –al menos en el caso de la sustitución por evicción– no recaen sobre él, sino en cabeza del sustituido[4]; y como el tercero no afirma su titularidad sobre el derecho subjetivo, sino que, por el contrario, reconoce que le corresponde a otro (el sustituido), se habla de legitimidad para obrar extraordinaria[5].

El maestro español Jaime Guasp[6], en esta línea, señala que la sustitución procesal es "[...] un criterio especial anómalo de legitimación indirecta, en virtud de la cual se consideran legitimadas para actuar en el proceso a personas que, sin ser titulares de la relación jurídica litigiosa, pueden, no obstante, en nombre propio y no en nombre ajeno, como el representante, realizar válidamente actos procesales de parte. De este modo, el sustituto, que es la verdadera parte procesal y no el sustituido, defiende intereses que pertenecen a quien no puede o no quiere hacerlos valer, v.gr., por no estar determinado aún el verdadero titular o por inacción o negligencia, protegiendo al mismo tiempo, con ello, un interés propio".

Con la expresión "sustitución procesal" se hace referencia a los casos, expresamente previstos por ley, en que una persona en nombre propio (es decir, sin que exista representación) puede hacer valer en el proceso derechos subjetivos que, afirma, son de otra persona. El ejemplo típico de sustitución procesal se produce con motivo del ejercicio de la denominada pretensión subrogatoria, por la cual el acreedor se sustituye en los derechos de su deudor, a fin de ejercerlos frente al que, a su vez, es deudor de este[7].

A nuestro criterio, no basta la simple afirmación respecto de la titularidad del derecho y la imputación de la correlativa obligación, sino que se requiere que esta afirmación tenga un mínimo grado de verosimilitud. Así, si A interpone demanda contra B, pretendiendo la nulidad de un contrato que dice fue celebrado entre ambos, pero del propio contrato adjunto a la demanda, no aparece que A es parte, entonces A carecerá de legitimidad para obrar. A este criterio parece adscribirse nuestro Código Procesal Civil cuando, en el inciso 1 del artículo 427, faculta a que el juez declare improcedente la demanda si el demandante carece evidentemente de legitimidad para obrar".

(3) "Al legitimado por sustitución se le conoce también como sustituto. Y se dice que el sustituto, lo mismo que el representante, actúa en el proceso en virtud de un derecho que no es suyo, pero, a diferencia del representante, que actúa en nombre e interés ajeno y por un derecho ajeno, el sustituto actúa en nombre e interés propio. A esta diferencia cabría añadir otra capital: que el sustituto es la verdadera parte del proceso, mientras que, cuando hay un representante, la parte es el representado". (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I., Civitas, Madrid, 2001, p. 96).

(4) Cfr. CEDEÑO HERNÁN, Marina. *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*. Comares, Granada, 1997, p. 19; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 312. A criterio de algunos autores, en los casos de sustitución procesal la cosa juzgada comprende tanto al sustituto como al sustituido. Véase: GOZAINI, Osvaldo. *La legitimación en el proceso civil*. Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 209; ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. T. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pp. 102-103.

(5) "Si la legitimación ordinaria se basa normalmente en las afirmaciones de la titularidad del derecho subjetivo y en la imputación de la obligación, existen otros casos en los que las normas procesales permiten expresamente interponer la pretensión a quien no puede afirmar su titularidad del derecho subjetivo. La posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el Tribunal en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, radica en una expresa atribución de legitimación por la ley y teniendo la norma correspondiente naturaleza procesal. Se habla entonces de legitimación extraordinaria". (MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., T. II, p. 76). Véase también: GÓMEZ DE LIAÑO Y PÉREZ CRUZ, Martín. *Derecho Procesal Civil*. T. I, Forum, 2ª edición, Oviedo, 2002, p. 297.

(6) GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. T. I, 4ª edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses, Civitas, Madrid, 1998, p. 178.

(7) Código Civil.
"Artículo 1219.- Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones
Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: (...)

Aunque este no es el lugar para ahondar sobre este tema, conviene advertir que el ejercicio de las facultades del sustituto, en caso decidiera participar en el proceso, depende de cada relación material y no puede determinarse en abstracto. Así, por ejemplo, en el proceso iniciado a raíz de la denominada "acción subrogatoria", el acreedor podría transigir con el deudor de su deudor para el pago fraccionado de la suma pretendida (disposición del derecho litigioso), y el juez debería aprobar la transacción, aun en contra de la voluntad del deudor, quien es posible que no desee el pago, precisamente para no honrar su obligación con su acreedor. A diferencia de este caso, en el proceso de evicción (aceptando por un momento la vigencia e idoneidad del artículo materia de nuestro comentario) el transferente-sustituto no podría allanarse a la demanda de reivindicación sin el consentimiento del adquirente, pues es este quien perderá el bien objeto del proceso.

b) La intervención coadyuvante

Por regla general, los efectos de la cosa juzgada solo alcanzan a las partes del proceso *(res iudicata inter partes);* sin embargo, hemos visto que en casos excepcionales y expresamente previstos en la ley, la cosa juzgada afecta a otros sujetos, como las personas sustituidas. Existen sujetos que, si bien no sufren la eficacia directa de la cosa juzgada, forman parte de una relación conexa, subjetiva y objetivamente, con la relación procesal que ha generado la controversia y, por tanto, pueden resultar alcanzados por los efectos reflejos de la cosa juzgada. "La eficacia refleja de la cosa juzgada –anota Montero Aroca[8]– se basa en las interferencias entre la relación jurídico-material deducida en el proceso por las partes iniciales y la relación jurídica de la que afirma ser titular el tercero con una de las partes. Esas interferencias consisten en un vínculo de dependencia que se resuelve en la prejudicialidad, de modo que la sentencia que se dicte en el proceso determinará el nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica del tercero con una de las partes".

Los efectos reflejos no nacen de la declaración de voluntad del Estado expresada en la sentencia, sino que son derivación de la sentencia, vista como hecho jurídico. Así, una sentencia que declare la incapacidad absoluta de una persona generará efectos en la relación contractual de dicha persona con otro sujeto; al igual que la conclusión del contrato de arrendamiento por mandato judicial, afectará al contrato de subarrendamiento[9]. En este último caso, a diferencia del primero, los efectos no nacen de la eficacia positiva de la cosa juzgada, sino de la norma jurídica que tiene como supuesto de hecho al efecto jurídico-material derivado de la sentencia. El saneamiento a que se refiere el artículo 1491 del Código Civil[10] también

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva (...)".

(8) MONTERO AROCA, Juan y otros. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000).* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 95.

(9) Código Civil.
"Artículo 1694.- Accesoriedad del subarrendamiento
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".

(10) Código Civil.
"Artículo 1491.- Saneamiento por evicción
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".

es otro ejemplo del efecto reflejo de la cosa juzgada, ya que requiere como presupuesto para su generación de una resolución judicial (o administrativa) firme que cause evicción.

Nuestro ordenamiento procesal ha considerado que el tercero que pueda verse afectado por la eficacia refleja de la cosa juzgada, cuente con la posibilidad de intervenir en el proceso, para evitar el perjuicio jurídico que pueda ocasionarle la derrota de la parte con la que se encuentra vinculado a través de una relación jurídica sustancial. Ahora bien, como el tercero no es titular de la relación deducida en el proceso y, por ende, no tiene un interés directo en el asunto, sino uno indirecto o reflejo, no puede realizar actos de disposición del objeto discutido y su intervención simplemente se limita a ser coadyuvante de la parte procesal con la que mantiene una relación conexa y dependiente. El artículo 97 del Código Procesal Civil[11], precisamente, denomina a este tipo de intervención como coadyuvante.

La intervención del tercero coadyuvante es subordinada y accesoria de la parte a la que coadyuva, por lo que no puede realizar actos que perjudiquen al coadyuvado ni vayan contra su voluntad. Sí puede ofrecer pruebas, formular cuestiones probatorias, presentar alegatos e informes escritos, deducir nulidades e interponer medios impugnatorios, siempre que el coadyuvado no haya manifestado expresamente su voluntad de consentir la resolución que le es desfavorable[12].

2. La sustitución procesal y la intervención coadyuvante en el proceso de evicción

Supongamos que Tercius, alegando mejor derecho, demanda a Secundus para que este le reivindique una casa, y Primus, ante el llamado de Secundus, se apersona al proceso, dada su calidad de transferente del bien y, por tanto, obligado al saneamiento si la reivindicación se declara judicialmente.

Desde el punto de vista procesal, es claro que los titulares de la relación jurídico-material objeto del proceso son Tercius y Secundus, y que Primus podría participar como tercero coadyuvante de Secundus; pues, debido a la relación sustancial que mantiene con este, puede verse afectado desfavorablemente si Secundus pierde. Para decirlo en otros términos, en este caso existen dos relaciones jurídicas; la primera, entre Tercius y Secundus; y la otra, entre Secundus y Primus. Sobre la primera relación material, la sentencia desplegará toda su eficacia como cosa juzgada; sin embargo, como la segunda relación es conexa, subjetiva y objetivamente, con la primera, Primus puede verse afectado por los efectos jurídicos reflejos de la

(11) Código Procesal Civil.
"Artículo 97.- Intervención coadyuvante
Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.
Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.
El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido".

(12) Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. T. II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, pp. 405-408; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. T. I., Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, setiembre de 1997, p. 145.

sentencia. Esto le concede "interés legítimo" para que intervenga como tercero coadyuvante en el proceso que tiene como partes a Tercius y Secundus[13].

Desde la perspectiva de nuestro Código Civil, sin embargo, todas estas situaciones se trastocan; pues si Primus decide intervenir en el proceso iniciado por Tercius, sustituye a Secundus, quien –si así lo desea– puede intervenir como coadyuvante de Primus. De esta manera, Primus actuaría sobre la base de una legitimidad para obrar extraordinaria y tendría la facultad de disponer del objeto litigioso, lo cual le estaría vedado a Secundus, sobre quien paradójicamente recaerán los efectos de la cosa juzgada. La forma en que participa Secundus, según el artículo 1499 del Código Civil, depende de la actividad de Primus, pues si este no decide intervenir en el proceso, Secundus actuará como parte procesal, con todas las facultades que ello implica. Pero si Primus se apersona al proceso, Secundus es excluido del mismo, salvo que decida intervenir, en cuyo caso lo hará como coadyuvante de su sustituto, quien gozará de todas las facultades que corresponden a la parte procesal.

Tal como lo señala De la Puente[14], en la doctrina no hay coincidencia respecto al rol que juega el transferente en el proceso de evicción, es decir, si este actúa como interviniente adhesivo del adquirente o si lo sustituye, obteniendo la calidad de parte procesal. En vista de los pareceres disímiles, el Código Civil de 1984 procedió a tomar una posición, estableciendo en su artículo 1499 que si el transferente "sale a juicio" ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta su terminación. El maestro peruano reconoce que, en virtud de la sustitución procesal, los efectos de la sentencia no recaen en la esfera jurídica del transferente, sino en la del adquirente. Y, en esa línea, afirma: "El evicto es siempre el adquirente, nunca el transferente". Esta situación determinó que se introdujera, como paliativo de la regla, la intervención coadyuvante del adquirente para el caso que lo solicitara.

La Exposición de Motivos de este artículo denota que la opción elegida tuvo su razón de ser en la intención del legislador de darle al transferente la más amplia libertad de defensa, sin estar supeditado a lo que haga el adquirente, ya que es el transferente quien a la larga y en virtud de su obligación de saneamiento es el que podría sufrir los resultados del proceso de evicción. A nuestro criterio, el legislador no tuvo en cuenta que la cosa juzgada del proceso de evicción recae sobre el adquirente (en el caso propuesto, Secundus perdería su propiedad respecto del bien que le fuera transferido por Primus, por efectos de la reivindicación declarada a favor de Tercius). El legislador con la opción plasmada en el artículo 1499 del Código Civil terminó, pues, supeditando a quien sufre los efectos directos de la cosa juzgada (el adquirente), a la actuación de quien solo es alcanzado por los efectos reflejos de la misma (el transferente).

El saneamiento se produce como consecuencia del efecto reflejo de la evicción y no es inmediato ni seguro, sino mediato y contingente. Mediato porque, salvo el caso del aseguramiento de la pretensión futura, debe declararse en un proceso posterior; y contingente porque, al margen que sea un caso de responsabilidad objetiva (con excepción del pago de la

(13) Código Procesal Civil.
"Artículo 101.- Requisitos y trámite común de las intervenciones
Los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demanda, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes.
El juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Solo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que este se halle al momento de su intervención".

(14) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. T. III, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 505-506.

indemnización), depende de la solvencia del transferente. Ahora, es claro que a este le interesará que la evicción no se produzca y que se encontrará en mejor posición para rebatir el mejor derecho alegado por el tercero; sin embargo, ello no justifica que sustituya al adquirente, pues bien puede esgrimir los argumentos que refuten la posición del tercero y aportar las pruebas respectivas, actuando como coadyuvante del adquirente.

La alternativa escogida por el legislador, al parecer, estuvo influenciada por su concepción respecto de los límites de actuación del coadyuvante. Y es que la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil entendió que al coadyuvante no le correspondía ejercer facultades que consideraba propias del demandado, como el ofrecimiento de pruebas, la apelación, etc. Por este motivo, reguló la sustitución procesal en el proceso de evicción y le concedió la posición de parte al transferente, en caso decidiera apersonarse oportunamente a dicho proceso. En contraste con las facultades que le otorgó al transferente, el legislador limitó las facultades del adquirente, a quien solo le concedió la posibilidad de intervenir como coadyuvante del transferente-sustituto. Así, conforme a la Exposición de Motivos de este artículo, el legislador entendió que al adquirente que continuaba en el proceso "(...) no le corresponderá ejercer las facultades que son propias del demandado, tales como el ofrecimiento de pruebas, la apelación, etc., y únicamente estará en aptitud de presentar escritos sustentatorios de su posición"[15].

Ya hemos visto que el tercero coadyuvante no está impedido ni de ofrecer pruebas ni de interponer medios impugnatorios, por lo que la "justificación" para sustituir al adquirente por el transferente, en caso este se apersone al proceso, no cuenta con mayor sustento. Por ello, la alternativa, a nuestro juicio, debió pasar por considerar al transferente como coadyuvante del adquirente y no como su sustituto.

El artículo 1462 del Segundo Proyecto del Código Civil de 1984 señalaba que el transferente, en caso de ser notificado con la demanda, adquiría la condición de codemandado; sin embargo, esta prescripción no fue tomada en cuenta por la norma en comento, que supedita la forma de intervención del adquirente a la decisión del transferente de apersonarse o no al proceso: si este se apersona sustituye al adquirente, quien –si lo desea– puede intervenir como coadyuvante de aquel, pero si el transferente no se apersona, el adquirente continúa litigando con la calidad de parte demandada.

En el comentario del artículo anterior, hemos señalado que la solicitud de emplazamiento al transferente es una típica denuncia civil. Se trata –sin duda– de una "intervención provocada"[16], en contraposición a la "intervención voluntaria", a través de la cual es el propio tercero quien solicita su participación en el proceso; y no como en la primera, en la que el tercero interviene como consecuencia del llamado de una de las partes. El asunto es que, tratándose de una denuncia civil, se aplica el artículo 103 del Código Procesal Civil, conforme al cual el denunciado participa como litisconsorte del denunciante, con las mismas facultades que corresponden a este. La norma bajo análisis establece una regulación distinta, razón por la cual cabe preguntarnos: ¿en el proceso de evicción, qué facultades corresponden al adquirente y al transferente llamado por aquel?

(15) COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios.* T. VI, Delia Revoredo (compiladora), Lima, 1985, p. 178.

(16) Cfr. BANOLACHE PALAO, Julio. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* T. I, Civitas, Madrid, 2001, p. 107; GÓMEZ DE LIAÑO Y PÉREZ CRUZ, Martín. Ob. cit., pp. 305-307; LORCA NAVARRETE, Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Dykinson, Madrid, 2000, p. 170; ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. cit., p. 175.

El caso peruano es similar al de Colombia, en el que el Código de Procedimientos Civiles se expidió con posterioridad a su Código Civil. Y el problema es semejante porque el artículo 1901 del Código Civil colombiano sostenía lo siguiente: "Si el vendedor comparece, se seguirá contra él solo la demanda; pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos". Este texto implicaba que el comprador (transferente), al dejar de ser parte, quedaba sustituido por el vendedor (adquirente); de manera que si quería continuar participando en el proceso, quedaba convertido en coadyuvante. El criterio del Código Civil colombiano –señala Parra– no se ajustaba lógicamente a lo que debía ser la intervención del denunciado, y por eso los intérpretes trataron de hacerlo elástico, tanto que prácticamente hablaron de la formación de un litisconsorcio; pero, para no ir en contra de la letra del Código Civil, se refirieron a una coadyuvancia litisconsorcial; concepto que –a juicio del mismo autor– es contradictorio.

Con posterioridad a la vigencia del Código Civil, se expidió el Código de Procedimiento Civil colombiano, el cual –en su artículo 56– establece que en caso de que el denunciado comparezca, actuará como litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que este. Vemos, pues, que en el caso colombiano –al igual que en el nuestro– se presentó un aparente conflicto de normas. En Colombia, sin embargo, dicho conflicto no existiría, ya que la norma procesal –a juicio de Parra– ha derogado a la material, debido a que es posterior y manifiestamente contraria a esta.

El artículo 1499 del Código Civil peruano, como se anota en su Exposición de Motivos, se introdujo ante el vacío del Código de Procedimientos Civiles, por lo que se trata de una norma de contenido procesal, diseñada bajo una concepción errónea de la intervención coadyuvante. Por eso, al igual que en el caso colombiano, no se ajusta lógicamente a lo que debe ser la intervención del transferente. El Código Procesal Civil regula no solo el llamado al transferente (denuncia civil), sino también la calidad de su intervención, por lo que consideramos que el artículo 1499 del Código Civil ha sido tácitamente derogado por dicho ordenamiento legal.

Respecto a este punto, hemos visto que el transferente, en su condición de denunciado civilmente, interviene como litisconsorte del adquirente-denunciante, con las mismas facultades que en su calidad de parte corresponden a este. El asunto es que el transferente es un tercero con una relación conexa a la relación material objeto del proceso; no es parte, ni se encuentra legitimado como tal, pese a ello –según el Código Procesal Civil– tiene las mismas facultades del denunciante (adquirente). Las consecuencias de todo esto son realmente paradójicas, pues –en la línea de nuestro Código Procesal Civil– si el transferente accede al llamado del adquirente y se apersona al proceso (intervención provocada), debe ser considerado como litisconsorte de este, con sus mismas facultades; pero si el transferente se apersona luego de vencido el plazo para acceder al llamado del adquirente, no lo podría hacer a través de la intervención litisconsorcial, pues no es titular de la relación jurídica sustancial a la que, presumiblemente, deban extenderse los efectos de la sentencia. En este último escenario, el transferente debería solicitar su intervención como coadyuvante del adquirente (intervención voluntaria), y sus facultades estarían limitadas a actos procesales que no estén en oposición a su coadyuvado y no impliquen disposición del derecho discutido.

La regulación del Código Procesal Civil implica que las facultades del transferente, y en general de cualquier tercero que tenga una relación conexa con la relación material objeto del proceso, dependan del origen de su intervención: si es provocada (es el caso de la denuncia civil y el aseguramiento de pretensión futura) actuará como litisconsorte, pero si es voluntaria,

participará como coadyuvante. La intervención provocada en la modalidad de litisdenunciación también se encuentra prevista en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, el cual también concede al tercero las mismas facultades de actuación que les corresponde a las partes. La referencia viene al cuento porque se ha calificado a dicha norma como "no muy afortunada", en tanto el tercero evidentemente no es parte[17]. Es probable que en la misma línea de razonamiento, y al margen del texto expreso del artículo 103 del Código Procesal Civil, Ana María Arrarte[18], comentando el llamamiento del tercero, sostenga que: "(...) si bien la iniciativa puede haber surgido de alguno de los titulares de la relación procesal, será el juez quien, aceptada la intervención, es decir, calificado el interés invocado, obligue al sujeto a intervenir y determine con qué calidad participará y en función a ello qué actividad podrá realizar válidamente".

DOCTRINA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del Derecho Procesal, T. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano. En: Revista peruana de Derecho Procesal. T.I., Asociación Civil Revista peruana de Derecho Procesal, Lima, setiembre de 1997; BANOLACHE PALAO, Julio. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil; T. I., Civitas, Madrid, 2001; CEDEÑO HERNÁN, Marina. La tutela de los terceros frente al fraude procesal, Comares, Granada, 1997; COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Código Civil. Exposición de motivos y comentarios, T. VI, Delia Revoredo (compiladora), Lima, 1985; de la puente y lavalle, Manuel. El contrato en general, T. III, Palestra, Lima, 2001; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, T.I., Civitas, Madrid, 2001; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso, T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso, T.II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985; GÓMEZ DE LIAÑO y PÉREZ CRUZ, Martín. Derecho Procesal Civil, T. I, Forum, 2ª edic., Oviedo, 2002; GOZAINI, Osvaldo. La legitimación en el proceso civil, Ediar, Buenos Aires, 1996; GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, T. I , Editorial Civitas S.A., 4ª edic., revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses, Madrid, 1998; LORCA NAVARRETE, Antonio. Tratado de Derecho Procesal Civil, Dykinson, Madrid, 2000; MONTERO AROCA, Juan y otros. El nuevo proceso civil (Ley 1/2000), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional, T.II, Tirant lo Blanch, 9ª edic., Valencia, 2000; PARRA QUIJANO, Jairo. La intervención de terceros en el proceso civil, Depalma, Buenos Aires, 1986.

(17) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO Y PÉREZ CRUZ, Martín. Ob. cit., p. 307.
(18) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Ob. cit., p. 150.

Pérdida del derecho al saneamiento

Artículo 1500.- *El adquirente pierde el derecho a exigir el saneamiento:*

1.- Si no pidió y cuidó que se citara al transferente con la demanda del juicio de evicción.

2.- Si se sometió la causa a arbitraje sin asentimiento del transferente y la perdió.

3.- Si transigió el juicio sin anuencia del transferente.

4.- Si al celebrar el contrato conocía que el bien era litigioso o ajeno.

5.- Por caducidad, siendo el plazo de esta de un año a partir de la fecha en que se produjo la evicción.

Concordancias:
C.C. arts. 662, 857, 869, 870, 871 a 880; C.T. arts. 17 inc. 1), 25; LEY 26887 art. 276

MANUEL MURO ROJO

Manuel De la Puente (p. 302 y ss.) ha explicado con bastante claridad la distinción entre la evicción y el saneamiento, conceptos que fueron tratados de manera confusa en la legislación y en la doctrina.

Al respecto sostiene que en el Derecho peruano dicha confusión se patentiza desde el Código Civil de 1852, cuyo artículo 1414 establecía que "el vendedor está [estaba] obligado a evicción y saneamiento en favor del comprador". Agrega que por la evicción, el transferente debía defender la cosa vendida en cualquier juicio que se promueva contra el adquirente por causa anterior a la venta; mientras que por el saneamiento el transferente debía pagar las costas del juicio, así como el valor que perdiese el adquirente en dicho juicio.

Bajo este esquema, que también fue recepcionado por el Código de 1936, se consideraba a la evicción como una *primera obligación* (conocida como "garantía incidente"), que no era otra cosa que el deber del enajenante de salir a juicio para defender el bien transferido frente a la pretensión de un tercero; y se consideraba al saneamiento como una *segunda obligación* (conocida como "garantía por evicción consumada") que no era otra cosa que el deber de reparar el daño generado por la privación del derecho a causa de la acción del tercero.

Se trataba, pues, de una doble e injustificada protección a favor del adquirente; esquema que ha variado con el Código Civil de 1984, pues este se ha apartado de la noción de "garantía incidente" estableciendo en el actual artículo 1491 que el transferente debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente de la propiedad, posesión o uso del bien transferido. Es decir que el saneamiento constituye una responsabilidad para el enajenante de compensar al adquirente solo cuando este no puede destinar el bien a la finalidad querida, cuando le es imposible hacerlo; en ese sentido, dicha responsabilidad surge solo cuando la imposibilidad se produce. "Antes que esto ocurra, el [transferente] está cumpliendo cabalmente el contrato y no asume obligación adicional alguna frente al adquirente" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 305). En otras palabras, puede ser que el adquirente sea perturbado por acciones judiciales o extrajudiciales de terceros que pretenden privarlo del bien, pero mientras tal privación no se concrete, no es obligación del transferente evitar esa perturbación saliendo él a juicio, por ejemplo; y esto, repetimos, porque ya se ha eliminado de la ley actual el concepto de "garantía incidente".

En este contexto, aparentemente algunas causales de pérdida del derecho al saneamiento consignadas en el artículo 1500 no serían muy coherentes con el esquema vigente,

en el cual no rige la "garantía incidente". Así, establecer que el adquirente pierde el derecho al saneamiento si no pidió y cuidó que se citara al transferente con la demanda del juicio de evicción (inc. 1); o si sometió la causa a arbitraje sin asentimiento del transferente y la perdió (inc. 2); o si transigió el juicio sin anuencia del transferente (inc. 3); parecería lo mismo que decir que el transferente tiene y mantiene –desde el momento de la transferencia– la obligación de salir a juicio, pues de otro modo no habría por qué hacer perder el derecho al saneamiento al adquirente si no cumple con lo señalado en estos incisos, ya que al transferente no le debe importar que el adquirente sea perturbado por acciones judiciales o extrajudiciales, pues solo le alcanza la responsabilidad cuando se produce efectivamente la privación del derecho adquirido.

Empero, la norma no tiene nada que ver con esto y su razón de ser es solo proteger el derecho de defensa que tiene el transferente para defender la transferencia efectuada, lo que guarda armonía con lo establecido en el artículo 1498 del Código, que no plantea –dice Max Arias Schreiber (p. 372)– un saneamiento preventivo, sino que es derecho del transferente conocer la existencia de cualquier acción de evicción contra el adquirente a fin de intervenir en la defensa del derecho transferido, habida cuenta que es él quien responderá vía saneamiento en la eventualidad de que la acción del tercero (evincente) prospere. Por eso el artículo 1500 (incs. 1, 2 y 3) sanciona con la pérdida del derecho al saneamiento el descuidó del adquirente cuando no solicita que se cite al transferente con la demanda del juicio de evicción, o cuando somete la causa a arbitraje sin asentimiento del transferente, o cuando transige el juicio sin anuencia del transferente.

Las disposiciones de los incisos 4) y 5) tienen otra naturaleza, aunque evidentemente también protegen al transferente, pues según ellos se pierde el derecho al saneamiento si al celebrar el contrato el adquirente conocía que el bien era litigioso o ajeno (o sea si actuó de mala fe y habría podido prever que sería pasible de una acción de evicción); y también por caducidad (un año a partir de la fecha en que se produjo la evicción, de modo que vencido el plazo, el transferente no está sujeto ya a saneamiento alguno).

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo V. W.G. Editor, Lima 1993.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Pérdida del derecho de saneamiento por transigir el juicio sin anuencia del transferente

Que, de otro lado, en cuanto al agravio denunciado por {...} referido a que se ha aplicado indebidamente el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, cabe señalar que siendo la materia controvertida una de nulidad de acto jurídico y saneamiento por evicción, es evidente que la norma anotada resulta aplicable al caso sublitis; por lo tanto, no resulta idónea la causal casatoria denunciada y el agravio no es amparable. Tanto más si se tiene en cuenta la conducta procesal de la Cooperativa quien en la etapa postulatoria alegó que la compraventa la realizó en base al principio de buena fe registral al no existir la inscripción de gravamen alguno; sin embargo, posteriormente con fecha doce de abril del dos mil suscribió una Transacción Extrajudicial con doña {...} y otros {...} en donde estos últimos le reconocen algunos lotes de terreno y en concesión recíproca la Cooperativa los reconoce como propietarios {...}, siendo esto así, la Cooperativa como adquiriente ha perdido el derecho a exigir el saneamiento al transigir el juicio sin anuencia del transferente, conforme lo ha prevenido el inciso 3 del artículo 1500 del Código Civil (Cas. N° 993-2006-Lima).

Evicción parcial

Artículo 1501.- ***En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.***

Concordancias:
C.C. arts. 1371, 1491, 1495, 1502

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos introductorios

La presente norma jurídica se refiere a la evicción parcial, que es aquella situación jurídica en la que existe una controversia judicial sobre parte del bien, como resultaría en el caso de un proceso reivindicatorio de propiedad que inicia el vecino del predio enajenado, quien sostiene que parte del bien transferido es de su propiedad. Ante tal situación el adquirente tiene dos opciones:

a. Iniciar el saneamiento por evicción parcial, solicitando la restitución del valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde.

b. Solicitar la resolución del contrato por frustración de causa (interés causalizado).

2. Estructura normativa

El presente artículo regula dos normas jurídicas que responden a la siguiente estructura:

Primera norma: "En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde".

Supuesto de hecho: Si existe un supuesto de evicción parcial.

Nexo causal: Entonces.

Consecuencia: El adquirente tiene el derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde.

Segunda norma: "(...) puede optar (el adquirente) por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición".

Supuesto de hecho: Si la parte que se pierde es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.

Nexo causal: Entonces.

Consecuencia: Puede optar el adquirente por la resolución del contrato.

3. Comentarios

Sobre la primera norma hemos hecho referencia en la parte introductoria del presente comentario, cuando señalamos que el adquirente puede solicitar que aquel valor referido a la

parte que pierde por un proceso judicial existente al momento de la contratación (que no le fue informado) le debe ser restituido, como efecto natural del sinalagma funcional (reciprocidad).

Respecto a la segunda norma debemos destacar algunos aspectos. En toda relación obligatoria existen los siguientes elementos: vínculo jurídico, prestación, objeto, situaciones jurídicas e interés. En el presente comentario nos resulta útil la noción de interés. El interés es el juicio de valor que emite un sujeto respecto a las características de los bienes a fin de determinar si estos pueden satisfacer sus necesidades. Este interés debe ser trascendente; no ser contrario a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, y debe someterse los sujetos a la tutela jurisdiccional. Los intereses de los sujetos pueden ser: particulares (que no son exteriorizados); típicos (que le corresponden a un conjunto de sujetos o a la sociedad toda, según la utilidad práctica habitual que dichos bienes le proveen a los sujetos en condiciones contractuales normales), y causalizados (que son los que exteriorizan los sujetos teniendo presente sus necesidades personales).

De acuerdo con lo señalado, si del contrato se puede interpretar que el enajenante tenía un interés especial (causalizado) sobre la parte del bien que se perjudica por la evicción parcial, entonces podría pretenderse una resolución de contrato (afectación funcional sobreviniente del contrato).

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.

Evicción parcial respecto de bienes interdependientes o en conjunto

Artículo 1502.- ***El adquirente puede ejercitar la facultad opcional del artículo 1501 cuando se le transfieren dos o más bienes interdependientes o en conjunto, si por razón de evicción pierde el derecho sobre alguno de ellos.***

El derecho a que se refiere el párrafo anterior rige aun cuando se haya señalado un valor individual a cada uno de los bienes transferidos.

Concordancias:
C.C. arts. 1491, 1495, 1501

Manuel Muro Rojo

La evicción parcial está regulada, en principio, en el artículo 1501 del Código Civil, y consiste en la privación de solo una parte del bien que sufre el adquirente con motivo de la acción de un tercero (evincente). En tal supuesto, dicho adquirente puede reclamar al transferente el valor de la parte del bien cuyo derecho pierde a causa de la evicción. Empero, se concede al adquirente la opción para que pueda resolver el contrato si la parte perdida es de tal importancia con respecto al todo que la conservación de la parte subsistente del bien es inútil para la finalidad que motivó la adquisición.

Para efectos de la resolución del contrato es necesario, sin duda, que el adquirente pruebe en juicio la inutilidad de la parte no perdida del bien. Acreditado esto procede entonces la resolución, lo que supone en la práctica que las partes deberán restituirse mutuamente las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento en que se produce la causal que motiva la resolución, conforme a lo señalado en el artículo 1372 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1502 se ocupa de un supuesto que, solo para efectos didácticos, se puede decir (aunque con reservas) que constituye una modalidad o especie de evicción parcial, la cual se configura cuando han sido objeto de la transferencia "dos o más bienes interdependientes o en conjunto" y ocurre que por motivo de la evicción se pierde el derecho sobre alguno de ellos, conservándose el derecho sobre los otros.

En este supuesto, el artículo 1502 concede al adquirente el mismo derecho previsto para el caso de la evicción parcial regulada por el artículo 1501, de modo que dicho adquirente tiene la opción de resolver el contrato si el bien perdido –sea interdependiente o perteneciente a un conjunto– haya sido de tal importancia con respecto a los demás bienes o al conjunto, que la conservación de los bienes no perdidos carece de utilidad para la finalidad que motivó la adquisición de los mismos.

Respecto de esta norma, la doctrina nacional explica que la razón de la misma para conceder el derecho opcional y, por consiguiente, la posibilidad de resolver el contrato, está en que "el adquirente pudo estar interesado únicamente en la adquisición global y no individual de tales bienes" (ARIAS-SCHREIBER, p. 376).

De otro lado, cabe precisar que cuando la disposición menciona que el derecho de resolución procede cuando se produce la evicción sobre alguno de los "bienes interdependientes" adquiridos, se está refiriendo a aquellos bienes relacionados o unidos por un fin económico, de modo tal que el aprovechamiento de los mismos no podría darse si no existiesen algunos de ellos.

Y cuando se refiere a que este mismo derecho de resolver el contrato procede cuando hay evicción sobre alguno de los bienes transferidos "en conjunto", se está refiriendo más precisamente a bienes que "formen un conjunto"; es decir a varios bienes que tienen vinculación entre sí; de lo contrario podría pensarse equivocadamente que en cualquier transferencia de varios bienes procedería la resolución si uno de ellos resulta evicto; así, De la Puente (p. 412) pone el ejemplo de que si por el contrato se transfiere una casa y un automóvil con valores individuales para cada uno de ellos, una interpretación literal llevaría a pensar que si resulta evicto uno de ellos procedería la resolución del contrato respecto del otro; y esto no puede ser así, sino que se debe tener en consideración la relación de conjunto que forman todos los bienes transferidos. Se trataría, pues, de un error de redacción a la luz de los antecedentes de la norma, es decir de los textos propuestos en las diversas versiones de las ponencias de la Comisión Reformadora, en las que se ponía el énfasis en que se trataba de bienes que "formen un juego o conjunto".

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo V. W.G. Editor, Lima 1993.

CAPÍTULO TERCERO
Saneamiento por vicios ocultos

Obligación de saneamiento por vicios ocultos

Artículo 1503.- *El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.*

Concordancias:
C.C. arts. 900, 901, 902, 947, 1485, 1504 y 1506; LEY 26887 art. 28

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Saneamiento por vicios ocultos

Vicio oculto es toda imperfección existente sobre el bien transferido, que lo hace inadecuado para el propósito de su adquisición. El bien transferido al adquirente en propiedad, posesión o uso, debe presentar un vicio o defecto que ordinariamente no presentaría y cuya existencia afecta el disfrute del mismo, al grado de volverlo inútil para la finalidad por la cual se adquirió.

Conforme al artículo 1503, este vicio debe estar presente al momento de la transferencia (física, mas no jurídica), teniendo la condición de oculto ante los ojos del adquirente. Una fútil lectura del mencionado artículo nos induce a considerar que no existirá saneamiento si el vicio oculto se presenta posteriormente al momento de efectuada la transferencia, lectura que no la consideramos exacta, atendiendo al espíritu de la institución del saneamiento. El bien puede presentar defectos o vicios en posesión del adquirente (vale decir, posterior a la transferencia), pero que se deben a responsabilidad exclusiva del transferente, por ello la obligación de saneamiento por vicio oculto no quiere sino que el *tradens* responda ante el *accipiens* porque el bien no cumple con el propósito normalmente esperado, al margen de la oportunidad en que se presenta un vicio oculto (lo cual, en la práctica, es sumamente complicado de determinar).

El artículo 1503 quiere regular el caso de una garantía implícita, en que el bien se vuelve defectuoso en posesión del adquirente debido a un vicio oculto al momento de su transferencia. Otra óptica hubiera considerado que el transferente recibe un bien cuyo uso o destino está garantizado mínimamente o a un nivel estándar, por ello bien pudiera hablarse de una responsabilidad por producto defectuoso como ocurre en el Derecho del Consumidor.

2. Responsabilidad civil por productos defectuosos

Para el Derecho Civil, la transferencia de un bien defectuoso constituye un vicio oculto que genera en el transferente la obligación de saneamiento, conforme al artículo 1503 del Código Civil, mientras que para el Derecho del Consumidor, el mismo supuesto atribuye al proveedor transferente una responsabilidad por producto defectuoso en virtud de los artículos 101 y siguientes del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Tradicionalmente se ha entendido que saneamiento por vicio oculto es la obligación del transferente de garantizar el buen estado del bien transferido, de tal forma que responda frente al adquirente cuando el vicio no permita destinarlo a la finalidad por la cual fue adquirido

o cuando disminuyan –más allá de lo razonablemente tolerado– las cualidades que le daban valor al bien.

Lo que se pretende con la figura del saneamiento es la protección del pacífico disfrute en los derechos del adquirente y el destino normal del bien que este recibe, de modo tal que no surja un desequilibrio no calculado ni asumido (ARIAS-SCHREIBER, p. 160). Sin embargo, la obligación de saneamiento por vicio oculto no ha permitido resolver eficazmente los problemas que han impuesto los tiempos modernos. La relatividad de los contratos y su estructura obligacional han impedido que el adquirente perjudicado por la transferencia de bien defectuoso o con vicio oculto no pueda en los hechos más que dirigirse contra su transferente inmediato[1], a diferencia de régimen establecido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor para la responsabilidad por productos defectuosos.

3. La responsabilidad contractual del vicio oculto versus la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos

3.1. Tratamiento del vicio oculto en el Derecho Civil y en el Derecho del Consumidor

El Código Civil peruano vigente establece un *sistema de responsabilidad civil contractual* en la transferencia de bienes defectuosos. Por lo mismo, el adquirente tiene el derecho a resolver el contrato obligando al transferente al pago del valor que tiene el producto al momento de la resolución *(acción redhibitoria);* o, en todo caso, el adquirente puede optar por exigir la reducción en el precio del producto defectuoso *(acción quanti minoris).*

Por otro lado, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, adoptando un sistema distinto, el de la *responsabilidad civil extracontractual,* dispone que en caso de bienes defectuosos el proveedor (transferente) está obligado a pagar al consumidor (adquirente) una indemnización que comprenda todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Es una tendencia, aunque no pacíficamente aceptada, el considerar al saneamiento por vicio oculto como una responsabilidad por incumplimiento contractual (PAYET, pp. 494-523), vale decir, que el transferente incumple con su obligación de entregar un bien en estado apto para la finalidad por la cual se adquiere, cometiendo una conducta negligente que lo hace incurrir en responsabilidad. Lo que sucede es que esta responsabilidad contractual alcanza solo al directo transferente, situación distinta a la responsabilidad extracontractual presente en la transferencia de productos defectuosos a los consumidores, en donde incluso los anteriores transferentes tienen que responder por el vicio o defecto en el bien.

Ateniéndonos a la concepción dispuesta por el Código Civil, solo en el caso de que el bien transferido provoque daños al adquirente, los transferentes pueden responder extracontractualmente por dichos daños, siempre que exista entre tanto una conducta culposa, salvo que el bien sea riesgoso o peligroso, en cuyo caso responde objetivamente (artículo 1970)[2].

(1) Si bien es cierto que el artículo 1488 del Código Civil señala que el adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores a este, en la realidad, sea por pacto de exclusión de responsabilidad o por los plazos de caducidad, el adquirente perjudicado solo puede entablar acción contra el primero de los mencionados.

(2) Cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa (inexcusable o leve) respecto de la existencia del vicio, el comprador tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, se estima que esta indemnización responde

3.2. En caso de pluralidad de transferentes: ¿responsabilidad mancomunada o responsabilidad solidaria?

Como se ha señalado, el Código Civil siguiendo la línea de la responsabilidad contractual, solo faculta al adquirente a accionar contra su transferente. Situación contraria se presenta en las normas de protección al consumidor, en donde el consumidor (adquirente) puede dirigirse no solo contra su transferente (proveedor inmediato), sino también contra toda la cadena de proveedores que han intervenido en la circulación del producto en el mercado (incluyendo al fabricante, importador, distribuidor, etc), todos los cuales responden solidariamente ante el consumidor, reforzando su adhesión de la citada norma, al sistema de responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, el consumidor ante una adquisición de un producto en estado defectuoso, puede exigir la indemnización correspondiente al proveedor, distribuidor, importador y/o fabricante de dicho producto, quienes responderán ante él de manera solidaria.

Podemos señalar que, contrariamente, en el saneamiento por vicios ocultos la responsabilidad es mancomunada, pues si en la transferencia de un bien defectuoso intervienen varios transferentes, la obligación de saneamiento recae sobre todos ellos, pero de forma divisible por cuanto la solidaridad no se presume, debiendo ser establecida de manera expresa en virtud del artículo 1183 del Código Civil, lo que evidentemente no beneficia al perjudicado con la adquisición del bien defectuoso. Esta es una situación criticable que, esperamos, debería de modificarse en nuestro ordenamiento civil.

3.3. Responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva

En un sistema de responsabilidad objetiva, son los fabricantes quienes asumen totalmente los riesgos del producto, mientras que según el sistema de responsabilidad por culpa, las pérdidas se asignan enteramente a los consumidores (siempre que los fabricantes observen el estándar de diligencia adecuado) (POLINSKY, p. 117).

Para José Antonio Payet la garantía por los vicios ocultos, en cuanto está destinada a restablecer el equilibrio entre las prestaciones del contrato, opera independientemente de la culpa del transferente, pero, sin embargo, para reconocer al adquirente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, se requiere un elemento subjetivo que permita formular un reproche al transferente (PAYET, p. 505). Ante tan evidente inconveniente, las normas de protección al consumidor vienen variando a una responsabilidad totalmente objetiva con la finalidad de lograr una protección eficiente de los compradores, siendo que este aspecto es el que consideramos más relevante en la evolución de la responsabilidad civil por bienes defectuosos o con vicios ocultos.

En consecuencia, con ello se viene exigiendo modernamente una actitud diligente de los proveedores y fabricantes en los bienes que ponen al alcance de los consumidores, respondiendo automáticamente por los defectos que estos presenten.

3.4. Exclusión de responsabilidad y plazos de caducidad

El saneamiento por vicio en la práctica solo resulta útil para hacer responsable al transferente inmediato, pues como ha dicho De la Puente y Lavalle, el comprador, por regla general,

a una naturaleza contractual pues se percibe como un incumplimiento de obligaciones (arts. 1512 inc. 5 y 1321 del Código Civil).

puede exigir el saneamiento no solo a su vendedor sino también a los anteriores transferentes de la cosa que hubieran estado obligados también al saneamiento, pero que, sin embargo, puede ocurrir que en una de las anteriores transferencias de la cosa se hubiera pactado la supresión de la obligación de saneamiento, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1489 del Código Civil. En tal caso solo podría recurrirse contra el adquirente de ese transferente y los que le suceden (DE LA PUENTE, p. 428).

De igual forma, debido a los breves plazos de caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria a las que tienen derecho los adquirentes de un bien con vicio oculto, establecidos en el artículo 1514 del Código (tres meses si se trata de bienes muebles y seis en el caso de inmuebles), se hace prácticamente inviable una acción de saneamiento contra los transferentes anteriores, pues la caducidad opera a partir de la celebración de sus respectivos contratos traslativos del bien (artículo 1488), lo que hace –en la generalidad de los casos– que cuando el perjudicado adquiere la cosa con vicio oculto, ya se ha extinguido el derecho a pedir el saneamiento a varios (sino a todos) los transferentes anteriores a su inmediato transferente.

4. Una mirada a los vicios ocultos desde la óptica del Derecho del Consumidor

4.1. Externalidades negativas y responsabilidad por daños

La concepción de responsabilidad por productos defectuosos resulta ser más amplia que la de vicio oculto, por cuanto también comprende los daños que el bien o producto puede ocasionar en el consumidor, en su patrimonio o en su integridad física. Asimismo, este tipo de sistema busca extender la responsabilidad por un producto defectuoso hasta el mismo fabricante, a través de la mencionada responsabilidad extracontractual.

Y es que la regla de la responsabilidad extracontractual, que busca principalmente hacer responsable al propio fabricante de los productos defectuosos por los daños que estos provocan a los consumidores, responde a una orientación de eficiencia económica acorde con los tiempos modernos. Cuando los actos de una persona ocasionan daños a terceros, decimos que se ha producido una *"externalidad negativa"* en la víctima, la cual debe ser "internalizada" por el autor del daño, es decir, que el agresor deberá otorgar una indemnización compensatoria adecuada. Por lo que el Derecho no puede permitir que autores de actividades dañosas puedan libremente ir generando daño a sus víctimas, sin asumir su responsabilidad civil y que por el contrario sean las propias víctimas las que "internalicen las externalidades negativas". Pues de este modo proliferarían actividades riesgosas y peligrosas en las sociedades, teniendo en cuenta que los autores de dichos actos asumirían solamente los beneficios de sus actividades ("externalidades positivas"), trasladando todo el daño o costo social a terceros.

De tal forma que al amparo del Código Civil el fabricante, productor o proveedor de bienes defectuosos no asumía (internalizaba) los daños que estos causaban a la integridad física de los adquirentes o consumidores o a los bienes de estos. Siendo que el fabricante, productor o proveedor podía por lo tanto actuar negligentemente, sin tomar precauciones en la elaboración de los productos y, por lo mismo, generar daños a terceros ("externalidades negativas"), puesto que no serían asumidas por él. Al ser estas las consecuencias que generan las reglas de la responsabilidad por saneamiento, estipuladas en el Código Civil, no existe motivo aparente para mantener dicha solución legal.

Con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, como se ha dicho, los fabricantes y los proveedores son responsables solidarios por los daños que sus productos defectuosos

ocasionen en las personas o en su patrimonio. Con ello se busca generar fabricantes y proveedores más diligentes en la elaboración de productos, a fin de evitar perjuicios que se pudieran causar a la salud, integridad y patrimonio de los consumidores.

4.2. Responsabilidad del fabricante y asimetría informativa

Las normas de protección al consumidor atribuyen una responsabilidad objetiva en los fabricantes por cuanto es él quien está en capacidad de poder prevenir los daños al menor costo de transacción posible. El fabricante cuenta con toda la información de los bienes o productos que fabrica, por lo que, debido a esa información, se encuentra en una situación óptima ("posición perfecta") para prevenir los daños que se producen a los consumidores.

El fabricante está en situación de conocer qué componentes integran el bien, la expectativa de duración del producto, el costo real de su producción, la correcta forma de su manipulación, los riesgos de daños, es decir, cuenta con una información perfecta de los productos o servicios que él mismo brinda. Siendo entonces que el fabricante puede acceder de forma simple y menos costosa a toda la información referente al bien. En situación contraria se hallaría el consumidor, quien para prevenirse de los daños que podría ocasionarle el producto tendría que acceder a una mayor información que aquella que se le brinda en las etiquetas o en la publicidad comercial, incurriendo en altos costos de transacción para acceder a ella. Así por ejemplo, el consumidor de un determinado medicamento tendría que contratar los servicios de un laboratorio o algún especialista para que le informen sobre los riesgos de dicha medicina.

Por ello al fabricante y/o empresario la información le resulta menos costosa y, por lo mismo, más barato prevenir los daños. Este es un resultado eficiente. Por lo tanto, resultaría inimaginable admitir que sean los propios consumidores quienes asuman el costo de la información y de la prevención de daños.

Que los fabricantes y proveedores asuman el costo de los vicios o defectos de los bienes, permite un eficiente funcionamiento del mercado y una competencia leal, logrando una óptima asignación de recursos.

A este hecho se le llama "información asimétrica", pues es el fabricante y no el consumidor quien cuenta con mayor información sobre los bienes o servicios que se ofrecen. Por ello el fabricante, al contar con la información perfecta sobre el producto, se encuentra en mejor posición que el consumidor para poder prevenir el riesgo de daños.

A su vez, se puede afirmar que el fabricante o productor puede prever ciertos riesgos y prevenir la aparición de otros, cosa que no puede hacerlo el público consumidor, es por ello que un análisis sobre la eficiencia del Derecho busca que la formulación de normas legales cree un marco de incentivos que haga que los individuos se comporten eficientemente, provocando el máximo bienestar social, siendo que el fabricante por encontrarse en mejor situación para prevenir los daños, debe hacérsele responsable, *per se*, por los daños que ocasionen sus productos defectuosos. Con esto se habrá disuadido a los fabricantes para que no oferten en el mercado productos que tengan defectos o que sean amenaza para el público.

4.3. Inclinación por una teoría objetiva de la responsabilidad civil en el caso de vicios ocultos

Dado el mundo moderno en que vivimos, la agilidad con que celebramos transacciones y con la que adquirimos productos, no podemos ante el perjuicio por la adquisición de bienes

defectuosos o con vicios ocultos, o ante la generación de daños a los consumidores provocados por estos productos, acoger una regla subjetiva para establecer la responsabilidad del autor (fabricante, productor y/o proveedor), es decir, no podemos optar por examinar detenidamente los hechos a fin de fijar con exactitud si el autor actuó con dolo o culpa y de esta forma determinar su responsabilidad (teoría subjetiva).

Resulta más eficiente a la sociedad actual acoger la teoría de la responsabilidad objetiva por la cual el fabricante resulte responsable, por el solo hecho de haber generado daño a los consumidores (salvo que pruebe que los daños fueron consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor o que fueron provocados por terceros). Esto se justifica en razón a que estos autores son, como se ha mencionado, los que pueden proporcionar toda la información sobre el producto, es decir, aportar las pruebas sobre su inculpabilidad, siendo que a la vez se encuentran en una inmejorable posición para prevenir los daños.

La teoría de la culpa o teoría subjetiva, como lo afirma determinado sector, está en crisis, no sirve más para resolver los problemas modernos de la responsabilidad civil, como son los daños ocasionados por productos defectuosos. La realidad lo ha demostrado. Por ello, las normas de protección al consumidor buscan, pues, fabricantes y proveedores responsables, internalizar las externalidades negativas de los fabricantes de productos defectuosos y prevenir los daños a los consumidores, no han tomado en cuenta los criterios subjetivos por considerarlos actualmente deficientes, sino que se ha valido del sistema de la responsabilidad extracontractual, adhiriéndose a la teoría objetiva, para conseguir dichos fines.

DOCTRINA

ALDEA CORREA, Vládik. El saneamiento por vicios ocultos en el Derecho Civil. Y la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho del Consumidor, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 19, abril, Lima, 2000; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en general, en Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, 2ª edición, Lima, 1988; CALABRESI, Guido. El costo de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1994. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2001. ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch. 3ª edición, Barcelona, 1966; LLACER MATACAS, Ma. Rosa. El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo X. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996; PAYET, José Antonio. La responsabilidad por productos defectuosos. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VIII, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, segunda edición, Lima, 1992; POLINSKY, Mitchell. Introducción al análisis económico del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1985; POSNER, Richard A. El análisis económico del Derecho. 1ª edición, Trad. Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Definición de vicios ocultos

{L}a noción de vicio oculto está vinculada a la existencia de defectos en la cosa, no susceptible de ser apreciados a simple vista en el momento de la transferencia, que no permiten que sea útil a su fin, y su existencia y determinación imponen la obligación del saneamiento (Cas. N° 1735-97-La Libertad).

Presupuestos para la determinación de vicios ocultos

{E}n lo que respecta a la inaplicación de los artículos 1503 y 1509 del Código Sustantivo, determinar si el hecho de que la calificación municipal del inmueble materia del contrato sublitis, constituya un vicio oculto implica analizar si fue o no de conocimiento previo del adquiriente, o si este debió tener la debida diligencia de informarse en la Municipalidad del sector, o si por último, la finalidad para la que se adquiría el bien era de conocimiento de los vendedores {...} ***(Cas. N° 1417-97-Lima).***

Los vicios no ocultos

Artículo 1504.- *No se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias.*

Concordancias:
C.C. arts. 1320, 1503

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Vicios del bien: conocido por el adquirente

El artículo 1430 del Código Civil de 1852 señalaba que "no se consideraban vicios ocultos, los que el comprador ha podido conocer por sí mismo". Como resultaba confuso determinar qué es aquello que haya podido conocer por sí mismo (regla que también utilizó el Código de 1936), pero insinuando que el adquirente debe tener una conducta diligente al momento de efectuar adquisiciones de bienes, el cuerpo civil vigente varió de criterio precisando que los vicios no tendrán la calidad de ocultos, y por lo tanto no existirá la obligación de saneamiento, si es que el adquirente los puede conocer actuando con "la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias".

En este sentido, la diligencia debida y exigida al adquirente se traduce en una predisposición que el agente debe tener antes o al momento de la celebración del contrato traslativo del bien. Debemos aclarar que nuestra posición es por que la conducta del agente debe ser analizada en cada caso en concreto, no siendo prudente establecer una regla inflexible de carácter general. Corresponderá al juzgador determinar si el adquirente actuó con la debida diligencia.

Ahora bien, la diligencia que se le exige al adquirente no es una "diligencia estándar" en relación con los otros agentes con similares circunstancias o aptitudes personales, sino una "mínima diligencia" en dichos casos. Mal haría el juzgador en resolver que existe saneamiento por vicio oculto, atribuyendo que el adquirente actuó con la diligencia promedio con que se comportan otros agentes dentro del tráfico jurídico en esos casos, siendo que dicho promedio puede llegar a ser sumamente bajo y, por no decirlo menos, generar conductas irresponsables entre los adquirentes, situación que debe ser rechazada por el Derecho Civil. Por el contrario, el juzgador debe considerar que no habrá saneamiento por vicio oculto si el adquirente no adoptó una conducta que es racionalmente esperada en determinados casos, de tal forma que actuando con esa diligencia mínima podría advertir que el vicio se encontraba presente en el producto y por lo mismo, no era oculto.

Esta llamada *mínima diligencia*, deber ser determinada tomando en cuenta la aptitud personal del adquirente y las circunstancias que rodean al contrato de transferencia. Respecto de la aptitud personal, deben de considerarse los atributos personales del adquirente, que van desde su experiencia o especialidad, atravesando por evaluar su nivel socio-económico, hasta sus costumbres, con el propósito de concluir si hubo o no, negligencia en el adquirente del bien para descubrir los vicios aparentemente ocultos. Pues, de ser el caso, dicho adquirente negligente no debiera ser saneado o indemnizado si actuando con la diligencia exigible de acuerdo a su aptitud personal, pudo advertir el vicio o defecto.

Existen casos sumamente polémicos para poder determinar si corresponde aplicar el saneamiento por vicio oculto, tomando en cuenta las condiciones personales del adquirente. Bien pueden estimar algunos, que aquellas personas que gozan de cierto nivel profesional

o técnico, deben de ser evaluadas con mayor severidad para concluir si pudieron detectar el vicio en el producto; sin embargo, ello no siempre es tan sencillo de materializar. Imaginemos que un abogado al comprar un compendio de legislación, lo hace con la intención de adquirir una publicación de leyes actualizada. Pero puede ocurrir que dicho compendio tiene varios meses de editado, siendo que al momento de su adquisición se habían producido varias modificaciones legales inadvertidas en aquel momento por el letrado. En este caso un abogado puede alegar que existe un vicio oculto, pues al momento de su compra adolecía de una imperfección (compendio desactualizado) que lo hacía inútil, precisamente, para el propósito de su adquisición. O es que en realidad este es un vicio que debió ser conocible por el abogado atendido a su profesión o nivel de instrucción. A primera vista, pareciera que el abogado no tendría derecho a saneamiento alguno, pues el conocer las nuevas disposiciones legales que se promulgan es un hecho atribuible a la profesión de letrado. Pero qué pasaría si el compendio legislativo es sobre una materia diametralmente opuesta a la especialidad del abogado que adquiere la publicación (por ejemplo, el bien era un compendio de legislación de telecomunicaciones o infraestructura, y el abogado adquirente de la publicación es especialista en tributación). Precisamente por poseer determinada especialización en una materia jurídica, escaparía de su conocimiento las disposiciones que se sucedan sobre otras materias alejadas a su mencionada especialidad, aunque también corresponda a las ciencias jurídicas.

Conforme al ordenamiento civil no existe vicio oculto cuando el adquirente pudo conocer actuando con una diligencia exigible de acuerdo a las circunstancias que rodean a la adquisición. Así, por ejemplo, podemos indicar que un gerente de una agencia de aduanas, conforme a sus aptitudes personales, no tiene por que conocer del funcionamiento o defectos que tuviera una máquina fotocopiadora que adquirió para las oficinas de la agencia aduanera. Sin embargo, cuando dicho gerente diligentemente se hace asesorar por un técnico especialista en máquinas fotocopiadoras, lo lógico es que se analice esta circunstancia para determinar si el vicio pudo o no ser conocible al momento de la adquisición.

2. Vicio de la voluntad: el error del adquirente

La verdad es que diferenciar entre instituciones jurídicas como el saneamiento por vicio oculto y el error del acto jurídico es una de las más enmarañadas labores acometidas por la doctrina civil, analizada por estudiosos y juristas quienes no pocas veces han formulado su posición con ciertas reservas.

En primer lugar debemos anotar que ambos institutos se desprenden de la Teoría de la Causa del acto jurídico. Recordemos que el fundamento por el cual se declara anulable un acto jurídico por error, es que dicho acto se ejecuta precisamente por una falsa creencia del agente (vicio de la voluntad), la misma que constituye el motivo determinante por el cual celebra el acto, pues de otra forma no se hubiera consumado el negocio jurídico, encontrándonos ante la presencia de una falsa causa.

De otra parte, habrá saneamiento por vicio oculto, cuando existe la creencia que el bien cuenta con todos lo atributos o cualidades normalmente esperados en aquellos de su tipo, siendo que al existir estos vicios que afecten el uso ordinario del producto, el adquirente puede solicitar el saneamiento al transferente, pues el motivo por el cual adquiere el bien es precisamente para darle el uso esperado, uso que al final se verá frustrado, encontrándonos ante un supuesto de una falta o ausencia de causa, por lo que de conocerse de la existencia del vicio, este sería considerado como no oculto y por lo mismo el transferente no se encontraría obligado al saneamiento.

El saneamiento por el vicio oculto, así como la anulabilidad por error, son mecanismos de tutela del agente perjudicado, que en muchas ocasiones, dependiendo las circunstancias, el adquirente puede exigir alternativamente; vale decir, que extinta la acción de saneamiento, es procedente accionar por la anulabilidad del contrato traslativo. Pero esta situación deviene en improcedente cuando el vicio resulta ser no oculto y conocible, dificultando aún más la distinción entre el vicio oculto y el error como vicio de la voluntad.

No está de más agregar que entre las diferencias que podemos encontrar entre el error del acto jurídico y el saneamiento por vicio oculto, personalmente, podemos señalar las siguientes:

a) **Disociación con la realidad del adquirente.-** El error del adquirente puede recaer sobre el bien y sobre las demás circunstancias que rodean al bien (error de derecho, error de cálculo, error de persona, etc.), teniendo un ámbito de aplicación ampliado, a diferencia de lo que acontece en el vicio oculto que solo se limita a los atributos esenciales del bien adquirido.

b) **Conocibilidad de la contraparte o transferente.-** El error debe ser conocible por la otra parte (el transferente), para que se genere la anulabilidad del acto adquisitivo (artículo 201). En el vicio, por el contrario, el transferente puede hasta desconocerlo, pero indefectiblemente se encuentra obligado a sanear al adquirente (artículo 1503).

c) **Efectos indemnizatorios disímiles.-** De existir error en el adquirente, dicho vicio de la voluntad solo afectaría con la anulación al contrato traslativo del bien, no dando lugar, entre las partes, a una indemnización (artículo 207). En cambio, el adquirente que solicite el saneamiento por vicio oculto, no solo puede solicitar la resolución del contrato (acción redhibitoria), sino también la indemnización por los daños y perjuicios correspondientes, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios (artículo 1512).

d) **Intransmisibilidad en caso de novación.-** Un tema harto polémico resulta ser el tratamiento de los efectos de la novación que se dispensa en caso de anulación por error y de saneamiento por vicios ocultos. En virtud del artículo 1286, si la obligación primitiva fuera anulable (por vicios de la voluntad como el error), la novación no tiene validez, salvo que el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación. Es decir, que ante el error del acto jurídico se puede anular la novación y a su vez el contrato primitivo. Pero ¿la novación deja sin efecto la obligación de saneamiento generada en el contrato primitivo? Es interesante revisar el artículo 1283, por el cual indica que en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, siendo que para diversos autores, dicho término debe de entenderse en su más amplio concepto, no solo abarcando a las hipotecas, prendas o fianzas, sino también a las penalidades, privilegios y accesorios, como resultaría ser el saneamiento. En este sentido, en el caso de una novación no se transmitiría el derecho al saneamiento, menos aún se generaría la anulabilidad de acto novativo, en este mismo escenario –aplicando el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal– el saneamiento se habría extinguido conjuntamente con el contrato primitivo.

DOCTRINA

ALDEA CORREA, Vládik. El saneamiento por vicios ocultos en el Derecho Civil. Y la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho del Consumidor, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 19, abril, Lima,

2000; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Contratos en general, en Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos y Arias Schreiber Montero, Ángela. Compiladora Delia Revoredo Marsano, segunda edición, Lima, 1988; CALABRESI, Guido. El costo de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Editorial Ariel, Barcelona, primera edición, 1994. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III, 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2001. ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Primera Parte, 3ª edición, Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Bosch, Barcelona, 1966; LLACER MATACAS, Ma. Rosa. El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo X. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950; MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión revisada, Bogotá, 1996; PAYET, José Antonio. La responsabilidad por productos defectuosos. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VIII, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, segunda edición, Lima, 1992; POLINSKY, Mitchell. Introducción al análisis económico del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1985; POSNER, Richard A. El análisis económico del Derecho. Trad. Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR

Vicios ocultos conocibles por el adquirente

Si luego de realizada la entrega del bien, el adquirente detecta defectos en el mismo que no permitan darle el uso para el cual estaba destinado, no será procedente el saneamiento por vicios ocultos si no se llega a probar la existencia de estos al momento de la celebración del contrato, siendo de aplicación la norma del artículo 1504 que establece que no se consideran vicios ocultos los que, el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias ***(Sentencia Exp. N° 1167-2000, Corte Superior de Justicia de Lima).***

Saneamiento por carencia de cualidades prometidas

Artículo 1505.- ***Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.***

Concordancias:
C.C. arts. 662, 857, 869, 870, 871 a 880; C.T. arts. 17 inc. 1), 25; LEY 26887 art. 276

JHOEL CHIPANA CATALÁN

El principio de identidad en la ejecución de las prestaciones que surgen de un contrato viene a ser el punto de partida sobre el cual se va a erigir el concepto de cualidades específicas que han sido prometidas por el transferente y que será objeto de este comentario.

En efecto, constituye una regla general el que el deudor pague la prestación a su cargo, atendiendo a lo que en el propio contrato se ha obligado. Así, no le está permitido obligar al acreedor a recibir algo que no cumpla con las cualidades ofrecidas, aunque estas sean incluso mayores. Esta idea se encuentra consagrada en el artículo 1132 de nuestro Código Civil[1] y constituye la regla general del pago en materia de obligaciones.

Así, lo señalado se va a aplicar a aquellos supuestos en donde esa cualidad sea perceptible al momento en el que el pago se va a realizar, de ahí que el Código Civil le otorgue al acreedor una serie de alternativas que pasan por no aceptar el pago (esto es, rechazarlo), aceptar ese pago aunque sea defectuoso, intimar en mora a efectos de que el deudor procure la ejecución correcta, entre otros.

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, estamos ante la ejecución de una prestación que el acreedor "cree" que ha sido adecuada pero que en realidad no lo es, debido a que existe un vicio que en ese momento se encontraba oculto y que será descubierto con posterioridad, razón por la cual la norma le otorga a dicho acreedor la posibilidad de solicitar el saneamiento correspondiente. Nótese, sin embargo, que nos seguimos encontrando ante la vulneración al principio de identidad en la ejecución de la prestación, pero con unas consecuencias más específicas.

Sobre este precepto legal, Arias-Schreiber[2] sostuvo que: "cuando una persona adquiere un bien es porque lo considera apto para el fin al que lo destina, tal como aparenta serlo. Esta apariencia suele presentarse tanto en el aspecto real del bien que hace suponer que reúne las cualidades deseadas, como en un concepto puramente figurado, esto es, que resulte de la confianza depositada por el adquirente en base a las afirmaciones hechas por el transferente. De consiguiente, y si sucede que no se presentan estos presupuestos –falta de las cualidades prometidas que le daban valor o aptitud para su destino–, el adquirente tendrá expedito su derecho para que se sanee el vicio. Existe un valor entendido en este precepto y es que la falta de las cualidades ofrecidas debe ser trascendente o grave. No habría, en efecto, justificación para poner en movimiento el mecanismo del saneamiento si el vicio oculto fuese insignificante y no mermase la aptitud que fue el motivo determinante para que se produjera la adquisición".

(1) Artículo 1132.- "El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor".

(2) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. "Contratos. Parte general". En: REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*. Tomo VI. Parte Tercera 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 221 y 222.

Hay dos ideas importantes en la opinión citada que merecen un atento análisis. La primera está representada en el hecho que se hace mención a un "deseo" y a una "confianza" depositada por el adquirente en base a las afirmaciones hechas por el transferente. Sobre este particular, creo importante diferenciar el aspecto objetivo que atiende a una valoración social del objeto del contrato, de aquel aspecto subjetivo que recae en cabeza del adquirente, quien celebra el contrato debido a la existencia de una oferta del transferente que contiene cualidades que son específicas y especiales. Es decir, el precepto bajo estudio no tendría ningún sentido si estuviésemos ante un caso en el que no se toma en cuenta ese aspecto subjetivo-valorativo de determinada cualidad, ya que si no fuese así nos encontraríamos frente a ese aspecto objetivo que al ser tal no requiere una especificidad ni una promesa singular que el transferente realice al adquirente.

En segundo lugar, se afirma que la falta de cualidades debe ser grave o trascedente. Sobre el particular, considero que esa gravedad debe medirse objetivamente. Me explico. Si bien al momento de suscribir el contrato la cualidad especial está determinada por el juicio de valor subjetivo que el adquirente tenía en ese momento y que se encuentra plasmado en el contrato, una vez que este se celebra, esa subjetividad pasa al ámbito de la valoración objetiva, de tal suerte que cuando exista alguna situación anómala que permita al adquirente solicitar un saneamiento, la falta de la cualidad especial se debe medir teniendo en cuenta el aspecto objetivo representado en lo que señala el contrato para poder compararlo con la cualidad del bien. De esta forma, de existir, objetivamente, una exacta coincidencia entre ambos elementos.

Siendo ello así, al existir una inconsistencia entre lo que el contrato dice y lo que el bien representa, estaremos ante un supuesto de falta de la "cualidad prometida" y cuando ello se haya verificado se van a presentar dos opciones: la primera referida a que dicha ausencia en las cualidades será grave o transcendente, y la segunda que se refleja en que dicha ausencia puede ser menor o mínima. Arias-Schreiber señala que es la primera la que va a tener relevancia jurídica, pero me permito no compartir dicha posición por lo siguiente: el principio de identidad en la ejecución de una prestación significa que el acreedor debe recibir el pago exacto de lo que el deudor le debe, es decir, este no debe ser defectuoso. Si esa es la regla general que rige en materia de obligaciones, con mayor razón dicho principio se debe respetar cuando la obligación posea un grado de especificidad en torno a las cualidades del objeto del contrato, en vista de que es en razón a esas cualidades especiales que el adquirente ha celebrado el contrato. De ahí que el saneamiento deba proceder incluso si la falta de cualidades es menor, ya que aceptar la tesis contraria significaría relativizar la finalidad que tenía el adquirente al momento de suscribir el contrato y quitarle importancia al ya mencionado principio de identidad.

Ahora bien, en torno al concepto mismo de "cualidades prometidas", De la Puente[3], citando a Rubino, sostiene que "es obvio que las cualidades prometidas no son, o al menos no son pura y simplemente, las cualidades esenciales para el uso normal del bien, con el solo agregado de ser también específicamente prometidas en el contrato: en caso contrario, la mención separada de esta segunda situación sería inútil y no habría dado una mayor amplitud a la categoría de la cualidad en general, porque las cualidades normales esenciales son ya relevantes de por sí, y nada añade a esa circunstancia el ser también específicamente prometida en el contrato. Por consiguiente, en la cualidad prometida, como categoría autónoma, comprende todos aquellos requisitos que, de un lado, no son cualidades esenciales normales y, del

(3) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo III. 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 551.

otro, que no significa que deban ser necesariamente indicados de modo expreso o específico, esto es, uno por uno. A su vez, tales cualidades se subdistinguen, en línea meramente descriptiva, en tres subcategorías: (i) aquellos requisitos que normalmente son extraños al tipo al que pertenece el bien (al menos cuando se trata de bienes genéricos); (ii) la cualidad prometida puede estar constituida por un determinado grado especial de una cualidad esencial normal del bien; (iii) también la inexistencia de un determinado vicio, en cuanto sea pactada no solo explícita, sino también específicamente, deviene cualidad prometida, cualidad esencial".

Lo señalado sirve para entender que, en un plano normativo y teórico, es claro que se hace referencia la "falta" o "ausencia" de esas cualidades, es decir, se está ante un defecto que tiene una naturaleza negativa, pero cabe preguntarse si el saneamiento también tendría lugar en un caso en el que esas cualidades sean superiores a las ofrecidas, es decir, se esté ante un exceso en la existencia de las mismas.

Un ejemplo que podría utilizar para graficar esta hipótesis podría ser el siguiente: imaginemos que deseo adquirir una computadora que tenga como cualidad especial una tarjeta de video de 4GB, debido a que me dedico al diseño gráfico. Así, si es que me entregan una laptop con una tarjeta de video de 2GB, es claro que podría solicitar el saneamiento del bien en plena aplicación del artículo 1505. Sin embargo, ¿podría llegar a la misma conclusión si es que me entregan una laptop con una tarjeta de video de 8GB? En este caso creo que sería descabellado que alguien plantee un saneamiento por la entrega de un bien con cualidades mayores a las pactadas en el contrato. Sin embargo, y en estricto, se está entregando algo que no fue pactado por las partes, por lo que el acreedor tendría todo el derecho de presentar un reclamo, pero no para lograr que saneen el bien, pues este cumple con la finalidad perseguida, sino simplemente para que le entreguen aquel que el contrato establece. Por lo demás, queda claro que sería difícil que este reclamo se presente, puesto que ese bien no va a generar en el acreedor ningún gasto adicional o va a representar la existencia de algún potencial perjuicio.

Distinto sería el caso en el que deseo adquirir un automóvil de 1000 caballos de fuerza para competir en un torneo y me entregan uno de 1400 caballos de fuerza. Allí se podría decir que me voy a ver beneficiado y que no tendría sentido plantear algún reclamo, pero lo cierto es que esa máquina podría generarme mayores gastos de mantenimiento y cuidados adicionales que yo no habría previsto, con lo que en este caso sí tendría algún sentido plantear acciones contra el transferente. Sin embargo, la vía no será la que establece el precepto legal bajo análisis, sino más bien aquella regla general contenida en el artículo 1132 del Código Civil.

Debe recordarse que los pagos anómalos no solo se producen por defecto, sino también por exceso. Sin embargo, los mecanismos de los que dispone el acreedor serán diferentes en uno u otro caso, ya que al primer supuesto se le podría aplicar el artículo bajo comentario, mientras que al segundo le será de aplicación alguno de los diversos mecanismos que de manera general ofrece el Código Civil para una situación de esta naturaleza.

Por otro lado, conviene también distinguir la figura de la ausencia de cualidades de aquella referida a la entrega de un bien que pertenece a un género distinto al acordado por las partes. En el primer caso, el género del bien es el mismo, pero su cualidad especial no está presente en él; en cambio, en el segundo caso estamos ante bienes de distinta naturaleza. Así, para resolver el primer caso se puede aplicar el artículo bajo estudio, y para el segundo caso se estará ante un supuesto de incumplimiento, por lo que la figura a aplicar sería, por ejemplo, la resolución contractual por inejecución de obligaciones.

Con todo, si es que hay ausencia de cualidades, la norma establece que habrá lugar a un saneamiento por esos vicios ocultos, con lo que el adquirente tendrá el derecho de resolver el contrato (acción redhibitoria contenida en el artículo 1511[4] del Código Civil) con las consecuencias que ello trae consigo (contenidas en el artículo 1512)[5], o pedir que se le reintegre el valor de lo que representa esa ausencia de la cualidad prometida (acción estimatoria contenida en el numeral 1513[6] del mismo cuerpo normativo).

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. "Contratos. Parte general". En: REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Tomo VI. Parte Tercera. 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo III, 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007.

(4) Artículo 1511.- "El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato".

(5) Artículo 1512.- "La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente:
1. El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.
2. Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda.
3. Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.
4. Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución.
5. La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios".

(6) Artículo 1513.- "El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512, inciso 5".

Saneamiento en la transferencia conjunta

Artículo 1506.- ***Cuando se transfieren dos o más bienes conjuntamente, el vicio de cada uno dará derecho a la acción correspondiente y no se extenderá a los otros, a no ser que el adquirente no hubiese adquirido el otro u otros sin el que adolece del vicio. Se presume esto último cuando se adquiere un tiro, yunta, pareja, juego o análogos, aunque se hubiera señalado un valor separado por cada uno de los bienes que lo componen.***

Concordancias:
C.C. arts. 1328, 1489, 1502, 1503

JAVIER ISMODES TALAVERA / ADOLFO ZEGARRA AGUILAR

1. Adquisición de varios bienes en forma conjunta

Respecto al saneamiento de los bienes adquiridos en forma conjunta, en primer lugar, debe tenerse presente la existencia de la siguiente regla general: "(...) el vicio de cada bien da lugar a su propio saneamiento, independientemente de los demás..."; así lo precisa el doctor Manuel De la Puente y Lavalle[1] al referirse a este mismo artículo, y nosotros concordamos plenamente con dicha regla, pues esta marca el punto de partida y base para desarrollar el sentido de la presente norma.

Asimismo, es importante mencionar que la regla antes enunciada no se ve enervada ni se altera porque se haya celebrado uno o diversos contratos. Para efectos del saneamiento de bienes transferidos en forma conjunta ello no implica impedimento; tanto más, cuando actualmente debido al elevado número de transacciones económicas que se realizan diariamente en forma simultánea y la velocidad con que estas se llevan a cabo, lo más probable es que se celebre un solo contrato, fundamentalmente debido al menor costo que ello implica. En otras palabras, un solo contrato resulta, muchas veces, siendo una operación eficiente; debiendo abordarse el término *eficiencia* como la relación existente entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma[2]. Con respecto a lo dicho anteriormente, debemos hacer presente que cuando se señala un solo contrato, nos referimos principalmente al hecho de haberse establecido un solo precio o valor global para la transferencia.

2. Se trata de bienes principales

Para una correcta comprensión del artículo materia de análisis es fundamental observar que esta norma se refiere exclusivamente a los bienes que tienen el carácter de principales y no de accesorios. Se trata pues, de aquellos bienes que no se encuentran permanentemente ligados o afectados a otros. El caso de los bienes accesorios, (mejor dicho, la existencia de la relación: bienes principales - bienes accesorios), se trata en el artículo 1507, más adelante. Dicha norma establece que cuando se transfieren bienes principales y accesorios, los vicios que afectan a los primeros dan lugar al saneamiento de estos y de los accesorios, pero no a la inversa. Como es de verse, el sentido de dicha norma difiere sustancialmente de la que estamos comentando.

(1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2001, p. 558.

(2) Ver POLINSKY, Mitchel. *Introducción al análisis económico del Derecho.* Traducción de *An introduction to law and economics* por J. M. Álvarez Flórez. Ariel, Barcelona, 1985, p. 18.

En este mismo sentido, se puede dar cuenta de una excepción a la regla general señalada al inicio de este trabajo. Dicha excepción se tipificaría: "(...) cuando, existiendo un vicio oculto en uno de los bienes principales, el adquiriente no hubiese adquirido los demás sin el que adolece del vicio (...)"[3]. Es decir, de ser el caso –que el adquirente no hubiese adquirido los demás sin el que adolece del vicio–, dicho vicio (y, por consiguiente, la acción correspondiente) se extiende a los demás bienes. Tal excepción es razonable, pues de ninguna forma podría obligarse al adquirente a separar, para efectos del saneamiento –y cualquier otra acción–, aquellos bienes que adquirió en función al que adolece de vicio. Reiteramos que en el presente caso no se trata de bienes en relación de principal-accesorio sino siempre de bienes *principales*.

Sobre el particular, en el mismo comentario antes citado, De La Puente y Lavalle expone que: "Dada la dificultad de acreditar la voluntad del adquirente respecto a la adquisición o no del resto de los bienes sanos, el artículo 1506 ha establecido una presunción *juris tantum* en el sentido que el adquirente opta por lo segundo, o sea no adquirir los bienes sanos, cuando todos los bienes forman un tiro, yunta pareja, juego o análogos. En tal caso, el adquirente puede entablar cualquiera de las dos acciones de saneamiento por la totalidad del conjunto. Si optará por la acción redhibitoria, esta se ejercitará orientada a obtener los conceptos indicados en el artículo 1512 del Código Civil referidos a todos los bienes, o sea, por ejemplo, al valor de todos ellos, los frutos de todos ellos, etc.".

3. Carga de la prueba

En función a lo indicado y en atención al principio procesal de carga de la prueba, contenido en nuestro ordenamiento adjetivo, en el artículo 196[4] del Código Procesal Civil, precisamos que corresponderá acreditar la adquisición del bien y la existencia del vicio que lo afecta al adquirente.

De otro lado, en caso de que el adquirente elija la acción estimatoria –la misma que desarrollaremos más adelante, al comentar el artículo 1513– De La Puente y Lavalle cita a García Goyena quien sostiene que: "(...) si el precio se fijo alzadamente, la rebaja del precio se ha de hacer habida consideración del menor valer de todas las cosas al tiempo de la venta por el descubrimiento del vicio y no al menor valer de la cosa viciosa; si hubiera sido señalado precio para cada una de las cosas, la rebaja y menor valer se regulará por el precio que se dio en la venta al vicioso (...)"[5]. En todo caso, consideramos que cada situación es muy particular para aplicar una regla general.

En función de lo dicho, Bonivento, también citado por el tratadista nacional, considera que: "(...) el tratamiento que le da el Código Civil a la adquisición de cosas juntamente es un caso en que se acude a la causa en el adquirente para determinar los alcances del saneamiento (...)"[6].

Creemos que es acertado atender al criterio finalista cuando se trata de la adquisición de bienes en forma separada, así como en forma conjunta, pues la justificación de la acción

(3) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 558.

(4) Artículo 196 del C.P.C. "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o quien los contradice alegando nuevos hechos".

(5) GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Comité, Zaragoza, 1974, p. 754. Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 559.

(6) BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p. 128. Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 559.

de saneamiento, en todos los casos, es dejar de lado el vicio encontrado, a través de una respuesta eficaz del transferente y, así poder ejercer un pleno derecho sobre dichos bienes y destinarlos a la finalidad para que para la que se adquirieron.

Finalmente, para ilustrar de mejor forma lo dicho aquí, sobre el supuesto de la existencia de un vicio en la adquisición de bienes en forma conjunta, traemos a colación el ejemplo del juego de comedor compuesto de ocho sillas, una mesa y un aparador; el vicio oculto de tres sillas da lugar a que todo el juego no pueda ser utilizado para la finalidad de la adquisición, que es que ocho personas se sienten a la mesa simultáneamente[7].

Otro ejemplo, sería el de la colección de obras de literatura de treinta y cinco tomos, cada uno conteniendo una obra distinta de un autor diferente, siendo que solo se la puede adquirir en forma completa. Aquí el vicio en dos tomos, impide usar la colección completa, que es lo que seguramente quería el adquirente.

DOCTRINA

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2001; GARCÍA GOYENA, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Comité, Zaragoza, 1974; POLINSKY, Mitchel. Introducción al análisis económico del Derecho. Traducción de "An introduction to law and economics" por J. M. Álvarez Flórez. Ariel, Barcelona, 1985.

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 559.

Saneamiento en la transferencia de bienes principales y accesorios

Artículo 1507.- ***Cuando se transfieren bienes principales y accesorios, los vicios que afectan a los primeros dan lugar al saneamiento de estos y de los accesorios, pero no a la inversa.***

Concordancias:
C.C. arts. 888, 889

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Nociones preliminares

Existe en el ordenamiento jurídico peruano (así como en los correspondientes a otros países) una regla muy famosa "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" (regla de la accesoriedad) y sobre esta noción se construye la presente norma jurídica.

2. ¿Qué justifica la regla de la accesoriedad?

La regla se sustenta en la existencia de un bien accesorio que es "aquel que sin ser parte integrante de un bien principal cumple respecto de él una función utilitaria (en tanto coadyuva a su adecuado funcionamiento teniendo respecto del bien principal un fin económico)", por ejemplo: la radiocasetera de un automóvil o los muebles de una casa-habitación.

De acuerdo al Código Civil peruano, si existen vicios que afectan a los bienes principales entonces serán afectados también con estas anomalías los accesorios, por ejemplo: "si existe una evicción respecto del bien principal ello conllevará a que el saneamiento (por la existencia de un proceso judicial respecto del bien) también se realice sobre los accesorios", así tenemos que de existir un embargo sobre un bien inmueble también sería objeto de la medida cautelar todo bien mueble que se halle en el bien.

No obstante lo señalado sobre saneamiento por evicción, en el presente caso el Código Civil alude a un vicio oculto que es entendido como "la anomalía estructural de un bien que un sujeto (con normal diligencia) no pudo percibir al momento de contratar y que afecta el derecho de propiedad o de posesión del sujeto adquirente".

Un ejemplo que justifique lo indicado en el párrafo precedente sería: "Alberto adquiere una casa ubicada en la Avenida La Molina N° 121 - distrito de La Molina por un valor de S/. 350,000 (trescientos cincuenta mil nuevos soles) que a la fecha ascienden al valor de US$ 100,000 (cien mil dólares americanos). Dicha casa es vendida con una serie de accesorios como: un *jacuzzi,* una piscina, entre otros lujos. Habiendo transcurrido un mes de la compra, Alberto detecta que la casa tiene graves problemas eléctricos porque las conexiones han sido elaboradas de modo precario. Ante ello se procede a efectuar el saneamiento sobre el bien principal (el inmueble) pero también se ejecutará este sobre el *jacuzzi* (revisando el sistema eléctrico del mismo)".

3. Construcción normativa

La norma jurídica regulada en el artículo 1507 del Código Civil peruano tiene por estructura a la siguiente:

Supuesto de hecho: Si se transfieren bienes principales y accesorios y los primeros son afectados por vicios.

Nexo causal: Entonces.

Consecuencia jurídica: Se produce el saneamiento de estos y de los accesorios, pero no a la inversa.

4. Explicación normativa

La norma jurídica, objeto de análisis, desde nuestro punto de vista no reviste mayor complejidad, puesto que es muy clara y práctica, dado que no sería prudente que el enajenante solo realice el saneamiento sobre el bien principal cuando el accesorio podría verse afectado, así, en el caso de que se trabe sobre un inmueble una medida cautelar de embargo, no resultaría útil para el adquirente que se levante la medida respecto del inmueble pero no sobre los bienes muebles (accesorios de la casa). Por otro lado, en el caso de los vicios ocultos, no resultaría razonable que el obligado a sanear solo realice las acciones necesarias sobre el bien principal cuando también los bienes accesorios pueden ser afectados como sucede en el ejemplo de Alberto y la casa adquirida, donde de no realizarse el saneamiento sobre el *jacuzzi* este puede estropearse.

La aplicación inversa de la norma jurídica no resultaría posible puesto que ello nos conduciría a afirmar que "lo que suceda con el bien accesorio afecta al bien principal", por ejemplo la existencia de un problema en la conexión eléctrica del jacuzzi no podría justificar un saneamiento por vicios ocultos del bien inmueble.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996.

Vicios en bien fungible

Artículo 1508.- ***El adquirente de un bien fungible viciado puede exigir, en sustitución del saneamiento, la entrega de otro de igual naturaleza.***

JHOEL CHIPANA CATALÁN

Sobre este particular, Arias-Schreiber[1] sostuvo que: "cuando se trata de bienes fungibles, esto es, reemplazables por otros de la misma especie y calidad, el Código ofrece al adquirente la alternativa de recibir otro bien en reemplazo del que adolece de vicio o plantear la acción por saneamiento. José León Barandiarán ha objetado esta fórmula, que nos viene de la legislación alemana, manifestando que es preferible adoptar la que fuera propuesta por el tratadista Goldschmidt, según la cual una vez individualizado el bien, la obligación del transferente consiste en una entrega de cuerpo cierto, de modo que si lo que se ha entregado adolece de vicio, solo cabe ejercitar la acción redhibitoria (resolutoria) o estimatoria (reducción del precio), ya que el adquirente no tiene derecho a que se le dé un bien distinto. Por mi parte, y admitiendo que teóricamente el régimen que plantea el artículo 1508 puede merecer objeciones, me inclino por él debido a sus ventajas prácticas. En efecto, en vez de que sea imperativo seguir la vía de la acción de saneamiento, se abre la posibilidad de que la prestación quede satisfecha adecuadamente, lo que es congruente con el criterio de mantener el contrato y velar por su correcta ejecución".

El artículo 1508 del Código Civil es un ejemplo de que a veces la practicidad logra vencer a una adecuada aplicación teórica de determinada figura. En efecto, lo que dicha norma regula es un caso en el que, partiendo de un supuesto en el que el pago se ha realizado de manera equivocada (es decir, un pago anómalo), se le permite al adquirente del bien fungible viciado exigir la entrega de otro en caso no desee activar el saneamiento. De esta forma, estaríamos, en estricto, ante una adenda que tendría como objeto devolver el bien al deudor y otorgarle un plazo nuevo para que este ejecute su prestación de manera adecuada. Considero que esa es la lectura que se le debe dar a lo regulado en esta norma, al margen de que teóricamente la posición de León, citada por Arias-Schreiber, sea la más adecuada.

Por otro lado, también se discute el que esta facultad solo la posea el adquirente. En ese sentido, De la Puente[2] sostiene que "no se explica por qué la sustitución del bien fungible viciado por otro bien sano de la misma calidad y esencia es una facultad exclusiva del adquirente, cuando habría sido equitativo que el transferente pudiera evitar la responsabilidad por saneamiento efectuando una sustitución similar. Enneccerus reconoce que, en rigor, el deudor no tiene un derecho a entregar en lugar de la cosa defectuosa otra exenta de vicios, sin embargo, si el deudor inmediatamente ofrece hacerlo, la negativa del comprador puede ser contraria a la buena fe".

(1) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. "Contratos. Parte general". En: REVOREDO MARSANO, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios.* Tomo VI. Parte Tercera. 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 223 y 224.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo III. 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 565 y 566.

Lo señalado tiene sentido si se pone de relieve que el pago no solo es una obligación que tiene el deudor, sino también es su derecho. De ahí que la norma debió prever la posibilidad de que ese cambio del bien viciado también pueda realizarse por iniciativa del deudor, con la particularidad de que este debería actuar de inmediato para cumplir con el principio de la buena fe en la ejecución de un contrato (regulado por el artículo 1362 del Código Civil).

Sin perjuicio de ello, sobre esta facultad que la norma le otorga únicamente al adquirente, Suárez[3] sostiene que ello "se sustenta en que es el interés del primero el que determina el destino del contrato. En efecto, un bien fungible puede tener para el adquirente una finalidad y un valor determinado en el momento de su adquisición y puede no tenerlo luego. El obligar legalmente al adquirente a recibir –en sustitución– un bien fungible ausente de vicios por el originalmente recibido –bien fungible viciado– nos parece una solución legal que podría afectar su interés en el contrato. Recordemos que el adquirente ya está perjudicado por el hecho de haber recibido un bien viciado y no poder disponer del mismo de inmediato en tales condiciones. Resulta cierto que esta posición podría generar supuestos de abuso del derecho por parte del adquirente cuando el transferente le ofrece de inmediato entregar un bien fungible libre de vicios, pero evitar tal supuesto excepcional de abuso será una decisión que debiera ser tomada en el caso concreto por un juez, en el contexto de un proceso judicial por abuso del derecho promovido por el transferente".

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. "Contratos. Parte general". En: REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Tomo VI. Parte Tercera. 2ª edición. Thomson Reuters, Lima, 2015; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo III. 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007; SUÁREZ GAMARRA, Saúl. En: Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas. Tomo VII. 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Aplicación del artículo 1508 del Código Civil

(E)n nuestra legislación, el Código Civil no define expresamente lo que es un bien fungible, como sí lo hace, por ejemplo en el caso de los bienes ciertos e inciertos, así encontramos en el artículo 1508 que se señala que "el adquirente de un bien fungible viciado puede exigir, en sustitución del saneamiento, la entrega de otro de igual naturaleza"; asimismo se encuentra lo prescrito en el artículo 1648 del Código sustantivo, que al definir el contrato de mutuo, señala que el mutante 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 y cantidad ***(Resolución Nº 142-99-ORLC/TR).***

(3) SUÁREZ GAMARRA, Saúl. En: *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas.* Tomo VII. 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, p. 704.

Cargas, limitaciones o gravámenes ocultos

Artículo 1509.- ***Hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio noticias al celebrarse el contrato, si estos son de tanta importancia que disminuyen el valor del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto.***

Concordancias:
C.C. arts. 1099, 1484, 1485

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos introductorios

El Código Civil peruano establece cuándo se puede efectuar un saneamiento por vicios ocultos respecto del bien por causas ajenas a la naturaleza del mismo. Así tenemos que la norma jurídica, objeto de estudio, señala como situaciones posibles de sanearse las siguientes: la existencia de cargas, limitaciones o gravámenes ocultos.

Para elaborar un comentario adecuado de la norma objeto de análisis es indispensable precisar conceptualmente la noción de carga, limitación y gravamen. *Carga* es una afectación legal respecto al bien y que debe ser tolerada como la servidumbre de paso. *Limitación* se refiere a una delimitación voluntaria del derecho de uso del poseedor o propietario adquirente del bien. El gravamen, por su parte, se refiere a una afectación voluntaria sobre el bien como es aquella que resulta de una hipoteca constituida sobre un bien inmueble.

2. Alcances de la norma jurídica

Tenemos en la presente norma jurídica los siguientes elementos:

Supuesto de hecho: Si existen cargas, limitaciones o gravámenes ocultos sobre un bien principal y no se dieron noticias al celebrarse el contrato.

Nexo causal: Entonces.

Efectos jurídicos (consecuencia): Procede el saneamiento siempre que la afectación sea importante y produzca alguna de las siguientes consecuencias: a) disminuya el valor del bien; b) haga inútil al bien para la finalidad de su adquisición, o c) reduzca sus cualidades para ese efecto.

3. Explicación de la norma

Para entender los alcances de la norma jurídica objeto de estudio debemos delimitar el contenido conceptual de los siguientes términos: carga, limitación y gravamen.

La *carga* es una afectación del bien por imperio de la ley, como puede ser la "existencia de una servidumbre legal". Tal es el caso de Juan quien es propietario de un predio en La Molina, el que se ubica entre dos predios (vecinos), el de Miguel y el de Luis, quienes para poder evacuar (salir de este) requieren pasar por el predio de Juan, constituyendo así una servidumbre de paso.

La *limitación* es una afectación voluntaria del bien que restringe el normal ejercicio del derecho de posesión y de propiedad, tal es el caso de una servidumbre asumida de modo voluntario por un propietario o poseedor.

El *gravamen* es una afectación voluntaria que el sujeto impone a su predio y que implica la existencia de una garantía, como es el caso de una hipoteca o de una prenda.

De existir alguno de los supuestos antes señalados (afectando de modo determinante el interés del adquirente), entonces puede solicitarse el saneamiento del bien y, de ser el caso, la resolución del contrato. ¿Cuáles son las afectaciones que resultan determinantes?

a) Disminución del valor del bien: Se produce cuando la carga, limitación o gravamen repercuten negativamente en el valor del bien, en tanto lo reducen, tal como sucede cuando un sujeto desea vender un bien sirviente y el comprador, al enterarse de tal servidumbre, establece que el monto a ser cancelado sea menor al ofrecido, puesto que el adquirente debe soportar situaciones que en circunstancias normales no debe asumir.

b) Haga inútil al bien para la finalidad de su adquisición: Ocurre cuando el bien, por obra de la afectación que sufre (como puede ser la existencia de una hipoteca que afecte parte del bien o la imposición de una carga), no puede lograr el resultado esperado (lo que impedirá la satisfacción del interés del acreedor, conociéndose ello como "inutilidad"). Por ejemplo: "Se adquiere una casa para ser utilizada como centro de convenciones. Un mes después se construye un predio vecino que requiere utilizar parte del bien como servidumbre de paso, lo que afecta el uso de este por los propietarios, impidiendo que se ejecuten sus actividades como centro de convenciones con normalidad".

c) Se reduzcan sus cualidades para ese efecto: Este supuesto resulta complementario a los señalados en los puntos precedentes, en tanto, un bien que disminuye su valor o no es útil para la finalidad de su adquisición, puede ser concebido como uno que afecta sus cualidades. Por ejemplo: "Si un sujeto adquiere un inmueble y días después debe ceder en uso parte de su terreno para ser utilizado como servidumbre de paso, entonces estaría reduciendo las cualidades del bien valoradas al momento de la compra".

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996.

Saneamiento por inexistencia de servidumbres activas

Artículo 1510.- ***También hay lugar al saneamiento cuando no existen las servidumbres activas declaradas por el transferente al celebrarse el contrato, que harían apto el bien para la finalidad de su adquisición.***

Concordancias:
C.C. art. 1035 y ss.

ORESTE ROCA MENDOZA

Ante todo, se debe indicar que "en ciertos contratos, sea en virtud del régimen imperativo de la obligación admitido por la ley o la jurisprudencia, sea en virtud de la voluntad de las partes, el deudor tiene la obligación de garantía. La obligación de garantía es una obligación de resultado cuya inejecución debe dar lugar a la responsabilidad del deudor sin permitirle escapar a ella mediante la prueba de una causa extraña que, en derecho común, lo exoneraría de su responsabilidad[1]". Es en este marco en el cual se establece por imperativo legal la obligación de saneamiento por fallas en la ejecución de la prestación, que conlleva corregir esa falla por parte del deudor, sin que pueda alegarse que no hay pacto previo, y esto es porque la fuente de la obligación es legal. No obstante, se puede señalar que tal obligación es consustancial a la prestación principal porque son maneras de asegurar su debida ejecución.

> "La casación N° 1735-97 ha señalado que sanear, en su concepto más amplio, significa remediar una cosa y en su acepción contractual, el saneamiento es considerado como la obligación del transferente del bien de remediar al adquirente los vicios ocultos del bien, de tal manera que la obligación de saneamiento, es complemento de la obligación de entregar y se está obligado a sanear en tanto no se haya entregado una cosa como se debía"[2].

Habiendo aclarado estos aspectos, para poder entender por qué genera saneamiento la no existencia de servidumbres activas, también se requiere establecer el significado de servidumbre y sus clasificaciones, para lo cual se empieza señalando que el derecho real de servidumbre es aquel por el cual se limita a un predio (llamado sirviente) en utilidad de otro (llamado dominante), no importando si pertenecen ambos predios a un solo propietario o a distintos, sea de manera temporal o perpetua, a título gratuito u oneroso.

Existen dos modalidades de servidumbres: la positiva y la negativa. Respecto a la positiva, es por la cual "el predio sirviente debe tolerar lo que, de no existir la servidumbre, podría impedir que ocurra"[3]. Aquí encontramos a las servidumbres de paso o de libre tránsito que se generan cuando existe un bien enclavado; esto es, comprendido en otro predio, por ejemplo, una servidumbre de paso resultante de un contrato que diera lugar al enclavamiento[4].

Por las señales de su existencia, las servidumbres se dividen en aparentes y no aparentes: aparentes son las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelen el uso y aprovechamiento de las mismas, mientras que las no aparentes son las que

(1) LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato.* Volumen II, traducción del francés por Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1993, p. 33.
(2) ROCA MENDOZA, Oreste y otros. *Diccionario civil.* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 451.
(3) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales.* Jurista Editores, Lima, 2005, p. 1086.
(4) Conforme ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y otros. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* Derechos Reales, Tomo III, 2ª edición, Normas Legales, Lima, 2011, p. 572.

no presentan indicio alguno exterior de su existencia, siendo estas últimas las que generan más problemas, ya que requerirán una prueba de su existencia (documentos, normas) y justamente es por donde más riesgo hay de que aparezca la situación de este artículo en comentario.

Hay servidumbres que nunca son aparentes o que solo pueden serlo en relación con el predio dominante, como en el caso de las negativas; existen otras que necesariamente son siempre aparentes, como las de acueducto. Cabe anotar que "la servidumbre es una limitación del derecho de propiedad. Por lo tanto, no puede presumirse su existencia"(5).

En todas estas clases de servidumbre ocurre que por la posición en que se ubica el predio respecto a la servidumbre, "el predio en cuyo beneficio o utilidad se constituye la servidumbre se llama dominante y el predio que soporta el gravamen se denomina sirviente. Observada desde la perspectiva del predio dominante o beneficiario, la **servidumbre es activa**; en cambio, encarada desde el punto de vista del predio sirviente, la **servidumbre es pasiva**"(6).

En otras palabras, quien se beneficia de la servidumbre tiene una posición activa, y en el lado contrario, quien se perjudica y que tiene que soportar esa servidumbre tiene una posición activa. "La ventaja del predio dominante se traduce en la necesaria limitación de las facultades del predio sirviente, no en actividad positiva (hacer). Por tanto, la posición pasiva consiste en tolerar (*pati*) o no hacer (*non facere*), pero no en obligaciones positivas, conforme la máxima del Derecho romano *servitus in faciendo consistere nequit*"(7).

Siendo ello así, una servidumbre activa es un beneficio adicional para quien compra un predio en tal posición, lo cual estaría reflejado en el precio. Debido a que existen servidumbres aparentes y no aparentes, el transferente debe declararlas como parte de la oferta, para que el destinatario las valore y lo tome en cuenta para la finalidad de la adquisición. Si no tuviera alguna relevancia para el comprador que lo induzca a realizar la compra, de acuerdo a este artículo no tendría derecho al saneamiento.

Respecto a la servidumbre que le interesa, no basta con dicho interés, sino que "la existencia de la servidumbre predial debe ofrecer una ventaja para el fundo dominante. En consecuencia, no basta que otorgue una ventaja al propietario actual y concreto, sino que, más bien, el derecho que faculta a un uso o a exigir una omisión debe resultar ventajoso para quien quiera que sea propietario de la finca. Se trata de que la ventaja se refiera a la finca. La servidumbre debe mejorar de algún modo las posibilidades generales de aprovechamiento de la finca dominante, es decir, las derivadas de la situación, condiciones y utilidades de la misma. Una ventaja para una empresa localizada en el fundo dominante solo puede constituirse en objeto de servidumbre cuando, por la naturaleza propia del fundo, su uso más propio y lógico sea acoger ese tipo de empresa"(8).

Ahora bien, el hecho de que el transferente declare al momento de celebrarse el contrato las servidumbres activas, implica necesariamente que estas existan a dicho momento, ya que el no uso de una servidumbre conlleva que con el transcurso del tiempo se pierda

(5) Ibídem, p. 529.
(6) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Disponible en: <https://www.etorresvasquez.com.pe/pdf/SANEAMIENTO.pdf>.
(7) GONZALEZ BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Tomo II, 3ª edición, Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 1908-1909.
(8) WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*. Volumen II, traducción del alemán por Ana Cañizares Laso y otros, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007, p. 1423.

ese derecho, consumándose así la prescripción extintiva de la servidumbre, regulada en el artículo 1050 del Código Civil.

En efecto, el "no uso" de la servidumbre constituye una sanción a quien cuenta con la titularidad jurídica de derecho de servidumbre, pero que descuida el ejercicio durante el plazo mínimo de cinco años. "Esta figura no solamente busca sancionar al titular negligente de la servidumbre, sino además restringir los efectos nocivos de la disociación del dominio, el cual siempre se mira con disfavor por el legislador, en cuanto teóricamente desincentiva la inversión, descuida el cuidado de la riqueza y promueve la conflictividad. En suma, en los derechos reales limitados se tiende a que la suma de facultades se reintegre al propietario"(9).

El inicio del cómputo del plazo para que se extinga la servidumbre por el no uso comienza a correr desde el día en que ha dejado de usarse la servidumbre, "que se computa de manera distinta según que la servidumbre sea positiva (el dueño del predio sirviente tiene la obligación de dejar hacer alguna cosa o la de hacerla por sí mismo) o negativa (el dueño del predio sirviente le está prohibido hacer algo que le sería lícita si no existiera la servidumbre, su conducta es una pura abstracción)" (considerando vigésimo primero de la Resolución s/n de fecha 24 de junio de 2009 de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 2550-2006(10)).

Sin embargo, es de precisarse que dicho cómputo del plazo no se realizará si se demuestra que por caso fortuito o fuerza mayor no se ha podido ejercer la servidumbre o que acciones del titular del predio sirviente impiden el ejercicio de uso de la servidumbre, correspondiendo probar tales hechos al propietario del bien dominante. Lo indicado guarda concordancia con lo estipulado en el artículo 1047 del Código Civil, que expresa la idea de que "el dueño del bien en calidad de sirviente no podrá realizar construcciones ni efectuar trabajos sobre su predio que puedan alterar el ejercicio de la servidumbre, debido a que sus atributos como propietario se encuentran limitados respecto al gravamen impuesto a su bien"(11).

En consecuencia, el comprador tiene el derecho de exigir el saneamiento contractual cuando no existen, sea porque nunca existieron, no eran las exactamente ofrecidas o prescribieron, las servidumbres activas declaradas por el vendedor al celebrarse el contrato, que harían apto el bien para la finalidad de su adquisición, estos es, el interés del comprador causalizado en el contrato. Aquí no se puede indicar que exista una finalidad intrínseca por usos y costumbres o por ley, ya que esta solo será la adquisición de un bien, siendo las servidumbres aspectos peculiares que se adicionarían al bien, por sus circunstancias particulares.

Se debe señalar que aquí no cabe aplicar el artículo 1504, que señala que "no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias", ya que aquí se parte de una declaración (una manifestación de voluntad expresa) por parte del transferente respecto a las servidumbres.

En tal sentido, si no existen las servidumbres, el transferente no puede alegar que el adquirente pudo haber conocido tal falla con la diligencia exigible porque importa aquí la declaración del transferente, y al no cumplirse con ello, está obligado al saneamiento.

(9) GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 1100.
(10) Tomado de: *Los Derechos Reales en la jurisprudencia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 406.
(11) GONZALES BARBADILLO, Elvira. "Comentario al artículo 1047". En: AA.VV. *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 560.

Por otro lado, si este no lo declara, el adquirente no puede alegar luego que existe obligación de saneamiento al advertir que no existe o no tiene las cualidades esperadas (pero nunca prometidas) y no pudo darse cuenta por una diligencia debida, ya que nunca fue parte de la negociación ni ventaja ofrecida por el transferente, aunque el adquirente lo hubiera pensado así, y fuera motivo de la celebración del contrato.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y otros. Exégesis del Código Civil peruano. Tomo III: Derechos Reales, 2ª edición, Normas Legales, Lima, 2011; GONZALES BARBADILLO, Elvira. "Comentario al artículo 1047". AA.VV. Código Civil comentado, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; GONZALES BARRÓN, Gunther. Derechos Reales, Jurista Editores, Lima, 2005; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato, Volumen II, traducción del francés por Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1993; ROCA MENDOZA, Oreste y otros. Diccionario civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2013; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Disponible en: <https://www.etorres-vasquez.com.pe/pdf/SANEAMIENTO.pdf>; WESTERMANN, Harry y otros. Derechos Reales. Volumen II, traducción del alemán por Ana Cañizares Laso y otros, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007.

Acción redhibitoria

Artículo 1511.- ***El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.***

Concordancias:
C.C. arts. 1370, 1371, 1372, 1511, 1512, 1513, 1514 y 1525

ORESTE ROCA MENDOZA

El transferente está obligado al saneamiento por las fallas existentes en el momento de la transferencia (es obvio que en ese momento no se conocían y aparecieron visibles después), sea porque afecta las cualidades prometidas por el transferente que inciden en la finalidad de la adquisición, y esta exigencia por parte del afectado caduca a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis si se trata de inmuebles, computándose desde el momento de la recepción del bien.

Por otro lado, siendo que la resolución del contrato es un remedio de extrema dureza que debe usarse como última ratio, no necesariamente cualquier vicio conllevará la resolución, sino que debe ser uno alta importancia, y esto puede verificarse cuando la finalidad del contrato se frustra.

Caso contrario, cuando se trata de vicios de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible, pero si es rechazado por el adquirente, este puede intentar solo la acción estimatoria, perdiendo la redhibitoria, esto es, no puede resolver el contrato.

En el escenario entonces de vicio de importancia, lo cual afectaría la finalidad del contrato, el ordenamiento jurídico otorga a los afectados tutelas jurídicas que conceptualmente son denominadas "derechos potestativos sustanciales"(1). Conocidos también como remedios jurídicos, son herramientas a disposición del lesionado para "remediar" la situación ocasionada por el vicio al momento de la transferencia.

La doctrina reconoce dos tipos de remedios contractuales: generales y específicos. Los generales son aquellos que tutelan contra la violación de cualquier situación de ventaja activa sin importar su fuente (pretensión de cumplimiento y resarcimiento de daños).

En el caso de incumplimiento de la obligación o, en general, de un programa contractual (debido a que "el contrato es un programa donde se regulan intereses de los particulares con el único fin de su satisfacción, a esta finalidad se encamina sus efectos"(2)), a la parte perjudicada le surgen facultades jurídicas alternativas(3) para lograr satisfacer intereses pues-

(1) PROTO PISANI, Andrea. *Le tutele guirisdizionali dei Diritti*. Jovene Editore, Napoli, 2003, p. 207.

(2) Por ello se señala que la resolución, como otros mecanismos de tutela, no solo se aplica a contratos con efectos meramente obligatorios, ya que sería tener una visión parcial del fenómeno resolutorio; sino que, teniendo incidencia en el aspecto funcional del contrato, nos daremos cuenta de que, al producirse diversos efectos jurídicos patrimoniales surgidos del contrato, el incumplimiento y, en consecuencia, la resolución se presentará en cualquiera de estos efectos por provenir de un contrato (ver al respecto, ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. "Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas". En: *Revista JUS, Doctrina & Práctica* N° 9, setiembre, Grijley, 2007, pp. 209-218. TAMPONI, Michele. "La risoluzione per inadempimento". En: *I Contratti In generale*, Tomo II, UTET, Torino, 1999, p. 1479 y ss).

(3) Conforme lo señalan: BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. "Los hechos jurídicos". En: *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*. Tomo I, volumen 2, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra colectiva *Diritto Civile*, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 1074-1075. ROPPO, Vincenzo. "Il contratto". En: *Tratatto di Diritto Privato*. A cura di Giovanni Iudica

tos en la realización de dichos negocios jurídicos. Es decir, tiene remedios opcionales entre el ejercer la facultad de la ejecución forzada y ejercer la facultad de resolver el contrato y, en uno u otro caso, ejercer la tutela resarcitoria (1428 CC), estos son remedios específicos que tutelan la parte contractual en los contratos con prestaciones recíprocas.

Sin embargo, existen situaciones por las cuales, aunque no haya incumplimiento, le es factible al perjudicado resolver el contrato, que es cuando estamos ante el saneamiento, y es que la resolución es un mecanismo de tutela contractual frente a diversas patologías, no necesariamente producto del incumplimiento.

"La resolución contractual es uno de los mecanismos de tutela para hacer frente a ciertas patologías que perturban al contrato en la fase en que las partes ejecutan o están llamadas a ejecutar el programa contractual por ellas establecidas"(4). Extinguen una relación jurídica patrimonial por causales que inciden en la propia relación jurídica, pero que no afectan la estructura del contrato, por lo que estamos ante un supuesto de ineficacia funcional, a diferencia de otros fenómenos como la nulidad o la anulabilidad. "Estas patologías se presentan, sin embargo, con notas peculiares que terminan por diferenciarlas en su disciplina. Así, por ejemplo, tenemos a la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación o por imposibilidad sobrevenida, las cuales al igual que la resolución por incumplimiento, tienen como efecto capital la disolución del vínculo contractual, pero a diferencia de aquella, presentan otros presupuestos y, en consecuencia, están presididas por otra lógica"(5) y lo mismo ocurre con el saneamiento por vicio.

En este contexto, la parte afectada por el vicio podrá efectuar la resolución del contrato y pedir la restitución de lo egresado de su patrimonio en virtud del contrato, siempre, claro está, que la otra parte haya ejecutado lo que le corresponde.

No cualquier vicio califica como resolutorio, ya que no debe ser de escasa importancia. Para saber cuando un vicio presenta la gravedad suficiente para justificar la resolución contractual, se revela imprescindible la determinación de la relación de la patología que compromete la realización del programa con la concreta finalidad del contrato(6). El juez la debe realizar según un punto de vista objetivo (si el vicio es de tal intensidad que la economía del contrato se ve perjudicada) y subjetivo (si existe en quien solicite la resolución motivos apreciables para recurrir a este instituto).

La gravedad, entonces, es parte de la estructura del vicio. Ello explica por qué el vicio de escasa importancia no genera la resolución. La resolución puede tener efectos retroactivos o no; ello dependerá de si la naturaleza de la prestación lo permite o no, para ello debemos diferenciar lo siguiente:

En los contratos de ejecución instantánea (Ej. compraventa de bienes muebles, venta a plazos), la resolución tiene carácter retroactivo que se proyecta hasta el momento mismo en que surgió la relación jurídica, porque ninguna etapa de ella encuentra justificada su subsistencia.

---

e Paolo Zatti, Dott. A Giuffrè, Milano, 2001, pp. 953-957. MORALES HERVIAS, Rómulo. "Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 33, Año 5, Normas Legales, Trujillo, 2003, pp. 59-64.

(4) CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "La resolución judicial por incumplimiento del contrato y los remedios involucrados en el artículo 1428 del Código Civil". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 87, año 11, Gaceta Jurídica, diciembre, 2005, pp. 72-73.

(5) Ídem.

(6) Ibídem, p. 80.

En los contratos de duración, continuada o periódica, no se afectan las atribuciones recíprocamente ejecutadas, las que permanecen intactas; es decir, no rige la retroactividad y, por lógica, el efecto restitutorio en toda la relación contractual, debido a que hay una retroactividad parcial que retrocede los efectos de la resolución al momento en que se produjo el incumplimiento[7], en este caso, el vicio. Pueden contemplar atribuciones que por su propia naturaleza son continuadas (uso de una cosa, locación de servicios) y también atribuciones que por su naturaleza son de ejecución instantánea.

El elemento esencial para la determinación de esta categoría es la función del tiempo relativa a la satisfacción de una necesidad durable que precisamente el contrato satisface, y la duración es, pues, condición de tal satisfacción. Por tal razón, cuando estas atribuciones se suceden en el tiempo, cada atribución es autónoma de la precedente y de la sucesiva.

La retroactividad puede tener diversos niveles de intensidad según los intereses en juego y la tutela del legislador, en tal sentido, esta retroactividad puede ser real u obligatoria[8]. Por retroactividad real debemos entender que los efectos de la resolución alcanzan los derechos adquiridos también por terceras personas; pero distinguiéndose la retroactividad real absoluta y la relativa: por la primera se entiende que la retroactividad alcanza a las partes y a los terceros (sean de cualquier clase) y, por la segunda, la retroactividad solo alcanza a las partes, a los terceros de mala fe y a los que han adquirido a título gratuito; mientras que por retroactividad obligatoria se entiende aquella que solamente alcanza a las partes.

El artículo 1372 del Código Civil señala que la retroactividad es real relativa, debido a que afirma que "[n]o se perjudican los derechos adquiridos de Buena Fe", lo cual resulta aplicable en la resolución por vicio.

La restitución de las atribuciones patrimoniales es de antigua data y se remonta al pensamiento de Aristóteles[9] (justicia correctiva). Se corrige el desequilibrio que se crea cuando la parte fiel ha cumplido con su obligación y la otra no ejecuta su prestación o, en este caso, es responsable del vicio, he aquí que interviene la justicia correctiva aristotélica, siendo esto un efecto natural de la resolución. Hay que anotar que el remedio restitutorio puede llevar emparejado un remedio resarcitorio, pero que este tiene la función de prestar un equivalente económico de la atribución que no se ha percibido, mientras que en el restitutorio no se busca el equivalente de lo que no se recibió, sino de lo que se había gastado (devolución).

Teniendo en cuenta que se impone la resolución por ley, se debe considerar que regula la resolución judicial o legal establecida en el artículo 1428 del Código Civil, ya que no se puede preveer un vicio como sí podríamos hacer con el incumplimiento.

Podemos observar que es una norma de portada donde se aprecia la descripción de los remedios que involucra una hipótesis de incumpliendo contractual, si bien se trata de una resolución exclusivamente judicial. En efecto, en ella se halla el remedio restitutorio que es propio de la resolución, el remedio resarcitorio que es una reacción contra el daño y el remedio

(7) Conforme, FORNO FLÓREZ, Hugo. "La retroactividad de la resolución en la jurisprudencia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 57, año 9, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

(8) BIGIAVI, Walter. "Irretroattività della risoluzione per enadempimneto". En: *Rivista del Diritto Comérciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Volume XXXII, Parte Prima, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milán, 1934, pp. 695-722, citado por ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. "La resolución por incumplimiento y su actuación a nivel judicial". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 113, Año 13, Gaceta Jurídica, febrero, 2008, p. 114.

(9) Ver, DESPOTOPOULOS, Constantin. *La notion de synallagma chez Aristote*. Tomo XIII, Archives de Philosophie du Droit, Editions Sirey, París, 1968, p. 122, citado por ZAMUDIO ESPINAL, Ibídem, p. 115.

específico, esto es, aquel que se actúa con la ejecución forzada *in natura* (de acuerdo a los intereses actuales del contratante fiel).

No exige ningún paso previo por parte del adquirente, es accionada directamente por el mismo, pudiendo el perjudicado con el vicio optar entre: exigir la corrección del vicio o demandar la resolución por incumplimiento[10]; interpuesta la acción resolutoria, la sentencia es constitutiva, los efectos de la resolución se retrotraen al momento de la transferencia y no en la imposición de la demanda.

Particular importancia presenta el *ius variandi*, la regla es que, una vez promovida la corrección del vicio, se pueda pedir la resolución. No se puede lo contrario, sobre todo para evitar especulaciones sobre una eventual subida del valor de mercado de la atribución faltante por parte del contratante o para no agravar más la situación del demandado[11].

En cuanto al remedio resarcitorio, se puede decir que no se excluye con el restitutorio. El remedio resarcitorio tiene como función prestar un equivalente económico de la atribución que no se ha recibido. El restitutorio, en cambio, tiene como función la restitución no del equivalente, sino de la atribución que ya se ha desembolsado, circunstancia (la devolución) determinada por la falta de actuación de la atribución correspectiva y de la causa concreta del contrato.

En suma, la resolución se dirige a restaurar la situación patrimonial anterior al contrato. En cambio, el resarcimiento, a conseguir un estado económico equivalente. De allí que el vicio en la primera tenga que ser no de escasa importancia, mientras que en la segunda tenga que determinar un daño, independiente de que sea de escasa importancia o no.

DOCTRINA

BIGIAVI, Walter. "Irretroattività della risoluzione per enadempimneto". En: Rivista del Diritto Comérciale e del Diritto Generale delle Obligazioni. Volume XXXII, Parte Prima, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milán, 1934; BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. "Los hechos jurídicos". En: Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Tomo I, Volumen 2, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra colectiva Diritto Civile, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "La resolución judicial por incumplimiento del contrato y los remedios involucrados en el artículo 1428 del Código Civil". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 87, año 11, diciembre, Gaceta Jurídica, 2005; FORNO FLÓREZ, Hugo. "La retroactividad de la resolución en la jurisprudencia". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 57, año 9, Gaceta Jurídica, Lima, 2003; MORALES HERVÍAS, Rómulo. "Derecho de resolución, derecho de retención y excepción de incumplimiento". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. N° 33, año, 5, Normas Legales, Trujillo, 2003; PROTO PISANI, Andrea. Le Tutele Guirisdizionali dei Diritti. Jovene Editore, Napoli, 2003; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato. Undecima Edizione, Terza Ristampa, Casa Editrice Dott: Eugenio Jovene, Napoli, 1997; ROPPO, Vincenzo. "Il contratto", en Tratatto di Diritto Privato, A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A Giuffrè, Milano, 2001; TAMPONI, Michele. "La risoluzione per inadempimento". En: I Contratti In Generale. Tomo II, UTET, Torino, 1999; ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. "Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas". En: Revista JUS, Doctrina & Práctica. N° 9, setiembre, Grijley, 2007; ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. "La resolución por incumplimiento y su actuación a nivel judicial". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 113, año 13, febrero, Gaceta Jurídica, 2008.

(10) El requerimiento del acreedor para que el deudor cumpla se sustenta en la fuerza vinculante de los contratos y de la relación obligatoria surgida de este. Este derecho del acreedor está presente en todos los contratos, no solo en los contratos con prestaciones recíprocas.

(11) Conforme, RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato*. Undecima Edizione, Terza Ristampa, Casa Editrice Dott: Eugenio Jovene, Napoli, 1997, pp. 322-324.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Definición y alcances de la acción redhibitoria

El artículo 1511 del Código Civil, regula la llamada acción redhibitoria, por la que el adquiriente puede solicitar la resolución del contrato en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, norma que es de evidente contenido procesal y que por ello su inaplicación no puede denunciarse a través de la causal alegada, la que se halla exclusivamente referida a normas de derecho material (Cas. N° 1417-97-Lima).

Actio redhibitoria y *actio quanti minoris*

{T}ratándose de vicios ocultos, el legislador ha conservado las dos formas de tutela de vicios ocultos que se pueden formular alternativamente: a) la actio redhibitoria y, b) la actio quanti minoris. En efecto, en los artículos 1511 y 1513 del Código material se ha conservado esta posibilidad de opción, concediendo al adquirente, en caso de descubrimiento oportuno de un vicio oculto de la cosa adquirida, el derecho de elegir entre la acción redhibitoria, destinada a obtener la resolución del contrato, y la acción estimatoria, cuyo objeto es lograr que se le compense el menor valor que tiene la cosa para la finalidad a que está destinada (Cas. N° 1284-2005-Lima).

Efectos de la resolución

Artículo 1512.- *La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente:*

1.- El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.

2.- Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda.

3.- Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.

4.- Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución.

5.- La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios.

Concordancias:
C.C. art. 1244, 1236, 1318, 1319, 1321, 1372, 1511 y 1513

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos introductorios

La norma jurídica, objeto de estudio, complementa el mandato jurídico del artículo 1511 del Código Civil peruano que, ante la existencia de un vicio oculto que afecta al bien (objeto del contrato), dispone como consecuencia jurídica la *resolución* de la relación obligatoria (que acorde con el Código Civil de 1984, es un supuesto de ineficacia funcional de la relación contractual).

La resolución, según lo visto anteriormente, se produce por la existencia de una causal que sobreviene a la celebración del contrato y que afecta su funcionamiento o eficacia funcional. Esta situación jurídica resolutoria trae por consecuencia dos aspectos: a) Que el contrato deje de producir efectos (por problemas de funcionamiento), y b) Que los sujetos restituyan las prestaciones a su cargo. A estos dos efectos se le debe adicionar uno que resulta como consecuencia de la imposibilidad objetiva imputable a una de las partes: el pago de una indemnización sustituta.

2. Análisis de la norma jurídica

A continuación efectuaremos un estudio de cada uno de los numerales de la norma jurídica objeto de estudio, respecto a lo que el transferente deberá pagar al adquirente por efecto de la resolución:

"1. El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición"

El presente numeral refiere a una compensación que el adquirente debe recibir *a modo de indemnización* por el daño que ha sufrido al recibir un bien de menor valor como resultado del vicio oculto que lo afecta, el que impide que este sea usado para la finalidad prevista en el contrato. Así por ejemplo: "Adquiero una casa para que sea destinada a un hospedaje para viajeros frecuentes que provienen del extranjero y, para tal fin, resalto en el documento suscrito que las condiciones del inmueble son muy importantes, puesto que influyen en la comodidad del huésped. Transcurridos dos meses de la entrega del inmueble y luego de que pinto el mismo y acondiciono para ser utilizado como hospedaje, observo que en los techos

y en las paredes aparecen manchas de humedad, así como detecto que los inodoros se atoran frecuentemente. Luego de traer un plomero y un gasfitero, se concluye que las cañerías y tuberías de la casa se encuentran en pésimo estado de conservación y que deben ser cambiadas urgentemente, situación que preexistía a la compra de la casa. Ante ello solicito el saneamiento correspondiente y el pago del valor del bien al momento de la resolución (como si no existiera el vicio que lo afecta), teniendo en cuenta que yo coloqué en el documento la finalidad por la que adquirí el inmueble".

"2. Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda"

Los intereses legales a los que hace referencia el presente numeral son "aquellos valores que buscan retribuir el uso del poder adquisitivo del capital durante el tiempo del retraso o mora en la restitución del monto indemnizatorio antes señalado". De acuerdo con lo que se estudia en Derecho de Obligaciones, los intereses que son pagados junto con el capital son: convencionales o legales, siendo los primeros aquellos que son acordados por las partes y que pueden referirse a la compensación del valor usado (compensatorio) o a los daños que se ocasionan por la mora (moratorios), mientras que los segundos son los que establece el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) y que se aplican en defecto de los intereses moratorios (sea porque no han sido previstos estos ni los compensatorios o cuando, habiendo sido previstos, no se pactó la tasa de interés ni compensatoria ni moratoria). Se entiende que se pagan los intereses moratorios desde la citación con la demanda, porque se considera dicho momento como el término inicial del requerimiento de pago.

"3. Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente"

En la norma jurídica objeto de estudio estamos haciendo referencia a la existencia de una resolución del contrato que determina la ineficacia funcional del acto celebrado, ello conllevará a que el bien sea restituido al vendedor o enajenante (transferente), y el precio pagado o el valor entregado al adquirente o comprador (en caso sea compraventa). Pero en una adquisición también se presentan otros valores que son asumidos por el adquirente como son: el pago del tributo de alcabala (cuando adquirimos inmuebles u otros bienes y que lo pagamos en el SAT), gastos notariales para la elevación de la escritura pública y posterior registro de la adquisición, entre otros. Estos valores también deben ser restituidos por el enajenante o transferente.

El punto problemático se presenta cuando se adquiere el bien mediante un préstamo bancario, donde el precio se paga de modo íntegro y el adquirente asume un préstamo bancario con garantía hipotecaria (en el caso de inmuebles, frecuentemente). En este caso, ¿deberán ser devueltos los gastos pagados al banco, como son: tasación, documentación, costos por reuniones con el banco, entre otros? Ante esta pregunta debemos señalar, en primer lugar, que los funcionarios del banco actuaron negligentemente, puesto que al efectuar la tasación también debieron observar si el estado del bien era el óptimo (aunque algunos consideran que el examen que se practica al bien solo es superficial y no detenido), por lo que al resolver el contrato de adquisición, no solo estos deben permitir que el contrato de mutuo también se resuelva sino, además, deben reconocer el pago de una indemnización. En segundo lugar, sí consideramos correcto que el transferente deba pagar a título de gastos todos aquellos en los que se incurrió para gestionar el préstamo bancario, más aún cuando era de conocimiento del enajenante que el precio se pagaría con intervención del banco.

"4. Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución"

Según hemos visto en el Libro de Derechos Reales, los "frutos" pueden ser "naturales, industriales y civiles", siendo estos "los que se extraen del bien sin alterar su esencia y sin intervención humana; los provechos renovables que provienen del bien con intervención humana y los que resultan de una relación jurídica respecto del bien y que no afectan la esencia del mismo; respectivamente". Asimismo, los primeros le corresponden al propietario, los segundos a quien los produce y los terceros al titular del derecho. Por otro lado, se indica "que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos y el de mala fe debe restituirlos". En el presente caso, la norma jurídica no señala el tipo de fruto que debe ser objeto de entrega, lo que nos lleva a analizar la pertinencia de cada uno de ellos. A nuestro juicio, los frutos a los que alude la norma pueden ser cualesquiera de ellos, pero debemos efectuar algunas precisiones:

a) **Si son frutos naturales**: Debemos considerar que en este caso se le deben entregar los frutos naturales al adquirente que resuelve, porque mientras estuvo en uso del bien era "propietario" del mismo, por lo que le corresponde percibir los frutos (no obstante con la resolución del contrato pierda su condición de propietario).

b) **Si son frutos industriales**: Le corresponde al sujeto que produce dichos frutos recibirlos tal como establece el Código Civil, por tanto, a pesar de que se señale que el contrato quedará resuelto, no podemos negar que durante su vigencia el titular del bien efectuó actos destinados a obtener dichos provechos.

c) **Si son frutos civiles**: Le corresponden al sujeto que es titular de la relación jurídica mediante la que se obtienen los frutos, por ejemplo: La casa que fue adquirida se dividió en habitaciones y algunas de ellas son objeto de un contrato de hospedaje, entonces, los montos que serán pagados por el uso de las habitaciones le corresponden al adquirente (hasta el momento en que opera la resolución del contrato de adquisición).

"5. La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios"

Según lo que hemos indicado en los sucesivos comentarios del presente artículo, el adquirente del bien puede haber sufrido daños que merezcan ser indemnizados (más aún algunos de los valores que deben ser restituidos, según la norma jurídica comentada, tienen un fin redistributivo o compensatorio). Para que prospere el pago de una indemnización en el presente caso es indispensable que se cumpla con la acreditación de los elementos de la responsabilidad civil: la existencia de un DAÑO (que debe ser cierto, no indemnizado con anterioridad, que reconozca a una víctima e injusto); y un EVENTO DAÑOSO (o hecho antijurídico, que implica la afectación de una norma jurídica pública o privada. En el caso del saneamiento sería la existencia de un vicio oculto que afecta al enajenante, puesto que no se le permite el logro de la satisfacción de su interés previsto en el contrato de adquisición: ser propietario o poseedor y utilizar el bien para el fin previsto en el contrato); una RELACIÓN CAUSAL (que es el nexo existente entre el evento dañoso y el daño, determinando la causa) y el CRITERIO DE IMPUTACIÓN (que en el presente caso es el dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve).

El sistema de responsabilidad civil aplicable en el presente caso sería el sistema de responsabilidad poscontractual, pero al no estar regulado se deben aplicar las normas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996.

Acción estimatoria

Artículo 1513.- ***El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512, inciso 5.***

Concordancias:
C.C. arts. 1236, 1321, 1512 inc. 5), 1514, 1525

ORESTE ROCA MENDOZA

Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente (por ello se señala que deben ser declaradas) que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición (un interés causalizado). También hay lugar al saneamiento cuando no existen las servidumbres activas declaradas por el transferente al celebrarse el contrato (que sería una específica promesa), que también harían apto el bien para la finalidad de su adquisición.

Igualmente, procede el saneamiento cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio noticias al celebrarse el contrato, si estos son de tanta importancia que disminuyen el valor del bien (lo que implica que la mera limitación no conlleva el saneamiento y esto dependerá de la finalidad de cada contrato, ya que según ello para algún adquirente no le será importante y para otros se frustrará totalmente su interés), lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto.

Un ejemplo de ello es cuando una finca o terreno está sujeto a una servidumbre de paso de viaductos o ductos para gas, petróleo o material no saludable, en la cual se firman contratos de servidumbre entre el concesionario con los dueños de esos terrenos, estableciéndose la porción de la tierra afectada, lo cual es visible ante cualquiera, pero también existe un límite de seguridad en el cual cada vez que te acerques a esa área el terreno tendrá más limitaciones de propiedad. Así, el propietario no podrá construir una fábrica encima del área de seguridad (que es un área aparte del área dada en servidumbre de paso), pero sí podrá plantar vegetales o poner una casa habitación. Como esto no aparece en Registros Públicos, sino en el contrato, muchas personas no saben de qué se trata, así que no lo mencionan como algo relevante al adquirente, hasta que este pretende construir o efectuar alguna actividad y le es impedida por las autoridades judiciales o locales.

En todo lo indicado, por el saneamiento se otorga al afectado la posibilidad de exigir la corrección de la falla o vicio al momento de la transferencia, pero con la facultad estimatoria también se le permite pedir pagar menos por el bien (entendido como lo recibido por parte del transferente) en el momento de tener que pagar, muy similar a una autotutela de excepción de cumplimiento. La facultad estimatoria caduca a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis si se trata de inmuebles.

En el caso anotado no es posible corregir tal vicio, ya que está fuera de las facultades del transferente, pero eso no significa que el interés del adquirente se haya frustrado, ya que puede replantear sus planes para fines que son idóneos; pero, como va a tener que efectuar ello, puede pedir la reducción del precio, ya que el objeto de compraventa tiene limitaciones que afectan la causa por la cual se adquirió de manera importante, aunque no lo suficiente para destruir su interés contractual.

En efecto, el punto de inflexión es tener en cuenta la finalidad de su adquisición para que opere la facultad estimatoria, ya que este debe ser importante, pero no tanto para que el afectado pida la resolución, sino que el interés se mantenga y se opte por pedir la reducción del pago.

El adquirente de un bien fungible viciado puede exigir, en sustitución del saneamiento, la entrega de otro de igual naturaleza, ya que es posible hacer esa sustitución completa.

Hay que señalar que si el vicio es de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible, y si es así, no habría reducción del monto a pagar. No obstante, si el ofrecimiento es rechazado por el adquirente, este puede intentar la acción estimatoria de todas formas. Si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente en el plazo de siete días a partir del descubrimiento, y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación.

Volviendo a la acción estimatoria, "esta acción consiste en la reducción del precio en relación a la menor utilidad ofrecida por la cosa al comprador; reducción a realizar disminuyendo el precio pactado de un porcentaje igual a aquello que representa la disminución que el valor efectivo de la cosa sufre a causa del vicio de esa"(1). Queda claro que tal disminución no será pacífica y, por tanto, tendrá que mediar el órgano jurisdiccional.

Hacer referencia a la menor utilidad al bien es una cuestión importante de definir, y se puede partir, primero, de que cuánto fue el precio establecido al bien, coincida o no con el valor de mercado. Luego, valorizar la afectación del bien, qué función declarada no se encuentra o está fallida, o qué cualidad del bien se ha estropeado tomando en cuenta la finalidad expresada en el contrato, siendo que esta valorización no podría sobrepasar la mitad del precio pactado, no porque no se pueda, sino que la contraparte jamás aceptaría una desvalorización de tal magnitud, y cuestionará ello, recurriéndose al órgano jurisdiccional.

Siendo así, la exigencia de disminución del valor debe ser algo no tan importante o consustancial a las finalidades del contrato, para sustentar que el bien aún es idóneo, pero con un precio que sincere su estado actual.

Asimismo, "el comprador podrá pues activar los remedios codificados ejercitando, ante todo, alternativamente y a su elección, y sin que importe la entidad de vicio o bien la imputabilidad del mismo vendedor; la resolución del contrato (*actio redibitoria*), se entiende disolver la resolución contractual, previsto por determinados vicios o bien la reducción del precio (*actio quanti minoris* o *aestimatoria*), en que se prefiere conservar la relación, consiguiendo, sin embargo, una reducción de la tarifa acordada, o bien, si ya lo pagaste, un reembolso parcial, entonces el precio pagado por el bien afectado por vicios, siendo finalidad de la acción aquella de restablecer la relación de correspectiva entre las prestaciones"(2).

En efecto, todo dependerá de qué tanto el adquirente demuestre la afectación a su interés contractual debido al vicio, pudiendo resolver el contrato, pero también está

(1) CAPOZZI, Guido. *Dei singoli contratti*. Volum primo, Giuffrè, Milano, 1988, p. 75,
(2) TERRANOVA, Carlo. *I Contratti di vendita*. Tomo VII, a cura di Daniela Valentino, UTET, Torino, 2007, p. 1134.

facultado para exigir la reducción del precio del objeto de la compraventa, sobre la base de la justicia contractual, lo cual lleva a un problema ya explicado, porque no se basa en cálculos objetivos siempre, sino dependerá de cada contrato que se haya celebrado.

Si ocurre la exigencia de la disminución del valor económico del objeto de la transferencia, ya no puede pedir la resolución del contrato u otro mecanismo de tutela contractual al mismo tiempo, aunque procesalmente puede efectuar dichas pretensiones de forma alternativa. Este remedio resolutorio se usaría usualmente cuando no es posible corregir el vicio que acaece en el bien. Pero cabe tener en cuenta que si conociendo estos vicios, el adquirente vende el bien o lo transforma, se entiende que lo acepta tal y con sus defectos, no pudiendo efectuar alguna acción de tutela, salvo que demuestre que ignoraba tal vicio.

Sin perjuicio de lo indicado, igual cabe el derecho al resarcimiento por daño contractual, lo cual no se pide alternativamente a esta acción, procesalmente hablando, sino de manera conjunta, en tanto exista culpa del transferente. Esto se justifica porque ambos están destinados a restablecer la relación de correspectividad entre las prestaciones, pero desde diferentes perspectivas, porque "mientras la primera consiente al adquirente de restablecer la relación de correspectividad solo con resguardo al menor valor de la cosa vendida, la segunda lo consiente de restablecer tal relación con resguardo a la reducida utilidad de la cosa"[3].

En efecto, el vicio en el bien no solo genera una disminución de su valor, sino que el interés contractual requiere ser reformulado para mantener dicho interés, dejando de hacer ciertas actividades o usos que se preveían hacer, ya que el bien afectado por el vicio es inútil para dichas actividades o usos, y es justamente ese aspecto el que merece resarcimiento por daños contractuales.

Las dos acciones difieren también por el diverso régimen jurídico, siendo la segunda esperable, a diferencia de la primera, solo en presencia de la culpa del transferente. Aunque, como se está ante un resarcimiento derivado de saneamiento, se sujeta al plazo de dicho instituto y no al plazo prescriptorio de una responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.

Por otro lado, "nada impide que la demanda de resarcimiento venga propuesta en vía exclusiva"[4], en la cual el vicio puede generar pérdida económica por efecto de la inidoneidad al uso del bien o de tener menor valor esperado.

DOCTRINA

CALVO, Roberto. Vendita e vendite, Volume I, en Tratatto del contratti a diretto da Vincenzo Roppo, Giuffrè, Milano, 2014; CAPOZZI, Guido. Dei singoli contratti. Volum primo, Giuffrè, Milano, 1988; TERRANOVA, Carlo. I Contratti di vendita. Tomo VII, a cura di Daniela Valentino, Torino, UTET, 2007.

(3) Ídem.

(4) CALVO, Roberto. *Vendita e vendite*, Volume I, en *Tratatto del contratti* a diretto da Vincenzo Roppo, Giuffrè, Milano, 2014, p. 311.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Objeto de la acción estimatoria

{La} acción estimatoria está destinada {...} a obtener la disminución del precio en proporción del deterioro del bien {...}; esta concepción {...} se debe materializar a través de exigir al transferente el pago o una compensación de lo que el bien vale menos producto del vicio. Noveno. Por ello, se dice que la acción estimatoria tiene por objeto el pago que debe hacer el transferente al adquirente de la reducción del valor del derecho a la propiedad, al uso o a la posesión de un bien por razón de un vicio que afecta este último, por consiguiente, tiene contenido patrimonial que es posible exigir a través de una pretensión de obligación de dar suma de dinero y no a través de una obligación de hacer (Cas. N° 1284-2005-Lima).

Caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria

Artículo 1514.- *Las acciones a que se refieren los artículos 1511 y 1513 caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis, de inmuebles.*
Los plazos se computan desde el momento de la recepción del bien.

Concordancias:
C.C. arts. 885, 886, 1511, 1513, 1525, 1526, 2003 y ss.

JAVIER ISMODES TALAVERA / ADOLFO ZEGARRA AGUILAR

1. ¿Prescripción extintiva o caducidad?

Una primera idea al respecto es que el Código Civil de 1984 hace una clara distinción entre las figuras de prescripción extintiva y caducidad, lo cual –sobre el mismo tema que hoy nos convoca– era muy discutido[1] en el Código de 1936[2]. A la vez, la norma vigente señala expresamente que los plazos a que se refiere su artículo 1514 –referido a la extinción de las acciones redhibitoria y estimatoria–, son de caducidad y no de prescripción.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 2003 del mismo cuerpo legal, queda establecido que en el caso de la existencia de vicios ocultos y ante la posibilidad de accionar conforme al artículo 1511 y 1513, se extingue la acción y el derecho en el término que señala la norma: a los tres meses si se trata de bienes muebles y seis meses si se trata de bienes inmuebles, sin que dicho plazo esté sujeto a interrupción o suspensión, conforme lo establece el artículo 2005.

2. Cómputo del plazo

Respecto al cómputo del plazo que debe observarse para que opere la caducidad, debemos mencionar que no existe un criterio uniforme a nivel de la doctrina, ni mucho menos en el ámbito de la legislación comparada. En general, son tres posiciones básicamente las que existen para establecer desde qué momento debe empezar a correr el término de caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria, estas son:

a) Hay quienes consideran que el plazo debe correr desde la celebración del contrato;

b) Otros creen que lo más idóneo es contar a partir del uso del bien; y,

c) Finalmente, están aquellos que establecen la pertinencia de efectuar el cómputo desde el momento en que se entrega (y se recibe) el bien. Dentro de este último criterio está inmerso nuestro Código Civil. Así aparece de la redacción del último párrafo del artículo bajo análisis: "(...) Los plazos se computan desde el momento de la recepción del bien".

(1) Ver CORNEJO, Ángel G. *Exposición sistemática y comentarios-de los contratos en general.* Tomo II, Vol. II. Lima, 1938, p. 164 y ver también CASTAÑEDA, Jorge E. *El derecho de los contratos.* Departamento de Publicaciones de la U.N.M.S.M. Lima, 1966, p. 263. Ambos textos son citados por Manuel De la Puente y Lavalle al comentar el artículo 1514 del Código Civil en la obra que se consigna más adelante.

(2) Al respecto, nos dice Manuel De la Puente y Lavalle: "Los artículos 1358 y 1359 del Código Civil de 1936 establecían que las acciones redhibitoria y estimatoria debían intentarse dentro de los seis meses contados desde la entrega de la cosa". Más adelante complementa: "Esta redacción determinó que algunos comentaristas de dicho Código, como Cornejo, consideraran que se trataba de plazo de prescripción, mientras que otros, como Castañeda, opinaran que era un plazo de caducidad". Ver *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2001, p. 598.

Cabe señalar que la posición adoptada por el legislador peruano tiene su antecedente más próximo en el artículo 1490 del Código Civil español, pues se justifica la elección de este momento –como señala De la Puente y Lavalle– en la razón que el adquirente a partir de dicha circunstancia recién se encuentra en capacidad de examinar el bien y, de ser el caso, descubrir el vicio. Pero como dice el mismo tratadista nacional –con lo cual concordamos plenamente–: "hay casos en que el momento de la entrega no coincide necesariamente con el momento en que el adquirente tiene la posibilidad de examinar la cosa, como ocurre en determinadas compraventas a distancia, en las que media un lapso entre la entrega y la recepción, siendo esta la oportunidad en que el adquirente puede realmente conocer la cosa".

En este sentido, Pérez y Alguer se colocan en la hipótesis de que el comprador reciba la cosa antes de celebrarse el contrato de compraventa, opinando que el plazo deberá contarse desde este último momento, por cuanto, para los efectos del saneamiento, la recepción de la cosa debe ser por razón de celebrarse el contrato, desde que no se trata simplemente de la posesión de la cosa por cualquier título, sino de su adquisición por venta(3).

Sobre el particular, De la Puente y Lavalle opina: "(...) Pienso que estos autores tienen razón, ya que la obligación de saneamiento encuentra su origen en la celebración del contrato de transferencia, de tal manera que el plazo de caducidad de esta obligación no puede empezar a correr desde antes de la celebración del contrato (...)"(4).

Más adelante complementa: "Desde luego, esto no ocurre, si tal como dice Bianca, previamente se ha concluido un contrato preparatorio en el que se contempla la recepción anticipada del bien"(5).

3. Aumento o reducción del plazo fijado

Ante la interrogante de si es posible aumentar o reducir el plazo a que se refiere el artículo materia de análisis, como es de esperarse también existe discusión en la doctrina. De un lado, hay quienes sostienen que sí; y hay también quienes opinan lo contrario.

Hay quienes sostienen que en el caso de autos debe aplicarse indefectiblemente e interpretarse en forma literal y restrictiva el artículo 2004 del Código Civil, el mismo que establece que los plazos de caducidad se fijan por ley, sin admitir pacto en contrario. Desde la otra orilla, muy particular es la opinión de Vidal Ramírez(6), citado por Manuel De la Puente, que establece que la prohibición contenida en el artículo 2004 del Código Civil colisiona con otras disposiciones del mismo cuerpo legal, por lo cual considera que, pese a su tenor, dicho artículo no contiene una prohibición absoluta ni que tenga ese carácter. La prohibición, a su entender, no prevalece cuando existe otra norma que permite pactar plazos de caducidad, pues el artículo 2004 no puede considerarse categórico. La norma del artículo 2004, agrega, debe entenderse referida a plazos fijados a priori, que es precisamente el elemento característico de la caducidad, y solo así, reconociéndosele su carácter imperativo, puede prevalecer frente a la autonomía de la voluntad.

(3) PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. *El contrato de compraventa*. Librería Bosch, Tomo I. Barcelona, 1979, p. 715. Citados por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 599.
(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 599.
(5) Ver BIANCA, Massimo. *La vendita e la permuta*. Unione Tipográfico-Editrice Torinese. Torino, 1972, p. 993.
(6) Ver VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1985, p. 206.

Del trabajo de De la Puente y Lavalle podemos también extraer la opinión de Rubio en el sentido de que la fijación de plazos convencionales de caducidad en relación a derechos accionables fijados por las partes, es perfectamente legítima y va de acuerdo con las disposiciones legales sobre actos jurídicos y contratos en lo referente a la autonomía de la voluntad frente a las leyes. "Por lo demás, –dice Rubio– la diferencia entre los artículos 2000 (solo la ley puede fijar los plazos de prescripción) y 2004, por interpretación sistemática, entre sí y con los artículos referidos a la autonomía de la voluntad, en especial el 140 inciso 3 del Acto Jurídico, y los artículos 1354 y 1356 de la sección referida a los contratos en general, permite suponer que en el 2004 no se ha pretendido prohibir la fijación de plazos voluntarios por las partes en lo que no ofendan a la norma imperativa"(7).

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. Unione Tipográfico-Editrice Torinese. Torino, 1972; CASTAÑEDA, Jorge E. El derecho de los contratos. Departamento de Publicaciones de la U.N.M.S.M. Lima, 1966; CORNEJO, Ángel G. Exposición sistemática y comentarios de los contratos en general. Tomo II, Vol. II. Lima, 1938; De la Puente y Lavalle, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2001; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y Alguer, José. El contrato de compraventa. Librería Bosch, Tomo I. Barcelona, 1979; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1985.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Caducidad de la acción redhibitoria

{C}uando se transfiere un bien con vicios ocultos, el adquiriente puede plantear la acción redhibitoria, que importa la resolución de contrato o alternativamente la acción estimatoria, o cuanti minoris, para que se reduzca el precio de la cosa en cuanto vale de menos, como autorizan los artículos 1511 y 1513 del Código Civil, las que deben hacerse valer dentro de los plazos que señala el artículo 1514 del mismo Código ***(Cas. N° 1735-97-La Libertad).***

CORTE SUPERIOR

Plazo de caducidad de la acción redhibitoria en bien muebles

{A} tenor del artículo 1514 del Código Civil aplicable al caso de autos la acción redhibitoria por tratarse de bienes muebles caduca a los tres meses de recepcionados los mismos; por lo que siendo ello así y apareciendo de las guías de remisión antes referida; que dichos muebles fueron recepcionados con fecha nueve y diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco y habiéndose interpuesto la demanda con fecha veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y séis, resulta evidente que ha operado el plazo de caducidad prevista en el referido dispositivo legal; por lo que la demanda acumulada {...} no puede ampararse ***(Sentencia Exp. N° 1293-99, Corte Superior de Justicia de Lima).***

(7) RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil.* Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1987, p. 38.

Vicios de poca importancia

Artículo 1515.- *Cuando se trata de vicios de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible. Si la oferta es rechazada por el adquirente, este puede intentar solo la acción estimatoria, perdiendo la redhibitoria.*

Concordancia:
C.C. art. 1513

JAVIER ISMODES TALAVERA

1. Vicio de poca importancia

Toda vez que el Código Civil no define expresamente qué es un vicio de poca importancia, entenderemos que se trata de aquel que, una vez advertido por el adquirente, puede ser subsanado por el transferente cuando este así lo cree. Como es de verse, dicha conclusión se obtiene de una simple interpretación *contrario sensu* del contenido del artículo bajo comentario, específicamente de la parte que establece: "(...) el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible...". Sin embargo, aun cuando creemos que dicha aproximación, en la comprensión de la norma, nos parece la más correcta, esta no agota el tema ni mucho menos soluciona del todo el problema; pues, por un lado, si bien ya está entendido cuándo un vicio es de poca importancia, por otro lado, *subsanarlo* puede no significar lo mismo para el transferente como para el adquirente. Aquí lo más probable es que el transferente no esté dispuesto a correr con la responsabilidad del vicio encontrado y para subsanarlo se apegará a la ley del mínimo costo y esfuerzo y, por su parte, el adquirente, la mayoría de veces, exigirá más de lo que realmente le corresponde. Por ello creemos, en principio, que la norma es demasiado genérica.

Por nuestra parte, entendemos que un vicio estará debidamente subsanado o reparado cuando se ha logrado la satisfacción del adquirente en la medida correcta; sin embargo, siendo que este tema se desplaza de la esfera de lo objetivo (vicio sobre el bien) al ámbito netamente subjetivo de una de las partes (satisfacción del adquirente), queda claro que no es algo simple de superar. En tal sentido, para evitar caer en el supuesto que contempla este artículo, es recomendable que en los contratos de transferencia de bienes se regule expresamente, teniendo en consideración una eventual existencia de vicios, el proceder de las partes y el alcance de su responsabilidad.

Asimismo, creemos que –luego de celebrado un contrato y definidos sus alcances más próximos– estimar si un defecto o vicio es de poca o significativa importancia es un tema meramente subjetivo, no siendo suficiente para considerarlo como "de poca importancia", la posibilidad de subsanación por parte del transferente, pues somos de la opinión que cada persona tiene una valoración particular de cada cosa, teniendo en consideración diversos factores, entre estos, principalmente, su finalidad y la oportunidad de su uso.

2. Subsanación del vicio

Como se sabe, ante la existencia de vicios ocultos el Código Civil de 1984 permite que el adquirente pueda optar exclusivamente entre dos posibilidades, las mismas que consisten en acciones susceptibles de entablarse en la vía judicial, salvo que el transferente –voluntariamente– se ofrezca a subsanar o reparar el bien afectado por un vicio, cuando considere que ello es posible y el adquirente acepte dicho ofrecimiento.

A saber, dichas acciones son:

a) La acción redhibitoria (artículo 1511); y,

b) La acción estimatoria (artículo 1513).

Lo señalado nos lleva a precisar que en el texto del Código Sustantivo no existe formalmente la posibilidad de que el adquirente pueda exigir en forma directa al transferente la subsanación o reparación del vicio. Esto es, se deja a voluntad del transferente la posibilidad de ofrecer la reparación o subsanación del vicio. En tal sentido, ante la negativa del transferente, solo quedaría accionar como ya se ha indicado.

Sin embargo, como sabemos, en la realidad, la primera reacción del adquirente de un bien sobre el cual descubre un vicio, es acudir de inmediato donde el transferente para reclamar y exigir la subsanación de dicho vicio. Por tanto, aun cuando dicha posibilidad no está expresamente establecida en la norma, ello no impide que los adquirentes puedan actuar –apelando a un criterio con cierto grado de razonabilidad–, optando por lo que más les conviene, esto es, exigir en principio una respuesta satisfactoria por parte del transferente. Y, por su parte, al transferente, con el mismo grado de razonabilidad, le quedará analizar si dicha petición es o no atendible.

Pero la omisión advertida –que a nuestro entender es irrelevante, a pesar de que en la doctrina nacional mucho se la ha lamentado– no es única de la realidad peruana, pues la doctrina de Italia también la considera como un problema al que hay que enfrentar, ya que la legislación de dicho país niega al comprador la opción de exigir la reparación del vicio, cuando esta es conveniente con relación al precio del bien, llámese a lo que se pagó por este.

Por su parte, el tratadista Bianca ensayó hace buen tiempo una respuesta al citado inconveniente, apelando a la teoría denominada del resarcimiento del daño[1].

De otro lado, los tratadistas Greco y Cottino consideran que ello sería posible siempre y cuando exista culpa del vendedor[2]. Debe tenerse presente que no se trata de obligar al transferente para subsanar el vicio y hacer que toda responsabilidad recaiga sobre este, pues para ello –con sus efectos correspondientes, ya existen las acciones redhibitoria y estimatoria, además, de ser el caso, la posibilidad de la resolución contractual– sino se trata de establecer formalmente una posibilidad previa a dichas acciones. En buena cuenta, se pide que la norma acoja lo que ya se da en la realidad, ni más ni menos.

Sin embargo, Luzatto –citado por De la Puente y Lavalle– considera que: "(...) frente a la tradicional alternativa en que es colocado el comprador, entre la demanda de resolución *(actio redhibitoria)* y de la reducción del precio *(actio estimatoria),* frente al artículo 1492, que regulando minuciosamente estas acciones, reproduce esta tradicional alternativa, nos parece bastante difícil sostener, que es dada, también al comprador una tercera vía: la demanda de sustitución de las cosas viciadas por cosas sanas. Y otra confirmación de esto quizá pueda encontrarse en el artículo 1512, que solamente en el caso de la venta con garantía de buen

(1) BIANCA, Massimo. *La vendita e la permuta.* Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1972, p. 894.
(2) GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone. *Della vendita.* Nicola Zanichelli Editore. Bologna, 1981, p. 278.

funcionamiento, da facultad al juez para asignar al vendedor un plazo para sustituir o reparar la cosa"[3].

Al respecto, concluye el tratadista nacional: "Pienso que el codificador peruano, al limitarse a conceder al transferente la posibilidad de ofrecer la subsanación de los vicios, está negando implícitamente al adquirente la posibilidad de exigir tal subsanación, por lo cual se encuentra colocado, como lo dice Luzatto, en la estricta alternativa entre la acción redhibitoria y la acción estimatoria"[4].

3. Ofrecimiento de subsanación o reparación por parte del transferente

Un elemento adicional que hay que tener en consideración dentro del análisis del artículo 1515, y que ya se mencionó, es que el transferente sí puede ofrecer la subsanación de los vicios del bien, siempre que sean de poca importancia o mejor dicho, siempre que quiera y ello sea posible.

Este requisito es de suma importancia, pues no sería conveniente que si el vicio es subsanable (entiéndase: cuya subsanación es posible), tenga lugar la acción redhibitoria. Al respecto, dice De la Puente y Lavalle: "Recuérdese que uno de los requisitos para que proceda la acción de saneamiento por vicio oculto es que este sea importante, o sea que no permita destinar el bien a la finalidad de su adquisición"[5]. (Algo obvio, aunque oportunamente señalado). Sin embargo, recordemos que de acuerdo con lo establecido por el propio Código Civil, si el adquirente rechaza la oferta de subsanación del transferente, solo se concede al primero la acción estimatoria, destinada a compensar el valor que el bien tiene de menos debido a la existencia del vicio, sin posibilidad de la acción redhibitoria, pues al parecer de muchos, en este último caso, los resultados podrían sobredimensionarse y favorecer a una de las partes.

4. Carga de la prueba

Finalmente, debemos manifestar que si el adquirente no aceptara la oferta de subsanación o reparación y decide entablar la acción estimatoria (ya que pierde la posibilidad de accionar en la vía de redhibitoria, como lo establece la última parte del artículo 1515), queda claro que la carga de la prueba respecto a la existencia del vicio corre por cuenta del adquirente.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1972; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2001; GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone. Della vendita. Nicola Zanichelli Editore. Bologna, 1981; LUZATTO, Ruggero. La compraventa. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953.

(3) LUZATTO, Ruggero. *La compraventa*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953, p. 297 citado en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo III. Palestra Editores. Lima, 2001, p. 558.

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 606.

(5) Ibídem, p. 607.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Vicios de poca importancia permiten que se pague lo que el bien transferido vale de menos

{T}ratándose de vicios ocultos, tanto la acción resolutoria del contrato como la acción estimatoria, llamada también quanti minoris porque permite pedir que se pague lo que el bien transferido vale de menos, están reservadas en favor del adquiriente, ya que el transferente solo puede ofrecer subsanarlos, siempre que se trate de vicios de poca importancia, tal como preceptúan los artículos 1511, 1513 y 1515 del Código Civil, respectivamente (*Cas. N° 1078-97-Apurímac*).

Perjuicio del transferente por pérdida del bien

Artículo 1516.- ***El transferente sufre el perjuicio de la pérdida del bien si este perece totalmente por los vicios ocultos que tenía.***

Concordancias:
C.C. arts. 1138, 1517

ORESTE ROCA MENDOZA

Aquí se debe partir de que estamos ante defectos ocultos en el bien que preexisten a la transferencia y que se revelan al momento de usar dicho bien en el marco de una relación paritaria, y no en una relación de proveedor-consumidor; caso contrario, se debe regir por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Entonces, en este esquema civil, la norma parte de establecer que el transferente de un bien mueble (incluye animales) o inmueble sufre (*rectius*: asume los costos) las consecuencias dañosas sufridas por el adquirente debido a la pérdida del bien, ya sea porque perece (se destruye, se arruina o se muere) totalmente (no parcialmente) por los vicios ocultos que tenía.

Ante todo hay que señalar que el "vicio es una anomalía que no se confunde con la pertenencia a un género diverso o es una especie diversa de la pactada, ni con el concepto de cualidad diversa de aquella expresa o implícitamente convenida. Así, el caballo pertenece a un género distinto del mulo; el caballo de carreras, a una especie distinta de la del caballo de tiro o de trabajo; el tejido de lana entra en una especie distinta en relación con el tejido de algodón, y en estas especies pueden existir calidades distintas, inferiores o superiores; una máquina que sirva para ciertos usos no se confunde con otra máquina que sirve para usos distintos, ni aquella de potencialidad superior con la de potencialidad inferior"(1). Por tanto, no son supuestos de vicios ocultos, solo son otros objetos dados por los realmente pedidos, por lo que si estos se pierden por causa del transferente, aplicamos la teoría del riesgo y no el saneamiento por vicios ocultos.

En dicha línea, se entiende vicio cuando la falla está en el mismo producto comparado dentro de su propio género o especie. Por ejemplo, un reloj que se para a cada momento, un caballo enfermo, una máquina con problemas mecánicos. Pero aquí debe tenerse claro que esto no tiene vinculación con la "calidad del producto", ya que puede ser de baja calidad o alta calidad, pero en ambos casos funciona el producto, por lo que no estaríamos ante un vicio.

Por ejemplo, la entrega de una vivienda no apta para su destino por existencia de humedades supone un vicio oculto, pero haber remitido un bien distinto a lo pactado en cuanto a su naturaleza o especie no constituye vicio de ningún modo.

Es vicio cuando presenta una imperfección en su estructura, que no debería presentar, por lo que "los defectos que tengan como causa un vicio sobreviniente no son un incumplimiento, considerando que las cosas se descomponen, sea por caso fortuito o fuerza mayor, por su uso y transcurso del tiempo, y por falta del debido cuidado"(2) posterior a la transferencia del bien.

(1) BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*. Tomo I, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 643-644.

(2) DEL REINA TARTIERE, Gabriel (Coord). *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 317.

Por otro lado, aunque hubiera un vicio, debe ser oculto, por lo que si el adquirente conocía el vicio en el momento del contrato, es excluida la garantía del transferente: en tal caso, el adquirente no puede considerarse defraudado en su expectativa, pues ha dado su consentimiento más o menos explícitamente a dicha situación y se supondría que lo ha tenido en cuenta al establecer el precio.

Por ejemplo, no son vicios ocultos los que aparecen en el Registro de Predios, en una norma legal, un acuerdo que consista en que uno distribuya agua de un pozo donde el adquirente puede advertir que no llegaría hacía su predio rústico, comprar mercadería de alimentos con fecha de caducidad vencida. Es por eso que el artículo 1504 del Código Civil señala que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias. Por ejemplo, si del examen ocular de un departamento no se puede advertir que las tuberías están falladas, siendo un defecto oculto porque solo se puede saber luego de una evaluación técnica. Esta condición resulta muy importante porque, al ser un vicio oculto, la destrucción o pérdida del bien generado por ello conlleva que sea imprevisible por parte del adquirente.

Dentro de este contexto, el vicio oculto debe ser de importancia, por lo que el defecto no puede ser leve, y al ser de importancia no significa que no pueda el producto funcionar adecuadamente después, pero el vicio oculto disminuye la cualidad del bien o lo hace inadecuado para la finalidad por la cual se adquirió.

> "Se ha de tener presente que se debe tratar del destino específico que la cosa está llamada a cumplir, pues bien puede ocurrir que las imperfecciones la hagan inapropiada para cumplir un fin distinto al cual su naturaleza le indica, pero, en tal caso, esa imperfección no autorizará el ejercicio de las acciones (...) porque en el supuesto indicado la cosa no puede ser calificada como inapropiada, ya que –por hipótesis– es apta para ser utilizada en su destino específico. Para calificar cuál es el destino específico de la cosa, no solo se debe valorar la naturaleza, sino también se atenderán las previsiones de las partes expuestas en el contrato"(3).

Si estamos ante un bien que se pierde por el vicio oculto (que tenía bajo las condiciones antes acotadas), estamos ante un vicio oculto de la máxima importancia, es decir grave, porque esto ocasionó la pérdida del bien, y es por eso que el transferente asume los costos derivados de los daños ocasionados al adquirente, debiendo, por tanto, asumir no solo la devolución del precio y gastos accesorios (transporte o tiempo), sino los daños y perjuicios ocasionados, sin importar si el transferente conocía o no del vicio oculto, o actuó con diligencia, ya que se debe recordar que el saneamiento por vicio oculto no tiene como requisito la buena o mala fe del transferente (el artículo 1503 del Código Civil señala que el transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia sin aludir a que tenga que ser por culpa de este).

Por ejemplo, cuando se adquiere un departamento con conexiones eléctricas deficientes, no reportadas ni posibilidad de ser advertidas por el comprador, lo que genera un incendio y destruye el departamento. En tal circunstancia, el transferente asume las pérdidas y debe reconstruir el departamento a menos que se vuelva inhabitable. Ahí tendrá que resarcir económicamente, pero ya no devolver el bien porque este ya se destruyó.

(3) WAYAR, Ernesto. *Evicción y vicios redhibitorios*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 146-147.

Cabe indicar que si se comprueba que actuó con dolo o culpa en el vicio oculto, influye en el resarcimiento en el cálculo resarcitorio, mas no es un requisito para que opere el resarcimiento por los daños ocasionados.

El artículo 1505 del Código Civil señala que hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición, por ello, con mayor razón hay saneamiento cuando este bien se destruye por el vicio oculto, en que ya evidentemente no tiene ningún valor.

El artículo 1507 del Código Civil señala que cuando se transfieren bienes principales y accesorios, los vicios que afectan a los primeros dan lugar al saneamiento de estos y de los accesorios, pero no a la inversa, lo cual se aplica también respecto a la pérdida total del bien principal (por ejemplo, una maquinaria que se pierde conlleva el saneamiento de todos los bienes entregados como accesorios).

El artículo 1508 del Código Civil señala que el adquirente de un bien fungible viciado puede exigir, en sustitución del saneamiento, la entrega de otro de igual naturaleza, lo que implica que, aunque este se pierda, al ser fungible, puede ser sustituido por otro, lo que implica que no tiene que asumir costos de algún daño, porque simplemente no habría, ya que el bien destruido se puede sustituir por otro igual.

Cabe sostener que la pérdida del bien puede producirse por que se destruye o por ser inútil para el interés causalizado del acreedor, aun por daño parcial o por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar o por quedar fuera del comercio, y todas estas circunstancias parten de que se haya generado debido al vicio oculto en el bien.

Debido a que el artículo 1522 del Código Civil señala que no hay lugar al saneamiento por vicio oculto en la transferencia de animales y ganado hecha en feria o en pública subasta, ni en las de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes, si se mueren, se pierden o se tornan inútiles, el transferente no asume la responsabilidad por los daños ocasionados.

DOCTRINA

BADENES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa. Tomo I, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1995; DEL REINA TARTIERE, Gabriel (Coord). Contratos civiles y comerciales. Parte General, Heliasta, Buenos Aires, 2010; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Pérdida por culpa del adquirente

Artículo 1517.- ***El transferente queda libre de responsabilidad si el vicio que causó la pérdida del bien tuvo este efecto exclusivamente por culpa del adquirente, aunque hubiera ya existido en el momento de la transferencia.***

Concordancias:
C.C. arts. 1138, 1319, 1320

JORGE BELTRÁN PACHECO

1. Aspectos generales

Tal como lo hemos señalado al comentar el artículo 1512 del Código Civil, el transferente deberá pagar una indemnización si el daño se produjo por su culpa o dolo al ocultar un vicio que determinó la inutilidad o pérdida del bien enajenado. No obstante, si el daño reconoce como causa *el hecho propio de la víctima o de quien padece el daño*, entonces se produce un supuesto de ruptura causal que determina que el demandado (el transferente) no deba asumir responsabilidad civil alguna.

2. Análisis de la norma jurídica

La norma objeto de comentario tiene la siguiente estructura:

> Supuesto de hecho: Si el vicio que causó la pérdida del bien tuvo ese efecto por la culpa exclusiva del adquirente (aunque hubiera existido en el momento de la transferencia).
>
> Nexo causal: Entonces.
>
> Consecuencia jurídica: El transferente queda libre de responsabilidad.

Desde nuestro punto de vista, la aplicación de este artículo dependerá de las pruebas que se presentan durante el proceso, puesto que resultará sumamente complicado determinar si el daño se produjo por la sola conducta del adquirente. Trataremos de proponer algún ejemplo: "Martín compra una casa para utilizarla como restaurante, para ello evalúa las condiciones del bien inmueble, tales como: dimensiones, ubicación, comodidad, entre otras. Luego de la evaluación decide adquirir el bien e inicia las remodelaciones externas del bien y los trámites municipales. Una vez obtenidas las licencias, el restaurante comienza sus actividades. Dada la campaña agresiva que efectuó durante un mes, tiene muchos clientes quienes no solo acuden al local para probar los potajes, sino además para tomar licor. Martín no se percata que el local no es muy grande y además que es una casona vieja (cuyas cañerías están gastadas), lo que genera el colapso de las tuberías y cañerías. Si bien es cierto, el estado de estas no era de conocimiento de Martín (vicio oculto), el daño que se produjo fue por culpa exclusiva de él".

No obstante hemos formulado un ejemplo que consideramos explica lo que la norma jurídica regula, consideramos que la responsabilidad no debe ser solo del adquirente puesto que la causa del daño (el exceso de uso de los baños y caños) se pudo haber controlado de conocerse el estado de las cañerías y tuberías. A nuestro juicio, en el presente caso debería establecerse un supuesto de *concausa*, puesto que lo contrario (que es lo que HOY se regula) implica tolerar o permitir la conducta dolosa o culpable de los enajenantes o transferentes de "engañar" o "no informar" a los adquirentes de la existencia de vicios en el bien transferido.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo II. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996; ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.

Pérdida por caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1518.- ***El transferente queda libre de responsabilidad si el bien que adolece de vicio se pierde por caso fortuito o fuerza mayor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1138, 1314, 1315, 1328, 1489

CARLOS A. MISPIRETA GÁLVEZ

1. Aspectos preliminares

Sin ánimo de desarrollar a detalle el concepto de la obligación de saneamiento por vicios ocultos, considero que resulta imprescindible empezar el análisis de la norma que en esta oportunidad examinaremos teniendo en claro las premisas que le sirven de base. En efecto, deber previo a la exposición que haremos más adelante, es tener en cuenta que la obligación de saneamiento constituye un deber de resarcimiento que asume aquel que se obliga a atribuir los derechos reales de propiedad, posesión o uso frente a aquel que los adquiere, sea a título gratuito u oneroso, en caso este último no pueda destinar el bien transferido a la finalidad para la cual lo adquirió; vale decir, en caso no pueda satisfacer el interés que lo llevó a celebrar el negocio jurídico de adquisición, por haberse presentado situaciones de evicción, vicios ocultos o hechos del propio transferente.

Asimismo, para que se origine el deber de saneamiento por vicios ocultos, resulta fundamental tener en cuenta que deben presentarse necesariamente los siguientes elementos: En primer lugar, la existencia de un deterioro, defecto o anomalía en el bien transferido, que no se haya manifestado al momento de la celebración del acto de transferencia; en segundo lugar, que dicha anomalía no sea apreciable a simple vista o del análisis que la diligencia ordinaria impondría al adquirente; y, finalmente, que la patología oculta no permita que el bien transferido tenga la utilidad o no sirva a la finalidad para la cual fue adquirido por el acreedor de la obligación de saneamiento.

Partiendo de estas bases, a continuación analizaremos el dispositivo legal que ha incorporado el legislador peruano al Código Civil, en caso el bien transferido que adolece de algún vicio oculto se pierde por un evento calificado como caso fortuito.

2. Pérdida del bien

Debemos partir en este punto diciendo que "el bien" al que se refiere la norma que es materia de comentario, puede ser un objeto tangible o más bien tratarse de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico otorga a un sujeto tutelando la satisfacción de sus intereses, sea través del poder que ejerza él mismo o mediante alguna pretensión frente a terceros; es decir, puede tratarse de una cosa o un derecho. A su vez, se debe tener en cuenta que "el bien" al que hace mención el artículo 1518 del Código Civil, puede ser un bien mueble o uno inmueble, teniendo en cuenta la clasificación contenida en los artículos 885 y 886 del referido texto legal, ya que el legislador no ha hecho ninguna precisión o exclusión al respecto.

Ahora bien, a continuación creemos que es conveniente determinar cómo se debe entender la frase "pérdida del bien" que contiene el artículo 1518 del Código Civil; esto es, definir cuándo estamos ante dicha situación, que constituye el presupuesto que plantea el citado dispositivo legal. Profundizando en ello, e intentando esbozar una respuesta que parta de

la característica principal que delinea la institución jurídica del saneamiento, diremos que la pérdida de la cosa o del derecho transferido, se habrá producido cuando cualquiera de ellos ya no sea útil a los fines para los que fue adquirido; esto es, cuando el bien no sea apto para satisfacer el interés que llevó a contratar al adquirente, sea aquel que manifestó al celebrar el negocio, sea el que los usos determinan de acuerdo al bien del que se trate, según los parámetros planteados por el artículo 1486 del Código Civil.

Esta posición se ve reforzada al revisar el artículo 1137 del propio Código Civil que establece, en términos generales, que el bien se pierde por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial, en caso desaparezca o no se pueda recobrar, o en caso quede fuera del comercio. Evidentemente, en los tres casos antes mencionados, el bien perdido por un caso fortuito no servirá para satisfacer el interés que tenía quien adquirió la propiedad, la posesión o el uso del mismo, según veremos más adelante.

3. El caso fortuito y la fuerza mayor

Aclarado cuándo estamos ante la pérdida del bien, pasemos a analizar cuándo estamos ante un supuesto que puede ser calificado como caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, el artículo 1315 del Código Civil nos brinda la definición de lo que entendemos por caso fortuito o fuerza mayor, señalando que se trata de aquella causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

La doctrina clásica hacía la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, señalando que el primero debía ser entendido como aquella causa de un perjuicio que resulta imputable a un hecho de la naturaleza, como serían, por ejemplo, un terremoto, un tornado o una tormenta de inmensas proporciones; mientras que calificaban a la fuerza mayor como la causa de un daño atribuible a un hecho del hombre, como serían, por ejemplo, una guerra o una revuelta. Sin embargo, modernamente los autores entienden que hacer esta distinción tiene un efecto práctico que resulta intrascendente para determinar la imputación de responsabilidad por daños. En ese orden de ideas, a fin de hacer más clara la exposición, en adelante nos referiremos únicamente a situaciones de caso fortuito para hacer alusión a cualquiera de los dos conceptos antes mencionados de manera indistinta.

Ciñéndonos a lo preceptuado por artículo 1315 del Código Civil, en principio diremos que para que exista una situación de caso fortuito deberían confluir tres elementos, a saber: Que el hecho sea extraordinario, que sea imprevisible y que sea irresistible. El primero de ellos consiste en que el hecho no sea común, sólito o frecuente dentro de cierta actividad o en determinado contexto de la realidad; así, pensamos que no se puede alegar que sean extraordinarias las lluvias, nevadas y crecidas de los ríos que se producen en los pueblos andinos de nuestro país durante los meses de diciembre, enero, febrero y marzo, ya que su presencia es usual en dicha temporada del año; sí en cambio, si las mismas fueran muy superiores a los niveles promedio que han sido registrados en dichas zonas en anteriores ocasiones.

En cuanto a la imprevisibilidad del evento que ocasiona un daño, el mismo se verifica cuando en condiciones normales y aplicando una diligencia ordinaria, resulta imposible saber de antemano que se produciría dicho evento. Vale la pena señalar que existen posiciones en la doctrina que ya han expresado su disconformidad en considerar a la imprevisibilidad como un elemento del caso fortuito, pues –según señalan– existen eventos que pueden ser predecibles, pero que lo son a un gran costo o que definitivamente resultan inevitables (ALPA, 334). Justamente por ello, consideramos que esta característica debe ser entendida

dentro de la de extraordinariedad del hecho, como si fueran dos caras de una misma moneda; es decir, debido a que el evento es extraordinario el mismo resulta imprevisible; por el contrario, debido a que no es posible anticiparse a la ocurrencia de un caso fortuito el mismo tiene el carácter de extraordinario.

La irresistibilidad del hecho está determinada por la imposibilidad de evitar su producción; esto es, cuando quien está en posición de impedir que se produzca la consecuencia dañina no lo puede hacer, aunque para ello emplee todos los medios que estén a su alcance y que se le puedan exigir razonablemente. Tal vez este último aspecto de la irresistibilidad del hecho merezca una mayor explicación, nos referimos a que la posibilidad de resistencia del evento debe estar enmarcada dentro de parámetros de razonabilidad; en efecto, se pueden presentar casos en los que algunos perjuicios pueden evitarse usando medios que impliquen mayores costos o daños para quien alega la irresistibilidad o para terceros de los que se hubieran podido evitar; estos casos exceden una exigencia razonable de actuación del agente, por lo que consideramos que estos eventos también deben ser considerados como casos fortuitos.

Adicionalmente a los ya mencionados elementos, Fernando De Trazegnies señala que debe incluirse un elemento que no ha contemplado la norma, nos referimos a que el hecho debe ser potencialmente percibido o captado por todos los que han tenido acceso a él; es decir, el hecho calificado como caso fortuito debe ser público y notorio, y no de carácter particular. En palabras del citado jurista "La notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no puede ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para el sujeto involucrado) sino que tiene que ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera)" (p. 339).

Siendo así, cuando un evento reúne esas características y el mismo da origen a la pérdida del bien cuya propiedad, posesión o uso han sido transferidas, la causa que motiva dicha pérdida es un hecho totalmente ajeno a las partes que participaron en el negocio jurídico de transferencia o a deficiencias que presente el bien, aunque la carga de la pérdida sí puede ser asumida por cualquiera de ellas en virtud de un pacto expreso.

4. Liberación de la obligación de saneamiento del transferente

A manera de síntesis conclusiva de lo hasta este punto expuesto, debemos decir que si la pérdida del bien se debe a un evento que puede ser calificado como caso fortuito –que obviamente es ajeno al vicio oculto que guardaba imperceptible el bien transferido–, y, si antes de la pérdida, el vicio de la cosa o del derecho no determinó que el adquirente pueda destinarlo a los fines para los que obtuvo el derecho de propiedad, posesión o uso, resulta coherente la solución a la que arriba el legislador peruano cuando proclama que el transferente no es responsable por el saneamiento del vicio y menos aún por la pérdida del bien. En efecto, desde nuestra perspectiva, si el vicio oculto no se manifestó antes de que el bien transferido se pierda por un evento extraordinario, irresistible y notorio, el adquirente no tendrá derecho a reclamar al transferente el saneamiento, pues dicha anomalía no perjudicó en ningún momento el derecho que se le atribuyó ni la posibilidad de destinar el bien a la finalidad que lo llevó a contratar; tampoco el vicio fue la causa de la pérdida del bien transferido. En suma, en ningún momento se presentó una de las condiciones para que proceda el pago de la obligación de saneamiento, vale decir, que se perciba o se manifieste el vicio que hace inútil el bien para el adquiriente. Sin perjuicio de ello, es necesario destacar –como lo ha hecho Manuel De la Puente y Lavalle– que existen legislaciones y posiciones doctrinarias que han acogido posturas discordantes sobre este punto (p. 618).

Ahora bien, creemos que un problema distinto se plantea si el vicio se manifiesta o se percibe antes de la pérdida del bien (con lo que se cumple la condición que hemos planteado) y antes de ella también se le comunica al transferente lo ocurrido; es decir, en caso el bien se pierda en el tránsito entre el aviso y el pago de la obligación de saneamiento. En este caso nos parece que sí sería exigible la obligación de saneamiento, pues la detección de la anomalía se produjo cuando aún el bien formaba parte del patrimonio del adquirente sin que haya cumplido la finalidad para la cual fue adquirido; es decir, el perjuicio que le generó el vicio y que merece resarcimiento resulta totalmente cierto, a diferencia del caso anterior en que el vicio no perjudicó de ningún modo el derecho adquirido. Pero un argumento adicional, e igual de importante, lo constituye el hecho de que el adquirente ya habría dado aviso al transferente, manifestando su voluntad en forma expresa o tácita, según lo previsto en el artículo 142 del Código Civil.

Efectivamente, nos parece que, si bien el aviso no es un requisito para que se origine la obligación de saneamiento, sí debe entenderse ordenada al principio de buena fe, que para el ámbito contractual se ha contemplado en el artículo 1362 del Código Civil, la necesidad de que el adquirente deba poner en conocimiento del transferente que se ha presentado una situación que debe ser resarcida mediante el saneamiento; en ese mismo orden de ideas, sin el requisito de la comunicación previa, la referida obligación no podría ser exigible y el transferente quedará exonerado de responsabilidad. Así, si se hubiera verificado la existencia del vicio pero no se hubiera dado aviso al transferente, somos de la opinión que no sería procedente reclamar el saneamiento luego de la pérdida. Pensamos pues, que con ello se tutelaría la buena fe negocial, la cual nos debe llevar a presumir que el bien se entregó en condiciones de servir a los fines que perseguía el adquirente y que ello se mantuvo así hasta el momento de la pérdida.

Por otro lado, puede resultar muy interesante –aunque no fluya directamente de la norma comentada– el caso en el que el bien que adolezca de algún vicio oculto se pierda, no como consecuencia de un caso fortuito, sino por la conducta o el riesgo generado por un tercero. En este caso el legislador no ha sido expreso en pronunciarse ante esta causa que no es imputable al transferente. Una evaluación sobre este supuesto nos debe llevar a tener en consideración que ante la pérdida del bien, el adquirente contará con la facultad de demandar al tercero que causó el daño para que lo indemnice por la pérdida sufrida, en virtud a las normas referidas a la responsabilidad civil. El tercero dañante deberá restituir el bien perdido o el valor que este tenía, tomando en cuenta para ello el vicio que se manifestó con ocasión de la pérdida del bien; vale decir, se hará responsable frente al adquirente por una cosa o un derecho diferente o de un valor menor al de aquel que este último presuntamente adquirió del transferente.

A pesar de ello, pensamos que las razones que sirven de base a la norma comentada y que han sido mencionadas al iniciar este punto, sirven también en este caso para exonerar al transferente del deber de saneamiento, pues, si se tiene en cuenta que la pérdida se ha producido por un hecho totalmente distinto al vicio del bien, y que dicho vicio en ningún momento ha determinado la imposibilidad de que el adquirente pueda destinar el bien a la finalidad que lo llevó a celebrar el negocio, entonces la solución a la que debemos arribar es la misma.

DOCTRINA

ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Obligaciones de saneamiento en el nuevo Código Civil en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco, Lima, 1985; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, Palestra

Editores, 2ª edición, Lima, 2001; DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual, Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, 5ª edición, Lima, 1995; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Editorial Tecnos, 7ª edición, Madrid, 1990; ENNECCERUS, Ludwig y otros. Tratado de Derecho Civil-Derecho de Obligaciones, Tomo II, Primera Parte, Bosch, Barcelona, 1966; ESCOBAR ROZAS, Freddy. El Derecho Subjetivo-consideraciones en torno a su esencia y estructura, en: Revista Ius et Veritas, Año IX, N° 16; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII, La Ley, 1965; WAYAR, Ernesto C. Evicción y vicios redhibitorios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

Renuncia al saneamiento por vicios ocultos

Artículo 1519.- ***Cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por vicios ocultos, si el bien se pierde por razón de estos vicios, debe devolver la contraprestación, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a ella.***

Concordancias:
C.C. arts. 1489, 1497

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Ámbito de aplicación

El artículo 1360 del Código Civil de 1936 limitaba las obligaciones de saneamiento a los contratos onerosos. Esta fórmula ha sido superada por el Código vigente, al expandir su ámbito de aplicación a todos los contratos en virtud de los cuales se transfiera la propiedad, la posesión o el uso de un bien, sin importar el hecho de que la relación contractual sea a título gratuito o a título oneroso, o se trate de contratos conmutativos o aleatorios, o con prestaciones unilaterales o recíprocas (artículo 1484 del C.C.).

No obstante lo expuesto, en la Exposición de Motivos del artículo 1497 del Código Civil (cuyo texto es similar al que estamos comentando, pero aplicable al saneamiento por evicción), la Comisión Reformadora afirma que este artículo "(...) solo tiene lugar cuando el contrato sea a título oneroso, ya que parte de la premisa de que haya existido reciprocidad de prestaciones" (vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 487). Al respecto, Arias Schreiber parece compartir esta opinión cuando señala que "(...) el artículo 1497 solo tiene lugar cuando el contrato es a título oneroso, ya que parte de la premisa de que haya existido enriquecimiento y empobrecimiento correlativo de las partes" (ARIAS-SCHREIBER, p. 371).

Como se puede apreciar de las opiniones citadas, ambas parten de una misma afirmación (que el artículo es aplicable solo cuando el contrato es a título oneroso), pero utilizan argumentos distintos para fundamentarla. Al respecto, debemos señalar que en la primera posición se aprecia una confusión en cuanto a un contrato a título gratuito y uno con prestación unilateral. En efecto, el que se trate de un contrato a título gratuito no implica que sea de una sola prestación, sino que exista un sacrificio patrimonial solo de una de las partes, y para constatar esta afirmación basta señalar como ejemplo el contrato de comodato; como sabemos, este contrato es a título gratuito pero con prestaciones recíprocas (el comodante debe entregar un bien no consumible y el comodatario debe devolver el mismo bien). Por lo tanto, no es posible negar la aplicación de este artículo a los contratos gratuitos y fundamentar esta posición señalando que deben existir prestaciones de ambas partes, pues la fundamentación hecha obedece a la clasificación de contratos en atención a las prestaciones y no al sacrificio patrimonial de una de las partes.

De otro lado, si bien la afirmación contenida en la segunda posición guarda concordancia con su fundamentación, la misma no explica el motivo por el cual este artículo es de aplicación solo a los contratos onerosos. Tal vez la razón de estas afirmaciones se encuentra en la redacción del artículo cuando señala: "(...) debe devolver la contraprestación (...)". Por ello, para evitar confusiones como la antes analizada, proponemos que este artículo sea modificado en el sentido siguiente: "(...) si el bien se pierde por razón de estos vicios, debe devolver la contraprestación, *si la hubiere* (...)".

Entonces, conforme al artículo 1484 del Código Civil, la garantía del saneamiento se encuentra presente en los contratos por lo que se transfieren derechos de propiedad o posesión sean estos típicos o atípicos. Respecto del uso, consideramos que la posesión es un presupuesto para usar, quien usa necesariamente posee, por ejemplo: en el arrendamiento se cede el uso, pero el arrendatario al usar necesariamente debe poseer, no se concibe un uso sin posesión, por ello bastó señalar solo los dos primeros derechos. Ahora bien, entre los contratos típicos tenemos: los que transfieren propiedad (compraventa, permuta y donación), los que transfieren posesión (arrendamiento, suministro, mutuo, comodato y hospedaje). Sin embargo, Arias Schreiber sostiene que la garantía de saneamiento también es de aplicación al contrato de depósito (ARIAS-SCHREIBER, p. 356); al respecto debemos señalar que mediante el contrato de depósito una de las partes se obliga a entregar un bien a la otra, a fin de que esta lo custodie, lo conserve y lo restituya, pero no se transfiere la propiedad ni (en estricto) tampoco la posesión, pues el depositario no puede ejercer ninguna de las facultades que tiene un propietario.

En atención a ello, el depositante no tiene por qué garantizar al depositario la posesión pacífica y útil del bien, sencillamente porque el depositario no es poseedor (en ese sentido, entre otros, CASTILLO FREYRE, p. 112), y esta afirmación es aceptada unánimemente.

2. Renuncia al saneamiento y a la contraprestación

Siendo la garantía de saneamiento un mecanismo de tutela establecido en interés del adquirente, es permisible su renuncia o limitación (artículo 1489 del C.C.), si así lo considera conveniente el titular de tal derecho; sin embargo, para que la renuncia sea válida se deberán observar algunas disposiciones legales que contienen ciertas restricciones (artículos 1328, 1497, 1520 y 1528 del C.C.). Así, por ejemplo, la renuncia no será válida si el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable.

La obligación de saneamiento por vicios ocultos posibilita al adquirente ejercer excluyentemente cualesquiera de las dos acciones edilicias: la redhibitoria o la estimatoria (artículos 1511 y 1513 del C.C.). En virtud de la renuncia, el adquirente no tendrá derecho a ejercer ninguna de estas acciones; sin embargo esta renuncia tiene un carácter limitativo, pues no comprende la devolución de la contraprestación en caso el bien se pierda. En atención a ello, si el adquirente desea renunciar también a su derecho a la devolución de la contraprestación, deberá señalarlo expresamente.

Esta disposición es lógica, pues si el transferente no ha transferido nada (o lo que transfirió se ha perdido como consecuencia de un vicio oculto), entonces no tiene por qué quedarse con la prestación que ha recibido del adquirente, por lo que deberá devolverla por más que el adquirente haya renunciado al saneamiento.

Asimismo, es necesario precisar que en los contratos autónomos y en los contratos con prestaciones unilaterales (la donación, por ejemplo), la renuncia no tiene el efecto limitativo descrito, por el contrario, tiene efectos plenos, en atención a que en estos contratos no existe contraprestación, por lo que no será necesario pactar expresamente la devolución del bien.

Adviértase que el artículo señala devolución de la "contraprestación", la cual consiste ordinariamente en el dinero pagado (salvo que se trate de una contraprestación en especie), pues la "prestación" comprende la entrega del bien; con esta redacción se elimina toda posible confusión respecto de si el monto que se devuelve es el mismo que se entregó al momento de

la celebración del contrato o el valor que tiene el bien al momento de ocurrido el vicio, esta última solución es adoptada por otros ordenamientos (v. g. Código Civil español).

3. Los alcances del término "pérdida del bien"

Es necesario determinar a qué se refiere el legislador cuando señala "(...) si el bien se pierde (...)". Una primera lectura nos indicaría que se refiere a que el bien desaparezca, pues "pérdida", en el lenguaje común, significa extravío. Al respecto, el artículo 1516 brinda un alcance de este término cuando señala que: "El transferente sufre el perjuicio de la pérdida del bien si este perece totalmente por los vicios ocultos que tenía".

Sin embargo, consideramos que a fin de brindar una tutela más efectiva al adquirente, debemos entender el término "pérdida" en el sentido que le otorga el artículo 1137 del Código: "La pérdida del bien puede producirse: 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial; 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar; 3. Por quedar fuera del comercio". Este artículo tiene un sentido más amplio, por lo que es de suma importancia determinar los alcances del término "pérdida" contenido en el artículo 1516, pues elegir uno u otro concepto genera resultados distintos; así, por ejemplo, si una persona adquiere un bien que, como producto del vicio oculto, sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor, según el artículo 1516 del Código, no se considerará una "pérdida", pues el bien no ha perecido totalmente, mientras que, según el artículo 1137, sí habría una pérdida, lo que generaría la consecuencia establecida en el artículo bajo análisis, es decir, la devolución de la contraprestación.

Por ello, consideramos que el término "pérdida" a que se contrae el artículo 1519 del Código Civil, podría ser entendido dentro de los supuestos del artículo 1137; sin embargo, al señalar el artículo bajo análisis que: "(...) siempre que la pérdida sea por razón de los vicios ocultos (...)", hace imposible la concordancia con el tercer supuesto del artículo 1137, pues un bien queda fuera del comercio solo cuando una ley así lo indique, pero nunca por razón de un vicio oculto. Hecha esta aclaración, solo debe entenderse que un bien se pierde por un vicio oculto cuando ocurran cualquiera de los dos primeros supuestos contemplados en el artículo 1137 del Código Civil.

4. Forma y oportunidad de la renuncia

En lo que concierne a la forma de la renuncia, el artículo no establece una formalidad específica para hacerlo, por lo que en aplicación del principio de libertad de forma regulado por el artículo 143 del Código Civil, la renuncia puede realizarse de la manera en que las partes convengan. Sin embargo, si el adquirente renuncia, además, a la contraprestación, esta deberá realizarse de manera expresa, pues conforme al artículo 141 *in fine,* no tiene efectos de manifestación la declaración tácita cuando la ley exige declaración expresa.

Con respecto al momento en que debe efectuarse la renuncia a la contraprestación, surge una interrogante: ¿debe realizarse en el momento de la celebración del contrato o cuando se pierde el bien? Siendo el adquirente titular del derecho a solicitar la contraprestación, y al verse beneficiado el transferente con esta renuncia, no vemos inconveniente alguno en que la renuncia se realice en cualquiera de los dos momentos.

Finalmente, es importante mencionar que la consecuencia establecida en el artículo bajo comentario se presentará siempre que el bien se "pierda" en los términos ya señalados, pues si el adquirente renuncia al derecho de saneamiento y no se produce la pérdida del bien, este

no tendrá derecho a solicitar la devolución del precio pagado, ni a exigir la indemnización por los daños que haya ocasionado el vicio.

5. Cláusulas que no constituyen renuncia al saneamiento

En nuestro medio es práctica usual en la celebración de contratos, la inclusión de cláusulas "modelo" o de "estilo" por las que, aparentemente, el adquirente estaría renunciando a la garantía de saneamiento. Al respecto, Galgano señala: "No se equiparan a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por vicios ocultos las cláusulas de estilo: 'mercadería vista y aceptada', 'mercadería verificada, probada y aceptada'; y en la venta de objetos usados, 'visto y aceptado' (...)" (GALGANO, en Enciclopedia ... p. 494). Asimismo Gazzoni señala que "(...) más concluyente es la cláusula 'sin garantía' (...)" (GAZZONI, p. 1028). Sin embargo debemos precisar que las mismas no constituyen renuncia al saneamiento, por cuanto no especifican el vicio que padece el bien; en ese sentido los Mazeaud, cuando afirman que: "(...) la situación no se modifica por la estipulación en cuyos términos la cosa se vende 'en el estado en que se encuentre'; no se trata sino del estado aparente; la cláusula para excluir la garantía, debería prever los vicios ocultos" (MAZEAUD, p. 308).

Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha señalado que: "La cláusula 'como se ve' libera al vendedor de responsabilidad por los defectos que pueden conocerse a la vista" (ENNECCERUS y otros, p. 103).

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, T. I, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2000; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil, T. IV, Contratos Usuales, Reus, Madrid, 1925; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Voz: Vendita (Diritto Privato), En: Enciclopedia del Diritto, T. XLVI, Giuffrè, Varese; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, T. II, Vol. II, Contratos, Ejea-Bosch, Buenos Aires, 1951; MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Vol. III, Los Principales Contratos, Ejea, Buenos Aires, 1974; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, Relaciones Obligatorias y Singulares, Ejea, Buenos Aires, 1971; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; CASTILLO FREYRE, Mario. La relación existente entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción, En: Revista del Magíster en Derecho Civil, Vol. 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; BULLARD GONZALEZ, Alfredo. ¿Es el acreedor prendario poseedor? En: Themis, Revista de Derecho, N° 4, PUCP, Lima, 1986; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoli, 1998; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, T. II, Vol. 2, Derecho de Obligaciones, primera parte, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1966.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Improcedencia de la renuncia del saneamiento en casos que no constituyan evicción

El cargo de inaplicación del artículo 1519 del Código sustantivo, relativo a la renuncia al saneamiento, tampoco puede prosperar, pues no es un caso de evicción, sino que la vendedora, cuando vendió ocultó que no era propietaria y no dejó constancia en el documento de la transferencia, que el vehículo no era suyo, como expresamente permiten los artículos 1537 del mismo Código, concordante con el artículo 1470. La compradora ignoró esa situación, pues de otro modo no hubiera pedido se inscriba la transferencia en el Registro, y en ese sentido, la de vista, en su séptimo considerando se refiere a jurisprudencia anterior, relativa a la venta de un vehículo hecha por quien se presenta como propietario no siéndolo (Cas. N° 2631-2015-Cusco).

Nulidad de la renuncia al saneamiento

Artículo 1520.- *La renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.*

Concordancias:
C.C. arts. 1318, 1319, 1328

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Requisitos de validez de la renuncia

La garantía del saneamiento impuesta por la ley a todo transferente de un derecho real (propiedad, posesión o uso) está prevista para asegurar que el bien, objeto de la transferencia, reúna las condiciones que permitan destinarlo a la finalidad para la cual fue adquirido, y que esté libre de todo vicio que disminuya su valor. Como se ha dicho en el comentario al artículo precedente, este derecho es susceptible de renuncia, y siendo la renuncia un acto jurídico, para su validez será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil y que no esté comprendida en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del mismo Código.

La renuncia al saneamiento será válida en tanto la existencia de los vicios, ya sea al momento de la celebración del contrato o al tiempo de pactar la renuncia, obedezcan a causas que no provengan del dolo o culpa inexcusable del transferente, pues de ocurrir ello, el adquirente tendrá expedito el derecho a demandar el saneamiento, por más que se haya pactado la renuncia. Esta causal de nulidad guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 219 inc. 7), el cual señala que el acto jurídico será nulo cuando así lo declare la ley; en este caso es el artículo 1520 el que declara la nulidad.

2. Dolo y culpa inexcusable

Para que la renuncia del adquirente a su derecho de saneamiento sea nula, será necesario que el transferente haya actuado con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrar el contrato o de pactarse la renuncia. Ahora bien, los conceptos de dolo y culpa inexcusable son descritos por los artículos 1318 y 1319 del Código Civil. En efecto, el artículo 1318 señala que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación, mientras que el artículo 1319 establece que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Aplicando estos conceptos, tenemos que si el transferente conoce los vicios que tiene el bien (dolo) o que por negligencia grave no logra conocerlos (culpa inexcusable), por más que se haya pactado la renuncia al saneamiento, esta será nula. Esta disposición es correcta, pues no es admisible tutelar la mala fe del transferente, quien sabiendo que el bien padece de algún vicio lo oculta y pacta con el adquirente la renuncia para que, así, esté libre de toda obligación de saneamiento.

La nulidad de la renuncia por dolo o culpa inexcusable también ha sido tratada por el artículo 1490 del Código Civil italiano, el cual, en su segundo párrafo, señala que: "(...) El pacto por el cual se excluye o se limita la garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado de mala fe al comprador los vicios de la cosa". Comentando este artículo Galgano enseña: "Por

consiguiente, el riesgo que la cosa vendida se presente afectada por vicios puede ser transferido del comprador al vendedor; sin embargo, debe tratarse de vicios ocultos a ambas partes; el vendedor que conozca el vicio, o que haya estado en posibilidad de conocerlo con la debida diligencia, se encuentra en la condición de deudor en dolo o culpa grave, a favor de quien no puede operar el pacto de exclusión de responsabilidad a tenor del artículo 1229, primer párrafo [artículo 1328 del Código Civil peruano]" (GALGANO, en Enciclopedia ..., p. 493).

Cabe señalar que esta norma, así como la del artículo 1497 *in fine*, resulta prescindible toda vez que ante su ausencia sería de aplicación el artículo 1328, el cual señala que es nula toda estipulación (en nuestro caso, la renuncia) que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. En adición a ello, debemos señalar que el adquirente deberá probar que el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable (artículo 1330), pues el artículo 1329 establece una presunción *iuris tantum* de culpa leve. La culpa leve es definida en el artículo 1320 en los siguientes términos: "Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". No obstante lo señalado, conforme al artículo 1489 del Código, las partes podrán convenir que la nulidad opere, además del dolo o culpa inexcusable, por culpa leve. Así, de realizarse este pacto, si el transferente actúa con culpa leve respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrar el contrato o de pactarse la renuncia, esta renuncia será nula.

3. Conocimiento del vicio

La existencia del vicio, puede ser de conocimiento tanto del transferente como del adquirente, de acuerdo a ello las consecuencias serán distintas, así tenemos:

- Si el adquirente conoce la existencia del vicio, o haya podido conocerlo utilizando la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias (artículo 1504), no habrá lugar al saneamiento por vicio oculto, pues tal vicio no sería oculto. Nótese que, en este caso, el conocimiento o desconocimiento del vicio por parte del transferente es irrelevante.

- Si el adquirente no conoce la existencia del vicio y no ha podido conocerlo en los términos del artículo 1504, y si el transferente tampoco conoció, ni pudo conocerlo, o lo conoció pero no reveló su existencia, en estos casos sí habrá derecho al saneamiento.

- Si el adquirente no conoce la existencia del vicio y tampoco ha podido conocerlo en los términos del artículo 1504, y el transferente sí lo conoce pero dolosamente no lo revela. Si esta omisión dolosa es determinante, es decir, si el adquirente habiendo conocido el vicio, no hubiese celebrado el contrato, entonces el adquirente no estará en la facultad de demandar el saneamiento, sino la anulabilidad del acto jurídico por dolo (artículos 210 y 221.2 del C.C.). Obsérvese las consecuencias distintas: por un lado, el adquirente tendrá a su disposición, vía el saneamiento, la acción redhibitoria o estimatoria (artículos 1511 y 1513 del C.C.), mientras que por otro, tendrá a su disposición la acción de anulabilidad (artículo 221.2 del C.C.), pues el dolo omisivo del transferente vició la voluntad del adquirente (artículo 212 del C.C.). En este último supuesto se cuestiona la validez del contrato por la existencia de un vicio en la manifestación de la voluntad.

DOCTRINA

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil, T. IV, Contratos Usuales, Reus, Madrid, 1925; BOGGIO, Giuseppe. Della evizione negli atti traslativi di diritti e specialmente nella vendita, Unione Tipográfico, Torino, 1894; FUBINI, Ricardo. La teoria dei vizi redibitorii, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Voz Vendita (Diritto Privato) En: Enciclopedia del Diritto, T. XLVI, Giuffrè, Varese; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, T. II, Vol. II, Contratos, Ejea-Bosch, Buenos Aires, 1951; MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Vol. III, Los Principales Contratos, Ejea, Buenos Aires, 1974; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, Relaciones obligatorias y singulares, Ejea, Buenos Aires, 1971.

Vicios ocultos en la transferencia de animales

Artículo 1521.- ***En la transferencia de animales, el saneamiento por vicios ocultos se regula por las leyes especiales o, en su defecto, por los usos. A falta de estos últimos, se observarán las normas que anteceden.***

Concordancias:
C.C. arts. 1503 y ss., 1522

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Antecedente legislativo y legislación comparada

Antes de iniciar el comentario de este artículo, realizaremos un breve análisis comparativo para efectos de conocer cómo es regulado en la legislación extranjera el saneamiento por vicios ocultos en la transferencia de animales. Así, el artículo 1496 del Código Civil italiano, antecedente inmediato del artículo 1521 del Código peruano, tiene un texto similar al nuestro, siendo la única diferencia sustancial el término "venta"; mientras que nuestro Código se refiere, de manera general, a "transferencia".

De otro lado, el Código civil español le otorga una amplia regulación desde el artículo 1491 hasta el 1499. Asimismo, el Código alemán, en su artículo 481, establece un listado de animales que se consideran "más importantes" a los cuales les son aplicables reglas de saneamiento distintas a la que concede para los animales "menos importantes"; entre los primeros menciona a los caballos, asnos, el ganado mular, el ganado vacuno, las ovejas y los cerdos, mientras que entre los segundos se encuentran las cabras, perros, gansos, gallinas y animales fieros (ENNECCERUS y otros, p. 137).

En nuestra legislación, una disposición similar la encontramos en el artículo 160 del Código Civil de 1936, el cual señalaba que: "La acción por vicios redhibitorios en la compraventa de animales y ganados, queda limitada a las enfermedades cuya enumeración sea fijada por el Gobierno en reglamento dictado con anterioridad al contrato". Asimismo, el artículo 1546 del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 establecía que: "En la enajenación de animales, el saneamiento por vicios ocultos se regula por las leyes especiales o, en su defecto, por los usos. A falta de estos últimos se observarán las normas que anteceden".

El Código Civil peruano vigente regula el saneamiento por vicios ocultos en la transferencia de animales solo en dos artículos: el 1521 y el 1522, dejando a las leyes especiales o a las costumbres la regulación de los mismos; además no hace distinción entre animales "más" o "menos" importantes, como sucede en la legislación comparada. Ahora bien, respecto de las diferencias más notorias con el Código de 1936, tenemos que este establecía dos limitaciones: i) era aplicable únicamente a los contratos de compraventa y ii) cubría solo las enfermedades señaladas expresamente por el Gobierno. El artículo vigente, en concordancia con el artículo 1484 del Código, amplía el campo de acción del saneamiento a todos los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de animales; además, no solo se refiere a las enfermedades del animal adquirido, sino a cualquier otro vicio establecido en leyes especiales, o en caso estas no existan, a las costumbres. De otro lado, la diferencia que existe con el Anteproyecto es el término "enajenación", pues el texto vigente se refiere a "transferencia". Consideramos que la redacción vigente es técnicamente más adecuada, pues enajenar es transferir propiedad y, como señalamos, en el Código vigente el saneamiento es

de aplicación no solo a los contratos que transfieren propiedad, sino también a los contratos que transfieren posesión o uso (artículo 1484 del C.C.).

2. Alcances del artículo 1521

A través de este artículo, el legislador ha querido establecer una jerarquía normativa para efectos de la regulación del saneamiento de vicios ocultos que se puedan presentar en las transferencias de animales. Así, el artículo señala que, en primer lugar, se deberá recurrir a las normas especiales que existan respecto de la transferencia de determinados animales; en su defecto, será de aplicación el derecho consuetudinario y, en defecto de este último, se aplicarán las normas del Código Civil.

Con respecto a las leyes especiales, hasta el momento no se ha emitido alguna ley que contenga reglas aplicables sobre el saneamiento en las transferencia de animales, ello nos hace pensar que en la mente de nuestro legislador nunca estuvo hacerlo, sino simplemente se limitó a "seguir" la fórmula de la legislación extranjera que, por cierto, es duramente criticada por la doctrina; así por ejemplo Scaevola, señala que: "(...) suponer que todas las prevenciones legales sobre el saneamiento en general y sobre el de los vicios redhibitorios en particular van a quedar sometidas a las reglas de una ley que no existe, o a las determinaciones de una costumbre que tampoco se ha formado sobre el caso específico o tiene una existencia vaga e indefinida, es dar a las disposiciones del Código una falta de eficacia que no entró seguramente en el pensamiento de sus autores" (citado por COLIN y CAPITANT, p. 171). En la misma línea opina Luzzatto, respecto del artículo 1505, párrafo 3º del Código Civil italiano de 1986: "Esta norma había dado lugar a grave embarazo por parte de la Magistratura, porque después no vinieron emanadas –no obstante algunos proyectos– aquellas disposiciones legales sobre la acción redhibitoria por vicios de los animales, a las que remitía el artículo 1505; por otra parte también faltaban con frecuencia los usos (...)" (LUZZATTO, p. 313).

Respecto de los usos, nos parece una disposición con "buenas intenciones" al dar primacía a la costumbre sobre la ley, sin embargo desconocemos la existencia de algún uso elevado a la categoría de costumbre jurídica, pero, debido a la multiplicidad de culturas existentes en nuestro país, seguramente existe y en ese caso, esas disposiciones serán de aplicación en los reclamos que un adquirente formule al transferente sobre un animal que ha adquirido y se encuentre con algún vicio que lo haga inútil para la finalidad que fue adquirido.

3. Disposiciones que pudieran contener las leyes especiales o la costumbre

Tanto en la ley especial como en la costumbre jurídica se podría establecer un propio ordenamiento respecto al saneamiento en la transferencia de animales. Entre las disposiciones podrían estar las siguientes:

- Sobre las acciones previstas en favor el adquirente, podría ser que solo sea procedente una de las acciones edilicias, ambas o ninguna. También podría establecerse una indemnización adicional.
- Sobre los plazos de caducidad, estos podrían ser reducidos.
- Podría declararse la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 1516, y, señalar que sea el adquirente quien sufra el perjuicio de la pérdida del bien, si este perece por los vicios ocultos que tenía el animal.

Finalmente, debemos señalar que las normas del Código Civil, en caso existan leyes especiales o costumbres, se aplicarán supletoriamente; y quien alegue la existencia de una ley especial o una costumbre jurídica debe probarlo. Para demostrar el primer supuesto bastará que la misma esté vigente, mientras que para probar la existencia de la costumbre jurídica será necesario demostrar la existencia de sus elementos constitutivos, como son "(...) la repetición habitual de un comportamiento durante un cierto período de tiempo y la conciencia social de obligatoriedad de tal comportamiento. El primero de estos elementos es el elemento objetivo referido a la repetición habitual del comportamiento. El segundo es el elemento subjetivo, puesto que está ligado a la actitud intencional de los hombres que consideran tal conducta como conducta necesaria o conveniente a los intereses sociales" (REALE, p. 124).

DOCTRINA

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil, T. IV, Contratos Usuales, Reus, Madrid, 1925; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino, Tomo III. Buenos Aires, 1947; REALE, Miguel. Introducción al Derecho, 6ª ed., Madrid, Pirámide, 1984; LUZZATTO, Roggero. La compraventa, traducción efectuada por Francisco Bonet Ramón, Reus, Madrid, 1953; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, T. II, Vol. 2, Derecho de Obligaciones, primera parte, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1966.

Improcedencia del saneamiento en la transferencia de animales

Artículo 1522.- ***No hay lugar al saneamiento por vicio oculto en la transferencia de animales y ganado hecha en feria o en pública subasta, ni en las de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes.***

Concordancia:
C.C. art. 1521

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Alcances del artículo 1522

La redacción de este artículo es redundante cuando señala: "(...) transferencia de animales y ganado (...)", la expresión "ganado" era prescindible toda vez que se encuentra dentro del concepto "animales", dado que el ganado, no es sino un conjunto de animales. Por ello, bastó decir: "(...) transferencia de animales (...)".

De otro lado, el presente artículo establece tres supuestos en los que no habrá lugar al saneamiento por vicios ocultos. Los mismos se presentan en la transferencia de animales y ganado:

a) **Transferencia hecha en feria.-** Esta es una práctica consuetudinaria en las provincias del Perú. Los ciudadanos de una determinada región tienen días establecidos en los que salen de sus hogares y se dirigen a la ciudad llevando alimentos y animales que ellos mismos producen y crían para ofrecerlos al público. Es probable que los animales que se ofrecen estén afectados por algún vicio, el más común: una enfermedad. Sin embargo, se entiende, que por las misma lógica en que se realiza esta venta (solo están un día o un periodo muy breve), es posible que el adquirente sepa a quién reclamar ni dónde buscarlo, pues el vendedor no tiene un puesto de venta permanente.

   Por ello, según Scaevola y Castán, el fundamento de esta disposición "(...) es la conveniencia de estimular la celebración de ferias y mercados en los pueblos y la necesidad de evitar la perturbación que producirían las acciones de saneamiento al dejar pendiente, por un determinado plazo, la efectividad de las transacciones" (citados por LUZZATTO, p. 314). En efecto, si a estas prácticas económicas se le aplicara la garantía del saneamiento, resultaría muy oneroso para el adquirente buscar a la persona que le vendió el animal, pues –como señalamos– el transferente no se encuentra en un establecimiento fijo; por otro lado, esta norma genera en el adquirente un mayor grado de diligencia al momento de celebrar el contrato, pues sabe que no habrá lugar a reclamo posterior.

b) **Transferencia hecha en pública subasta.-** La norma no distingue si se refiere a una subasta judicial o extrajudicial, por lo que en aplicación del principio "donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir", este artículo será de aplicación para ambos casos. Para que se realice una subasta judicial será necesaria la intervención de un funcionario público (rematador o martillero), además de cumplir con otros requisitos y formalidades establecidas por ley (artículos 728 al 743 del Código Procesal Civil). La lógica de este supuesto es la misma que para las ventas en feria, ya que en una subasta también se exhibe el bien ante el público (en este

caso, los postores) y de acuerdo al valor que cada postor asigna al bien es que se ofrecerá un mayor precio para adquirirlo. De existir saneamiento en este supuesto, las ventas hechas en subastas se tornarían muy lentas y, como consecuencia, ineficientes, pues el adquirente tendría la facultad de solicitar la devolución del dinero o la reducción del precio, y el propietario tendría que realizar nuevamente otra convocatoria y todo el procedimiento que implica una subasta.

Cabe mencionar que el artículo 1490 del Código Civil señala que: "En las ventas forzadas hechas por las autoridades y entidades autorizadas por ley, el saneamiento queda limitado a la restitución del precio que produzca la transferencia". Al respecto, debemos precisar que esta disposición no es aplicable respecto de las transferencias de animales, en las cuales, conforme al artículo bajo comentario, no habrá lugar al saneamiento por vicios ocultos.

c) **Transferencia de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes.-** En otras legislaciones como la alemana se habla de "ganado de matanza", los cuales son aquellos animales que han de ser sacrificados prontamente y sirven para la manutención del hombre (ENNECCERUS y otros, p. 138). Este supuesto está referido a la venta de animales que no se encuentran en buenas condiciones, debido a su edad, a la enfermedad que padecen o a circunstancias equivalentes. Sin embargo, para que no haya lugar a saneamiento será necesario que el transferente comunique el estado en el que se encuentra el animal, pues de ocultarlo, podría generar un vicio de la voluntad del adquirente, lo cual podría acarrear la anulabilidad por omisión dolosa (artículo 212 del C.C.). El estado en que se encuentra el animal se reflejará en el precio; así por ejemplo, si se trata de un animal al cual le quedan pocos días de vida, el precio de venta será mucho menor que a otro cuyo período de vida sea más largo. El fin típico en la adquisición de animales en estas circunstancias, evidentemente, no será el mismo que en la adquisición de un animal sano.

Finalmente, considerando que el artículo 1521 establece una jerarquía de normas aplicables a la transferencia de animales, sería válida y eficaz la disposición que establezca, ya sea en una norma especial o en una costumbre jurídica, que aun en los tres supuestos analizados, hay lugar al saneamiento. En caso no exista ley especial ni costumbre, entonces será de aplicación esta norma, salvo que las partes pacten en contrario.

DOCTRINA

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, T. II, Vol. 2, Derecho de Obligaciones, primera parte, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1966; LUZZATTO, Roggero. La compraventa, traducción efectuada por Francisco Bonet Ramón, Reus, Madrid, 1953; MIRAGLIA, Caterina. Divisione contrattuale e garanzia per evizione. Universita di Camerino, Napoli, 1981; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios, T. I, Teoría general de la evicción, Astrea, Buenos Aires, 1989; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, Relaciones obligatorias y singulares, Ejea, Buenos Aires, 1971.

Pacto de garantía de buen funcionamiento

Artículo 1523.- ***Si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente en el plazo se siete días a partir del descubrimiento; y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación.***

Concordancias:
C.C. arts. 143, 1514

CARLOS A. MISPIRETA GÁLVEZ

1. Garantía de buen funcionamiento

El antecedente de este dispositivo se encuentra en el artículo 1369 del Código Civil de 1936, norma que solo se aplicaba al contrato de compraventa y que establecía plazos mayores que los previstos en la que hoy está vigente. El legislador de 1984, acertadamente, amplió el ámbito de aplicación de la norma a todos los negocios a través de los cuales se transfiera la propiedad, el uso o la posesión de un bien, siguiendo lo dispuesto por el artículo 1484 del Código Civil promulgado ese mismo año. A pesar de ello, pensamos que la norma comentada no constituye un supuesto de saneamiento de vicios ocultos, según veremos más adelante, sino que la figura de la "garantía de funcionamiento" debe tener un tratamiento independiente, tal como lo ha señalado el ponente del Libro de Contratos del Código Civil (ARIAS-SCHREIBER, p. 390).

El primer punto que debemos comentar respecto a la norma que es materia de análisis, es el que se refiere a la garantía que ofrece el transferente. Entendemos que ella constituye un mayor respaldo que este último brinda a favor del adquirente, a fin de que el bien pueda ser destinado a la finalidad para el cual fue adquirido. Así, se ha dicho que la garantía de buen funcionamiento de la cosa o del derecho transferido es una garantía más general de la que implica la obligación de saneamiento por vicios ocultos (MAZEAUD, p. 306); aunque sobre esta idea debemos hacer un deslinde, indicando que nos alineamos a la posición que califica a la obligación de saneamiento como un deber de indemnización ante un incumplimiento y no como una garantía (MESSINEO, pp. 100-102).

Es en el ámbito comercial en el que resulta de mayor aplicación el artículo 1523 del Código Civil, dentro del cual la garantía se presenta como un atractivo promocional ante el adquirente. En efecto, con ocasión de la discusión del proyecto de ley sobre garantías de bienes de consumo en España, se ha afirmado que la garantía comercial se trata de una "oferta adicional" proporcionada por el fabricante o el distribuidor (DEL PINO y SANZ, p. 41), vale decir, una vez que el adquirente acepta los términos en los que el transferente oferta el bien, la garantía se convierte en una obligación accesoria. En nuestro país, el segundo párrafo del artículo 46 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que el contenido de las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Asimismo, el artículo 97 establece que los consumidores tienen derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o a la devolución de la contraprestación pagada.

Del mismo modo, el artículo 20 de dicho Código, al regular las garantías, establece que para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio. Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas.

Así, se detalla que una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

A su turno, se establece que la garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Se precisa, además, que una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

E, igualmente, se refiere que una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado. Más adelante, al analizar las diferencias entre la garantía y el saneamiento, ampliaremos un poco más estos conceptos elaborados en sede administrativa.

Por ahora, debemos manifestar que, desde nuestra perspectiva, la norma comentada no ha sido adecuadamente redactada, pues a fin de ser coherentes con la razón que justifica su inclusión dentro del ordenamiento positivo, no debería hablarse de garantía "de buen funcionamiento", sino más bien de aquella que respalda la idoneidad para el uso o la finalidad que el adquirente pretende darle a la cosa o al derecho transferido, a fin de comprender todos los bienes que pueden ser objeto de transferencia. En efecto, el término "funcionamiento" podría hacer pensar que la aplicación de la norma se restringe a la ejecución de las funciones que realiza una máquina, interpretación literal que resultaría obviamente sesgada e incorrecta, ya que la norma debe resultar aplicable a cualquier bien que haya sido calificado como tal en los artículos 885 y 886 del Código Civil.

Teniendo en claro ello, diremos que en virtud de la obligación convencional de garantía pactada entre el transferente y el adquirente, cualquier deficiencia que presente el bien y que se encuentre dentro de la cobertura de dicha garantía, debe ser subsanada por el transferente o por cuenta de este; es decir, su obligación consiste, en primera instancia, en remediar el vicio detectado en la cosa o en el derecho transferido, dejando el bien en estado de satisfacer el interés que llevó a contar al adquirente. En caso no sea factible dar solución al vicio detectado a través de la reparación del bien, la otra posibilidad es el reemplazo de la cosa o del derecho transferido. Si tampoco ello fuera posible, el adquirente podría optar por la resolución del contrato o por la indemnización de daños.

El artículo 1523 del Código Civil ha previsto como uno de los presupuestos para su aplicación, el que la garantía que otorga el transferente no sea indefinida, sino que sea pactada por cierto plazo, el mismo que puede ser determinado o determinable. Pensamos, al igual que De la Puente y Lavalle (p. 630), que el plazo antes mencionado es imprescindible para que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de la norma en referencia. Sin embargo, no

creemos que esa sea una característica inherente a la figura de la garantía que ofrece el transferente; así, si se otorga una garantía a plazo indeterminado, la misma será totalmente válida mientras reúna las condiciones para ello, a pesar de lo cual, no le serán aplicables los términos del dispositivo que en esta ocasión comentamos.

De lo hasta este punto expuesto, se pueden inferir algunas diferencias entre la figura de la garantía recogida en el artículo 1523 del Código Civil y la del saneamiento. La primera distinción que hay que resaltar, aunque no tenga un carácter sustancial, es la que se aprecia en las fuentes de las cuales tienen origen ambas. Mientras el saneamiento surge como una obligación que tiene un respaldo legal (a pesar de que algún sector de la doctrina pueda afirmar que se trata de una obligación inherente al negocio de transferencia); la garantía de buen funcionamiento debe ser convencional, es decir, requiere de un pacto expreso entre las partes que celebran el negocio jurídico de transferencia.

Es en este punto en donde retomaremos el tema tratado anteriormente, respecto a la distinción que se ha hecho en el campo administrativo entre las garantías implícitas, expresas y legales. Resulta interesante que en dicho ámbito la garantía implícita conceptualmente guarde mucha similitud con la noción civil de saneamiento, aunque para la primera se empleen conceptos particulares de esa materia como el de "consumidor razonable". Sin embargo, a pesar de las grandes semejanzas, que dejan ver una idea común en el substrato de ambas figuras, las acciones a las que dan lugar son distintas; en el caso del saneamiento se puede recurrir a la acción redhibitoria o a la estimatoria, en cambio en la garantía administrativa se persigue, fundamentalmente, la reparación del bien. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la figura de la garantía implícita se aplica en relaciones de consumo en las que los proveedores se dediquen en forma habitual a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, por su parte, las normas de saneamiento son aplicables a la transferencia de cosas o derechos a título de propiedad, uso o posesión.

En cuanto a las diferencias entre la garantía expresa en las relaciones de consumo y la garantía convencional que recoge el artículo 1523 del Código Civil, además de las que han sido antes anotadas que también son aplicables a este caso, cabe añadir que la primera puede exceder el mero respaldo de que el bien sirva a los fines que desee darle el adquirente, mientras que en la segunda la idoneidad del bien para ser destinado a la finalidad que quiere darle el adquirente, marca el límite del espectro dentro del cual se debe entender la comentada figura.

Ahora bien, no se puede negar que en una gran cantidad de casos, el adquirente (consumidor) se encontrará ante un doble campo de tutela de sus derechos. Pensamos que, tomando el criterio de especialidad de las normas, son aquellas sobre protección al consumidor las que deben aplicarse en primer orden, siempre que nos encontremos ante una relación de consumo en la que un proveedor y un consumidor realizan una transacción comercial respecto a un producto o servicio, y de manera subsidiaria se debe recurrir, sea a la figura del saneamiento, sea a la garantía de buen funcionamiento del Código Civil.

La segunda diferencia que existe entre la obligación de saneamiento y la garantía convencional prevista en el artículo 1523 del Código Civil, se encuentra en que en el caso de esta última el defecto o vicio puede generarse después de que se ha transferido el derecho real que se atribuye al adquirente, mientras que en el caso del saneamiento la deficiencia en el bien debe preexistir al momento en que se produce el acto de transferencia.

Finalmente, la diferencia más marcada que podemos encontrar entre el saneamiento y la garantía de funcionamiento se encuentra en las acciones a las que dan lugar ambas. Así, la

primera busca indemnizar la imposibilidad de que el adquirente pueda destinar el bien para los fines que lo llevaron a celebrar el negocio de transferencia, sea a través de la vía redhibitoria, sea a través de la estimatoria (*quanti minoris*), en tanto que la segunda persigue, en primer término, que el transferente remedie o repare el defecto que no hacen al bien idóneo para el fin de su adquisición. Regresando por un momento a la figura de la garantía en las relaciones de consumo recordaremos aquí que también en ese caso, la norma administrativa contempla el deber del proveedor de bienes o servicios de reparar el producto, si no fuera posible, de reponer uno de las mismas características y, si ello tampoco se pudiera realizar, de devolver al consumidor lo pagado.

2. Aviso de descubrimiento del vicio y exigencia de la garantía

La norma materia de comentario, en su segunda parte, ha recogido dos plazos de caducidad; el primero, aplicable al aviso que debe dar el adquirente al transferente una vez que se ha detectado el defecto en el bien, y el segundo para iniciar las acciones dirigidas a reclamar a la otra parte la reparación del bien, su reemplazo, la resolución del contrato o la indemnización de daños, según el caso.

En cuanto al aviso al transferente, la norma no ha sido expresa en establecer una formalidad, por lo que la misma puede realizarse por cualquier vía a elección del adquirente, en aplicación del artículo 143 del Código Civil, salvo pacto expreso sobre el mecanismo de comunicación. Por otro lado, la norma establece únicamente la necesidad de que se comunique al transferente la existencia del vicio, por lo que no es necesario que se requiera o intime al deudor de la garantía a efectos de que subsane el vicio detectado, bastaría con que el adquirente manifieste su voluntad informando al transferente el defecto detectado, de manera expresa o tácita, para que este último deba cumplir con la prestación que estaba en suspenso.

En este punto, debo discrepar con el maestro De la Puente y Lavalle, en cuanto al cómputo del plazo, pues él señala que la comunicación al transferente debe hacerse durante la vigencia de la garantía (pp. 635-636). Nos parece que no es la comunicación la que debe efectuarse durante el plazo de la garantía, sino más bien es la detección del vicio la que debe ocurrir durante dicho período, ya que el compromiso del transferente es asegurar al adquirente que el bien servirá durante el tiempo en el cual se ha pactado la garantía, según los fines esperados al momento de la adquisición. La comunicación que pueda dar el adquirente constituye, no un elemento sustancial de la figura de la garantía, sino un medio para que el deudor de su cumplimiento se entere de la existencia del vicio y le sea exigible el cumplimiento de la obligación de reparación. De igual manera, pensamos que el plazo de siete días que prevé la ley no tendría por qué ser ignorado por el transferente, pues de antemano sabe que si su plazo de garantía es de 30 días, él deberá esperar hasta la conclusión del día 37 para quedar liberado de su obligación, esto es, cuando la posibilidad de exigirle el cumplimiento haya desaparecido.

Respecto a "la acción correspondiente" a la que se refiere la norma, consideramos que la vía judicial para solicitar la reparación o subsanación del bien, su reemplazo, la resolución del contrato o la indemnización de daños que corresponda, deben ejercerse mediante la acumulación objetiva-originaria en la modalidad alternativa de pretensiones, en aplicación del artículo 87 del Código Procesal Civil, a efectos de mantener vigente el negocio de transferencia y permitir al transferente cumplir con la obligación de garantía antes de proceder a la resolución del contrato o a reclamar un resarcimiento por los perjuicios ocasionados.

Por último, vale la pena aclarar que vencido el plazo durante el cual el transferente otorgó la garantía, se mantendrá vigente la posibilidad de que el adquirente pueda exigir el

saneamiento por vicios ocultos, siempre que estemos dentro del plazo legal previsto en el artículo 1514 del Código Civil.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Obligaciones de saneamiento en el nuevo Código Civil en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco, Lima, 1985; CARBAJALES, Mariano y PALAZZI, Pablo. La responsabilidad civil del proveedor de bienes y servicios informáticos frente a la crisis informática del año 2000, en www.ulpiano.com/2000_mariano_y2kinforme.htm; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, Tomo III, Palestra Editores, 2ª edición, Lima, 2001; DEL PINO GONZÁLEZ, Aurelio y SANZ PÉREZ, Gonzalo. La nueva regulación en materia de garantías de bienes de consumo y sus posibles efectos en las relaciones comerciales, en Boletín Económico de ICE, N° 2769, del 19 de mayo al 1 de junio de 2003, obtenido en www.mcx.es/polcomer/estudios/documen/bice/2769; MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, 3° Parte, Volumen III, Buenos Aires, 1962; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII, La Ley, 1965.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Alcances de la garantía de buen funcionamiento y el plazo para interponer la acción

{S}egún certificado {...} la garantía cubre la reparación o reemplazo gratuito de cualquier parte del vehículo que resulte defectuoso en material o en mano de obra, con una validez de doce meses; que en tal sentido, habiéndose garantizado la vendedora el buen funcionamiento del automotor por el aludido plazo de doce meses, es obvio que resulta de aplicación al caso el artículo 1523 del Código Civil, tal como alega el demandante en su Recurso de Casación. Cuarto.- Que, sin embargo, aun aplicando dicho dispositivo legal, la acción de resolución del contrato de compraventa y no de rescisión como erróneamente se pide en la demanda, resulta extemporánea, es decir, que los plazos de caducidad que no admiten interrupción a tenor de lo previsto en el artículo 2005 del citado Código Sustantivo, han vencido. Quinto.- Que, lo dicho en el considerando anterior es fácil comprobar por lo que resulta de los autos, que el vicio o defecto de funcionamiento fue advertido el 3 de julio de 1995, hecho admitido por ambas partes, que por lo tanto a partir de esta fecha el actor disponía de siete días para cursar su carta notarial; sin embargo ello sucedió recién el 12 de setiembre de 1995, que aun así, considerando como que la carta fue enviada en la fecha que correspondió, los dos meses de que habla el glosado artículo 1523, vencieron el 10 de setiembre del mismo año; es más en el supuesto de admitir como plazo los tres meses que prevé el artículo 1514 del mimo Código, este también habría vencido el 28 de julio de ese mismo año, esto es, computando el plazo conforme al texto legal, a partir de la recepción del bien ***(Cas. N° 205-97-Huaura).***

CAPÍTULO CUARTO
Saneamiento por hecho propio del transferente

Definición

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 1236, 1485, 1486, 1528; Ley 26887 art. 28

CARLOS A. MISPIRETA GÁLVEZ

1. Aspectos preliminares

Vale la pena iniciar el presente comentario, recordando que el supuesto que contempla el artículo 1524 del Código Civil es una de las formas en las que puede manifestarse la obligación general de saneamiento, la cual hemos definido, de manera breve y concisa, al comentar el artículo 1518 del Código Civil, indicando que se trata del deber de resarcimiento que asume aquel que se obliga a atribuir los derechos reales de propiedad, posesión o uso frente a aquel que los adquiere, sea a título gratuito u oneroso, en caso este último no pueda destinar el bien transferido a la finalidad para la cual lo adquirió.

Debemos, pues, ubicar a la figura del saneamiento por hecho del transferente dentro de dicho contexto y partir en el análisis de esta figura –que no ha sido regulada en muchos ordenamientos por considerarse innecesaria o porque aplican otras figuras jurídicas para dar solución al mismo problema–, teniendo en cuenta que le son aplicables las mismas normas generales contenidas en los artículos que van del artículo 1484 al 1490 del Código Civil.

2. El hecho propio del transferente

En nuestro país, el ordenamiento positivo ha sancionado expresamente la responsabilidad del transferente que por cualquier medio perturbe el derecho real que este atribuyó al adquirente. Se persigue con ello que el transferente cumpla con una obligación inherente al negocio de transferencia que implica, no solo la transmisión de la propiedad, la posesión o el uso de un bien, sino además procurar, en todo lo que de él dependa, que el adquirente pueda disfrutar de los derechos que le han sido transmitidos.

Vale la pena indicar que existen posiciones que niegan la necesidad de contar con una regulación de esta forma de saneamiento; así, en la doctrina alemana se ha señalado que, en aplicación de los dispositivos contenidos en su ordenamiento privado, a los vicios jurídicos se les debe dar el mismo tratamiento que a los casos de incumplimiento del deber de prestación (LARENZ en WAYAR, p. 136). En España, Badenes Gasset ha sido enfático al manifestar que "el 'hecho personal' no es otra cosa que vicios no declarados, entrega defectuosa, incumplimiento o dolo, por lo que puede prescindirse de este concepto" (p. 591). Pese a ello, otro sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas encuentran el sustento de la obligación de resarcir por parte del transferente que perturba el derecho atribuido en la denominada

"doctrina de los actos propios". En efecto, se ha dicho que "la cuestión que da lugar a las turbaciones provenientes del propio enajenante, deben resolverse por aplicación del principio de buena fe, del cual deriva la regla *venire contra factum propium*" (ESPÍN en WAYAR, p. 137).

En nuestro país, autorizada doctrina ha acogido esta postura indicando, al comentar el artículo 1524 del Código Civil, que se trata de "una manifestación plasmada legislativamente de los actos propios" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 644). Por nuestra parte, estamos de acuerdo en que la inclusión expresa de la figura del saneamiento por hecho del propio transferente en el Código Civil, obedece a la intención del legislador nacional de plasmar expresamente el remedio aplicable ante una situación patológica aplicando el principio general de la buena fe, que se encuentra contemplado, dentro del ámbito contractual, en el artículo 1362 del mencionado texto legal. Sin embargo, creemos que en nuestro país no es necesario encontrar el fundamento del artículo 1524 del Código Civil en la doctrina de los actos propios, ya que esta es una manifestación del principio general de buena fe aplicable ante situaciones no previstas legislativamente, ya que dicho principio informa (o debe informar) al ordenamiento jurídico contractual en su conjunto.

Ahora bien, los actos del transferente que dan origen al deber de saneamiento pueden ser ilícitos, como ocurriría cuando aquel actúa con dolo, culpa o violencia, o también, dicha obligación se puede generar cuando se realiza una conducta totalmente lícita, que no implicaría deber de saneamiento para un tercero, pero sí en cambio para el transferente, debido a que le están vedados "por atentar contra aquello que su voluntad, unida a la del otro contratante, deseó crear" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 639); así, citando un ejemplo que ha registrado la doctrina francesa, diremos que debe saneamiento aquel que establece un nuevo local comercial en la misma vecindad en la que se encuentra el local que ha vendido, privando al adquirente de una parte de su clientela (PLANIOL y RIPERT (1), p. 936). Como puede verse, en este último caso no se evalúa si la conducta del transferente es contraria al ordenamiento, sino se verifica únicamente la existencia de la perturbación y que ella sea imputable al transferente.

Por otra parte, la perturbación que puede producir el transferente puede ser de hecho o derecho. La primera de ellas se produce cuando el transferente, mediante actos materiales o a través de actos jurídicos, no permite disfrutar al adquirente de manera pacífica y útil el derecho atribuido; mientras que en la segunda forma de perturbación, esto es, en la de derecho o jurídica, el transferente pretende ampararse en algún derecho para realizar la conducta perturbatoria.

Otro tema de interés, constituye determinar qué actos del transferente deben ser considerados para los fines del saneamiento; vale decir, si generan dicha obligación los actos realizados antes del negocio de transferencia, los realizados después del mismo, o si el deber de saneamiento se debe en cualquiera de los dos casos. Coincido en este punto con lo expresado por el profesor De La Puente en cuanto se refiere a que la responsabilidad de sanear se debe en virtud a que el transferente no cumplió con una prestación inherente al negocio de transferencia, como es el no molestar el derecho atribuido al adquirente, con lo cual, el deber de resarcir nace al momento de celebrar el negocio de transferencia, tornándose exigible por hechos del transferente previos o posteriores al mismo. En efecto, el referido autor nacional ha manifestado que "la responsabilidad del transferente emana de la violación de su deber de respetar los efectos de la relación contractual, lo cual puede resultar de hechos suyos tanto anteriores como posteriores a la transferencia" (p. 646). Pensamos además que no hay por qué hacer una distinción en donde la norma no la hace; en ese sentido, resultan

aplicables a nuestro ordenamiento las razones expuestas por un ilustre jurista italiano, quien respecto al articulado del Código Civil de su país ha señalado que "el parágrafo del artículo 1487 no distingue entre hecho anterior y hecho posterior, e incluso emplea una formula tan amplia y enérgica que comprende todo hecho del vendedor, aún posterior a la venta" (MESSINEO, p. 104).

Un asunto que ha generado gran polémica es determinar si la obligación de saneamiento por hecho propio de los transferentes, en caso exista una pluralidad de ellos, puede ser exigida por el adquirente en forma individual a cada uno de los transferentes o no; es decir, si dicha obligación tiene carácter divisible o indivisible. Según la doctrina tradicional, la obligación de saneamiento es por naturaleza indivisible; sin embargo, se han presentado posturas que critican dicha posición, cuestionándose si es justo asimilar la perturbación de hecho a la de derecho, como ocurriría en el caso de la reivindicación de un bien vendido por una pluralidad de supuestos copropietarios cuando en realidad la propiedad le pertenecía a uno de ellos, que es quien luego intenta reivindicar el bien o una parte de él (PLANIOL y RIPERT (1), p. 936). De otro lado, se dice que no hay razón alguna para no considerar indivisible la obligación de garantía cuando esta provenga de uno de los transmitentes, ya que no es posible dividir entre los enajenantes la garantía de una posesión quieta y pacífica (WAYAR, p. 90).

Reflexionando sobre ese punto, ciertamente complejo y discutible, hemos llegado a la misma conclusión a la que llega Wayar. Pensamos, pues, que en línea de principio la obligación de saneamiento debe ser considerada indivisible, ya que corresponde a cada uno de los cotransferentes velar por que el derecho atribuido al adquirente resulte idóneo a los fines de la adquisición. Ahora bien, en el caso propuesto anteriormente, se debe hacer una evaluación de la intención de las partes a la luz del principio de buena fe, de tal forma que en caso el propietario del bien haya actuado desconociendo que el bien era de su exclusiva pertenencia, la reivindicación sería válida para recobrar únicamente las partes alícuotas de los demás presuntos propietarios, y el adquirente contaría con la facultad de exigir la indemnización por daños a los falsos enajenantes en virtud de las reglas de la responsabilidad civil (WAYAR, p. 91).

Por otra parte, para saber si estamos ante una perturbación que haga exigible el saneamiento por el hecho del transferente, aquella debe ser actual y no hipotética; es decir, no se puede presumir que se producirá la perturbación, sino que esta debe ser real y cierta. Como se ha afirmado, "mientras el destino no sea perturbado efectivamente, aunque se encuentre en peligro de serlo, nada ha perdido el adquirente, pues el bien sigue siendo tan útil como lo era antes del hecho del transferente" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 645).

En nuestro ordenamiento la obligación de saneamiento por hecho del propio transferente no es perpetua, como sí lo sería para el ordenamiento francés según la doctrina de ese país (PLANIOL y RIPERT (2), p. 83), ya que el artículo 1514 del Código Civil ha sido expreso en establecer los plazos de caducidad que deben computarse para iniciar las acciones redhibitoria o estimatoria a las que faculta la obligación de saneamiento.

3. Inutilidad del bien para los fines de la adquisición

Como lo indicamos al iniciar el comentario del artículo 1524 del Código Civil, desde nuestra perspectiva, a través de la obligación legal que impone el deber de saneamiento (sea por evicción, por vicios ocultos o por hecho del propio transferente), se persigue que el adquirente pueda destinar el bien transferido a los fines para los cuales lo adquirió; es decir, tutelar la satisfacción del interés que lo llevó a celebrar el negocio de transferencia.

Siendo así, las menciones que hace la norma comentada sobre la "disminución del valor" o de "las cualidades" del bien transferido, las entendemos como la reducción parcial de los atributos con los que contaba dicho bien para servir a los fines de la adquisición, en opinión compartida con el profesor De la Puente y Lavalle, quien textualmente afirma que "el menor valor (y –agregamos– la disminución de las cualidades para los fines de la adquisición) debe(n) estar referido(s) a la inidoneidad del bien y no a la ocurrencia de los eventos" (pp. 416, 647). En suma, pensamos que la interpretación que debe hacerse del artículo en discusión, es que el saneamiento por hechos del propio transferente se debe cuando la perturbación que realiza este último hace totalmente inútil al bien para los fines de la adquisición, o cuando dicha perturbación solo hace parcialmente inútil a la cosa o al derecho adquirido para tales fines.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998; BADENES GASSET, Ramón. El Contrato de Compra Venta, Tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1979; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, Palestra Editores, 2ª edición, Lima, 2001; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil, Volumen 8, Oxford, México, 1999 (1); PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Cultural, Tomo X, La Habana, 1946 (2); WAYAR, Ernesto C. Evicción y vicios redhibitorios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Saneamiento por hecho propio del transferente

{S}egún certificado {...} la garantía cubre la reparación o reemplazo gratuito de cualquier parte del vehículo que resulte defectuoso en material o en mano de obra, con una validez de doce meses; que en tal sentido, habiéndose garantizado la vendedora el buen funcionamiento del automotor por el aludido plazo de doce meses, es obvio que resulta de aplicación al caso el artículo 1523 del Código Civil, tal como alega el demandante en su Recurso de Casación. Cuarto.- Que, sin embargo, aun aplicando dicho dispositivo legal, la acción de resolución del contrato de compraventa y no de rescisión como erróneamente se pide en la demanda, resulta extemporánea, es decir, que los plazos de caducidad que no admiten interrupción a tenor de lo previsto en el artículo 2005 del citado Código Sustantivo, han vencido. Quinto.- Que, lo dicho en el considerando anterior es fácil comprobar por lo que resulta de los autos, que el vicio o defecto de funcionamiento fue advertido el 3 de julio de 1995, hecho admitido por ambas partes, que por lo tanto a partir de esta fecha el actor disponía de siete días para cursar su carta notarial; sin embargo ello sucedió recién el 12 de setiembre de 1995, que aun así, considerando como que la carta fue enviada en la fecha que correspondió, los dos meses de que habla el glosado artículo 1523, vencieron el 10 de setiembre del mismo año; es más en el supuesto de admitir como plazo los tres meses que prevé el artículo 1514 del mimo Código, este también habría vencido el 28 de julio de ese mismo año, esto es, computando el plazo conforme al texto legal, a partir de la recepción del bien. Sexto.- Que, teniendo en cuenta el análisis jurídico precedente, carece de objeto referirse al artículo 1505 del Código Civil, invocado por el accionante como sustento de su recurso, así como el artículo 1524 del mismo Código, por referirse al saneamiento por hecho propio del transferente ***(Cas. N° 205-97-Huaura).***

Acciones redhibitoria y estimatoria

Artículo 1525.- ***En razón del saneamiento por hecho propio del transferente, el adquirente puede ejercer las acciones previstas en los artículos 1511 y 1513. Estas acciones son excluyentes.***

Concordancias:
C.C. arts. 1511, 1513, 1514, 1524, 1526

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Cuestiones preliminares

En rasgos generales, el artículo bajo comentario no hace sino volvernos a presentar a las acciones previstas para el saneamiento por vicios ocultos: la acción redhibitoria y la acción estimatoria, las cuales también podrán ser utilizadas para el saneamiento por hecho propio del transferente. Además de ello, el artículo resalta el uso excluyente de las mismas.

Respecto a las acciones redhibitoria y estimatoria podemos decir que sus orígenes se encuentran en el Derecho Romano. En efecto, en Roma una de las clasificaciones de las acciones, atendiendo a su origen, distinguía entre acciones civiles y acciones honorarias o pretorianas (ALZAMORA, p. 344). A su vez, dentro de las acciones honorarias se encontraban las acciones pretorianas y las acciones edilicias. Y es justamente dentro de esta última especie que se identificaban a las acciones redhibitoria y estimatoria o *quantis minoris* (GALGANO, en Enciclopedia ... p. 494); La primera tendiente a la resolución de la venta y la segunda a la obtención de la disminución del precio (PETIT, p. 493). Ambas acciones eran otorgadas por los *ediles curules* a los compradores dependiendo de su interés en conservar o no el bien. Hablamos de "comprador", pues la mayoría de legislaciones regula el saneamiento solo respecto de la venta a diferencia de nuestro código que establece la garantía del saneamiento para todo contrato que transfiera propiedad, posesión o uso (artículo 1484 del C.C.).

2. Acción redhibitoria: naturaleza jurídica

Puede ser que, como consecuencia del hecho del transferente, el adquiriente ya no tenga interés en conservar el bien. Para ello, dicho adquiriente deberá recurrir al órgano jurisdiccional y plantear una acción redhibitoria a través de la cual se le desvinculará del transferente.

Ahora bien, no es pacífico en la doctrina la determinación de la naturaleza jurídica de la acción redhibitoria ya que un sector minoritario lo reconduce a la rescisión, mientras que un basto sector considera que su esencia se encuentra en la resolución.

Se sostiene que la acción redhibitoria debería ser reconducida hacia la ***rescisión***, pues el efecto principal de la acción redhibitoria es el de retrotraer los efectos o hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato (En ese sentido, RICCI, p. 17). En la doctrina nacional, esta posición es compartida por Arias Schreiber quien afirma: "(...) pues como el vicio oculto tiene que existir antes o coetáneamente con el contrato y no con posterioridad, creemos que debió considerarse como una causal de rescisión y no de resolución" (ARIAS-SCHREIBER, p. 384).

Por el contrario, se sostiene que la acción redhibitoria debería ser reconducida hacia la **resolución,** y para ello se tiene como referente al Código Civil italiano, que, en su artículo

1497, señala: "(...) cuando la cosa vendida no tiene las calidades prometidas o bien aquellas esenciales para el uso a que está destinada, el comprador tiene derecho a obtener la resolución del contrato (...)"; asimismo, en el artículo 1492 establece: "En los casos indicados en el artículo 1490 [que el bien se vuelva inidóneo para el uso al que está destinado o disminuya en modo apreciable su valor] el comprador puede demandar a su elección la resolución del contrato o bien la reducción en el precio (...)"; lo que se busca es eliminar las consecuencias prácticas y, por lo tanto, la restitución del precio ya pagado contra la devolución de la cosa (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 579); y tan arraigada es esta posición en Italia que por ejemplo Gazzoni nos dice: "La acción redhibitoria no se diferencia de la acción resolutoria sobre el plano de la naturaleza jurídica, sino sobre el plano del régimen normativo (...)" (GAZZONI, p. 1029).

Ahora bien, no creemos que la acción redhibitoria pueda ser reconducida hacia la rescisión por la sencilla razón que al hablar de rescisión nos referimos a causales existentes al momento de la celebración del contrato (artículo 1370 del C.C.), y el vicio oculto o el hecho propio del transferente puede existir o no en ese momento. En realidad, ello es indiferente, pues lo que importa para que exista saneamiento por vicios ocultos o por hecho propio del transferente es que el vicio se encuentre en el momento de la trasferencia del bien, entendiendo este como la entrega física del mismo (plano material).

Adviértase que en el caso de la venta de bien inmueble, lo que el contrato con efectos reales produce es la transferencia del derecho de propiedad (plano jurídico). Es decir, que el momento de la celebración del contrato (la transferencia jurídica) no coincide con el momento de la transferencia física del mismo. Y creemos que el punto de referencia debe ser la entrega física del bien y no la jurídica, pues solo desde que se está en la posibilidad de observar los vicios ocultos es que debe darse por iniciado el plazo para la caducidad. Un ejemplo nos aclarará el tema: ¿qué sería del comprador que recibe el bien a los siete u ocho meses de celebrado el contrato? Es decir, si computamos el plazo desde que se produce el contrato con efectos reales, dicho comprador no podría acudir al órgano jurisdiccional y la única vía que tendría sería el de conservar el bien con el vicio. Sin embargo, para el caso de saneamiento sería mejor, en aras de tutelar al comprador, que el plazo se inicie desde la entrega física y no desde el momento de la transferencia como indica el artículo 1503 del Código Civil.

De otro lado, dudamos también de las bondades de la doctrina que reconduce la acción redhibitoria hacia la resolución, pues cuando hablamos de esta entendemos que necesariamente deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encuentren al momento que se produce la causal. Y en el presente caso, según el artículo 1512 inc. 1), el transferente debe pagar al adquiriente **el valor** que el bien tendría al momento de la resolución. Entonces, como se puede apreciar, "ese valor al momento de la resolución" no es la prestación que el adquiriente entregó al transferente en un primer momento, es decir, no es el precio.

Además, y como señala De la Puente: "(...) lo que se ha buscado con la mención de la resolución del contrato es que los efectos del saneamiento por vicio oculto **no tengan carácter retroactivo** y como, precisamente, la resolución contractual no tiene efecto retroactivo, se incurrió en el grave error de identificar la causa con los efectos" (el resaltado es nuestro). Por ello, coincidimos con De la Puente en que "(...) el artículo 1512 no reconoce los efectos de una resolución contractual, sino efectos propios de la institución del saneamiento por vicio oculto (...)" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 581).

3. Acción estimatoria o *quanti minoris*

Sin embargo, puede ser que el adquiriente no haya perdido interés en el bien adquirido, a pesar del vicio oculto o el hecho propio del transferente. Si nos encontramos frente a este supuesto, el sujeto solicitará que se le restituya la pérdida de valor causada por el vicio.

Haciendo referencia al hecho propio del transferente, podemos decir que nos encontramos frente al supuesto en el que es el mismo transferente quien provoca la pérdida de interés en el adquiriente; producto de ello, es que este puede optar entre seguir conservando el bien o simplemente devolverlo. Así, por ejemplo, A arrienda su casa a B para que este viva con su familia, sin embargo al día siguiente A interpone una demanda de desalojo contra su arrendatario, En este caso se puede apreciar que el acto de A no permite alcanzar la finalidad para la cual contrató B. Ante ello y, si es que B conserva aún su interés en la casa, puede plantear una acción estimatoria contra B, solicitándole la restitución del menor valor del bien, como producto del acto perturbador de A.

4. Acción de indemnización por daños

Además de las dos acciones edilicias, el perjudicado por el acto propio del transferente tendrá derecho a solicitar una indemnización por daños siempre que el transferente haya actuado con dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios (artículo 1512 inc. 5 del C.C.). Asimismo, es necesario precisar que los otros cuatro supuestos previstos por el artículo 1512, a diferencia del quinto, serán exigibles por el solo hecho de haberse producido el acto propio del transferente.

5. Acciones excluyentes

Finalmente el artículo bajo comentario señala que el ejercicio de las acciones redhibitoria y estimatoria "son excluyentes". La razón de esta disposición es que ante el hecho propio del transferente, es decir, ante la causal que altera el normal desempeño del derecho del adquiriente, este podría encontrarse en dos escenarios, de acuerdo a su interés:

- Si mantiene su interés en la conservación del bien, a pesar del hecho del transferente. En este caso, podrá solicitar que se le restituya el menor valor que el bien ha sufrido, mediante la acción estimatoria o *quanti minoris* (artículo 1513 del C.C.).
- Si ya no mantiene interés en la conservación del bien. En este caso, podrá solicitar la resolución del contrato a través de la acción redhibitoria (artículo 1511 del C.C.).

Planteada así la situación, es claro que ambas acciones sean excluyentes, pues sobre una misma persona no puede existir al mismo tiempo el interés de seguir con el bien y el interés de no seguir con el mismo. Es claro que habría un contrasentido al pretender tutelar ambas acciones simultáneamente.

En atención a lo expuesto, desde el plano procesal, nada obsta presentar una demanda con una pretensión principal de resolución y una subordinada de reducción del precio, o viceversa (artículo 87 del C.P.C.). Así, en caso se desestime la pretensión principal, inmediatamente ingresará la subordinada.

DOCTRINA

ALZAMORA, Lizardo. Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1946; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, T. I, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2000; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Voz: Vendita (Diritto Privato), En: Enciclopedia del Diritto, T. XLVI, Giuffrè, Varese; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, T. II, Vol. 2, Derecho de Obligaciones, primera parte, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1966; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, Relaciones obligatorias y singulares, Ejea, Buenos Aires, 1971; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1980; RICCI, Francisco. Derecho Civil, traducción efectuada por Eduardo Ovejero, T. XV, Madrid, 1980.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR

En razón del saneamiento por hecho propio el adquirente puede ejercer las acciones redhibitoria y estimatoria

{C}omo se desprende del artículo 1525 del Código Civil el adquiriente, en razón del saneamiento por hecho propio del transferente, puede ejercer la acción resolutoria o estimatoria de acuerdo a lo prescrito por los artículos 1511 y 1513 del Código citado, de modo excluyente. Quinto. {...} tal como se observa del petitorio de la demanda, el actor no ha ejercido ni una, ni la otra acción, que se han mencionado, sino que ha solicitado el saneamiento del inmueble, en cuanto se refiere a que el demandado pague los arbitrios atrasados. Sexto. Que, siendo ello así, lo demanda deviene en improcedente, habida cuenta que el petitorio es jurídicamente imposible, de acuerdo a lo prescrito por el inciso 6 del artículo 427 del C.P.C., dado que el petitorio comprende acciones que no corresponden a la institución incoada de saneamiento por hecho propio del transferente ***(Sentencia Exp. N° 4047-99, Corte Superior de Justicia de Lima).***

Plazos de caducidad de las acciones

Artículo 1526.- *Los plazos de las acciones de que trata el artículo 1525 son los indicados en el artículo 1514.*

Concordancias:
C.C. arts. 1514, 1525; C.P.C. arts. 442, 443

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Plazos de las acciones de saneamiento

Las acciones a las que se refiere el artículo bajo comentario son: la redhibitoria (artículo 1511 del C.C.) y la estimatoria o *quanti minoris* (artículo 1513 del C.C.). Como sabemos, nuestro Código Civil clasifica los bienes en muebles e inmuebles (artículos 885 y 886). En atención a ello, el legislador ha establecido un plazo de caducidad distinto para cada tipo de bien. Así, establece que el plazo de caducidad para las acciones de saneamiento, si se trata de un bien mueble, es de tres meses, mientras que si se trata de un bien inmueble es de seis meses.

La diferencia en los plazos se debe fundamentalmente a dos razones: i) la mayor accesibilidad al bien y ii) la verificación de los vicios ocultos. En efecto, si un bien mueble tiene como plazo tres meses es porque es más fácil acceder a él y por tanto es mucho más fácil verificar los vicios ocultos. Lo que no se da en el caso de los inmuebles (seis meses) a cuyo acceso no se llega de manera tan rápida como a los muebles, por lo tanto no se pueden verificar con facilidad los vicios ocultos.

Arias Schreiber (p. 387) muestra su preocupación, pues según el autor "(...) existe en el precepto una omisión: no se ha referido a los derechos", llegando a la siguiente conclusión: "En silencio de la ley pensamos que será aplicable el plazo de caducidad más largo, esto es, seis meses" *(sic et simpliciter)*. A nuestro modo de ver no hay omisión alguna, toda vez que –como hemos señalado– el Código clasifica los bienes en muebles e inmuebles (artículos 885 y 886), considerando a algunos derechos como bienes muebles (por ejemplo, los derechos patrimoniales de autor). En atención a ello no existe el "silencio" que acusa el autor citado.

En la legislación comparada los plazos de caducidad varían, así, en Alemania se aplica un plazo de prescripción de seis meses para los muebles y de un año para los inmuebles, con la salvedad de que si los vicios hubiesen sido ocultados dolosamente, el plazo prescribe a los treinta años (ENNECCERUS y otros, p. 117). De otro lado, en el Derecho italiano la acción prescribe al año contado desde la entrega del bien, sin hacer distinción alguna de si trata de un bien mueble o inmueble (artículo 1495).

2. Momento en que se inicia el cómputo del plazo

El artículo 1514 señala que el plazo de caducidad se iniciará desde el momento de la "recepción" del bien. Esta solución es adecuada en atención a que es desde ese momento en que el adquirente estará en la posibilidad de conocer el vicio que tiene el bien. El artículo 1358 del código derogado se refería a "entrega", sin embargo estos dos momentos no siempre coinciden, como ocurre "(...) en determinadas compraventas a distancia, en las que media un lapso entre la entrega y la recepción, siendo esta la oportunidad en que el adquirente realmente puede conocer la cosa" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 599).

Sin embargo, no será suficiente la mera recepción, si no existe un título en que se sustente la misma, así, por ejemplo, si existe entrega, pero aún no el contrato que transmite el derecho, esa recepción no tiene efectos para el cómputo del plazo de caducidad. Asimismo, es necesario precisar que no se requiere que la recepción sea efectiva, pues conforme a la teoría del conocimiento, bastará que sea entregado en su respectivo domicilio para que desde ese momento se inicie el cómputo del plazo, sin embargo, el adquirente que no haya tomado conocimiento efectivo, podrá alegar ello mostrando el correspondiente sustento probatorio.

3. Fijación del plazo de caducidad

El artículo bajo comentario hace referencia a un plazo de caducidad, por lo que serán de aplicación las normas contenidas en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil. Así, los referidos artículos señalan: 1. Por la caducidad se extingue el derecho y la acción correspondiente, 2. Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario, 3. La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo cuando sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano, 4. La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte, y 5. La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque este sea inhábil.

Ahora bien, conforme al artículo 2004 del Código, los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario; entonces resultaría imposible que las partes fijen un plazo distinto al señalado por el artículo 1514. Sin embargo, esta afirmación ha sido cuestionada. Así, por ejemplo, Vidal Ramírez señala que "(...) el artículo 2004 no debe interpretarse como que contiene una prohibición absoluta, pues no puede tener ese carácter. La prohibición, a nuestro entender, no prevalece cuando existe otra norma que permite pactar plazos de caducidad, pues el artículo 2004 no es una norma categórica (...)" (VIDAL RAMIREZ, p. 196). En el mismo sentido opina Marcial Rubio: "(...) a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, aquí posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contravengan uno que haya sido establecido por ley (...) El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos de los de la norma legislativa con rango de ley, como oportunamente hicimos notar. Sin embargo, el artículo 2004 no establece taxativamente lo mismo; simplemente se limita a decir que los plazos fijados por la ley no pueden ser modificados" (RUBIO CORREA, p. 73).

Teniendo en cuenta las opiniones citadas, debemos considerar dos artículos: el 1514 y el 1489 del Código Civil. El primero fija el plazo de caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria, mientras que el segundo, permite a las partes ampliar, restringir o suprimir la obligación de saneamiento, y una forma de ampliarla es justamente, ampliando el plazo de caducidad, entonces como señala De la Puente "(...) la propia ley está autorizando tácitamente que se pacte la modificación de tales plazos en el caso de la obligación de saneamiento" (p. 601).

En atención a lo expuesto, existiendo una norma que fija el plazo de caducidad (artículo 1514) y otra que señala que el mismo no puede ser pactado en contrario (artículo 2004), y considerando, además, que los plazos de caducidad forman parte de las normas que interesan al orden público, somos de la opinión que el plazo de caducidad no puede ser ampliado ni suprimido, pues ello sería contrario a la ley, además se atentaría contra los intereses del transferente; por el contrario, en aplicación del artículo 1489, el plazo de caducidad sí podría ser reducido.

DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, T. I, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2000; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLF, Martín. Tratado de Derecho Civil, T. II, Vol. 2, Derecho de Obligaciones, primera parte, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1966; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad, 3ª edición, Gaceta Jurídica, 1999; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.

Excepción de saneamiento

Artículo 1527.- ***Si el transferente entabla acción judicial destinada a enervar cualesquiera de los derechos sobre el bien que corresponden al adquirente en virtud del contrato, tiene este la facultad de deducir la excepción de saneamiento, cuyo objeto es poner definitivamente fin al juicio.***

Concordancias:
C.C. arts. 921, 927, 1484, 1519

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Consideraciones generales

La obligación de quien transfiere un derecho de propiedad, posesión o uso, no se agota con el cumplimiento de su prestación (la transferencia del derecho), sino que comprende también la abstención de cualquier acto que perturbe el ejercicio pacífico del derecho que ha transferido. Así, si el transferente no cumple este deber, el adquirente podrá demandar el saneamiento por hecho propio (Artículo 1524 del C.C.). La responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación no se debe ya al derecho de un tercero o al defecto del bien, como sucede en el saneamiento por evicción o por vicios ocultos respectivamente, sino encuentra su origen en el comportamiento del propio transferente, será él, a través su propio acto, quien cause esta perturbación.

Ahora bien, como sostienen los Mazeaud (citados por DE LA PUENTE Y LAVALLE, p. 639) esta perturbación puede ser de hecho (cuando el autor no pretende que se base en un derecho, pudiendo estar constituida tanto por actos materiales o por actos jurídicos) o de derecho (cuando el autor pretende que se base sobre un derecho). Sobre este último supuesto se refiere el artículo bajo comentario.

Sin embargo, es preciso indicar que el referido deber de abstención se encuentra impuesto no solo al transferente, sino a todas las personas; en efecto, todos tenemos el deber de no perturbar el ejercicio del derecho de otras personas. La distinción en uno y otro caso se encuentra en el "grado de exigibilidad", el cual se mide en atención a la existencia o no de una relación contractual entre perturbado y perturbador respecto al derecho que es objeto de perturbación. Así, si existe una relación entre ambos en los términos señalados, el grado de exigibilidad será mayor; en otras palabras, si quien perturba es el transferente del derecho que está perturbando, será más reprochable su conducta que si no lo fuese.

2. Excepción de saneamiento

En atención a lo expuesto, el ordenamiento brinda medios de tutela distintos dependiendo del caso que se trate, así: si el perturbador es el transferente, el afectado podrá deducir la excepción de saneamiento; si no lo es, la acción varía dependiendo del derecho afectado (v. g. si es propiedad, reivindicación). Con esta disposición, al perturbado que se encuentre en el primer supuesto, no se le suprimen las acciones comunes, pues también podrá interponer la acción reivindicatoria si se le perturba el derecho de propiedad, lo que sucede es que el ordenamiento le provee una vía adicional y más eficaz, justamente por la relación contractual que tiene con el transferente, esta vía es la excepción de saneamiento, denominada también como excepción de garantía.

Un ejemplo nos ayudará a entender los alcances de este artículo: A vende a B un inmueble que pertenece a C, es decir, ha vendido un bien ajeno; luego C dona este inmueble a A convirtiéndolo en propietario. La pregunta surge de inmediato: ¿podrá A interponer una acción reivindicatoria contra B invocando el nuevo título? La respuesta correcta es la negativa, justamente por la garantía que debe todo transferente al adquirente del ejercicio pacífico del derecho transferido. En este caso, bastará que B deduzca la excepción de saneamiento para poner fin al proceso.

3. Alcances del artículo 1527

Este artículo solo se refiere a una "acción judicial", sin embargo no vemos inconveniente alguno para realizar una interpretación extensiva y aplicarla también para los casos en que el transferente presente acciones administrativas que perturbe el derecho que ha transferido al adquirente. Ahora bien, respecto de las acciones judiciales, ¿ante qué tipos de demandas podría deducirse la excepción de saneamiento? En principio, la garantía del saneamiento se encuentra presente en todos los contratos que transfieren propiedad, posesión y uso (artículo 1484 del C.C.), por ello, es posible que la excepción de saneamiento pueda ser deducida en los procesos iniciados: por reivindicación, cuando se perturba el derecho de propiedad (artículo 927 del C.C.), y por las acciones posesorias y los interdictos, cuando se perturba el derecho de posesión (artículo 921 del C.C.), sobre el uso, véase nuestro comentario al artículo 1519 del Código Civil en este mismo tomo.

Sin embargo, debemos mencionar que la garantía de saneamiento no opera solo respecto del derecho que se le ha otorgado, también comprende perturbaciones sobre las facultades que comprende ese derecho; así, por ejemplo, si transfiero propiedad el deber de abstención no está limitado solo a cuestionar ese derecho de propiedad, sino comprende también las facultades que forman parte de ese derecho, como podría ser el uso o disfrute; por ello, el artículo bajo comentario hace referencia a "(...) cualesquiera de los derechos sobre el bien que correspondan al adquirente en virtud del contrato (...)".

Asimismo debemos señalar que debe tratarse de una perturbación efectiva, la cual se presentará desde el momento en que se interponga la demanda, independientemente de su notificación, pues el artículo señala "entabla acción judicial", así por ejemplo, "(...) si el adquirente debió realizar gastos para su eventual defensa, si tales gastos son justificados, y aunque después el traslado no se concrete, de todos modos tales gastos podrán ser reclamados al enajenante en virtud de la turbación producida. Por cierto, el reembolso de los gastos estará supeditado a la prueba, por parte del adquirente, de que fueron necesarios para la defensa y que si no se realizaban hubiesen favorecido la posición del demandante" (WAYAR, p. 156).

4. Alcances del término "excepción"

De otro lado, el artículo hace referencia a una "excepción" de saneamiento, sin embargo la misma no se encuentra señalada en el listado que establece el artículo 446 del Código Procesal Civil, por lo que nos preguntamos: ¿cuál es la naturaleza de esta excepción? Para responder esta pregunta será necesario señalar que existen excepciones procesales y materiales. Las primeras son las establecidas en el artículo 446 del C.P.C., mientras que las segundas las encontraremos en el Código Civil, entre ellas tenemos, la excepción de incumplimiento (artículo 1426), la excepción de caducidad de plazo (artículo 1427), la excepción de saneamiento (artículo 1527). Las excepciones procesales son cuestionamientos de forma, cuyos efectos son la suspensión o anulación del proceso dependiendo de la excepción de que se trate (artículo

451 del C.P.C.), mientras que las excepciones materiales atacan el fondo del proceso, las cuales serán resueltas por el juez al momento de dictar sentencia definitiva (WAYAR, p. 140).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 1487 y 660 del Código Civil, esta excepción se transfiere a los herederos del adquirente, quienes podrán deducirla ante el transferente, e, inclusive, ante los herederos de este.

5. Fundamento de esta disposición

Consideramos que esta norma es adecuada, pues –como lo señala Ricci– "(...) si el vendedor no quedase obligado a la garantía que resulte de sus propios actos, se dejaría en su poder el privar al comprador de las utilidades que procedieran del contrato, y por las cuales se ha obligado a prestar una equivalencia". Así, si no existiera esta obligación: "(...) El vendedor, por ejemplo, que hubiera vendido la hacienda ajena, podría, adquiriéndola del propietario, reivindicarla del comprador, sin que este pudiese rechazar su pretensión con la excepción de la garantía. Pues dejar esta facultad al vendedor, equivale a desarmar al comprador frente a la mala fe y a los fraudes probables del mismo vendedor; lo que no puede ser consentido, por respeto a la moral y al orden público, porque interesa a la sociedad que se repriman los fraudes y que no se enmohezcan las armas dispuestas para impedirlo y reprimirlo. El pacto, por consiguiente, con el que el vendedor es eximido de la garantía que procede de sus propios actos, no tendrá valor jurídico porque es contrario al orden público" (RICCI, pp. 409-410).

Sin embargo, consideramos que este instituto encuentra su fundamento, no en el orden público, sino en la protección de la buena fe objetiva, la cual encuentra respaldo positivo en el artículo 1362 del Código Civil. En efecto, toda persona al momento de contratar, no se imagina que su vendedor, luego de celebrar el contrato, interpondrá una demanda para perturbar el derecho que hace poco le ha transferido. Por el contrario, siempre se confía en la apariencia que genera la contraparte, y esta apariencia en ningún momento indica que el transferente actuará en contra de su propio acto (*venire contra factum proprium*). Existe, entonces, una contradicción en el actuar del transferente (da y luego quita). A esta teoría se le denomina la doctrina de los actos propios. Como enseña Wayar "Para que funcione la regla, deben darse estos presupuestos: a) que una persona haya observado dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante; b) que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión; c) que entre la conducta anterior y la pretensión exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior" (WAYAR, p. 141). En atención a ello, el ordenamiento ha otorgado la herramienta de la excepción del saneamiento para que los adquirentes se "defiendan" si se encuentran en la situación descrita por este artículo.

DOCTRINA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios, T. I, Teoría General de la evicción, Astrea, Buenos Aires, 1989; RICCI, Francisco. Derecho Civil, traducción efectuada por Eduardo Ovejero, T. XV, Madrid, 1980; CABELLA PISU, Garanzia e responsabilitá nelle vendite commerciali, Milano, 1983.

Nulidad del pacto de liberación o limitación del saneamiento

Artículo 1528.- *Es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo.*

Sin embargo, puede ser válida, a juicio del juez, la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación debe expresarse en el contrato.

Concordancias:
C.C. arts. 1354, 1489

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

1. Alcances del artículo 1528

Este artículo constituye una excepción a la regla contenida en el artículo 1489 del Código Civil, el cual permite a las partes restringir o suprimir la obligación de saneamiento. La norma resulta coherente, pues de permitirse este tipo de pactos, el transferente quedaría libre de toda responsabilidad, ya que una norma en el sentido contrario carecería de todo sentido al no brindar tutela al adquirente, y permitir que el transferente que actuó con dolo quede libre de responsabilidad.

Asimismo este artículo encuentra concordancia con lo establecido en el artículo 1328 del Código, el cual señala que: "Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor (...)".

Repárese que lo establecido por el artículo bajo comentario se limita solo al pacto por un hecho voluntario del transferente, lo cual haría pensar que sí sería posible el pacto por un hecho culposo. Sin embargo, esa conclusión no es válida, en atención a lo dispuesto por el artículo 1328, que extiende la nulidad también a la culpa inexcusable, sin embargo sí sería posible pactar la liberación de la obligación de saneamiento del transferente por culpa leve.

2. Hecho voluntario del transferente

El artículo hace mención a "(...) un hecho voluntario suyo". El término "voluntario", puede interpretarse como sinónimo de intencional o doloso, con lo que se llegaría a afirmar que: "Es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por dolo", *contratrio sensu*, sería válido el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por culpa. Esta interpretación es errada, pues el hecho propio incluye tanto al dolo como a la culpa, en ambos casos el pacto será nulo. Por el contrario, no será nulo el pacto cuando no dependa de la voluntariedad del transferente como, por ejemplo, si se trata de caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo en esos casos no es necesario pacto expreso para que el transferente no responda por sus actos, pues nadie es responsable por caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1315 del C.C.).

En atención a lo expuesto, no compartimos la opinión de Espino Méndez y Vásquez Marín (p. 145) cuando señalan que "(...) esta cláusula de liberación no debe operar tratándose de la conducta voluntaria del transferente, sino únicamente en el supuesto de acontecer hechos imputables a aquél a título de culpa, que impidan al adquirente el disfrute pleno de la cosa adquirida", pues en el primer párrafo se establece la regla y en el segundo la excepción, y donde la ley no distingue no hay por qué distinguir, por lo que consideramos que este pacto será válido siempre que se cumplan los requisitos señalados *(infra 3)*.

3. Excepción a la nulidad del pacto

El artículo señala que puede ser válido el pacto que exonera o limita el saneamiento por hechos concretos, siempre que concurran dos requisitos: i) que se exprese en el contrato los hechos concretos en que puede operar la cláusula liberatoria con su respectiva justificación, y ii) que esa justificación sea aceptada por el juez.

No vemos inconveniente alguno en que el adquirente consienta la limitación o exoneración de la obligación de saneamiento, siempre que sepa que esa posibilidad es latente. Esta situación seguramente será reflejada en el precio en beneficio del adquirente, quien asumirá voluntariamente ese riesgo. Sin embargo, no será suficiente el asentimiento del adquirente, el segundo requisito establece que esta justificación deberá ser "aprobada" por el juez. Esta disposición resulta lógica, pues es posible que el transferente intente convencer al adquirente a través de un motivo objetivamente no justificado, y cuando suceda el hecho el adquirente no tendrá derecho a exigir el saneamiento. Para evitar esos inconvenientes se ha establecido que dicha justificación deberá ser considerada válida por el juez.

4. Fundamento del artículo 1528

El fundamento de este artículo es el mismo que para el saneamiento por hecho propio del transferente en general, es decir, se aplica la regla que prohibe contradecir el acto propio, esta regla, a decir de Wayar "(...) significa que cuando los actos de una persona han suscitado en otra una fundada confianza en la realización de una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de los actos anteriores, la primera no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisible toda actuación incompatible con lo esperado por la segunda" (WAYAR, p. 140).

DOCTRINA

ESPINO MÉNDEZ, Alejandro y VÁSQUEZ MARÍN, Elizabeth. Las obligaciones de saneamiento, Lej, Lima, 2003; WAYAR, Ernesto. Evicción y vicios redhibitorios, T. I, Teoría general de la evicción, Astrea, Buenos Aires, 1989; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984, T. I, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2000; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil, T. IV, Contratos Usuales, Reus, Madrid, 1925; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general, Tomo III, 2ª edición, Palestra, Lima, 2001; GALGANO, Francesco. Voz: Vendita (Diritto Privato), En: Enciclopedia del Diritto, T. XLVI, Giuffrè, Varese; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, T. II, Vol. II, Contratos, Ejea-Bosch, Buenos Aires, 1951; MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Vol. III, Los Principales Contratos, Ejea, Buenos Aires, 1974; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, Relaciones obligatorias y singulares, Ejea, Buenos Aires, 1971; CABELLA PISU, Garanzia e responsabilitá nelle vendite commerciali, Milano, 1983.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Autores de este tomo 5

LIBRO VII
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA
CONTRATOS EN GENERAL

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1351 Definición de contrato
Manuel De la Puente y Lavalle 11

Artículo 1352 El principio del consensualismo
Manuel De la Puente y Lavalle 17

Artículo 1353 Ámbito de aplicación de las normas generales sobre contratos. Los contratos atípicos
Walter Gutiérrez Camacho 22

Artículo 1354 La libertad de contratación
Walter Gutiérrez Camacho 34

Artículo 1355 Dirigismo contractual
Alfredo Bullard González 46

Artículo 1356 Carácter supletorio de las normas sobre contratación
Rómulo Morales Hervias 56

Artículo 1357 El contrato ley
Walter Gutiérrez Camacho 62

Artículo 1358 Contratos que puede celebrar la persona con capacidad de ejercicio restringida
Jhoel Chipana Catalán 73

Artículo 1359 Principio de integralidad o totalidad contractual
Eric Palacios Martínez 83

Artículo 1360 Reserva de estipulaciones
Jorge Beltrán Pacheco 90

Artículo 1361 Obligatoriedad contractual. Presunción de voluntad común
Leonardo B. Pérez Gallardo 95

Artículo 1362 Buena fe y común intención de las partes
Eduardo Buendía De Los Santos 106

Artículo 1363 Relatividad contractual
Leonardo B. Pérez Gallardo 162

Artículo 1364 Gastos y tributos del contrato
Manuel Muro Rojo 183

Artículo 1365 Conclusión del contrato de plazo indeterminado
Manuel Muro Rojo 186

Artículo 1366 Personas prohibidas de adquirir derechos reales
Juan Carlos Morón Urbina 189

Artículo 1367 Extensión de la prohibición de adquirir derechos reales
Juan Carlos Morón Urbina 201

Artículo 1368 Vigencia de la prohibición
Juan Carlos Morón Urbina 202

Artículo 1369 Inaplicabilidad de la prohibición de adquirir derechos reales
Juan Carlos Morón Urbina 203

Artículo 1370 Rescisión del contrato
Hugo Forno Flórez 204

Artículo 1371 Resolución del contrato
Hugo Forno Flórez 207

Artículo 1372 Efectos de la rescisión y de la resolución
Hugo Forno Flórez 209

TÍTULO II
EL CONSENTIMIENTO

Artículo 1373 Perfeccionamiento del contrato
Manuel De la Puente y Lavalle 225

Artículo 1374 Conocimiento y contratación entre ausentes
Mario Castillo Freyre 229

Artículo 1375 Oportunidad de la aceptación
Hugo Forno Flórez 234

Artículo 1376	La contraoferta **Hugo Forno Flórez**	237
Artículo 1377	Ofertas alternativas **César A. Fernández Fernández**	250
Artículo 1378	Observancia de la forma requerida **César A. Fernández Fernández**	252
Artículo 1379	Ofertas cruzadas **César A. Fernández Fernández**	254
Artículo 1380	Aceptación tácita **César A. Fernández Fernández**	257
Artículo 1381	Aceptación tácita excepcional **César A. Fernández Fernández**	260
Artículo 1382	Obligatoriedad de la oferta **Eduardo Barboza Beraún**	263
Artículo 1383	Sustantividad de la oferta **Eduardo Barboza Beraún**	268
Artículo 1384	Revocación de la oferta **Eduardo Barboza Beraún**	271
Artículo 1385	Caducidad de la oferta **Eduardo Barboza Beraún**	273
Artículo 1386	Revocación de la aceptación **Eduardo Barboza Beraún**	278
Artículo 1387	Caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del destinatario **Manuel Alberto Torres Carrasco**	280
Artículo 1388	Oferta al público **Miguel Torres Méndez**	283
Artículo 1389	Subasta **Miguel Torres Méndez**	286
Artículo 1390	Contrato por adhesión **Jorge Beltrán Pacheco**	291
Artículo 1391	Adhesión no determinada **Jorge Beltrán Pacheco**	297
Artículo 1392	Cláusulas generales de contratación **Yuri Vega Mere**	300
Artículo 1393	Cláusulas generales de contratación aprobadas por autoridad administrativa **Elvira Gonzales Barbadillo**	319

Artículo 1394 Bienes y servicios que deben ser contratados con cláusulas generales de contratación
Elvira Gonzales Barbadillo 322

Artículo 1395 Exclusión de cláusulas generales de contratación
Yuri Vega Mere 324

Artículo 1396 Cláusulas generales de contratación y el consumo del bien o utilización del servicio
Yuri Vega Mere 329

Artículo 1397 Cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente
Yuri Vega Mere 333

Artículo 1398 Estipulaciones inválidas en los contratos por adhesión y con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente
Manuel Muro Rojo / Henry Huanco Piscoche 336

Artículo 1399 Ineficacia de estipulaciones en contratos nominados
Manuel Muro Rojo / Henry Huanco Piscoche 343

Artículo 1400 Prevalencia de las cláusulas agregadas al formulario
Ricardo Guevara Bringas 347

Artículo 1401 Interpretación de estipulaciones en las cláusulas generales de contratación
Ricardo Guevara Bringas 353

TÍTULO III
OBJETO DEL CONTRATO

Artículo 1402 Objeto del contrato
Fernando Vidal Ramírez 358

Artículo 1403 Licitud de la obligación y posibilidad de la prestación
Fernando Vidal Ramírez 362

Artículo 1404 Contratos sujetos a condición o a plazo suspensivo
Fernando Vidal Ramírez 364

Artículo 1405 Nulidad del contrato sobre derecho de suceder
Augusto Ferrero Costa 365

Artículo 1406 Nulidad del contrato por el que se dispone de patrimonio futuro
Fernando Vidal Ramírez 368

Artículo 1407 Determinación del objeto librada al arbitrio equitativo
Fernando Vidal Ramírez 369

Artículo 1408 Determinación del objeto librada al mero arbitrio
Fernando Vidal Ramírez 370

Artículo 1409 Contratos sobre bienes futuros, ajenos, afectados en garantía, embargados y litigiosos
Mario Castillo Freyre 371

Artículo 1410 Cumplimiento de los contratos sobre bienes futuros y la esperanza incierta
Mario Castillo Freyre 371

TÍTULO IV
FORMA DEL CONTRATO

Artículo 1411 La forma como requisito de validez
Walter Gutiérrez Camacho 381

Artículo 1412 Derecho de exigir el cumplimiento de la formalidad
Walter Gutiérrez Camacho 381

Artículo 1413 Formalidad para la modificación del contrato
Walter Gutiérrez Camacho 381

TÍTULO V
CONTRATOS PREPARATORIOS

Artículo 1414 Compromiso de contratar
Víctor Bolaños Velarde 394

Artículo 1415 Contenido del compromiso de contratar
Víctor Bolaños Velarde 401

Artículo 1416 Plazo del compromiso de contratar
Víctor Bolaños Velarde 405

Artículo 1417 Renovación del compromiso de contratar
Víctor Bolaños Velarde 408

Artículo 1418 Negativa injustificada de celebrar el contrato definitivo
Víctor Bolaños Velarde 409

Artículo 1419 Contrato de opción
Eric Palacios Martínez 413

Artículo 1420 Contrato de opción recíproca
Eric Palacios Martínez 419

Artículo 1421 Contrato de opción con reserva de propiedad
Eric Palacios Martínez 422

Artículo 1422 Contenido del contrato de opción
Eric Palacios Martínez 426

Artículo 1423 Plazo del contrato de opción
Eric Palacios Martínez 428

Artículo 1424 Renovación del contrato de opción
Eric Palacios Martínez 431

Artículo 1425 Formalidad de los contratos preparatorios
Alfonso Rebaza González 434

TÍTULO VI
CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

Artículo 1426 Excepción de incumplimiento
Ever A. Medina Cabrejos 438

Artículo 1427 Excepción de caducidad de término
Ever A. Medina Cabrejos 453

Artículo 1428 Resolución del contrato por incumplimiento
Eric Palacios Martínez 459

Artículo 1429 Resolución de pleno derecho
Eric Palacios Martínez 472

Artículo 1430 Cláusula resolutoria expresa
Jhoel Chipana Catalán 479

Artículo 1431 Imposibilidad de la prestación sin culpa de los contratantes
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 506

Artículo 1432 Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor o del acreedor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 510

Artículo 1433 Imposibilidad parcial de la prestación
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 512

Artículo 1434 Incumplimiento en los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas
Walter Gutiérrez Camacho 514

TÍTULO VII
CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

Artículo 1435 Cesión de posición contractual
Luciano Barchi Velaochaga 518

Artículo 1436 Regulación de diversos aspectos de la cesión
Luciano Barchi Velaochaga 528

Artículo 1437 Los efectos de la cesión. Liberación del cedente
Luciano Barchi Velaochaga 530

Artículo 1438 Garantía de existencia y validez del contrato
Luciano Barchi Velaochaga 532

Artículo 1439 Garantías de terceros en el contrato de cesión
Luciano Barchi Velaochaga 536

TÍTULO VIII
EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

Artículo 1440 Excesiva onerosidad de la prestación
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 539

Artículo 1441 Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 546

Artículo 1442 Excesiva onerosidad en los contratos con prestación de una sola parte
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 549

Artículo 1443 Improcedencia de la acción
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 552

Artículo 1444 Nulidad de la renuncia a la acción
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 554

Artículo 1445 Caducidad de la acción
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 557

Artículo 1446 Determinación del término inicial del plazo de caducidad
Jorge Oviedo Albán
Magda Liliana Camargo Agudelo 560

TÍTULO IX
LESIÓN

Artículo 1447 Lesión. Elementos
Luis Moisset de Espanés 562

Artículo 1448 Presunción de aprovechamiento de la necesidad apremiante
Luis Moisset de Espanés 579

Artículo 1449 Momento en que debe apreciarse la desproporción
Luis Moisset de Espanés 588

Artículo 1450 Demanda. Extinción. Acción de reajuste
Luis Moisset de Espanés 593

Artículo 1451 Acciones rescisoria y de reajuste. Funcionamiento
Luis Moisset de Espanés 598

Artículo 1452 Imposibilidad de solicitar la rescisión
Luis Moisset de Espanés 603

Artículo 1453 Nulidad de la renuncia
Luis Moisset de Espanés 606

Artículo 1454 La caducidad de la acción
Luis Moisset de Espanés 614

Artículo 1455 Transacción y subasta judicial
Luis Moisset de Espanés 621

Artículo 1456 Lesión en la partición
Luis Moisset de Espanés 627

TÍTULO X
CONTRATO EN FAVOR DE TERCERO

Artículo 1457 Concepto
Rómulo Morales Hervias 632

Artículo 1458 Origen y exigibilidad del derecho del tercero
Rómulo Morales Hervias 636

Artículo 1459 Declaración efectuada por los herederos
Federico G. Mesinas Montero 639

Artículo 1460 Falta de aceptación del tercero
Federico G. Mesinas Montero 642

Artículo 1461 Derecho a exigir el cumplimiento de la obligación
Federico G. Mesinas Montero 644

Artículo 1462 Exclusividad del tercero para exigir la obligación
Federico G. Mesinas Montero 647

Artículo 1463 Derecho de sustituir al tercero
Federico G. Mesinas Montero 649

Artículo 1464 Revocación o modificación del derecho del tercero
Federico G. Mesinas Montero 651

Artículo 1465 Intransmisibilidad de la facultad de revocación o modificación
Federico G. Mesinas Montero 654

Artículo 1466 Requisitos para la revocación o modificación
Federico G. Mesinas Montero 655

Artículo 1467 Extinción del contrato por revocación
Federico G. Mesinas Montero 656

Artículo 1468 Renuncia a la facultad de revocar, modificar o sustituir
Federico G. Mesinas Montero 658

Artículo 1469 Excepciones oponibles al tercero
Federico G. Mesinas Montero 660

TÍTULO XI
PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN TERCERO

Artículo 1470 Definición
Rómulo Morales Hervias 662

Artículo 1471 Carácter sustitutorio de la indemnización
Rómulo Morales Hervias 669

Artículo 1472 Pacto de la indemnización
Rómulo Morales Hervias 676

TÍTULO XII
CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR

Artículo 1473 Contrato por persona a nombrar. Definición
Javier Pazos Hayashida 680

Artículo 1474 Comunicación de la declaración de nombramiento
Javier Pazos Hayashida 685

Artículo 1475 Forma de la declaración de nombramiento y de su aceptación
Javier Pazos Hayashida 689

Artículo 1476 Efectos de la declaración de nombramiento
Javier Pazos Hayashida 691

TÍTULO XIII
ARRAS CONFIRMATORIAS

Artículo 1477 — El régimen de las arras confirmatorias en situación de cumplimiento
Jimmy J. Ronquillo Pascual 694

Artículo 1478 — El régimen de las arras confirmatorias en situación de incumplimiento
Jimmy J. Ronquillo Pascual 694

Artículo 1479 — El recurso al régimen general
Jimmy J. Ronquillo Pascual 694

TÍTULO XIV
ARRAS DE RETRACTACIÓN

Artículo 1480 — Las arras de retractación
Vládik Aldea Correa 716

Artículo 1481 — Los efectos de la retractación
Vládik Aldea Correa 726

Artículo 1482 — Renuncia al derecho de retractación
Vládik Aldea Correa 726

Artículo 1483 — Destino de las arras por celebración del contrato definitivo
Vládik Aldea Correa 726

TÍTULO XV
OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones generales

Artículo 1484 — Ámbito de aplicación del saneamiento
Vládik Aldea Correa 731

Artículo 1485 — Definición del saneamiento
Vládik Aldea Correa 731

Artículo 1486 — Presunción de destino normal del bien
Vládik Aldea Correa 738

Artículo 1487 — Transmisión hereditaria de la obligación y derecho de saneamiento
Vládik Aldea Correa 741

Artículo 1488 Exigibilidad y cómputo del plazo de caducidad
Vládik Aldea Correa 743

Artículo 1489 Pactos modificatorios de la obligación de saneamiento
Vládik Aldea Correa 746

Artículo 1490 El saneamiento en ventas forzosas
Vládik Aldea Correa 749

CAPÍTULO SEGUNDO
Saneamiento por evicción

Artículo 1491 Definición
Carlos Flores Alfaro 752

Artículo 1492 Evicción por allanamiento o abandono
Carlos Flores Alfaro 758

Artículo 1493 Liberación del transferente
Carlos Flores Alfaro 761

Artículo 1494 Improcedencia del saneamiento
Carlos Flores Alfaro 765

Artículo 1495 Derechos que comprende el saneamiento
Mario Atarama Cordero 770

Artículo 1496 Mejoras hechas por el transferente
Manuel Muro Rojo 776

Artículo 1497 Renuncia al saneamiento por evicción
Jorge Beltrán Pacheco 779

Artículo 1498 Notificación de la demanda al transferente
Róger Zavaleta Rodríguez 782

Artículo 1499 Intervención sustitutoria y coadyuvante en el proceso
Róger Zavaleta Rodríguez 790

Artículo 1500 Pérdida del derecho al saneamiento
Manuel Muro Rojo 798

Artículo 1501 Evicción parcial
Jorge Beltrán Pacheco 800

Artículo 1502 Evicción parcial respecto de bienes interdependientes o en conjunto
Manuel Muro Rojo 802

CAPÍTULO TERCERO
Saneamiento por vicios ocultos

Artículo 1503 Obligación de saneamiento por vicios ocultos
Vládik Aldea Correa 804

Artículo 1504 Los vicios no ocultos
Vládik Aldea Correa 811

Artículo 1505 Saneamiento por carencia de cualidades prometidas
Jhoel Chipana Catalán 815

Artículo 1506 Saneamiento en la transferencia conjunta
Javier Ismodes Talavera
Adolfo Zegarra Aguilar 819

Artículo 1507 Saneamiento en la transferencia de bienes principales y accesorios
Jorge Beltrán Pacheco 822

Artículo 1508 Vicios en bien fungible
Jhoel Chipana Catalán 824

Artículo 1509 Cargas, limitaciones o gravámenes ocultos
Jorge Beltrán Pacheco 826

Artículo 1510 Saneamiento por inexistencia de servidumbres activas
Oreste Roca Mendoza 828

Artículo 1511 Acción redhibitoria
Oreste Roca Mendoza 832

Artículo 1512 Efectos de la resolución
Jorge Beltrán Pacheco 837

Artículo 1513 Acción estimatoria
Oreste Roca Mendoza 841

Artículo 1514 Caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria
Javier Ismodes Talavera
Adolfo Zegarra Aguilar 845

Artículo 1515 Vicios de poca importancia
Javier Ismodés Talavera 848

Artículo 1516 Perjuicio del transferente por pérdida del bien
Oreste Roca Mendoza 852

Artículo 1517 Pérdida por culpa del adquirente
Jorge Beltrán Pacheco 855

Artículo 1518 Pérdida por caso fortuito o fuerza mayor
Carlos A. Mispireta Gálvez 857

Artículo 1519 Renuncia al saneamiento por vicios ocultos
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 862

Artículo 1520 Nulidad de la renuncia al saneamiento
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 866

Artículo 1521 Vicios ocultos en la transferencia de animales
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 869

Artículo 1522 Improcedencia del saneamiento en la transferencia de animales
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 872

Artículo 1523 Pacto de garantía de buen funcionamiento
Carlos A. Mispireta Gálvez 874

CAPÍTULO CUARTO

Saneamiento por hecho propio del transferente

Artículo 1524 Definición
Carlos A. Mispireta Gálvez 879

Artículo 1525 Acciones redhibitoria y estimatoria
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 883

Artículo 1526 Plazos de caducidad de las acciones
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 887

Artículo 1527 Excepción de saneamiento
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 890

Artículo 1528 Nulidad del pacto de liberación o limitación del saneamiento
Manuel Muro Rojo
Henry Huanco Piscoche 893

Este libro se terminó de imprimir
en julio de 2020 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú