

Estudios sobre el
**CONTRATO DE
COMPRAVENTA**

MARIO CASTILLO FREYRE



**EDICIONES
LEGALES**

Mario Castillo Freyre

Profesor de Obligaciones y Contratos en la
Pontificia Universidad Católica del Perú,
en la Universidad Femenina del Sagrado
Corazón y en la Universidad de Lima

Estudios sobre el Contrato de Compraventa



**EDICIONES
LEGALES**

ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Edición 2003

Derechos Reservados

© Mario Castillo Freyre

© Ediciones Legales s.a.c.

Jr. de la Unión 1165 Of. 206 Telfs.: 428-2215 ó 427-8601

edilegsa@hotmail.com

Hecho el depósito que exige la Ley

Diagramación, Diseño y Montaje

Ediciones Legales s.a.c.

Impreso en Perú / Printed in Perú

Índice General

Pág.

ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

PALABRAS LIMINARES	7
--------------------------	---

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA	9
1.1. En cuanto al nombre	9
1.2. En cuanto a su regulación	10
1.3. En cuanto a su estructura	12
1.4. En cuanto a su contenido o área	13
1.5. En cuanto a su autonomía	13
1.6. En cuanto a su formación	14
1.7. En cuanto al tiempo	14
1.8. En cuanto a su negociación	15
1.9. En cuanto al rol económico	15
1.10. En cuanto a su función	16
1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga	16
1.12. En cuanto a la prestación	16
1.13. En cuanto a la valoración	16
1.14. En cuanto al riesgo	16
1.15. En cuanto a sus efectos	19
2.- EL PRECIO	20
2.1. El precio debe consistir necesariamente en dinero	23
2.2. El precio debe consistir en dinero o signo que lo represente	24
3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y OTROS CONTRATOS TÍPICOS, ASÍ COMO CON OTRAS FIGURAS E INSTITUCIONES REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	29
3.1. Con el contrato de permuta	29
3.2. Con el contrato de suministro	33
3.3. Con el contrato de donación puro y simple	41
3.4. Con el contrato de mutuo	45
3.5. Con el contrato de arrendamiento	49

3.6.	Con el contrato de hospedaje	53
3.7.	Con el contrato de comodato	56
3.8.	Con la locación de servicios	60
3.9.	Con el contrato de obra	62
3.10.	Con el contrato de mandato	68
3.11.	Con el contrato de depósito	70
3.12.	Con el contrato de secuestro	76
3.13.	Con el contrato de fianza	78
3.14.	Con el contrato de renta vitalicia	81
3.15.	Con el contrato de juego y apuesta	84
3.16.	Con la cesión de derechos	87
3.17.	Con la dación en pago	92
3.18.	Con la novación	104
3.19.	Con la transacción	107
3.20.	Con el compromiso de contratar	111
3.21.	Con el contrato de opción	114
3.22.	Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero	117
3.23.	Con el contrato de donación con cargo	120
3.24.	Con el contrato estimatorio	124
3.25.	Con la expropiación	130
3.26.	Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta	136
3.27.	Con el contrato de arrendamiento financiero	140
3.28.	Con el contrato de donación indirecta o atípica	147
3.29.	Con la hipoteca	151
3.30.	Con la prenda	155
3.31.	Con la anticresis	158
3.32.	Con el contrato de institución de heredero o legatario	161
3.33.	Con la compraventa de herencia futura	164
3.34.	Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura	167
3.35.	Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro	170
3.36.	Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa	174
3.37.	Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor	176
3.38.	Con la gestión de negocios	179
3.39.	Con la promesa unilateral	182
3.40.	Con el contrato de facturación (factoring)	184
3.41.	Con el contrato de franquicia (franchising)	189
3.42.	Con el contrato de fideicomiso	194
3.43.	Con el contrato de licencia o know how	201

CAPÍTULO II
LA VENTA DE BIEN AJENO

1. LA VENTA DE BIEN AJENO EN ESTRICTO. CONCEPTO	207
2. OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE INFORMAR AL COMPRADOR SOBRE EL CARÁCTER AJENO DEL BIEN	212
3. POSICIONES DE LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN.....	216
3.1. Contrato nulo	216
3.2. Contrato anulable	256
3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo	276
3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble	280
3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno	288
3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984	292

CAPÍTULO III
EL ARRENDAMIENTO-VENTA

1. EL ARRENDAMIENTO-VENTA	305
2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-VENTA	305
2.1. Por su nombre	306
2.2. Por su regulación	306
2.3. Por su estructura	315
2.4. Por su contenido	315
2.5. Por su autonomía	315
2.6. Por su función	315
2.7. Por los sujetos a quienes obliga	315
2.8. Por la prestación	315
2.9. Por la valoración	316
2.10. Por el riesgo	316
2.11. Por su formación	316
2.12. Por el tiempo	316
2.13. Por la negociación	317
2.14. Por el rol económico	317
2.15. Por sus efectos	317
DE LA OBRA DEL AUTOR	319

ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Mario Castillo Freyre^()*

PALABRAS LIMINARES

Atendiendo la gentil invitación formulada por Ediciones Legales, decidí publicar las siguientes páginas, que incluyen tres trabajos que forman parte de mis investigaciones sobre el contrato de compraventa, materia que vengo desarrollando desde 1986.

Decidí incluir algunas reflexiones en torno a las características del contrato de compraventa, que comprenden el desarrollo de las características de dicho contrato, así como las semejanzas y diferencias existentes entre la compraventa y cuarentitres contratos típicos y otras figuras e instituciones regulados por el Código Civil y otras normas.

El segundo trabajo desarrolla lo relativo a la venta de bien ajeno y se centra en brindar al lector la delimitación conceptual del problema y su desarrollo dentro de nuestra tradición jurídica, pudiendo apreciar las diferentes perspectivas desde las cuales ha sido visto y las distintas soluciones que en el mundo se han esbozado sobre el particular.

Y el tercer y último trabajo es el relativo al contrato de arrendamiento-venta, a propósito de lo dispuesto en el artículo 1585 del Código Civil Peruano, precepto que nos brinda la posibilidad de desarrollar con amplitud los alcances de este contrato y la relación existente entre el mismo y los contratos de los cuales toma sus características, vale decir, la compraventa y el arrendamiento.

Resulta claro que esta obra no pretende agotar todos los temas objeto de estudio en el contrato de compraventa; simplemente pretende brindar al lector nuestras opiniones sobre tres de ellos que estimamos revisten marcado interés, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Lima, Febrero 2003

Mario Castillo Freyre

(*) Profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

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

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

1.1. En cuanto al nombre.

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o no de clasificar a los contratos en nominados e innominados.¹

1. En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las expresiones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991, Páginas 197 a 199.), cuando reflexiona acerca del tema. Recogemos sus palabras: «Considera un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato 'nominado', entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una **actio** homónima. La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código civil francés, cuyo artículo 1.107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código Civil italiano de 1865. Es el Código civil italiano de 1942 el que introduce un cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden 'concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular...'. Se introduce así la denominación legislativa de contrato 'típico'.

Por su nombre es un contrato nominado.

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

1.2. En cuanto a su regulación.

De acuerdo a las doctrinas del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,² el contrato típico puede ser definido «como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como

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

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

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

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

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

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

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

2. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 200.

dice GETE-ALONSO, 'la manera de ser' del contrato, en el sentido que 'la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria'».

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

Por último, De la Puente señala que estos conceptos corresponden a la tipicidad legal o legislativa, pero puede existir también una tipicidad social.³

3. Sobre la tipicidad legal y la tipicidad social, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Primera Parte, Tomo I, Páginas 200 a 202) señala las siguientes expresiones:

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

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

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

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

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

Los efectos de la tipicidad social son similares a los de la tipicidad legal. Basta que resulte claramente del contrato la voluntad de las partes de celebrar un contrato típico social, para que sean aplicables a dicho contrato las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a ese tipo contractual. La tipicidad social es el preámbulo o antesala de la tipicidad legal pues, por regla general, la ley espera que un contrato determinado adquiera, a base de su reiteración y frecuencia, una difusión que merezca su incorporación a la contratación típica legal. En el caso del Código civil de 1984, ello ha ocurrido con los contratos de suministro, hospedaje, secuestro y compromiso arbitral (el compromiso arbitral, si bien estaba contemplado en el Código de Procedimientos Civiles, no estaba regulado como figura contractual).

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

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

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

1.3. En cuanto a su estructura.⁴

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

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

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

4. Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 223 y 224), precisa los siguientes términos: «Según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos.

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

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

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

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

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

1.4. En cuanto a su contenido o área⁵.

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

1.5. En cuanto a su autonomía.⁶

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

5. Sobre el particular, Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 224 y 225) esboza las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

6. En relación a este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 230 a 231), sostiene las siguientes expresiones:

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

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

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

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

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

1.6. En cuanto a su formación.

Conforme establece el Doctor De la Puente⁷, de acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se celebren por el mero consentimiento, se requiera de una formalidad especial o se necesite la entrega de un bien.

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

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

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

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

1.7. En cuanto al tiempo.⁸

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

Por otra parte, de conformidad con el artículo 1552, el vendedor está obligado a entregar el bien inmediatamente después de celebrado el

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

El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por su propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesoría no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesoría, aun cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación. ARIAS-SCHREIBER ubica en esta clasificación a los contratos derivados, que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarriendo y la subcontrata de obras. En realidad, la doctrina considera que el subcontrato es el caso típico del contrato derivado, el cual, a su vez, es una especie del contrato dependiente.

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

7. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 232.

8. Sobre este tema también nos apoyamos en las apreciaciones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 233 a 241).

contrato y el comprador tiene, en virtud del artículo 1558, la obligación de pagar el precio al contado al momento de la entrega del bien. Pero también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, ya que las normas mencionadas son de carácter dispositivo y no imperativo.

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

1.8. En cuanto a su negociación.

Según el Doctor De la Puente⁹, este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos por adhesión. Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

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

1.9. En cuanto al rol económico¹⁰.

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

9. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 245.

10. Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 246 a 248), establece las siguientes consideraciones:

«(...)

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

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

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

1.10. En cuanto a su función.

De acuerdo a De la Puente,¹¹ los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

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

1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

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

1.12. En cuanto a la prestación.

Según recuerda el Doctor Manuel de la Puente,¹² tradicionalmente este criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales; siendo unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral.

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

1.13. En cuanto a la valoración.

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

1.14. En cuanto al riesgo.¹³

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

11. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 233.
12. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 211.
13. Sobre este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 218 a 223), sostiene lo siguiente:
«De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios. Tradicionalmente se consideraba que el contrato conmutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de ESCRICHE, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código NAPOLEÓN, según el cual es conmutativo el contrato cuando cada una de las partes se compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.»

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

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

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

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

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

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

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

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

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes desean conscientemente asumir, y que se ha tomado deliberadamente en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

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

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

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

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

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

Sin embargo, como señala Wayar,¹⁴ la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. WAYAR, Ernesto Clemente. *Compraventa y Permuta*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, Página 22.

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

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

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

1.15. En cuanto a sus efectos.

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

De la Puente¹⁵ señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Así, una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

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

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

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

15. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 49 y 50.

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

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

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

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

2.- EL PRECIO.¹⁶

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

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

El precio es entendido por la Real Academia de la Lengua Española,¹⁷ como el «valor pecuniario en que se estima una cosa.» Sin lugar a dudas, esta definición es amplia y nos permite tener un primer acercamiento al tema, el mismo que nos brinda la posibilidad de realizar ciertas reflexiones que consideramos útiles.

-
16. Antes de referirnos al precio, debemos expresar nuestra infinita gratitud al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle por las palabras que en relación a un trabajo anterior sobre la materia nos ha dispensado (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Página 89.), así como por haber asumido como válidos los cuatro requisitos del precio que expusimos en esa oportunidad.
17. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984, Tomo II, Página 1095.

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

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

Nos explicamos.

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

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

Es el caso de los siguientes contratos:

- (a) El contrato de suministro (si éste fuese oneroso), en el cual es frecuente que a la prestación dineraria que debe cumplir el suministrado en favor del suministrante, se le denomine «precio del suministro» (argumento reforzado por la mención al «precio» que se hace en los artículos 1608, 1609 y 1610 del propio Código).
- (b) En el contrato de hospedaje, será frecuente denominar «precio» a la retribución que se compromete a pagar el huésped.
- (c) En el contrato de locación de servicios, la retribución a pagar por el comitente al locador, se puede denominar «precio».
- (d) En el contrato de obra, se llamará «precio» al objeto de la prestación a ejecutar por el comitente a favor del contratista.
- (e) En el contrato de depósito, si éste fuese oneroso, será frecuente que al monto dinerario que el depositante deba abonar al depositario como retribución de la custodia del bien, se le llame «precio».

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

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

Definir el precio en el contrato de compraventa no es algo fácil,¹⁸ pero estimamos que es el objeto de la principal prestación del comprador en un contrato de compraventa, consistente en transferir la propiedad de –fundamentalmente– dinero o signo que lo represente, a cambio de la obligación del vendedor de transferirle la propiedad de uno o más bienes.

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

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

18. LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XXV, París, Librairie A, Maresq Ainé, 1875-1893, Página 76; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Estudios de Derecho Civil, Estudio Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Impresores de la Real Casa, Madrid, 1899, Tomo IV, Página 557; PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil, Tomo II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1927, Página 468; LAFAILLE, Héctor. Curso de Contratos. Tomo II, Biblioteca Jurídica Argentina. Superí 1479. Talleres Gráficos «Ariel» - Rivadavia 3535, Buenos Aires, 1927 - 1928, Página 64; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Traité Pratique de Droit Civil Français. Librairie Générale de Droit et de Juurisprudence, París, 1927, Tomo X, Página 28; ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Santiago de Chile, Editorial Nacimiento, 1942, Página 374; BONNECASSE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Traducción de José M. Cajica Jr. Biblioteca Jurídico - Sociológica, Puebla - México, 1945, Página 529; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Tratado de Derecho Civil, Parte III, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, Página 138; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil Peruano. Tomo I, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, Página 16; REZZÓNICO, Luis María. Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil, Tomo I, Página 153; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Citados por BADENES GASSET, Ramón. El Contrato de Compraventa, Librería Bosch, Barcelona, 1979, Página 188; RUBINO. Citado por BADENES GASSET, Ramón. Op. cit., Tomo I, Páginas 188 y 189; GASCA. Citado por WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 248; y WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 249.

Asimismo, la doctrina se ha pronunciado reiteradamente sobre el particular.¹⁹

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

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

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

En adelante, el análisis de estas dos posiciones.

2.1 El precio debe consistir necesariamente en dinero.

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

Además, se adscribe a esta tendencia el grupo más numeroso de autores consultados.²⁰

19. En tal sentido, podemos apreciar, entre otras, las opiniones de DE MALEVILLE, Jacques. *Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*. Tomo III, París, Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justice, # 9, 1822, Página 507; DURANTON. *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, Tomo VII, Bruselas, Bélgica, 1841, Página 46; MARCADÉ. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. Tomo VI, París, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, rue des grés, 16, près de l'école de Droit, 1852, Página 177; BOISSONADE, G. *Code Civil pour l'Empire du Japon*. Tomo III, Tokio, 1890, Página 211; FOIGNET, René. *Manuel Élémentaire de Droit Civil*. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1904, Tomo II, Página 514; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo III, Valladolid, Talleres Tipográficos «Cuesta», 1920, Página 320; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, Tomo IV, Página 374; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, Parte III, Volumen III, Página 138; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, Tomo I, Página 188; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, Páginas 247 y 248.

20. Entre ellos, encontramos a POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los Contratos*, Tomo I, *Del Contrato de Venta*. Traducido al español por M. Dupin y M.C. de las Cuevas. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948, Página 20; DURANTON. *Op. cit.*, Tomo VII, Páginas 54 y 55; MARCADÉ, V. *Op. cit.*, Tomo VI, Página 177; TROP LONG. *Droit Civil Expliqué De la Vente*. Charles Hingray, Libraire-Editeur, París, 1856, Tomo I, Página 191; AUBRY, C. y RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs-Editeurs, París, 1871, Tomo IV, Página 336; SANJOJO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo III, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Página 273; LAURENT, François. *Op. cit.*, Tomo XXV, Página 77; HUC, Théophile. *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, Tomo X, París, Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, 1897, Páginas 54 y 55; FOIGNET, René. *Op. cit.*, Tomo II, Página 515; BAUDRY-LACANTINERIE,

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

Es un grupo reducido de Códigos Civiles el que recoge expresamente el criterio de que el precio debe consistir en dinero o signo que lo represente.²¹

Tampoco son muchos los autores que se adhieren a esta posición.²²

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

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

Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Traité de Droit Civil*, Tomo XIX, París, Librairie de la Société du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908, Páginas 125 a 127; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, Tomo II, Páginas 64 y 65; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, Tomo X, Página 28; JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Página 10; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, Tomo IV, Páginas 374 y 375; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, Tomo II, Volumen II, Página 18; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Elementaire de Droit Civil Français*, Tomo II, París, Librairie Dalloz, II Rue Soufflot, II, 1924, Página 444; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, Tomo I, Página 16; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, Tomo I, Página 153; LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, Página 69; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, Páginas 252 y 253; BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1989, Página 196; y VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988, Página 52.

21. Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio que debe pagar el comprador debe ser hecho en dinero o signo que lo represente: Código Civil Español (artículo 1445), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043).
22. Así tenemos a SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, Tomo IV, Página 560; OSSORIO y GALLARDO, Ángel. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. Imprenta López, Buenos Aires, 1943, Página 458; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, Parte III, Volumen III, Páginas 138, 139 y 140; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, Tomo I, Página 197; y ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo II, Volumen II, Página 20.

o títulos de crédito (como se denominan en el Perú y la Argentina, respectivamente).²³

Como señala Ulises Montoya Manfredi,²⁴ «Se trata de todo ese conjunto de documentos que tienen vida propia, que circulan con gran intensidad en el tráfico económico, y de los que emergen para sus titulares, derechos típicos, con caracteres bien definidos». Sin lugar a dudas, los caracteres a que hace referencia Montoya Manfredi son: la necesidad de un documento, la incorporación de un derecho en el documento, la literalidad, la legitimación y la autonomía.

Cabe señalar, que dichos caracteres calzaban adecuadamente en la definición dada por la Ley N° 16587, la misma que en su artículo 1 resaltaba el carácter documental de los títulos valores. Sin embargo, la entrada en vigencia de la ley N° 27640, ha introducido modernas concepciones a nuestro Derecho cambiario, el mismo que ya no es específicamente “cartular”, en el sentido de no limitar el carácter documental a los títulos valores; de esta forma, observamos sobre la base del texto del artículo 2 de dicha ley que título valor puede ser tanto uno materializado o desmaterializado, en razón de estar incorporado en un documento (hecho material, título valor materializado) o representado por anotación en cuenta y/o registrado en una Institución de Compensación y Liquidación de valores (hecho inmaterial, título valor desmaterializado).

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

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

23. En: FLORES POLO, Pedro. Ley de Títulos Valores. Segunda Edición, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., Lima, 1986, Páginas 21 y 22.

24. MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. U.N.M.S.M., Lima, 1970, Página 5.

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

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

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

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

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

Podría sostenerse que en base a este artículo ningún título valor puede constituir un signo que represente al dinero, ya que su entrega no produce

cancelación, pero consideramos que sí, pues la entrega de un título valor – concretamente del cheque, que representa una orden de pago– si bien es cierto que no cancela la obligación hasta que es pagado por el Banco, no será menos cierto que su entrega es el resultado de una obligación, contraída en virtud de un contrato de compraventa, por el cual el comprador se obligó a cancelar con cheque, y esto fue aceptado por el vendedor.

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

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

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

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

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

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

caso dicho título valor se haya perjudicado por culpa del vendedor que lo recibió.²⁵

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

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

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

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

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

Sin embargo, debemos admitir que la posición que interpreta el tema en sentido amplio cuenta con los sólidos argumentos sostenidos por el Doctor Manuel de la Puente y Lavallo.²⁶

25. Sobre este particular resultan muy ilustrativas las expresiones del Doctor Manuel de la Puente y Lavallo (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Páginas 92 y 93):

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

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

26. En ese sentido, resultan muy ilustrativas las expresiones del referido profesor vertidas en un reciente trabajo (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Páginas 91 y 92), las mismas que transcribimos a continuación:

Podría también pactarse el precio de una compraventa en moneda extranjera, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 1237 del Código Civil.²⁷

3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y OTROS CONTRATOS TÍPICOS, ASÍ COMO CON OTRAS FIGURAS E INSTITUCIONES REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

3.1. Con el contrato de permuta.

3.1.1. En cuanto al nombre.

Como sabemos, en lo que respecta al nombre, ambos contratos poseen una denominación particular, desde la aparición del contrato de compraventa. En el caso de la legislación peruana, tal distinción resulta de meridiana claridad, por cuanto el concepto de compraventa se encuentra en el artículo 1529 del Código Civil, norma que establece que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero; en tanto el artículo 1602 del referido cuerpo legal prescribe que por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

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

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

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

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

27. Sobre estos puntos, remitimos al lector a lo señalado en anteriores investigaciones (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 463 a 496; Segunda Parte, Tomo V, Páginas 173 a 195; y, finalmente, a CASTILLO FREYRE, Mario. El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, Páginas 53 a 68).

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

3.1.2. En cuanto a su regulación.

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

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

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

3.1.3. En cuanto a su estructura.

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

3.1.4. En cuanto a su contenido o área.

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

3.1.5. En cuanto a su autonomía.

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

3.1.6. En cuanto a su formación.

En lo que se refiere a su formación, tanto el contrato de compraventa como el contrato de permuta son, dentro del Derecho

Peruano, actos eminentemente consensuales, pues ambos se celebran con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será de carácter voluntario.

3.1.7. En cuanto al tiempo.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.8. En cuanto a su negociación.

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

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

3.1.9. En cuanto al rol económico.

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

3.1.10. En cuanto a su función.

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

3.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

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

3.1.12. En cuanto a la prestación.

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

3.1.13. En cuanto a la valoración.

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

Ello resultaría un imposible jurídico.

3.1.14. En cuanto al riesgo.

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

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

3.1.15. En cuanto a sus efectos.

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

3.2. Con el contrato de suministro.

3.2.1. En cuanto al nombre.

La compraventa al igual que el suministro son contratos nominados, y desde que tuvieron autonomía conceptual han recibido estos nombres, independientemente del tema referido a su regulación en la ley (que en el caso del suministro recién se produjo en el Derecho Peruano en 1984). Como sabemos, la compraventa recibe esta denominación en el Derecho Peruano

desde antes de cualquier proceso codificador. En el caso del contrato de suministro, si bien en nuestros días es claro que el mismo se llama así, antes de su regulación legislativa y antes de que la doctrina le diese la autonomía conceptual que tiene, era conocido con el nombre de «compraventa en la modalidad de suministro» y también era llamado «promesa de suministro», pero, en ambos casos, estimándosele como una mera modalidad de la compraventa.

3.2.2. En cuanto a su regulación.

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido debemos recordar que los primeros cuerpos legislativos que regularon de manera autónoma a este contrato fueron el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia del año 1922 y el Código Civil Italiano de 1942, cuerpo legal del que fueron tomados la mayoría de preceptos que sobre el particular contiene el Código Civil Peruano de 1984.

En cuanto a la naturaleza de los pagos periódicos, podríamos decir que desde siempre el contrato de suministro fue concebido como una modalidad más del contrato de compraventa.

Nos explicamos.

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

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

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

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

Sin embargo, aquí debemos señalar una diferencia fundamental entre ambas figuras, consistente en que en la compraventa lo que el comprador está ejecutando o ejecuta es una sola prestación, de manera fraccionada, es decir, que paga el precio por partes; y, en tal sentido, debe entenderse que cada pago es el de una fracción de la prestación única que tiene que ejecutar el comprador, cual es la de pagar el precio convenido por el bien.

En cambio en el contrato de suministro, cuando el beneficiario del mismo paga el denominado precio del suministro, lo que está haciendo en cada una de las oportunidades que efectúa dichos

pagos, es extinguir cada una de las prestaciones independientes entre sí que conforman el precio. En el suministro cada pago es una prestación independiente, distinta de la anterior y distinta – igualmente– de las siguientes.

En el contrato de suministro cada uno de los pagos efectuados por el suministrado es una prestación independiente, a diferencia del contrato de compraventa en el que se haya acordado el pago a plazos, acto en el cual cuando el comprador paga una cuota, lo que está haciendo no son pagos íntegros o totales (como en el suministro), sino pagos parciales, correspondientes a un todo, que es el precio pactado.

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

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

En el suministro, cada entrega del suministrante es una prestación independiente de la anterior y también de la y las siguientes; en cambio en el contrato de compraventa con entrega periódica de bienes, cada entrega es un pago parcial de ese todo que es el bien materia del contrato de compraventa.

De otro lado, en cuanto al carácter en virtud del cual se ejecutan las prestaciones, debemos decir que de acuerdo a lo establecido por el artículo 1529 del Código Civil Peruano, por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

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

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

Lejos estamos ya de la concepción que el Derecho Romano tenía acerca del contrato de compraventa.

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

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

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

El Código nacional ha optado por recoger como definición del contrato de suministro una intermedia en doctrina, ya que no se comprende la ejecución de servicios por parte del suministrante, pues si fuera así, prácticamente se borraría la línea divisoria existente entre este contrato y el contrato de locación de servicios.

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

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

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

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

En cambio, de acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1605 del Código Civil, el contrato de suministro puede celebrarse a título gratuito o de liberalidad, es decir, en la eventualidad de que sólo el suministrante sea la parte que asuma

obligaciones en este contrato y, en cambio, el beneficiario del suministro no asuma la obligación de pagar el precio.

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

Sin embargo, a pesar de que el Código Civil contempla esta posibilidad, ella resulta por lo demás irreal, en la medida que el contrato de suministro es uno nacido del Derecho Mercantil o Comercial y no del Derecho Civil.

El contrato de suministro tiene, fundamentalmente, fin de lucro, y sería raro observar algún contrato de suministro en el cual el suministrante se obligue de manera gratuita. En este caso el suministro se parecería más a un contrato de renta vitalicia.²⁸

3.2.3. En cuanto a su estructura.

En lo que respecta a la estructura de la compraventa, sin duda estamos frente a un contrato simple, pues el mismo da lugar a una sola relación jurídica. Este rasgo característico es compartido por el contrato de suministro.

3.2.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa, como sabemos, puede ser tanto un contrato civil como uno de naturaleza mercantil. Con el suministro no ocurre exactamente lo mismo, pues si bien es cierto que en el plano teórico puede tener cualquiera de estos dos rasgos característicos, el supuesto más común y probable será que revista naturaleza mercantil, ya que sería difícil imaginar que en la práctica, por lo menos el suministrante no sea un comerciante (cosa casi imposible), pero tampoco puede negarse el hecho de que será difícil encontrar a un suministrado o beneficiario del suministro que carezca de tal condición, aunque admitimos que tal eventualidad resultaría más factible que la anterior.

3.2.5. En cuanto a su autonomía.

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como el suministro son contratos de carácter principal, puesto que ninguno de los dos depende jurídicamente de otro contrato.

28. Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato de suministro en su artículo 1559:

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

3.2.6. En cuanto a su formación.

En lo que respecta a su formación, sabemos que el contrato de compraventa es uno de carácter consensual, vale decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, no requiriendo para su validez de que dicho consentimiento sea expresado mediante formalidad alguna.

Por su parte, el suministro puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, cuando sea a título oneroso. Sin embargo, a este respecto, tenemos que precisar que el artículo 1605 del Código Civil establece que la existencia y contenido de este contrato pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

En cambio, será formal cuando se celebre a título gratuito, puesto que en virtud del segundo párrafo del artículo 1605 se establece que cuando el contrato de suministro se celebre así, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

3.2.7. En cuanto al tiempo.

En lo que respecta al tiempo, en tanto la compraventa es un contrato que fundamentalmente se celebra con ánimo de ejecución instantánea e inmediata (a pesar de que esta regla admite numerosas excepciones), el contrato de suministro es, esencialmente, uno de duración, pudiendo ser de ejecución continuada, de ejecución periódica, o, por último, una mezcla de ambos tipos de ejecución.

En adición a lo señalado podemos decir que, por el tiempo, el suministro es básicamente un contrato a plazo fijo, ya que se establece en qué momento el suministrante debe entregar los bienes al beneficiario del suministro; y, de haberse celebrado a título oneroso, en qué momento el suministrado debe entregar el precio por cada prestación ejecutada. De no establecerse algo al respecto, regirá lo dispuesto por los artículos 1608 y 1610 del Código Civil.

3.2.8. En cuanto a su negociación.

Tanto la compraventa como el suministro, pueden ser contratos de negociación previa, es decir, aquéllos en que las partes tengan la libertad de modelar su contenido, como contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.2.9. En cuanto al rol económico.

Ya ha sido dicho que el contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición. El suministro también comparte estas características. En su caso, será un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; en tanto será de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del suministrante (que de haberse pactado a título oneroso, se verá compensada con la contraprestación que debe recibir por parte del suministrado, vale decir, por el precio).

3.2.10. En cuanto a su función.

En este punto, tanto la compraventa como el suministro pueden ser contratos constitutivos, modificatorios o regulatorios de obligaciones, aunque fundamentalmente serán constitutivos.

En cambio, nunca serán extintivos o resolutorios, pues en el caso concreto del suministro, siempre se generará la obligación del suministrante de ejecutar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

3.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa como el suministro son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.2.12. En cuanto a la prestación.

Se ha dicho oportunamente que la compraventa es un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

En el caso del suministro, podríamos estar frente a un contrato de prestaciones recíprocas si es que se pacta a título oneroso, vale decir si es que a la obligación del suministrante de ejecutar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de bienes se corresponde la obligación de esta última parte, de pagar una retribución dineraria (que bien podríamos denominar como precio), lo que equivaldría a decir que ambas partes quedarían recíprocamente obligadas.

Pero cabe también la posibilidad de que este contrato se pacte como unilateral, ya que en virtud de la definición legal del contrato de suministro (artículo 1604) y del artículo 1605, segundo párrafo, se admite la posibilidad de que pueda celebrarse a título gratuito, con lo que sólo una de las partes (el suministrante) quedaría obligada a ejecutar una prestación en favor de la otra.

3.2.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato esencialmente a título oneroso, el suministro puede ser tanto un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar prestaciones, como uno a título gratuito, en el cual solamente una de ellas asuma este deber.

3.2.14. En cuanto al riesgo.

En lo que respecta al riesgo, la compraventa es fundamentalmente conmutativa, pero, por excepción, podría ser aleatoria.

En el caso de suministro, debemos decir que es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

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

3.2.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, tanto la compraventa como el suministro son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.3. Con el contrato de donación puro y simple.

3.3.1. En cuanto al nombre.

No cabe ninguna duda de que la compraventa es un contrato nominado; tampoco de que la donación lo es y que siempre ha recibido el mismo nombre o denominación, aunque no siempre fue considerada como un contrato.

3.3.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y la donación son contratos típicos.

La donación siempre ha estado jurídicamente regulada en el Perú.

Nuestro Código Civil vigente la regula en su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos Nominados, Título IV, Donación, artículos 1621 a 1647.

3.3.3. En cuanto a su estructura.

Tanto los contratos de compraventa y donación son simples, pues ambos dan lugar a una sola relación jurídica.

3.3.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras el contrato de compraventa puede revestir naturaleza civil o mercantil, el contrato de donación es, fundamentalmente, un contrato de carácter civil, ya que al celebrarse a título gratuito, tiene ausente el fin de lucro, propio de la actividad comercial.

3.3.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de donación son principales, puesto que ninguno de los dos depende jurídicamente de otro contrato.

3.3.6. En cuanto a su formación.

Como ha sido señalado en su oportunidad, la compraventa es un contrato consensual.

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

Por este motivo, en nuestros distintos Códigos Civiles y Proyectos que se han venido sucediendo, la donación no siempre ha sido ubicada dentro de la parte relativa a los contratos.

De acuerdo al tratamiento del Código Civil de 1984, la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles, cuyo valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (U.I.T.), vigente al momento en que se celebre el contrato (disposición prevista por el artículo 1623, modificado, del Código Civil –la U.I.T. para el año 2000 es de S/. 3,100.00, razón por la cual sería un contrato consensual cuando no excediese de S/. 775.00–).

Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623 –modificado– (el 25% de la U.I.T.). Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que es un contrato **ad solemnitatem**. Se señala además que en el instrumento deben especificarse y

valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil).

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

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

3.3.7. En cuanto al tiempo.

Mientras el contrato de compraventa es, fundamentalmente, uno de ejecución inmediata e instantánea (con las excepciones a que hemos hecho referencia), el contrato de donación es fundamentalmente uno de ejecución inmediata, puesto que por lo general se ejecuta inmediatamente después de haberse celebrado. Sin embargo, nada obstaría para que se acordara diferir su ejecución, si tal situación conviniera a las partes contratantes.

3.3.8. En cuanto a su negociación.

Es sabido que la compraventa puede ser tanto un contrato paritario como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, la donación es, fundamentalmente, un contrato de negociación previa, es decir, aquél en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido. Debemos señalar que no conocemos la existencia de contratos de donación sujetos a cláusulas generales de contratación o que se celebren por adhesión, esto, fundamentalmente, debido a la naturaleza a título gratuito y civil de este contrato; además de no ser tan común dicha modalidad de contratación comparada con la compraventa

y otros contratos en los que se utilizan frecuentemente formularios preimpresos, como los de seguro, transporte aéreo, etc.

3.3.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de disposición y de cambio.

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

3.3.10. En cuanto a su función.

En este punto, el contrato de donación tiene rasgos de semejanza con el contrato de compraventa.

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

3.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Al igual que el contrato de compraventa, la donación es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

3.3.12. En cuanto a la prestación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, en tanto la donación es, esencialmente, un contrato unilateral, puesto que sólo una de las partes (el donante) asume la obligación de transferir la propiedad del bien al donatario.

3.3.13. En cuanto a la valoración.

Mientras el contrato de compraventa se celebra a título oneroso, la donación se celebra a título gratuito.

3.3.14. En cuanto al riesgo.

Por el riesgo, la compraventa y la donación son contratos fundamentalmente conmutativos.

En el caso de la donación, esto obedece a que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el donante, es cierta, vale decir, conocida de antemano, aunque podría revestir la modalidad de aleatorio, ya que su naturaleza no lo impide.

3.3.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la donación son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.4. Con el contrato de mutuo.

3.4.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el mutuo son contratos nominados.

El nombre del mutuo tiene sus orígenes en el antiguo Derecho Romano. Según Paulo y Gayo, se deriva del latín **meun** y **tutum** (lo mío se hace tuyo). En el Código Civil de Santa Cruz recibió el nombre de «mutuo o préstamo simple»; en tanto que los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984 lo llaman simplemente «mutuo».

En el plano doctrinario recibe también el nombre de «préstamo de consumo».

3.4.2. En cuanto a su regulación.

Al igual que el contrato de compraventa, el mutuo es y ha sido en nuestros Códigos Civiles un contrato típico. Siempre ha estado jurídicamente regulado.

El Código Civil de 1984 lo trata en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección II, Contratos Nominados, Título V, Mutuo, artículos 1648 a 1665.

3.4.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa y el mutuo son y han sido siempre, dada su naturaleza, contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

3.4.4. En cuanto a su contenido o área.

Como ha sido dicho oportunamente, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como mercantil. Lo propio ocurre con el mutuo; pero el mutuo mercantil, será por lo general, con intereses. El Código Civil de 1984, en virtud del artículo 2112, estableció que el contrato de mutuo de naturaleza mercantil, se rige por las disposiciones de dicho cuerpo de leyes. Esto, según comenta Arias-Schreiber²⁹, se adoptó en razón de que “la diferencia creaba problemas para establecer la ley aplicable en los crecientes casos de duda que planteaba la problemática de la vida moderna”.

29. ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max. Exégesis. San Jerónimo Ediciones, Lima, 1988, Tomo II, Página 238.

3.4.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, tanto el mutuo como la compraventa son contratos principales, puesto que no dependen jurídicamente de otros contratos.

3.4.6. En cuanto a su formación.

Como hemos visto, la compraventa es un contrato consensual.

La situación del mutuo es mucho más compleja.

En el Código de 1984 el contrato de mutuo se rige, al igual que el de suministro, en cuanto a su probanza, por el primer párrafo del artículo 1605 (remisión hecha por el numeral 1649), vale decir, que su existencia y contenido pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

De acuerdo a la redacción original del Código Civil de 1984, podía ser también un contrato formal, si se celebraba entre cónyuges y su valor excediese de ciento cincuenta (150) Sueldos Mínimos Vitales (S.M.V.), acto que debía constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1650, con remisión al numeral 1625). Sin embargo, cuando se modificó el texto del artículo 1625 – relativo a la donación–, en virtud de la Ley N° 26189, al haberse eliminado el requisito de la celebración del contrato de donación de bienes muebles de valor, por escritura pública, y habiéndose suprimido el parámetro ahí señalado, debemos entender que, al no existir actualmente la referencia a que hace mención el artículo 1650 del Código Civil, todo contrato de mutuo es consensual, incluso el mutuo entre cónyuges.

3.4.7. En cuanto al tiempo.

El contrato de compraventa es uno fundamentalmente de ejecución inmediata y de duración instantánea.

En el caso del mutuo, se trata, esencialmente, de un contrato de duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre no le daba fuerza ejecutiva cuando no se pactaba plazo para la devolución; en cambio, nuestros Códigos han sido menos drásticos y consideraron que en este caso debía regir el plazo

legal. Para el de 1836 era de cuarenta días; en el de 1852 se disponían seis meses, y en el de 1936 fue de treinta días. En el Código de 1984 es de treinta (30) días contados desde la entrega.

3.4.8. En cuanto a su negociación.

Por la negociación, la compraventa y el mutuo pueden ser contratos de negociación previa, es decir, aquéllos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido (usual en el mutuo entre particulares); pero también pueden celebrarse por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, que consideramos de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

3.4.9. En cuanto al rol económico.

Dijimos que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

Por su parte, el contrato de mutuo es uno de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del mutuante, que luego se verá compensada con la devolución de lo mutuado. También se trata de un contrato de cambio, pues está destinado a la circulación de los bienes, independientemente de si incluye o no pacto de intereses.

Asimismo, se trata de un contrato de restitución, ya que obliga a quien recibe el bien, a devolverlo (en este caso, no devolverá el mismo bien, sino otro similar, por tratarse de un préstamo de consumo); siendo también un contrato de crédito, basado en la confianza.

3.4.10. En cuanto a su función.

En rasgo que comparte con la compraventa, el contrato de mutuo es fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría formar parte de uno modificadorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio o extintivo, puesto que siempre generará la obligación del mutuante de ejecutar en favor del mutuuario la entrega en propiedad de una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de la obligación del mutuuario de devolverle otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad.

3.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el mutuo son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

El Código Civil de 1984, en sus artículos 1651 y 1652, que tomaron como fuente el artículo 1576 del Código Civil de 1936, establece que los representantes de los incapaces o ausentes, para celebrar un mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deberán solicitar la autorización judicial, para lo cual se escuchará la opinión del Ministerio Público y del Consejo de Familia, cuando lo haya, y el juez lo estime necesario. Esto no es de aplicación cuando el valor del bien no excede el límite impuesto por el artículo 1652.

3.4.12. En cuanto a la prestación.

Como hemos dicho en su momento, el contrato de compraventa es uno meramente obligatorio u obligacional.

En el Código Civil de 1984, el mutuo ya no es considerado un contrato real. La entrega es, ahora, la obligación fundamental que asume el mutuante, la misma que halla su correspondencia en la obligación de restitución que asume el mutuuario. La entrega implica el inicio de ejecución del contrato, ya no su celebración.

3.4.13. En cuanto a la valoración.

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato celebrado a título oneroso.

El artículo 1663 del Código vigente establece que «el mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto». Por consiguiente, podemos afirmar que el mutuo es un contrato a título oneroso, a menos que se convenga de manera expresa la no obligación de pago de intereses, caso en el cual sería a título gratuito. Para pactar la capitalización de intereses se dispone que debe mediar no menos de un año de atraso en el pago de ellos (artículo 1250).

3.4.14. En cuanto al riesgo.

Respecto a la compraventa hemos señalado que es un contrato fundamentalmente conmutativo, pero al cual su esencia no le impide revestir en algunos casos excepcionales, la naturaleza de aleatorio.

En relación al mutuo, podemos decir que es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el mutuante es cierta, vale decir, conocida de antemano; aunque podría revestir la modalidad de aleatorio, pues su naturaleza no lo impide.

3.4.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa es de carácter meramente obligatorio u obligacional.

Respecto al mutuo podemos decir lo mismo, en cuanto este contrato ha tenido siempre objetos meramente obligacionales, siendo el principal la traslación de la propiedad del bien objeto de la prestación por parte del mutuante al mutuuario, la misma que siempre se ha producido con la entrega (artículos 1255 del Código de Santa Cruz, 1805 del Código de 1852, 1577 del Código de 1936 y 1654 del Código en actual vigencia).

3.5. Con el contrato de arrendamiento.

3.5.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos nominados.

En lo que respecta al contrato de arrendamiento podemos decir que ya el Proyecto de Código Civil para el Perú elaborado por el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, empleaba la denominación de arrendamiento para referirse a este contrato, tratado en el Título 19 del referido Proyecto.

Por otra parte, debe mencionarse que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, empleaba la denominación de arrendamiento o alquiler, en el Título IX del Libro III.

El Código Civil de 1852 lo denominaba locación y conducción y lo trataba en el Título III de la Sección Segunda.

Por su parte, el Código Civil de 1936 lo denominaba locación-conducción.

3.5.2. En cuanto a su regulación.

Al respecto, la compraventa y el arrendamiento son contratos típicos sociales y legales, pues están jurídicamente regulados en la ley (ambos en el Código Civil).

En buena cuenta, siempre estuvieron regulados en la legislación peruana. Esto se entiende, pues son dos de los contratos más usuales y antiguos.

3.5.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.5.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, ambos contratos pueden ser de naturaleza civil o mercantil.

Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontrarnos ante compraventas de naturaleza mercantil que frente a arrendamientos de tal índole; salvo que estemos hablando del arrendamiento financiero (**leasing**), pero éste es un contrato que escapa al concepto y regulación del arrendamiento tradicional o arrendamiento propiamente dicho.

3.5.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, la compraventa y el arrendamiento son contratos principales, puesto que ninguno de ellos depende jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, cuando analizamos el contrato de arrendamiento, no podemos dejar de tratar acerca de un contrato derivado del mismo, es decir, de un contrato que sí depende jurídicamente del arrendamiento y que adopta sus principales caracteres. Se trata del subarrendamiento.

El Código Civil Peruano de 1984 regula en un Capítulo especial (el Quinto) el tema del subarrendamiento y la cesión del arrendamiento (con esta última denominación se hace referencia a la cesión de posición contractual de arrendatario). En el artículo 1692 se define por primera vez el contrato de subarrendamiento, señalándose que es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador. El artículo 1693 establece que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario; en tanto que el numeral 1694 señala que a la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente. Por último, en el artículo 1695 se señala que subarrendamiento no termina si el arrendamiento cesa por consolidación en la persona del arrendatario y del arrendador.

Debe mencionarse también que el artículo 1681, inciso 9, establece dentro de las obligaciones del arrendatario, la de no subarrendar el bien total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador. Por lo demás, el inciso 4 del

artículo 1697 del propio Código establece como causal de resolución del arrendamiento la de subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.

Ya en lo referente a la cesión del arrendamiento, el Código Civil de 1984 regula el tema en una de sus normas: el artículo 1696, el mismo que establece que la cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario en favor de un tercero que lo sustituye, y se rige por las reglas de cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

3.5.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos consensuales, vale decir, que se celebran con el solo consentimiento de las partes.

Cabe recordar, sin embargo, que el ya derogado Decreto Ley # 21938, y su Reglamento, que regulaban los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, prescribían la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contratación, en los que casi no cabía incluir algún punto adicional, salvo los datos elementales sobre el bien, la renta —que tenía topes— y las partes. El Decreto Ley aludido fue derogado por el Decreto Legislativo N° 709, del 8 de noviembre de 1991.

3.5.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es, fundamentalmente, un contrato de ejecución inmediata e instantánea, salvo los casos en que se pacte lo contrario.

En cambio, el arrendamiento es, esencialmente, un contrato de duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.5.8. En cuanto a su negociación.

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, la compraventa puede ser tanto un contrato de negociación previa, como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su parte, el arrendamiento puede ser un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (el más usual), uno por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación,

supuesto, este último, que consideramos de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere. A lo dicho en este punto es de aplicación lo anotado, cuando aludimos al Decreto Ley N° 21938.

3.5.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el arrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

3.5.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque podrían formar parte, por excepción, de contratos modificadorios, pero nunca serán resolutorios, ya que en el caso del arrendamiento siempre se generará la obligación –por parte del arrendador– de entregar en uso el bien al arrendatario y el arrendatario asumirá la obligación de pagar por dicho uso una renta determinada o determinable.

3.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el arrendamiento son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.5.12. En cuanto a la prestación.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son, esencialmente, contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

En el caso del arrendamiento, una parte, el arrendador, se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien, mientras que el arrendatario se compromete a pagar cierta renta convenida.

3.5.13. En cuanto a la valoración.

Por la valoración, la compraventa y el arrendamiento, son contratos celebrados a título oneroso.

En el caso del arrendamiento, en tanto el arrendador se obliga a entregar el bien para que sea usado por el arrendatario, éste asume la obligación de abonar una renta en favor de aquél.

Sin embargo, debemos precisar que resulta un punto discutible el referente a en qué debe consistir la renta. Lo usual es que

dicha renta consista en dinero (moneda nacional) o signo que represente al dinero (moneda extranjera); pero sin embargo, cabría preguntarse si el hecho de que la renta consistiera en un bien distinto a los mencionados; desnaturalizaría el contrato de arrendamiento. Debemos confesar que no tenemos una posición definitiva sobre el particular, admitiendo por ello, que se trata de un punto sumamente discutible, y sobre el cual nuestro único objetivo en estas breves palabras, es el de llamar la atención para el posterior estudio del tema.

3.5.14. En cuanto al riesgo.

En este punto, el contrato de arrendamiento coincide con el de compraventa, ya que es fundamentalmente un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el arrendador y el arrendatario son ciertas, vale decir, conocidas de antemano; aunque la naturaleza del arrendamiento no impediría revistiera la modalidad de aleatorio.

3.5.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.6. Con el contrato de hospedaje.

3.6.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el hospedaje son contratos nominados.

3.6.2. En cuanto a su regulación.

Ambos contratos son típicos sociales y típicos legales.

Su tipicidad social viene configurada desde tiempos inmemoriales, en tanto que su tipicidad legal data de tiempos diversos en la legislación peruana. Decimos esto, por cuanto mientras el contrato de compraventa ha sido siempre regulado por nuestros Códigos Civiles, el contrato de hospedaje recién recibió regulación orgánica en el Código Civil de 1984 (artículos 1713 a 1727).

3.6.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa y el hospedaje son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.6.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno de naturaleza mercantil o especial.

En cambio, en el contrato de hospedaje, si bien una de las partes (el hospedante) será, por lo general, una empresa, la otra (el huésped) será una persona natural. Pero, dada la configuración de este contrato, creemos que no escapa a la naturaleza civil.

3.6.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, tanto la compraventa como el hospedaje son contratos principales, puesto que no dependen jurídicamente de algún otro contrato.

3.6.6. En cuanto a su formación.

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Salvo disposición en contrario de las partes, el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, consensual, pero no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen una forma distinta.

Sin embargo, debemos reparar en el hecho de que resulta regla general que inmediatamente después de celebrado el contrato, el huésped llene sus datos en una ficha que permanecerá en el registro del hotel. Esta situación pensamos que no debería llevarnos a entender que se trata de una formalidad relacionada con la celebración del contrato, sino que estamos simplemente ante el cumplimiento de disposiciones de carácter administrativo, las mismas que incluso son impuestas por las normas legales que rigen la materia.

3.6.7. En cuanto al tiempo.

A diferencia de la compraventa, el hospedaje es, esencialmente, un contrato de duración, ya que el albergue se prolonga en el tiempo, por lo menos en lapsos de horas, días, semanas o incluso meses. Esta duración, por regla general es continuada, pero en algunos casos resulta de carácter periódico, pudiendo ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha final), o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.6.8. En cuanto a su negociación.

En tanto la compraventa puede ser un contrato de negociación previa, así como también uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de hospedaje es —fundamentalmente— uno arreglado a cláusulas generales de contratación; de allí que, incluso se señale, a través del artículo 1714, que este contrato se sujeta además a las normas reglamentarias y a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad competente (artículo 1714).

No obstante lo que acaba de ser señalado, nada impediría que el hospedaje se celebre por negociación previa, sobre todo en lo que respecta a establecimientos menores, como es el caso de las posadas. Sin embargo, no es menos cierto que la difusión de este contrato en nuestros tiempos le ha impuesto el rasgo de la contratación masiva: ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.6.9. En cuanto al rol económico.

En lo que respecta al rol económico, hemos dicho que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición; en tanto el contrato de hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien (habitación) sin tener su disposición.

Pero debemos señalar que, de quererlo así el huésped, el hospedante no puede negarse –sin justos motivos– a recibir en custodia o a que se introduzcan en el local bienes tales como dinero, joyas, documentos y otros similares. En estos casos, el hospedante responde como depositario de tales objetos, así como de los de uso corriente del huésped (artículos 1718, 1719, 1721 y 1722). De presentarse esta situación, que es bastante frecuente, estaríamos también ante un contrato que implica custodia y conservación de dichos bienes.

Además debe precisarse que el servicio adicional de estacionamiento de vehículos o similares, se rige por lo dispuesto en los artículos 1713 a 1725, en cuanto sean aplicables (argumento del artículo 1726).

3.6.10. En cuanto a su función.

Mientras la compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, pero puede –excepcionalmente– ser regulatorio o modificadorio, creemos que el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, un contrato constitutivo. Será raro encontrar hospedajes de carácter regulatorio o modificadorio, aunque admitimos que la naturaleza de este acto no lo impide.

3.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de hospedaje, al igual que la compraventa, es de carácter individual, ya que las obligaciones que crea afectan únicamente a las partes que lo celebran.

3.6.12. En cuanto a la prestación.

En este aspecto, tanto la compraventa como el hospedaje son contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

En el contrato de hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución, la misma que podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares (artículo 1713 del Código Civil).

Debe señalarse que a través del artículo 1727 del Código se hace extensiva la regulación del contrato de hospedaje a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que les sean aplicables.

3.6.13. En cuanto a la valoración.

Sabemos que la compraventa es un contrato oneroso. Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar (el huésped y el hospedante) una o varias prestaciones –que en el caso del hospedante serían conjuntivas–.

3.6.14. En cuanto al riesgo.

Hemos dicho que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo y por excepción aleatorio.

En cuanto al hospedaje, debemos decir que es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se ha planteado el tema de la aleatoriedad en el contrato de hospedaje, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento alguno para que se celebre aleatoriamente.

3.6.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, la compraventa y el hospedaje son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.7. Con el contrato de comodato.

3.7.1. En cuanto al nombre.

El contrato de comodato, al igual que la compraventa es de carácter nominado. Viene del latín «**commodatum**». En su Exposición de Motivos, el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre,

citando al Conde de Céspedes, escribió que «**Commodatum** quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la recibió».

3.7.2. En cuanto a su regulación.

Tanto la compraventa como el comodato son contratos típicos.

El comodato siempre ha tenido regulación legislativa.

3.7.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el comodato son contratos simples, pues dan lugar a una sola relación jurídica.

3.7.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede ser un contrato civil o mercantil, el comodato es esencialmente civil, pues no persigue fines de lucro.

3.7.5. En cuanto a su autonomía.

El comodato, al igual que la compraventa, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

3.7.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. El comodato también lo es, pero no siempre esta situación ha sido así.

Tanto en el Proyecto De Vidaurre (artículo 1, Título 12), como en el Código Civil de 1836 (artículo 1239), el Código Civil de 1852 (artículo 1825), y en el de 1936 (artículo 1587), el comodato ha sido considerado como un contrato de naturaleza real. Es decir, la entrega del bien era requisito **sine qua non** para la celebración del contrato. Es con el Código Civil de 1984 que la entrega del bien se convierte en una obligación del comodante, y con su cumplimiento se produce la fase de ejecución del contrato (no de su celebración).

Con el Código Civil de 1984, el comodato es fundamentalmente un contrato consensual. Cabe agregar, sin embargo, que el artículo 1730 establece que la existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605 (relativo al suministro), el mismo que establece que la existencia y contenido de dicho contrato pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

3.7.7. En cuanto al tiempo.

Se ha dicho que la compraventa generalmente reviste como característica la de ser un contrato de ejecución inmediata e instantánea, aunque ello, en la práctica admite numerosas excepciones.

En lo que respecta al comodato, el Código Civil vigente dispone que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante se lo solicite (artículo 1737).

3.7.8. En cuanto a su negociación.

Ha sido dicho que la compraventa es un contrato que puede celebrarse con negociación previa, por adhesión, o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su negociación, el contrato de comodato es esencialmente uno de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones en las cuales será prestado el bien que será objeto de la prestación del comodante. El ser un contrato civil y sin fines de lucro, además de las especiales características que reviste el comodato, lo excluyen, por su naturaleza, de ser uno ajustado a cláusulas generales de contratación o celebrado por adhesión —estos últimos, rasgos de la contratación moderna—

3.7.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado; pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, pues en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido.

3.7.10. En cuanto a su función.

En este aspecto, la compraventa y el comodato comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que el comodato es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, uno modificadorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

3.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el comodato son contratos individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que celebran cada acto.

3.7.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

En cuanto al comodato, puede recordarse que al igual que el mutuo, este contrato, hasta el Código Civil de 1936, era considerado como uno de prestación unilateral. La devolución del bien por parte del comodatario, era la única obligación creada al momento de la celebración del contrato; pero se preveían también obligaciones para el comodante y el comodatario, las que tendrían carácter de accesorias, razón por la cual (siguiendo la posición doctrinaria asumida) se le puede calificar como un contrato sinalagmático imperfecto.

Los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936 tenían básicamente, las mismas reglas para establecer las obligaciones de las partes intervinientes. Es recién con el Código Civil de 1984 que, adoptándose el criterio consensual, se introduce a la entrega del bien como obligación que el comodante asume al momento de la celebración del contrato, convirtiéndose, de este modo, en un contrato de prestaciones recíprocas.

3.7.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, el comodato, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que por parte del comodante, éste se desposee de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario sólo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita.

3.7.14. En cuanto al riesgo.

Tanto la compraventa como el comodato son, fundamentalmente, contratos conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, en el comodato, a diferencia de la compraventa, no se ha planteado el tema de su eventual aleatoriedad; pero ello resultaría plenamente factible.

3.7.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa y el comodato son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.8. Con la locación de servicios.

3.8.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y la locación de servicios son contratos nominados.

3.8.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa y la locación de servicios son contratos típicos, siendo ambos regulados en el Código Civil.

3.8.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la locación de servicios son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.8.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido o área, la compraventa y la locación de servicios pueden ser contratos civiles, mercantiles o revestir naturaleza especial.

3.8.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y la locación de servicios son contratos principales, puesto que ninguno de ellos depende jurídicamente de otro contrato.

3.8.6. En cuanto a su formación.

La locación de servicios comparte con la compraventa el rasgo de ser contratos fundamentalmente consensuales; pero no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen alguna formalidad especial para su celebración.

3.8.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que generalmente se ejecuta de manera inmediata e instantánea, salvo en casos excepcionales (pero porcentualmente nada despreciables) la locación de servicios es, en esencia, un contrato de duración, ya que la ejecución del servicio se prolongará en el tiempo.

3.8.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa es un contrato que puede celebrarse con negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto que el contrato de locación de servicios es, fundamentalmente, uno de negociación previa.

Sin embargo, se presentan en la práctica algunos contratos de este tipo celebrados con cláusulas generales de contratación. Nunca hemos visto uno por adhesión.

3.8.9. En cuanto al rol económico.

En tanto la compraventa es un contrato de cambio y disposición, la locación de servicios es un contrato de colaboración o cooperación, pues está destinado a facilitar al locatario la obtención de un fin determinado. Se trata de convenciones de «doy para que hagas» o «hago para que des».

3.8.10. En cuanto a su función.

Al igual que la compraventa, la locación de servicios es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque por excepción podría ser modificatorio o regulatorio; pero nunca será un contrato extintivo, ya que –tal como lo establece el artículo 1764 del Código Civil– en virtud de este contrato el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

3.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, al igual que la compraventa, la locación de servicios es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el acto.

Estas partes son el locador (quien se obliga a realizar el servicio) y el comitente (quien se obliga a pagar una retribución por el servicio prestado).

3.8.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

La prestación de servicios es, fundamentalmente, un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día, bajo el Código Civil de 1984, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código), a través del cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución (artículo 1764).

Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados (artículo 1767).

No obstante todo lo dicho, cabe señalar que el Código Civil de 1984 admite la posibilidad de pactar un contrato de locación de servicios sin remuneración alguna por parte del locatario, tal como se da a entender en el artículo 1759, relativo a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios. De darse este supuesto, estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

3.8.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es siempre un contrato a título oneroso, la prestación de servicios, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, también es fundamentalmente un contrato a título oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación: el locador hará el servicio, mientras que el locatario abonará al primero una retribución, a manera de contraprestación.

Si se tratare de un contrato de locación de servicios en el que no mediara retribución alguna por el servicio prestado, será un contrato a título gratuito.

3.8.14. En cuanto al riesgo.

Tanto la compraventa como la locación de servicios son contratos fundamentalmente conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, a diferencia de la compraventa, nunca se ha planteado ni legislativa, ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de locación de servicios; pero, no obstante ello, no encontramos impedimento para hablar de una locación de servicios aleatoria.

3.8.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, la locación de servicios al igual que la compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

3.9. Con el contrato de obra.

3.9.1. En cuanto al nombre.

Por su nombre, el contrato de obra y el de compraventa son de carácter nominado.

3.9.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, el contrato de obra al igual que el contrato de compraventa es típico y está regulado en nuestro Código Civil.

3.9.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa y el contrato de obra son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.9.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa y el contrato de obra pueden ser civiles, mercantiles o de naturaleza especial.

3.9.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de obra son principales, puesto que no dependen jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, debemos señalar que en lo referente al contrato de obra, existe lo que se denomina el subcontrato de obra. Los Códigos que antecedieron al vigente no hacían referencia sobre el particular. En cambio, el Código Civil de 1984 regula el tema en su artículo 1772, a través del cual señala que el contratista no puede sub-contratar íntegramente la realización de la obra salvo autorización escrita del comitente; siendo la responsabilidad frente al comitente de carácter solidario, entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato.

3.9.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, la compraventa y el contrato de obra son consensuales; pero no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen en celebrarlos a través de alguna formalidad especial.

3.9.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa tiende a ser, salvo los casos de excepción estudiados, un contrato de ejecución instantánea e inmediata.

En cambio, por el tiempo, el contrato de obra es, esencialmente, uno de duración, ya que la realización de la obra se prolongará en el tiempo. En tal sentido, la duración de este contrato podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha) o de duración indeterminada (en la que se haya tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Sin embargo, lo más frecuente es que se trate de un acto de duración determinada.

Podemos decir que el Código Civil de 1984 establece que este contrato se extingue con la muerte del contratista, caso en el cual el comitente está obligado a pagar a los herederos hasta el límite

en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera, los gastos soportados y los materiales preparados (artículo 1787 del Código Civil). El comitente, por su parte, puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida.

3.9.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa puede ser tanto un contrato de negociación previa como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de obra es, fundamentalmente, uno de negociación previa, sin que esto signifique que no se presenten en la práctica contratos de obra celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.9.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y disposición. El contrato de obra es uno de colaboración o cooperación, pues está destinado a facilitar al comitente la obtención de un fin determinado (la obra concluida). Se trata de convenciones de «doy para que hagas» o «hago para que des».

3.9.10. En cuanto a su función.

Por su función, la compraventa y el contrato de obra son, fundamentalmente, constitutivos, pero nada impide que sean contratos regulatorios o modificatorios; sin embargo, el contrato de obra nunca será extintivo, pues –tal como lo establece el artículo 1771 del Código Civil– a través de él, el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

3.9.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el contrato de obra son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.9.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa y el contrato de obra son contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas.

En el caso del contrato de obra, el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

No obstante lo dicho, cabe señalar que el Código Civil de 1984 admite la posibilidad de pactar un contrato de locación de servicios sin remuneración alguna por parte del locatario, tal como se da a entender en el artículo 1759, relativo a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios. De darse este supuesto estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

Dentro de tal orden de ideas, el Código de 1984 establece en su artículo 1771 que por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución. Los materiales necesarios para la ejecución de la obra, deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto (artículo 1773).

En lo que se refiere a las obligaciones del contratista, éstas se encuentran enumeradas en el artículo 1774; siendo las siguientes: hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre; dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular; y pagar los materiales que reciba, si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra. Adicionalmente, en el artículo 1775, se establece que el contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente.

El texto original del numeral 1776 del Código Civil de 1984, establecía que el obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra; habiendo sido modificado por el artículo único de la Ley N° 25291, y quedado con la siguiente redacción: «El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a la compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra.- El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra».

En lo que respecta a los derechos del comitente, el artículo 1777 señala que aquél tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra; y cuando en el curso de ella se compruebe

que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado, para que el contratista se ajuste a tales reglas; transcurrido el cual, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios. Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado –por su naturaleza– a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

Por otra parte, el artículo 1778 establece que el comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación; en tanto que si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada; entendiéndose aceptada la obra (artículo 1779), si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación. Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente (artículo 1780), a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente, siendo nulo todo pacto distinto. Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408, relativos al arbitrio de equidad y al mero arbitrio, respectivamente.

En lo que respecta a la obra realizada por pieza o medida, el texto original del artículo 1781 del Código de 1984, establecía que el que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada; haciendo presumir el pago, la aceptación de la parte de la obra realizada; no produciendo este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta. Este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 25291, habiendo quedado el texto de esta norma con la siguiente redacción: «El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.- El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.- No produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida».

El contratista está obligado a responder por las diversidades y los vicios de la obra (artículo 1782); en tanto que la recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta.

El artículo 1783 otorga al comitente el derecho a solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño; en tanto que las diversidades y los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios. El mencionado numeral establece, adicionalmente, que el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recibida la obra, siendo este plazo de caducidad; prescribiendo la acción contra el contratista al año de construida la obra.

En el artículo 1784 se regulan las acciones derivadas de diversidad o vicios interiores. En tal sentido se establece que si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina, o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta, dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento; siendo nulo todo pacto distinto. El contratista es también responsable en los casos indicados anteriormente, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra; siendo el plazo para interponer la acción, de un año computado desde el día siguiente al aviso a que hicimos mención.

Por su parte, el artículo 1785 establece que no existe responsabilidad del contratista en los casos a que se refiere el artículo 1784, si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente.

Debe mencionarse que el artículo 1788 prescribe que si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho. Si los materiales son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no se hubieren perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada. Cuando se trate de un contrato por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o

restaurarla. Por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Adicionalmente, el artículo 1789 establece que si la obra se deteriora sustancialmente por causa no imputable a las partes, es de aplicación el artículo 1788.

3.9.13. En cuanto a la valoración.

Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el contrato de obra es fundamentalmente un contrato a título oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación: el contratista, a hacer una obra determinada, y el comitente a pagarle una retribución.

Si se tratare de un contrato de obra en el que no medie retribución alguna por el servicio prestado, sería un contrato a título gratuito.

3.9.14. En cuanto al riesgo.

Como hemos manifestado, el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

En el caso del contrato de obra, también ocurre que es fundamentalmente conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se ha planteado el tema de la aleatoriedad en el contrato de obra, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento para hablar de contratos de obra aleatorios.

3.9.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, tanto la compraventa como el contrato de obra, son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.10. Con el contrato de mandato.

3.10.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el mandato son contratos nominados.

3.10.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y el mandato son contratos típicos.

El mandato es un contrato que viene siendo jurídicamente regulado desde 1836.

3.10.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, el mandato al igual que la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

3.10.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, el mandato y la compraventa, pueden ser contratos civiles, mercantiles o de naturaleza especial.

3.10.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el mandato son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

3.10.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es básicamente un contrato consensual.

Para el Código Civil de 1984, la celebración del contrato de mandato es consensual, y ello se ve ratificado por las normas del Libro VII que regula a los contratos en general.

Es decir que el contrato se celebra con el acuerdo de voluntades, el mismo que se produce cuando la aceptación es conocida por el oferente, o cuando el mandatario ejecuta su prestación (artículos 1373, 1374 y 1380 Código Civil).

3.10.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es, salvo los casos de excepción anotados, básicamente un contrato de ejecución instantánea e inmediata, el mandato es, fundamentalmente, un contrato de duración, la que puede ser determinada (a plazo fijo); determinable (referida a un evento cierto, pero cuya fecha no es conocida), o de duración indeterminada (si se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.10.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra usualmente por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el mandato es un contrato que casi siempre se celebra por negociación previa, lo que no significa que existan múltiples mandatos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.10.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el mandato es uno de colaboración.

3.10.10. En cuanto a su función.

Al igual que la compraventa, el mandato es básicamente un contrato constitutivo, pero nada impide que sea uno modificadorio o regulatorio; sin embargo, nunca estaremos en presencia de un

mandato extintivo, pues –en virtud de lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil– por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

3.10.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, el mandato al igual que la compraventa es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.10.12. En cuanto a la prestación.

A diferencia del contrato de compraventa, que es uno con prestaciones recíprocas, el mandato puede revestir esta característica, o ser un contrato de prestación unilateral, no desvirtuándose su naturaleza si se elige una u otra manera de celebrarlo.

3.10.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso, el mandato puede ser celebrado tanto a título gratuito como a título oneroso.

3.10.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y excepcionalmente aleatoria.

En el caso del mandato, la doctrina suele tratarlo como un contrato conmutativo, es decir, uno en el cual ambas partes saben al momento de celebrarlo en qué consistirán las prestaciones a ejecutar.

No obstante ello, nada impediría ni en el plano orden ni en el terreno práctico, plantearnos la posibilidad de que el contrato de mandato se celebre de modo aleatorio.

3.10.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y el mandato son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.11. Con el contrato de depósito.

3.11.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el depósito son contratos nominados.

3.11.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y el depósito son contratos típicos.

3.11.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como el secuestro son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.11.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa y el depósito pueden ser contratos de naturaleza civil, mercantil o especial.

3.11.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y el depósito son contratos principales, pues para tener existencia jurídica no dependen de ningún otro contrato.

Sin embargo, cabe anotar que en doctrina y legislación se conoce el contrato de sub-depósito y la cesión de posición contractual de depositario.

El Código Civil de 1984 regula el tema en su artículo 1817, norma que establece que no puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad.

Como sabemos, el contrato de depósito es uno de duración continuada, lo que quiere decir que sus efectos se prolongan en el tiempo, lo cual permitiría que antes del vencimiento o de la ejecución total de la prestación, el depositario ceda su posición contractual. Nos parece reiterativo este artículo, ya que en el artículo 1435 del Código Civil, se establece que la cesión de posición contractual requiere del asentimiento del cedido. En todo caso, lo que este artículo estaría regulando sería la formalidad que debe seguir esta cesión, la cual tiene carácter **ad solemnitatem**.

Pero ¿qué sucede con el sub-depósito?

Esta figura no se encuentra regulada y –por tanto– tampoco prohibida.

El sub-depósito sería el depósito total o parcial de un bien depositado que celebra el depositario en favor de un tercero. Al igual que el depósito, este sub-depósito puede ser a título oneroso o gratuito.

Pero este sub-depósito ¿requiere el asentimiento del depositante? El Código Civil guarda silencio al respecto. No podemos sostener que aquí hay una cesión, ya que el primer depositario no ha dejado de serlo respecto del contrato original de depósito.

Por nuestra parte, creemos que sí se requiere el asentimiento del depositante, ya que se trata de un acto para el cual el depositario

—como guardador o cuidador del bien— no se encuentra autorizado o facultado para celebrar dicho contrato.

Sostenemos también, que al igual que la cesión del depósito, la autorización para realizar el sub-depósito, debe ser por escrito, y aun más: esta formalidad debe cumplirse bajo sanción de nulidad. El fundamento para esta afirmación, es que el depositario tenía como obligación principal, la de recibir el bien para custodiarlo, y esta labor, será realizada ahora por el sub-depositario; razón por la cual, es de interés del depositante autorizar o no al sub-depositario.

3.11.6. En cuanto a su formación.

En tanto la compraventa es un contrato consensual —y en nuestro país siempre ha sido así— el depósito actualmente también reviste dicha naturaleza, pero la legislación republicana no siempre legisló en este sentido.

3.11.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es, salvo los casos de excepción señalados en este trabajo, un contrato que se caracteriza fundamentalmente por su ejecución inmediata e instantánea.

Todo lo contrario ocurre con el depósito.

Para el Código Civil de 1984, el depósito voluntario debe finalizar en cuanto el depositante solicite la devolución del bien, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio o interés del depositario o de un tercero:

Artículo 1830.- «El depositario debe devolver el bien en cuanto lo solicite el depositante, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio o interés del depositario o de un tercero».

No obstante, cabe señalar que si no se hubiera fijado plazo en el depósito voluntario, el depositario puede efectuar la restitución del bien, en cualquier momento, siempre que avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba. De esta manera, se evitaría un posible perjuicio para el depositante:

Artículo 1832.- «Si en el contrato no se hubiere fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que le avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba».

Debemos notar aquí que esta facultad sólo es concedida al depositario cuando no se hubiere pactado un plazo determinado

en el contrato, pero sin embargo, el siguiente artículo desecha esta condición, como puede apreciarse de la lectura de su texto:

Artículo 1833.- «El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si éste se niega a recibirlo, debe consignarlo».

Aquí volvemos a caer en el problema suscitado por el Código anterior: ¿Qué es justo motivo?. La salida más lógica que podríamos encontrar, es que al igual que en el artículo 1832, se obligue al depositario a avisar al depositante con una prudente anticipación, en caso de tratarse de una causa o motivo intempestivo o abrupto. Pero creemos que aun en este supuesto debería estar sujeto al pago de la indemnización por los daños y perjuicios que pueda causar al depositante.

Si el depositario deviene en incapaz, la persona que asume la administración de sus bienes procederá de inmediato a la restitución del bien o lo consignará si el depositante no quiere recibirlo (artículo 1835).

En el depósito necesario, se aplica (en virtud de lo prescrito por el artículo 1832) todo lo ya mencionado para el depósito voluntario.

En el secuestro, encontramos que además de ser un contrato de duración continuada, ésta puede ser determinada, determinable o indeterminada. Sin embargo, lo natural será que su duración sea determinable, referida a la terminación de la situación de controversia existente entre los dos o más depositantes, situación que precisamente les ha llevado a celebrar el secuestro con el depositario.

De otra parte, debemos anotar en este punto ciertas reglas particulares del secuestro, diferentes a las del depósito voluntario.

En primer lugar tenemos al artículo 1860 del Código Civil, norma que prescribe lo siguiente:

Artículo 1860.- «Cualquier contrato que celebre el depositario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1859, concluye de pleno derecho si, antes del vencimiento del plazo, se pusiere fin a la controversia».

Esto nos lleva a pensar que se trata fundamentalmente de un contrato a plazo determinable, ya que aun cuando se pacte determinado, primaría la fecha en la que se ponga fin al litigio, o lo que llegue primero.

Por su parte, el numeral 1861 del Código Civil establece:

Artículo 1861.- «En caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro del bien, el depositario puede enajenarlo con autorización del juez y conocimiento de los depositantes».

Debemos suponer, pues, que la posibilidad de pérdida o grave deterioro del bien se produzca sin culpa del depositario, ya que si no fuera así, se estaría amparando la irresponsabilidad o –incluso– la mala fe del depositario.

De otro lado, tenemos el numeral 1862:

Artículo 1862.-- «Si el depositario deviene incapaz o muere, los depositantes designarán a su reemplazante. En caso de discrepancia, la designación la hace el juez».

Y el artículo 1865:

Artículo 1865.- «El depositario puede ser liberado sólo antes de la terminación de la controversia con el asentimiento de todos los depositantes o por causa justificada a criterio del juez».

Este artículo, sólo se refiere a los casos en que no se haya pactado un plazo determinado, ya que, de lo contrario, se estaría obligado al depositario a cumplir más allá de lo que se hubiese obligado.

3.11.8. En cuanto a su negociación.

El depósito, al igual que la compraventa, es un contrato que se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo, en lo que respecta a los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras instituciones análogas, que se rigen por las leyes especiales que los regulan (artículo 1853), los depósitos se celebran por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.11.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y disposición, el depósito es un contrato de confianza.

Ello, dado lo prescrito por el artículo 1830 del Código Civil, norma que establece que «El depositario debe devolver el bien en cuanto lo solicite el depositante, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio o interés del depositario o de un tercero».

En el supuesto que se trate de un contrato oneroso, creemos que de haberse pactado un plazo, y el depositario solicitara la devolución del bien antes de dicho plazo, deberá abonar el total de la contraprestación que se obligó a pagar por todo el tiempo que se suponía debía durar el contrato. Esto, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1155 del Código Civil, ya que si el depositario no cumple con guardar el bien por el tiempo pactado, ello obedece a voluntad exclusiva del depositante.

También debemos reparar en que el Código de 1984 contempla el supuesto de devolución del bien depositado antes del vencimiento del plazo; ello, en el artículo 1833, norma que establece que «El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si éste se niega a recibirlo, debe consignarlo».

Estamos ante un supuesto en que el depositario, por determinados motivos justificables, decide –por cuenta propia–, no continuar con el depósito, aun habiéndose pactado un plazo determinado. En este caso, el depositario se encuentra facultado para devolver el bien al depositante.

La hipótesis de devolución a pluralidad de depositantes o herederos está contemplada en el artículo 1839:

Artículo 1839.- «Si son varios los depositantes y no se hubiera dispuesto a quién se hará la restitución, a falta de acuerdo deberá efectuarse según las modalidades que establezca el juez.

La misma norma se aplica cuando a un solo depositante suceden varios herederos».

A nuestro parecer, estamos frente a una obligación indivisible, y por lo tanto, creemos debe regirse por las normas que regulan las obligaciones indivisibles, especialmente por el artículo 1176 del Código Civil. Es decir, que a falta de acuerdo expreso de los depositantes o de los herederos del depositante, no debería intervenir el juez, sino que el depositario le hará entrega del bien a todos los depositantes o a todos los herederos, o a alguno de ellos, si garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación.

3.11.10. En cuanto a su función.

El depósito, al igual que la compraventa, es un contrato fundamentalmente constitutivo, pero por excepción puede ser modificatorio o regulatorio; mas nunca se tratará de un contrato

extintivo, ya sea en el caso del depósito voluntario (artículos 1814 a 1853) o del depósito necesario (artículos 1854 a 1856).

3.11.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el depósito son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.11.12. En cuanto a la prestación.

Como se sabe, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El depósito puede ser un contrato de prestación unilateral o uno con prestaciones recíprocas.

3.11.13. En cuanto a la valoración.

En tanto la compraventa es un contrato a título oneroso, el depósito puede celebrarse a título oneroso como a título gratuito.

3.11.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es generalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

En lo que respecta al depósito, podemos recordar que estamos en presencia de un contrato fundamentalmente conmutativo, puesto que desde un inicio se reguló a este contrato como tal, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Nunca se ha planteado ni legislativa, ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de depósito, sea voluntario o necesario; ni tampoco del secuestro, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento para que se hiciera.

En cuanto al secuestro, debemos puntualizar que no debe confundirse la naturaleza cuantitativa del mismo, con la aleatoriedad inherente a la controversia existente entre los dos o más depositantes y su resultado.

3.11.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como el depósito son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.12. Con el contrato de secuestro.

3.12.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el secuestro son contratos nominados.

3.12.2. En cuanto a su regulación.

Al igual que la compraventa, el secuestro también encuentra regulación en nuestro Código Civil, razón por la cual estamos en presencia de un contrato típico.

El secuestro se halla legislado entre los artículos 1857 y 1867 del Código Civil. La primera de las normas mencionadas señala que por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia.

3.12.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el secuestro son contratos simples, pues dan lugar a una sola relación jurídica.

3.12.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa y el secuestro pueden ser contratos civiles, mercantiles o de naturaleza especial.

3.12.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y el secuestro son contratos principales, pues para su existencia no dependen jurídicamente de ningún otro contrato.

3.12.6. En cuanto a su formación.

Mientras la compraventa se celebra usualmente por el sólo consentimiento de las partes (vale decir que es un contrato consensual), el secuestro es un contrato formal, pues, tal como establece el artículo 1858 del Código Civil, debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

3.12.7. En cuanto al tiempo.

A diferencia de la compraventa, el secuestro es, esencialmente, un contrato de duración.

3.12.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el secuestro es –básicamente– un contrato paritario o de negociación previa. No conocemos contratos de secuestro celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.12.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y disposición. El secuestro es uno de custodia o conservación.

3.12.10. En cuanto a su función.

La compraventa puede ser un contrato constitutivo, regulatorio o modificatorio. El secuestro es, esencialmente, un contrato constitutivo, pues en virtud a lo establecido por el artículo 1857 del Código Civil, a través del mismo, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia.

3.12.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el secuestro son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.12.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El secuestro puede ser con prestaciones recíprocas, pero también podría convenirse a título de prestación unilateral.

3.12.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, el secuestro puede pactarse a título oneroso o gratuito.

3.12.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato generalmente conmutativo y por excepción aleatorio. El secuestro es un contrato fundamentalmente conmutativo. Sin embargo, nada impediría plantearnos el caso de un secuestro de naturaleza aleatoria.

3.12.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, la compraventa y el secuestro son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.13. Con el contrato de fianza.

3.13.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y la fianza son contratos nominados.

3.13.2. En cuanto a su regulación.

Tanto la compraventa como la fianza son contratos típicos.

El Código Civil de 1984 le otorga tratamiento en el Libro VII «Fuentes de las Obligaciones», Sección Segunda «Contratos Nominados», Título X «Fianza», artículos 1868 a 1905.

3.13.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la fianza son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.13.4. En cuanto a su contenido o área.

Se ha dicho que la compraventa puede ser un contrato civil como uno mercantil o de distinta naturaleza. Por su parte, la fianza si bien puede ser un contrato civil, lo más usual será que revista naturaleza mercantil.

3.13.5. En cuanto a su autonomía.

A diferencia del contrato de compraventa (que es principal por excelencia), la fianza es esencialmente un contrato accesorio o auxiliar, pues no puede celebrarse sin la existencia de un contrato principal, una o varias de cuyas obligaciones está destinado a garantizar (afianzar).

3.13.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, la fianza es un contrato formal, ya que debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad (artículo 1871 del Código Civil de 1984). La formalidad impuesta, como se aprecia, es **ad solemnitatem**.

3.13.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa (salvo los casos de excepción estudiados) generalmente es un contrato de ejecución inmediata e instantánea, la fianza podrá ser un contrato de ejecución inmediata o diferida, de duración determinada, determinable o indeterminada; esto es, dependiendo de la duración que tenga la obligación principal cuya ejecución se esté afianzando.

3.13.8. En cuanto a su negociación.

De acuerdo a su negociación, la compraventa puede ser tanto un contrato paritario, uno por adhesión o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En el caso de la fianza, al tratarse de un contrato fundamentalmente mercantil, lo común será que se celebre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo,

cuando estemos en presencia de fianzas civiles, será frecuente que para su celebración medie negociación previa.

3.13.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la fianza es un contrato de garantía, pues está destinado a asegurar el cumplimiento de una o más obligaciones.

3.13.10. En cuanto a su función.

En rasgo característico que comparte con la compraventa (a pesar de tener objetos distintos), la fianza es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, modificadorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación por parte del fiador de garantizar el cumplimiento de una obligación del fiado (deudor ajeno al contrato que tiene una deuda respecto del acreedor, frente a quien el fiador responderá, en caso de no hacerlo el deudor).

3.13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Los contratos de compraventa y de fianza son de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

El contrato de fianza se celebra con el acreedor de una relación obligacional distinta, en donde el fiador garantiza el cumplimiento de un deudor que no participa en el contrato. Puede, incluso, celebrarse contra la voluntad del mencionado deudor.

Así lo dispone el artículo 1869 del Código Civil de 1984. Los Códigos anteriores no contenían una regla similar, pero ello se deducía de la naturaleza jurídica de este contrato.

3.13.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la fianza es un contrato de prestación unilateral, puesto que sólo una de las partes (el fiador) asume obligaciones en el mismo. El acreedor de la relación jurídica cuyo cumplimiento se afianza, no ejecutará prestación alguna en favor del fiador. De hacerlo (si esto se hubiera pactado así), estaríamos en presencia de un contrato muy semejante al seguro, y no al de fianza. Esta situación, en buena cuenta, desnaturalizaría a la fianza. Sin embargo, éste es un punto que se discute en doctrina. Para comprobarlo remitimos al lector a las apreciaciones que sobre el particular formula el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra «El Contrato en General».

3.13.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, la fianza es un acto a título gratuito u oneroso, punto cuya discusión doctrinaria ha sido materia de anterior referencia nuestra.

3.13.14. En cuanto al riesgo.

Así como la compraventa, la fianza es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de la prestación que deberá cumplir el fiador en caso de incumplimiento del deudor de la relación (contrato) principal, es cierta, vale decir, conocida de antemano; pero podría revestir modalidad aleatoria, ya que su naturaleza no lo impide.

3.13.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la fianza son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.14. Con el contrato de renta vitalicia.

3.14.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y la renta vitalicia son contratos nominados.

3.14.2. En cuanto a su regulación.

El contrato de renta vitalicia no se reguló ni en el Código Civil de 1836 ni en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre. Recién fue normado en el Código Civil de 1852.

En el Código Civil de 1984 se regula a la renta vitalicia en el Título XII, bajo la denominación «Renta vitalicia». Es definida en el artículo 1923, de la siguiente manera:

Artículo 1923.- «Por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados».

Esta definición describe una renta como cualquier otra y no señala la verdadera esencia de este acto, cual es el tiempo de duración de dicha renta. Recién en el artículo 1926 se anota esta característica:

Artículo 1926.- «Para la duración de la renta vitalicia debe señalarse la vida de una o varias personas.

En el contrato se determinará la vida en que concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas».

3.14.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la renta vitalicia son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.14.4. En cuanto a su contenido o área.

Al igual que la compraventa, la renta vitalicia puede ser un contrato civil, mercantil o uno de naturaleza especial. Sin embargo, lo más común es que sea de naturaleza mercantil.

3.14.5. En cuanto a su autonomía.

La renta vitalicia y la compraventa son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

3.14.6. En cuanto a su formación.

A diferencia de la compraventa, que es un contrato consensual, la renta vitalicia es un contrato formal.

Según el Código Civil de 1984:

Artículo 1925.- «La renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

3.14.7. En cuanto al tiempo.

Mientras el contrato de compraventa es fundamentalmente de ejecución inmediata e instantánea, la renta vitalicia es, por esencia, un contrato de duración continuada, la misma que es determinable, o sea, referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha, consistente en la vida de una o varias personas.

Si muere la persona cuya vida se designó como término para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación.

3.14.8. En cuanto a su negociación.

En tanto la compraventa se celebra ya sea de modo paritario, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la renta vitalicia es, fundamentalmente, un contrato de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones sobre las cuales celebrarán dicha renta.

No obstante ello, en materia de contratos sobre materias previsionales, las Compañías de Seguros vienen introduciendo paulatinamente a la renta vitalicia como un mecanismo contractual

de uso cada vez más frecuente (claro está en formatos preimpresos con cláusulas generales de contratación).

3.14.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la renta vitalicia es, fundamentalmente, un contrato de disposición y previsión.

3.14.10. En cuanto a su función.

Así como la compraventa, la renta vitalicia también es fundamentalmente un contrato constitutivo, pudiendo, por excepción, ser uno modificadorio o regulatorio; pero, nunca será un contrato extintivo, ya que tal como lo dispone el artículo 1923 del Código Civil, por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.

3.14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La renta vitalicia y la compraventa son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.14.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la renta vitalicia puede ser convenida con prestaciones recíprocas o de manera unilateral.

3.14.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso; mientras la renta vitalicia puede celebrarse, tanto a título gratuito como a título oneroso.

3.14.14. En cuanto al riesgo.

Mientras la compraventa es fundamentalmente conmutativa y por excepción aleatoria, la renta vitalicia es esencialmente aleatoria, ya que la existencia y contenido de las prestaciones que deben cumplir las partes, no son ciertas, lo que equivale a decir que no se conocen de antemano con exactitud, sobre todo en lo que respecta a la duración de las mismas.

3.14.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la renta vitalicia son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.15. Con el contrato de juego y apuesta.

3.15.1. En cuanto al nombre.

La compraventa, el juego y la apuesta son contratos nominados.

Por último, el Código Civil de 1984, trata el tema con el nombre de juego y apuesta.

3.15.2. En cuanto a su regulación.

El juego y apuesta es, al igual que la compraventa, un contrato típico, estando regulado en nuestro Código Civil.

3.15.3. En cuanto a su estructura.

El juego y apuesta, al igual que la compraventa, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.15.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede tener por naturaleza la civil, la mercantil o alguna otra especial, el juego y la apuesta son, fundamentalmente, contratos civiles.

3.15.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el juego y la apuesta son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

3.15.6. En cuanto a su formación.

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos consensuales, ya que tienen libertad de forma; pero nada impide a las partes imponerse una formalidad especial.

3.15.7. En cuanto al tiempo.

Como dijimos en su momento, salvo los supuestos de excepción estudiados, la compraventa es un contrato que generalmente se ejecuta de manera inmediata e instantánea.

En cambio, el juego y la apuesta son fundamentalmente, contratos de mediana duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (si se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Debemos precisar que hemos señalado que se tratarían de contratos de mediana duración, pues en el juego y la apuesta resulta fundamental el hecho de que se realice —precisamente— el juego o la apuesta.

3.15.8. En cuanto a su negociación.

El juego y la apuesta, al igual que la compraventa, pueden ser tanto contratos de negociación previa, es decir, aquellos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido, como contratos por adhesión o, por último, celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Consideramos que el hecho de que un contrato de juego y apuesta pertenezca a algunas de las categorías antes señaladas dependerá, fundamentalmente, de si se trata de un juego y apuesta permitidos o si es uno de los no autorizados, pero tampoco prohibidos. Los primeros, por lo general, son de negociación previa, en tanto los segundos, también por lo general, son celebrados por adhesión.

3.15.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El juego y la apuesta comparten esta característica, pues su ejecución implica una disminución en el patrimonio del perdedor (contrato de disposición); y también es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de los bienes.

3.15.10. En cuanto a su función.

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos fundamentalmente constitutivos, pero podrían ser regulatorios o modificatorios, mas no creemos que puedan tener carácter extintivo, dado lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1942, norma que establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

3.15.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Como ocurre con la compraventa, el juego y la apuesta son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.15.12. En cuanto a la prestación.

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas, en tanto el juego y la apuesta son contratos de prestación unilateral. El artículo 1942 del Código Civil de 1984 establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

3.15.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso, el juego y la apuesta también revisten esta característica, pues independientemente de si el que juega o apuesta gana o pierde, él tendrá que satisfacer la prestación que le da derecho, precisamente, a participar en dicho juego o apuesta.

3.15.14. En cuanto al riesgo.

Como sabemos, la compraventa es un contrato por lo general conmutativo y por excepción aleatorio. En cambio, el juego y apuesta es, esencialmente, un contrato aleatorio, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son inciertas, vale decir, desconocidas de antemano. Sin embargo, cabe precisar que en determinados juegos y apuestas, la prestación de la apostante sí está previamente determinada.

3.15.15. En cuanto a sus efectos.

Tenemos que la compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional, como la gran mayoría de contratos del Derecho Peruano. Pero, debemos ser muy cuidadosos en lo que respecta al contrato de juego y apuesta, pues en este rubro tenemos que distinguir un punto muy importante.

De acuerdo al tratamiento que el tema ha recibido en el Código Civil de 1984, el juego y la apuesta permitidos son verdaderamente contratos, pues en ellos (artículo 1942), el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes. Sin embargo, no podemos decir lo mismo del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943), que son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

Conforme a lo que acabamos de anotar, es evidente que el juego y la apuesta no autorizados no son contratos, pues los contratos son generadores de obligaciones civiles, y los actos mencionados generan únicamente obligaciones naturales —que en buena cuenta no son obligaciones propiamente dichas—.

Por lo demás, resulta pertinente señalar que el juego y la apuesta prohibidos (artículo 1944) son los expresamente indicados en la ley; no existiendo acción para reclamar por su resultado y, en caso de producirse el pago, éste es nulo de pleno derecho.

3.16. Con la cesión de derechos.

3.16.1. En cuanto al nombre.

Tanto el contrato de compraventa como la cesión de derechos son figuras nominadas, pues a ambas se les conoce por dichos nombres.

3.16.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y la cesión de derechos son figuras típicas legales y ambas se encuentran reguladas en el Código Civil; con la diferencia de que la compraventa es tratada dentro de los contratos típicos (precisamente como el primero de ellos); en tanto la cesión de derechos es regulada en el Libro de Derecho de Obligaciones, dentro del Título relativo a la Transmisión de las obligaciones, en un Capítulo Único denominado Cesión de Derechos.

En tal sentido, la compraventa es considerada como un contrato y la cesión de derechos como un modo de transmisión de obligaciones.

Sin embargo, en este punto consideramos conveniente efectuar una precisión en el sentido que la normatividad de la cesión de derechos como tal recién se da a partir del Código Civil de 1984, pues hasta la vigencia de su predecesor de 1936, la figura fue conocida como cesión de créditos.

Lo que se buscó en 1984 fue ampliar los alcances de la cesión, a fin de que pudiesen ser materia de la misma no sólo derechos crediticios, sino también otros de diversa naturaleza, como bien podría ser un derecho sucesorio respecto de la herencia de una persona ya fallecida (artículo 1209) o cualquier otro derecho para cuya cesión o transmisión la ley peruana no haya contemplado una manera especial; lo que equivale a decir que su modo de transmisión no se encuentre tipificado.

Tal vez el tratamiento de la cesión de derechos no ha sido todo lo adecuado que pudo ser, pero la intención de ampliar el espectro de la cesión a otros derechos distintos a los créditos, a nuestro entender ha sido positiva.

Sin embargo, ocurre que existen determinados supuestos que podrían ser calificados como casos límite, en los cuales no sabremos con certeza si nos encontramos frente a un contrato de compraventa o a una cesión de derechos.

Tal vez el ejemplo más ilustrativo de las hipótesis a que hacemos referencia, esté dado por el acto a través del cual uno de los

copropietarios de un inmueble celebra un acto con otro de los copropietarios o con un tercero, a través del cual se obliga a transferirle su derecho de copropiedad sobre su cuota parte.

Por un lado, podríamos pensar que es una compraventa, al haber sido incluido este supuesto dentro de los casos de retracto, en el artículo 1599, inciso 2, cuando se habla de la venta a tercero de las porciones indivisas, pero también tranquilamente, podría entenderse que cabe una segunda interpretación, que considere que aquello que se cede es el derecho de copropiedad, en oposición a la transferencia de la propiedad completa sobre un bien, lo que llevaría a calificar al acto como una cesión de derechos (no crediticios).

Pero más allá de estos casos límite, es claro que en la gran mayoría de supuestos de cesión de derechos no cabría confusión alguna respecto al contrato de compraventa, ya que ello sólo se producirá cuando el derecho que se cede sea el de propiedad y no otro.

Por otro lado, en la cesión de derechos no crediticios tenemos como partes celebrantes al cedente o titular cedente de un derecho y al tercero cesionario de ese derecho (vale decir aquélla persona a la que se le cede el derecho); en tanto que si se tratase de una cesión de créditos, no habría siquiera necesidad de pedir el asentimiento del deudor cedido.

Resulta muy diferente en el caso de la compraventa, pues aquí las partes son el comprador y el vendedor; a diferencia de la cesión de créditos (en donde dicha cesión se produce única y exclusivamente al interior de una relación obligacional). Esto significa que en la compraventa, tanto comprador como vendedor son a la vez acreedores y deudores recíprocos de diferentes obligaciones.

3.16.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica; en tanto la cesión de derechos podría ser considerada simple en la medida que nos encontremos en presencia de un acto por el cual el cedente se obliga frente al tercero cesionario a transferirle un derecho distinto a los derechos de crédito.

3.16.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, el contrato de compraventa puede ser de naturaleza civil, mercantil o especial; no existiendo impedimento

alguno para que la cesión de derechos crediticios o no crediticios, revista cualquiera de las naturalezas mencionadas.

3.16.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues para existir no depende jurídicamente de ningún otro contrato.

Podría decirse lo mismo respecto de la cesión de derechos no crediticios; mas no estaríamos de acuerdo en asignar similar calificativo a la cesión de créditos, ya que para ceder un crédito, previamente tiene que haberse dado nacimiento al mismo, lo que puede haber ocurrido, ya sea en virtud de la ley o de la voluntad humana; y, en este último caso, lo más frecuente será que dicho crédito haya nacido de un contrato. Así, la cesión de créditos necesariamente es un acto derivado porque le anteceden la ley o la voluntad del hombre como fuentes creadoras de tal crédito.

3.16.6. En cuanto a su formación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato consensual. En cambio, la cesión de derechos es un acto formal, ya que en virtud a lo prescrito por el artículo 1207 del Código Civil, ella debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad; en tanto que dicha norma agrega que cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.

3.16.7. En cuanto al tiempo.

Por el tiempo, el contrato de compraventa generalmente es de ejecución inmediata e instantánea, salvo que las partes hayan pactado plazo suspensivo para el inicio de su ejecución o para el caso en el cual las partes hayan convenido que el precio se pagará a plazos.

En lo que respecta a la cesión de créditos, resulta difícil imaginar en la práctica que dicho acto no tenga vocación de ejecución instantánea e inmediata, pero podría darse el caso.

Y en lo referente a la cesión de derechos no crediticios, podríamos aplicar **mutatis mutandis** nuestras expresiones relativas al contrato de compraventa.

3.16.8. En cuanto a su negociación.

Se ha dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato que se celebra ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, no ocurrirá lo propio en materia de cesión de derechos, pues justamente se trata de actos que no tienen mayor tipicidad que aquella brindada al respecto por las normas generales.

En tal sentido, será poco probable asistir a la celebración de cesiones de derechos que consten en formularios preimpresos, ya sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales. La cesión de derechos constituye corrientemente un acto de formación paritaria o de negociación previa, en el cual ambas partes tendrán márgenes lo suficientemente amplios como para modelar su contenido.

3.16.9. En cuanto al rol económico.

El contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición.

Similares consideraciones podrían aplicarse a la cesión de derechos cuando ésta tenga naturaleza onerosa, mas no cuando ella se celebre a título de liberalidad, caso en el cual podría ser calificada como un acto de disposición, y no de cambio.

3.16.10. En cuanto a su función.

Como sabemos, el contrato de compraventa es, generalmente, uno de carácter constitutivo, aunque teóricamente podríamos imaginar una compraventa regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

La gama tan amplia que plantea la cesión de derechos, no nos permite efectuar similares consideraciones que aquéllas referidas a la venta.

Así, podemos tener cesiones de derechos constitutivas, regulatorias, modificatorias, como también de carácter extintivo, cuando (en este último caso) lo que se busque sea precisamente poner término a una relación jurídica.

3.16.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Como sabemos, el contrato de compraventa es un contrato de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

En tanto la cesión de derechos (y específicamente la cesión de créditos), no comparte este rasgo característico, ya que la cesión de créditos surte efectos contra el deudor cedido, teniendo en cuenta que ella puede realizarse sin su asentimiento e incluso contra su voluntad, a menos que haya pactado con el acreedor lo contrario al momento de constituir la obligación o que tenga razones jurídicamente fundadas para tal oposición.

Esto significa que –una vez notificado de la cesión, o cuando tome conocimiento de la misma– la cesión de créditos resulta oponible respecto del deudor, lo que conlleva a que se encuentre obligado a pagar al tercero cesionario que ahora ha pasado a ocupar el lugar del acreedor cedente.

3.16.12. En cuanto a la prestación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

Por su parte, la cesión de derechos puede celebrarse mediando una contraprestación, o sin que medie contraprestación alguna, es decir a título de prestación unilateral.

3.16.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta evidente que la cesión de derechos puede celebrarse ya sea a título gratuito o a título oneroso. La compraventa siempre celebra a título oneroso.

3.16.14. En cuanto al riesgo.

La cesión de derechos puede celebrarse tanto de manera conmutativa como aleatoria.

Se trataría de una cesión conmutativa en la medida que no hubiese duda ni sobre la existencia, ni sobre la exigibilidad del derecho cedido y además que éste pueda cobrarse fácilmente (es decir, sin obstáculo alguno, en el caso de la cesión de créditos) o hacerse efectivo de inmediato y a plenitud (en el caso de la cesión de derechos no crediticios).

Pero pensamos que en la cesión de derechos la regla no estará dada por la conmutatividad, sino por la aleatoriedad. Decimos esto, ya que aunque el derecho que se ceda no sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, o incluso materia de una controversia de esta naturaleza, podría haber un alto componente de aleatoriedad tanto en lo que respecta a la magnitud del derecho cedido, como a la posibilidad de hacerlo efectivo.

De ahí la puntual regulación al respecto del Código Civil Peruano.

Recordemos simplemente que los artículos 1211 a 1214 están encaminados a garantizar –de una u otra forma– los intereses del cesionario y a evitar posibles fraudes por parte del cedente.

En el artículo 1211 se establece que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las

garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario; agregándose que en el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviere en poder del cedente, mas no si estuviera en poder de un tercero.

Por su parte, el artículo 1212 prescribe que el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto; en tanto el numeral 1213 anota que el cedente no se encuentra obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

Finalmente, el artículo 1214 prescribe que cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor.³⁰

3.16.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la cesión de derechos como el contrato de compraventa son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.17. Con la dación en pago.³¹

3.17.1. En cuanto al nombre.

Tanto el contrato de compraventa como la dación en pago son figuras nominadas y son conocidas con este nombre en el Código Civil Peruano (artículos 1529 y 1265, respectivamente).

3.17.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa –lo sabemos– es un contrato típico. La dación en pago es considerada en nuestra legislación como uno de los medios típicos de extinción de las obligaciones, constituyendo el Capítulo Sexto del Título II, relativo al pago.

30. Para mayor información al respecto, remitimos al lector a un anterior trabajo nuestro (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1994, Páginas 543 a 545).

31. Debemos precisar que este punto será abordado de acuerdo a la concepción doctrinaria adoptada por el Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de otorgar autonomía conceptual a la dación en pago, independientemente de nuestra posición contraria al respecto, expresada en su oportunidad (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte, Tomo VIII, Páginas 13 a 88).

A pesar de que contradictoriamente en los dos artículos que tratan sobre la dación en pago, el Código acoge teorías distintas, consideramos que dentro de una interpretación sistemática de ese cuerpo legal, aquella que prevalece es la del artículo 1265, norma que prescribe que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. En esta norma, se ha acogido aquella doctrina sobre su naturaleza jurídica que considera a la dación en pago como una forma o modalidad de pago.

Como se recuerda,³² la doctrina alemana del siglo XIX, la moderna doctrina italiana y el Derecho Español –en especial– han considerado a la dación en pago como una forma o modalidad del pago.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas³³ que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotóns³⁴ señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquéllas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

De igual manera, Ruggiero y Maroi –citados por Fernández Rodríguez³⁵ sostienen que la **datio in solutum** no es más que un equivalente de la **solutio** y posee características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

-
32. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte, Tomo VIII, Páginas 35 a 41.
 33. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986, Páginas 282 a 285.
 34. LATOUR BROTONS, Juan. Notas sobre la Dación en Pago. En: Revista de Derecho Privado, Números 436-437, Julio-Agosto, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1953, Página 631.
 35. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago. En: Anuario de Derecho Civil, Serie 1, Número 2, Nota de pie de página N° 98, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid. s/f, Página 778.

Por su parte, Raymundo Salvat³⁶ anota que, según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguna.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez,³⁷ considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquélla la obligación se extingue mediante un contrato distinto del contrato de cumplimiento, en que la prestación realizada en virtud de aquél no tiene el valor de cumplimiento sino de equivalente del cumplimiento.

La dación en pago está regulada por el Código Civil Peruano de 1984 como una forma de extinción de las obligaciones, al igual que el pago. Sin embargo, mientras este último supone la ejecución de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la **datio in solutum** la obligación se extingue por ser ejecutado un **aliud pro alio**.

Así, la realización de una prestación distinta a la debida –nota característica de esta institución– nos permite diferenciarla del pago o cumplimiento en estricto.

Al respecto, señala Borda³⁸ que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos, no es sino una forma peculiar del pago, un modo supletorio de cumplimiento; pero Borda considera que este punto de vista se hace pasible de ciertas objeciones, pues el pago supone entregar exactamente lo que se prometió, en tanto que en la dación en pago se entrega una cosa distinta; el pago puede hacerse contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación, mientras que la dación requiere inevitablemente la conformidad de aquél.

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda³⁹ afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya

-
36. SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General. Tomo II, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia, por Enrique V. Galli, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, Páginas 485 y 486.
37. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Nota de pie de página N° 96, Página 778.
38. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, Página 623.
39. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Lima, 1957, Página 152.

dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

Héctor Lafaille⁴⁰ precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan sólo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Refiere Larenz⁴¹ que la satisfacción del acreedor puede tener lugar también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta «en lugar del pago». A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

Por su parte, Fernández Rodríguez⁴² anota que «la teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la **datio in solutum** no es pago en sentido técnico, ya que en una acepción estricta o técnico-jurídica significa 'el cumplimiento efectivo de la prestación convenida', y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el **aliud**)».

El profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez⁴³ considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una forma de pagar.

Precisa Llambías⁴⁴ que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras éste consiste en el cumplimiento específico de la

-
40. LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Tomo IV, Volumen I, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943, Página 371.
 41. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, Página 418.
 42. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 779.
 43. DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978, Páginas 275 y 276.
 44. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Cuarta Edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983, Páginas 10 y 11.

obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo –dice Llambías–, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero,⁴⁵ la dación en pago no consiste en una especie de pago porque la figura entraña una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago, solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

Por otra parte, se han formulado teorías que consideran a la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria.

Según anota Fernández Rodríguez,⁴⁶ entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica del concepto en cuestión). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la **datio in solutum** no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago, la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi Velaochaga⁴⁷ considera que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos –incluso los esenciales– pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad.⁴⁸

45. BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo IV, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, Página 347.

46. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Páginas 774 y 775.

47. BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. La Modificación Objetiva de la Relación Obligatoria: Replanteando la Dación en Pago. En: Revista Peruana de Derecho El Jurista, Año 1, Número 3, Lima, Agosto de 1991, Página 108.

48. Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación, y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velaochaga (BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. cit., Página 123) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obliigatoria preexistente.

En nuestra opinión, no puede hablarse de una simple modificación de la relación obligatoria cuando uno de sus elementos esenciales –causa, objeto, sujetos o el vínculo mismo– es reemplazado por otro. Tal variación constituye –en realidad– una sustitución de la relación obligatoria que importa, indudablemente, su extinción, salvo los casos de cesión de derechos y asunción de deuda, que mantienen vigente la misma obligación.

Simples modificaciones de la relación obligatoria podrían ser aquellos cambios sobre el lugar o tiempo del pago, el modo de cumplimiento, el importe de la deuda, los derivados de una constitución de garantías, entre otros, pero nunca la sustitución del objeto de pago.

Planiol y Ripert⁴⁹ afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

En la dación en pago –agregan los citados autores– existe indudablemente una obligación, en todo momento, pero la segunda no es la misma que la primera; es una nueva obligación que toma el lugar de ésta.

Sobre la base de tales consideraciones, creemos que, cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación.⁵⁰

Sin embargo, resulta curioso que en el artículo 1266 del propio Código, vale decir en la norma siguiente, pareciera recogerse la tesis de que la dación en pago equivale a una compraventa.

Dicho numeral precisa que si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.

Como ha sido dicho en oportunidad anterior,⁵¹ la equiparación de la **datio in solutum** al contrato de compraventa tiene profundas raíces históricas; ya en la época Justiniana la dación en pago se configuraba como un contrato semejante a la compraventa.

Los juristas medievales, con posterioridad, recogieron esta concepción, asimilando ambas figuras. En las actuales

49. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 589.

50. En este sentido, el artículo 812 del Código Civil Argentino prescribe que «...las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen.»

51. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte. Tomo VIII, Páginas 79 a 85.

legislaciones, por tradición jurídica, se prevén preceptos similares a la norma.⁵²

En las doctrinas francesa y española, la asimilación de la **datio in solutum** a la compraventa ha alcanzado mayor difusión. Así, Domat, citado por Fernández Rodríguez,⁵³ precisa que si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida.

Troplong,⁵⁴ por su parte, expresa que si ocurriera en seguida que el comprador no pudiese pagar en dinero, diera en pago otra cosa, éste sería siempre un contrato de venta. **Nom enim pretti numeratio, sed conventio perficit emptionem.**

Según se ha dicho, en los contratos no se mira sino el comienzo.

En este sentido, anota Pothier⁵⁵ que si las partes han estipulado por precio una cantidad de dinero, aunque luego el comprador dé en pago otra cosa, y sin mediar entrega de cantidad alguna, el contrato no dejará de ser y continuará siendo un contrato de venta.

Entre los autores españoles, Escriche, citado por Fernández Rodríguez,⁵⁶ afirma que la **datio in solutum** es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio.

En opinión de Badenes Gasset,⁵⁷ existe venta cuando el precio es estipulado en dinero, aunque por un acuerdo entre las partes se sustituya el precio por una cosa que se da **in solutum**, como dación en pago.

52. En este sentido, el Código Civil Paraguayo de 1987, en el artículo 601, establece que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regularán por las normas del contrato de compraventa.

A su turno, el segundo párrafo del artículo 1491 del Código Civil Uruguayo dispone lo siguiente: «Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa.»

Asimismo, el Código Civil Brasileño (artículo 996) prescribe que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regulan por las normas del contrato de compra y venta. De otro lado, señalamos que en la legislación extranjera consultada, sólo un Código Civil, el Nicaragüense de 1903, hace referencia al tema en el Título que regula al contrato de compraventa. Dicho Código prevé en su artículo 2532 lo siguiente: «Cuando las cosas se entreguen en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. El que la entrega está sujeto a las consecuencias de la evicción de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; mas la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del pago.»

53. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 757.

54. TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 191.

55. POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Tomo I, Página 20.

56. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 758.

57. BADENES GASSET, Ramón. Op. cit., Tomo I, Página 235.

Ahora bien, dichos autores afirman que la dación en pago configura una compraventa por considerar que aquella impone al deudor una obligación del mismo género que la del vendedor: la entrega del bien a dar en pago de lo que debe. Así, el acreedor adeuda el precio al deudor, pero esta deuda se compensa con el crédito original, de modo que sólo subsiste el crédito respecto del bien dado en pago.

Bekker, también citado por Fernández Rodríguez,⁵⁸ considera que la dación en pago es equiparable a una compraventa, donde, quien recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasi-comprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas⁵⁹ refieren que la dación en pago se asimila a la compraventa, atendiendo a que el deudor vendería a su acreedor un bien por un precio igual al monto de su deuda, extinguiéndose inmediatamente por compensación la obligación que por el precio nace para el acreedor y aquella a la que a su vez estaba primitivamente sujeto a su respecto el deudor.⁶⁰

Starck, Roland y Boyer⁶¹ precisan que es identificable la dación en pago con una venta; parece como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

Anota el profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez⁶² que se ha atribuido a la dación en pago naturaleza contractual y características similares a las de la compraventa, por estimar que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida, y la prestación que cumplió en su momento quien la recibe, ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de estos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o

58. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 759.

59. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 283 y 284.

60. Recuerda Manuel Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 143) que los tribunales españoles, en una resolución del 12 de marzo de 1931, han sentenciado que cuando alguien debe a otro una suma de dinero y los interesados acuerden que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él venda el deudor alguna cosa al acreedor, hay compraventa y no dación en pago.

61. STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Obligations. Cuarta Edición, litéc, Librairie de la Cour de Cassation, París, 1992, Página 80.

62. DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Op. cit., Páginas 275 y 276.

cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe.

No obstante las opiniones expuestas, precisa aclararse que la teoría que asimila la **datio in solutum** a la compraventa ha sido duramente criticada.

Se ha expresado que dicha tesis acude a una ficción para fundamentar la asimilación de la dación en pago a la compraventa, al considerar que el bien dado en pago –el **aliud**– ocupa el lugar del bien materia de venta y el precio está representado por el crédito que se extingue por compensación.

Por otra parte, Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez,⁶³ objeta la equiparación de la **datio in solutum** al contrato de compraventa, ya que tan sólo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. De lo contrario –sostiene Blumenthal–, la dación en pago equivaldría a un contrato bilateral de naturaleza variable según cuando sea el objeto a que se refiere el **aliud**. Así, la dación en pago equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa. Si la antigua prestación se refería a un **dare** o un **facere** y se realiza **in solutum un factum**, habrá tenido lugar un contrato innominado **facio ut facias**.

En efecto, la compraventa no comprende todos los supuestos de la **datio in solutum**, ya que sólo podría aplicarse cuando la **res debita** consistiese en dinero y el **aliud**, en una cosa, o viceversa. Sin embargo, la dación en pago tiene un campo mucho más extenso, pudiendo referirse a todo género de obligaciones y ser objeto de la misma cualquier prestación.

En este sentido, Díez Picazo y Gullón⁶⁴ sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo, da una cosa; de modo que no serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un **facere**, o el acreedor tuviera derecho a un **facere** del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Agregan Díez Picazo y Gullón que esa tesis olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación

63. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 761.

64. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen III, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985, Página 255.

que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente. Y añaden, por último, que cabe objetar que nada se halla más lejos de la intención de las partes que el configurar la dación como una compraventa, pues las mismas no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos existente.

A estos argumentos, perfectamente válidos, podemos agregar que el artículo 1266 del Código de 1984, al asumir la tesis que identifica la dación en pago con el contrato de compraventa, contradice el precepto previo, esto es, el artículo 1265, el cual acoge otra posición doctrinaria, es decir, aquella que sostiene la autonomía conceptual de la dación en pago.

Por lo demás, si la hipótesis del artículo 1266 asimila la dación en pago al contrato de compraventa, por qué, nos preguntamos, no efectuar igual asimilación, cuando aparezcan semejanzas a otros contratos, típicos o atípicos, de distintas prestaciones de dar, o de prestaciones de hacer o de no hacer.

Dentro de la tesis adoptada por el Código nacional, con la cual discrepamos, el cumplimiento de una prestación distinta a la que se debe, naturalmente con asentimiento del acreedor, no determinará que la diferente naturaleza de la nueva prestación cambie la naturaleza del contrato, debido a que la dación en pago, tal como es entendida por el Código Civil Peruano de 1984, es sólo un medio extintivo de las obligaciones (nunca un medio creador, modificatorio o regulador de las mismas).

Por tal razón, y siempre dentro de la posición asumida por nuestro Código Civil, el contrato originario permanecería siendo el mismo, a pesar de que se hubiera pagado con alguna prestación distinta a la debida.

En opinión de Héctor Lafaille:⁶⁵ “Todo ello se entiende tomando en cuenta la situación de las partes en el momento de celebrarse el acuerdo de voluntades. Si ulteriormente convinieran entre ellas un cambio en el objeto de la obligación, de suerte que quien había estado en el deber de entregar cierta cantidad de dinero quedaba liberado mediante la transferencia de un inmueble o de cualquiera otra cosa, tal acto no cambiaría el contrato primitivo. Con mayor motivo si en lugar de novar se tratara de una dación en pago que,

65. LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo II, Página 71.

como sabemos, no es en rigor más que un caso especial de aquella figura extintiva”.

Añade el referido autor que a igual resultado se llega cuando desde un principio el comprador se ha reservado el derecho de sustituir el precio por un objeto. Sería un caso de obligación facultativa, donde debe considerarse tan sólo la obligación principal, que es la única que podría exigir el vendedor, estando la otra librada al criterio del adquirente, o sea **in facultate solutionis**.

Por nuestra parte, entendemos que la razón por la cual la Comisión Revisora incluyó el artículo 1266 en el Código civil fue la de lograr que se aplicaran a un contrato –al que originalmente no le eran aplicables– las normas sobre obligaciones con saneamiento, si luego de producida la dación en pago aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien (obligación que no estaba presente en el contrato originario).

Sobre el particular, Fernández Rodríguez⁶⁶ precisa que la finalidad que se persigue con la asimilación de la **datio in solutum** a la compraventa, es –principalmente– aplicar a aquélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos. No obstante ello, algunos autores olvidan que el saneamiento por evicción es aplicable no sólo al contrato de compraventa, sino a cualquier contrato por el cual una persona se obliga a enajenar un bien.

3.17.3. En cuanto a su estructura.

La estructura de la compraventa es simple, pues da lugar a una relación jurídica, consistente en la obligación del vendedor de transferir la propiedad, y la del comprador de pagar el precio.

Por su parte, la dación en pago comparte esta característica, pero no con efectos creadores sino extintivos.

3.17.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza diversa (especial); a través de la dación en pago se pueden extinguir obligaciones de idéntica naturaleza.

3.17.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, sabemos que la compraventa es un contrato principal, ya que para su existencia no depende jurídicamente de otro contrato.

66. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 760.

En cambio, la dación en pago no se concibe sin una obligación que le sea preexistente. En tal sentido, jamás podríamos imaginar una dación en pago como acto originario o principal.

3.17.6. En cuanto a su formación.

Tanto el contrato de compraventa como la dación en pago son consensuales. En el caso de la dación en pago se requiere del asentimiento de acreedor y deudor para que este último pueda pagar con una prestación distinta a la originalmente debida.

3.17.7. En cuanto al tiempo.

Por lo general la compraventa se celebra para ejecutarse de manera inmediata e instantánea, salvo los casos estudiados en este trabajo.

En la dación en pago necesariamente ocurre lo mismo, ya que resulta imprescindible que el pago con algo distinto a lo debido en origen se efectúe inmediatamente después de aceptado el cambio de prestación por el acreedor. De lo contrario, nos encontraríamos dentro del campo de la novación objetiva (esto, dentro de la lógica del Código Civil Peruano, pues, como hemos mencionado, nuestra posición al respecto consiste en negarle autonomía conceptual a la dación en pago, al considerar que se trata únicamente de una novación objetiva seguida de pago).

3.17.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la dación en pago es casi siempre un acuerdo fruto de negociación previa, vale decir, paritario.

Nunca hemos observado en la práctica, la existencia de daciones en pago que consten en formularios pre-impresos (contratos por adhesión) o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.17.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. La dación en pago es un acto de disposición, ya que el deudor tendría la obligación de entregar el bien al acreedor (en caso consistiese en esta modalidad).

3.17.10. En cuanto a su función.

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero no será un contrato resolutorio, puesto que siempre

generará la obligación de transferir la propiedad, de una parte y la de pagar el precio, por la otra. En esto difiere radicalmente de la dación en pago, el mismo que, dentro de las doctrinas adoptadas por el Código Civil de 1984, es un acto extintivo por excelencia.

3.17.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como la dación en pago son actos individuales, ya que las obligaciones creadas por la compraventa y la obligación extinguida por la dación en pago, afectan únicamente a las partes que celebran cada uno de estos actos.

3.17.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la dación en pago es un acto que puede tener una contraprestación, pero también podría no tenerla, caso este último, en el que se trataría de un acto de prestación unilateral.

3.17.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso; la dación en pago podría celebrarse a título oneroso, en la medida que el sacrificio patrimonial del deudor encontrase compensación en el del acreedor (quien evidentemente sería deudor de una obligación distinta).

3.17.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es por lo general conmutativa y por excepción aleatoria. La dación en pago siempre ha sido concebida como un acto conmutativo; sin embargo, creemos que no habría impedimento alguno para imaginar una eventual aleatoriedad en este acto.

3.17.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la dación en pago tienen efectos meramente obligacionales, con la salvedad de que en el caso de la dación en pago, el acuerdo para pagar con algo distinto a lo debido en origen, debería pasar, necesariamente, por efectuar un pago posterior.

3.18. Con la novación.

3.18.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado y la novación es un medio extintivo de obligaciones que comparte similar carácter.

3.18.2. En cuanto a su regulación.

Mientras la compraventa es un contrato típico (regulado entre los artículos 1529 y 1601 del Código Civil), la novación es uno de los medios típicos extintivos de obligaciones (regulado entre los artículos 1277 y 1287 del propio Código).

Ahora bien, cuando hacemos mención a las relaciones existentes entre la compraventa y la novación, resulta obvio que nos estamos refiriendo a la novación objetiva, es decir aquella en la que cambia el objeto de la obligación (la prestación) y no a la novación subjetiva, en la cual cambia alguno de los sujetos (acreedor o deudor), ya que este último tipo de novación no tiene similitud alguna con la compraventa.

Según prescribe el artículo 1278, hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente; agregándose en el numeral 1279 que la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo, el lugar de pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

3.18.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica; en tanto la novación objetiva también podría ser calificada de simple, pues extingue una obligación y da nacimiento a otra.

3.18.4. En cuanto a su contenido o área.

Se sabe que la compraventa puede ser un contrato civil, uno mercantil, o uno de naturaleza especial.

La novación puede extinguir obligaciones de cualquiera de estas tres naturalezas, así como dar nacimiento a una nueva obligación también de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza distinta a aquella que extinguió.

3.18.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras el contrato de compraventa es un contrato principal, la novación no es un acto de carácter principal, pues no se concibe la existencia de una novación sin una obligación que preexista, la misma que las partes desean extinguir y a la cual ellas quieran reemplazar por otra distinta.

3.18.6. En cuanto a su formación.

Tanto la compraventa como la novación son consensuales, lo que equivale a decir que basta con el solo consentimiento de las partes para que sean válidas.

3.18.7. En cuanto al tiempo.

Salvo las excepciones estudiadas en este trabajo, la compraventa es un contrato de ejecución inmediata e instantánea.

Por su parte, la novación tiene efectos inmediatos e instantáneos, en cuanto a la extinción de la obligación preexistente y en cuanto a la creación de la nueva obligación.

3.18.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la novación objetiva generalmente se celebrará por negociación previa.

3.18.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

La novación objetiva no podría ser fácilmente encuadrada dentro de esta clasificación de los contratos.

3.18.10. En cuanto a su función.

Por su función, hemos dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato constitutivo, pero que —de manera excepcional— podría ser uno regulatorio o modificadorio; pero nunca será un contrato extintivo.

En cambio, la novación objetiva es un acto que a la vez extingue y crea obligaciones.

3.18.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa es un contrato individual, en tanto la novación objetiva es un acto individual, ya que en ambos casos sus efectos sólo se circunscriben a las partes que los celebran.

3.18.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La novación objetiva se circunscribe a la extinción de una obligación y al nacimiento de otra nueva en sustitución de la primera. Por tanto, no podría afirmarse que la novación implica necesariamente la existencia de una contraprestación.

3.18.13. En cuanto a la valoración.

De lo señalado en el punto anterior, se desprende que en tanto la compraventa es un contrato que se celebra necesariamente a título oneroso, la novación objetiva es un acto que puede celebrarse a título gratuito u oneroso.

3.18.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

Toda la doctrina consultada en torno a la novación, apunta a su conmutatividad; sin embargo, pensamos que en los planos teórico y práctico no habría impedimento alguno para plantearse supuestos en los cuales la novación revista carácter aleatorio.

3.18.15. En cuanto a sus efectos.

Ambos actos son de carácter obligatorio u obligacional.

3.19. Con la transacción.

3.19.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la transacción es un medio extintivo, pero también creador, modificatorio o regulatorio de obligaciones, evidentemente nominado.

3.19.2. En cuanto a su regulación.

En tanto la compraventa es un contrato típico, la transacción es un acto que también reviste tipicidad legal, regulado entre los artículos 1302 y 1312 del Código Civil, como medio extintivo de obligaciones.

Hemos incluido dentro del análisis comparativo de la compraventa respecto a otras figuras, reguladas por el Código Civil, a la transacción, por cuanto a través de ella las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado; pero con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Es así que podríamos estar ante el caso en el cual la transacción no sólo solucione el problema existente entre las partes, sino que para dicha solución una de ellas se obligue a transferir la propiedad de un bien, en tanto la otra se obligue a pagar una determinada cantidad de dinero.

En este caso, si bien nos encontraríamos ante una transacción, debido a que con dicho acto se ha solucionado un problema preexistente, el mismo se parecería muchísimo a una compraventa, y tal vez el principal rasgo distintivo se encontraría en el hecho de que la compraventa no presupone la solución de ningún conflicto, a diferencia de la transacción.

3.19.3. En cuanto a su estructura.

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, la transacción podría consistir desde el acto más sencillo o simple, hasta el acto más complejo, caso –este último– en el cual se daría origen a una pluralidad de relaciones jurídicas.⁶⁷

3.19.4. En cuanto a su contenido o área.

En cuanto a su contenido, la compraventa y la transacción pueden ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

3.19.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato; en tanto la transacción no es un acto principal, ya que no cabe imaginar la existencia de un acuerdo transaccional sin que previamente se haya dado origen (en virtud de algún acto o hecho jurídico) a alguna relación entre las partes, la misma que –precisamente– es la que les ha acarreado los problemas e inconvenientes que desean solucionar con la transacción.

3.19.6. En cuanto a su formación.

Mientras la compraventa es un acto consensual, la transacción es de carácter formal, ya que en virtud a lo establecido por el artículo 1304, la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad (transacción extrajudicial), o por petición al juez que conoce el litigio (transacción judicial).

3.19.7. En cuanto al tiempo.

Como ha sido dicho, salvo en los casos de excepción, la compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente; en tanto la transacción puede que revista estas características o que no las tenga. Ello dependerá del objeto de dicha transacción, en la medida que a lo mejor el problema que tiende a solucionar acaba al momento de celebrarse la transacción, o podría darse el caso en que la solución del mismo esté supeditada a la ejecución de las prestaciones a que da origen la transacción, supuesto en el cual podríamos encontrarnos ante un acto de ejecución diferida, continuada o periódica.

67. En este punto se nos viene a la memoria una consulta profesional formulada en 1993 por una empresa, que buscaba solucionar todos los problemas que mantenía con respecto a otra compañía. Recuerdo que el proyecto de transacción que elaboré era un acto sumamente complejo, en el que se entremezclaban nitidamente rasgos característicos de la compraventa, de la donación, del arrendamiento, de la locación de servicios, de la compensación y de la condonación.

3.19.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede ser un contrato de negociación previa, como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la transacción siempre será un acto de negociación previa, ya que dada su naturaleza sería inconcebible la existencia de una transacción por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues si lo que se busca es la solución de un problema a través de concesiones recíprocas, esa solución nunca podría obtenerse a través de este tipo de actos en los cuales es sólo una de las partes la que impone todas las condiciones a la otra.

Si de imponer condiciones se trata, resultaría obvio que la parte que redactase el documento no incluiría disposición alguna en beneficio de aquella que en el futuro se adhiera al mismo. No obstante, si bien en el plano práctico ello resulta inadmisibles, en teoría podría aceptarse, más allá de la improbabilidad de su ocurrencia.

3.19.9. En cuanto al rol económico.

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Sería muy difícil encasillar a la transacción dentro de alguno o algunos criterios clasificatorios referidos al rol económico, ya que podrá revestir varios de ellos, en la medida que dada su naturaleza es completamente posible que varíe en un espectro muy amplio.

3.19.10. En cuanto a su función.

Hemos dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero que podría –por excepción– ser uno regulatorio o modificadorio; mas nunca tendrá carácter extintivo, pues a través de ella una parte (denominada vendedor) se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra (denominada comprador), y esta parte se obliga a pagar su precio en dinero o signo que lo represente (argumento del artículo 1529 del Código Civil).

En cambio, la transacción tiene vocación extintiva, al buscarse a través de ella la solución de algún asunto dudoso o litigioso existente entre las partes. Sin embargo, como ha sido dicho anteriormente, la transacción también podría revestir una función creadora, modificatoria o regulatoria de obligaciones o relaciones jurídicas preexistentes (argumento del artículo 1302 del Código Civil).

3.19.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y la transacción son actos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas, modificadas, reguladas o extinguidas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.19.12. En cuanto a la prestación.

Resulta claro que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. Más allá de considerar a la transacción como un medio extintivo de obligaciones, ella también es un contrato; y en tal sentido, resultaría ser un contrato con prestaciones recíprocas, rasgo que le es impuesto justamente por las concesiones de tal carácter, que constituyen requisito indispensable de toda transacción.

3.19.13. En cuanto a la valoración.

Tanto la compraventa como la transacción son actos celebrados a título oneroso.

La onerosidad de la transacción es evidente, ya que si se tratase de un acto a título gratuito o de liberalidad, no habría concesiones recíprocas y así sólo estaríamos frente a una condonación o perdón de una de las deudas.

3.19.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es –por regla general– un contrato conmutativo y por excepción uno aleatorio.

Cuando en Derecho de Obligaciones se aborda el tema de la transacción, nunca se cuestiona su carácter conmutativo o aleatorio. Entendemos que ello obedece a que se da como valor entendido que ella reviste carácter conmutativo, al considerársele un medio extintivo de obligaciones, a través del cual las partes ponen término a un asunto dudoso o litigioso que mantenían entre sí.

Pero creemos que debería cuestionarse este carácter de la transacción, en la medida que si bien podrá ser conmutativa, nada impediría que se pactara de manera aleatoria, más aún si tenemos en cuenta que dicho rasgo de aleatoriedad podría estar referido a la ejecución de las prestaciones que eventualmente pudieran crearse, regularse o modificarse; y, sobre todo, cuando las partes recurran para la solución de sus controversias a relaciones diversas de aquéllas que constituían materia del problema.

3.19.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la transacción son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.20. Con el compromiso de contratar.

3.20.1. En cuanto al nombre.

El contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos nominados.

3.20.2. En cuanto a su regulación.

Cuando decidimos incorporar al compromiso de contratar dentro de aquellos actos sobre los cuales debíamos pronunciarnos acerca de sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, fue en base a que tal como lo establece el artículo 1414 del Código Civil, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios, por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo; y, evidentemente, podría ocurrir que el contrato definitivo que las partes se obligasen a celebrar, fuera una compraventa. De ahí la necesidad de establecer las diferencias entre ambas figuras.

En lo que respecta a su regulación, el compromiso de contratar es un contrato preparatorio, el mismo que está legislado por el Código Civil en sus artículos 1414 a 1418 y 1425, situación que le da tipicidad legal, en tanto el contrato de compraventa también tiene —como todos sabemos— tipicidad legal.

3.20.3. En cuanto a su estructura.

En este aspecto, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. El compromiso de contratar también reviste esta característica.

3.20.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa puede ser un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza especial. Pensamos que resulta un poco más complicado el asignar un calificativo a la naturaleza del compromiso de contratar.

Si bien está regulado en el Código Civil y su objeto es simplemente que ambas partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo (que podría ser una compraventa), pensamos que sí tendrá relevancia la naturaleza del contrato definitivo que se obliguen a celebrar, el que podría determinar el carácter civil, mercantil o especial del compromiso de contratar.

3.20.5. En cuanto a su autonomía.

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, la compraventa es un contrato principal, pues para tener existencia jurídica no depende de ningún otro contrato. Lo mismo ocurre con el compromiso de contratar, ya que para su celebración no se requiere la preexistencia de contrato alguno. Es más, el compromiso de contratar va a servir de base para la celebración de un futuro contrato (pero ello, porque las partes así lo desean y no porque resulte imprescindible).

3.20.6. En cuanto a su formación.

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Para el compromiso de contratar rige lo dispuesto en el artículo 1425 del Código Civil, norma que establece que será nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad. Dentro de tal orden de ideas, si el compromiso de contratar está referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, obviamente estaremos frente a un contrato preparatorio de carácter consensual.

3.20.7. En cuanto al tiempo.

Mientras que la compraventa es, salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo, un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse inmediata e instantáneamente, el compromiso de contratar –dada su naturaleza– es un contrato de duración, ya que a través del mismo las partes se obligan a celebrar (en un momento futuro) un contrato definitivo, habiendo establecido en el compromiso de contratar, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo (argumento del artículo 1415).

Además, el compromiso de contratar debe tener necesariamente un plazo, relacionado con el momento en que se celebrará el contrato definitivo. Dicho plazo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1416, será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite; agregando la norma que, a falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo; en tanto que el numeral 1417 establece que el compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

3.20.8. En cuanto a su negociación.

Por la negociación, sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato paritario, como celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, el compromiso de contratar generalmente es un contrato que se celebra por negociación previa, ya que recién en el futuro las partes celebrarán el contrato definitivo.

Esto no excluye que en la práctica se den casos en los cuales existen compromisos de contratar que constan en formularios pre-impresos, pero sin duda dichos supuestos son excepcionales.

3.20.9. En cuanto al rol económico.

Como sabemos, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El compromiso de contratar no comparte estas características, por más que tuviese por objeto la celebración de una compraventa. Es un contrato de obligarse a contratar, razón por la cual podría ser calificado como de colaboración o cooperación, pues a través de él las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo.

3.20.10. En cuanto a su función.

Por su función, la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero podría, por excepción, ser regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivo.

El compromiso de contratar jamás podría ser extintivo, ya que genera en las partes la obligación de celebrar otro contrato.

Sin embargo, además de constitutivo, podría ser un contrato regulatorio o modificatorio, ya sea respecto a un contrato definitivo anterior, o incluso en relación a otro contrato preparatorio celebrado con anterioridad al compromiso de contratar.

3.20.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, el contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.20.12. En cuanto a la prestación.

Por la prestación, el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas.

Por su parte, el compromiso de contratar puede ser un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida que ambos contratantes se obliguen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, pero también podría tratarse de un contrato unilateral, si es que solamente uno de los contratantes quedara obligado –en virtud del mismo– a celebrar en el futuro el contrato definitivo.

3.20.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, podría tratarse tanto de un contrato celebrado a título oneroso como de uno celebrado a título gratuito.

3.20.14. En cuanto al riesgo.

En el caso de la compraventa, nos encontramos generalmente frente a un contrato conmutativo y, excepcionalmente, ante un contrato aleatorio.

En lo que respecta al compromiso de contratar, la generalidad de la doctrina no aborda el tema de su conmutatividad o aleatoriedad. Pensamos que ello es así, en la medida que se tiene como valor entendido el que es un contrato conmutativo, ya que las partes conocen el contenido del contrato definitivo que se han obligado a celebrar. Ahora bien, nada obsta a que dicho contrato definitivo revista carácter aleatorio, pero esa situación resulta indiferente para calificar al compromiso de contratar.

3.20.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y el compromiso de contratar son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.21. Con el contrato de opción.

3.21.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el contrato de opción son contratos nominados.

3.21.2. En cuanto a su regulación.

Ambos tienen tipicidad legal, encontrándose regulados en el Código Civil.

En el caso del contrato de opción, se halla normado por los artículos 1419 a 1425 del Código, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios.

Por el artículo 1419 se establece que a través del contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no; siendo válido el pacto de opción recíproca, en virtud del cual la opción puede ser ejercitada indistintamente por cualquiera de las partes (artículo 1420); y el pacto de opción mediadora, conforme al cual el optante se reserva

el derecho de designar a la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo (artículo 1421 del Código Civil).

Si bien es cierto que el objeto del contrato de opción puede estar encaminado a la celebración de un contrato definitivo cualquiera, tal vez en la mayoría de casos la práctica nos enseña que la opción es una opción de compra, vale decir un contrato preparatorio a través del cual el propietario de un bien (futuro vendedor) celebra, con una persona interesada en adquirirlo (futuro comprador), un contrato por el cual el futuro vendedor concede al futuro comprador la facultad de decidir adquirir o no el bien durante un plazo preestablecido.

De ahí que hayamos considerado necesario estudiar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y el contrato de opción.

Finalmente, cabe recordar que en virtud de lo establecido por el artículo 1422, el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

3.21.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el contrato de opción, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.21.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. El contrato de opción, más allá de que se encuentra regulado por el Código Civil, puede revestir los mismos caracteres que el contrato definitivo al cual precede.

3.21.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto el contrato de compraventa como el de opción son principales, pues jurídicamente no dependen de otro contrato para tener existencia y validez; es más, el contrato de opción servirá de fundamento o base para la celebración de un futuro contrato definitivo (sin que resulte indispensable –claro está– para que exista dicho contrato definitivo).

3.21.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, la compraventa es un contrato consensual; en tanto el contrato de opción es nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad (argumento del artículo 1425 del Código Civil); lo que significa que si nos encontramos frente a un contrato de opción de compra, éste será de carácter consensual.

3.21.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa generalmente es un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente. El contrato de opción es –por esencia– un contrato de duración, realidad que se deriva de su propia naturaleza. Así, en virtud del artículo 1423 del Código Civil, se establece que toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite; en tanto el numeral 1424 prescribe que al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.

3.21.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se suele celebrar por negociación previa, cláusulas generales de contratación o por adhesión, muchos contratos de opción son de carácter paritario; pero es común encontrar contratos de opción redactados en formularios pre-impresos (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales).

3.21.9. En cuanto al rol económico.

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, mientras el contrato de opción podría ser calificado como de colaboración o cooperación.

3.21.10. En cuanto a su función.

La compraventa y el contrato de opción son generalmente contratos constitutivos, pero nada impediría que se celebraran con ánimo modificatorio o regulatorio; mas nunca serán extintivos.

3.21.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el contrato de opción son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.21.12. En cuanto a la prestación.

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. El contrato de opción será de prestación unilateral, en la medida que se trate de una opción simple, y será de prestaciones recíprocas, en la medida que estemos en presencia de una opción recíproca (figura regulada por el artículo 1420 del Código Civil).

3.21.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo establecido en el punto anterior, podemos decir que la compraventa es siempre un contrato celebrado a título

oneroso, en tanto la opción podrá celebrarse a título gratuito o a título oneroso.

3.21.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. El contrato de opción es por esencia conmutativo, ya que en virtud de lo prescrito por el artículo 1422 del Código Civil, el mismo debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo (independientemente de si este último contrato sea conmutativo o aleatorio).

3.21.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la opción son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

3.22.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado; y siempre ha sido así. En cambio, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, recién ha merecido tal nomenclatura por parte de la doctrina en el presente siglo XX, y en el Perú, si bien estaba jurídicamente regulada en el Código Civil de 1936, no recibía tal nombre, y recién se le empezó a conocer con esa denominación a raíz de la obra “Estudios Sobre el Contrato Privado”, escrita por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, a fines de la década de los setenta, y cuyas concepciones doctrinarias se plasmaron –mayoritariamente– en el Código Civil de 1984.

3.22.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, en tanto que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un mecanismo contractual típico, que en lo que respecta a la promesa de la obligación de un tercero, puede ser utilizado para la celebración de futuros contratos, sean éstos de la más variada naturaleza, incluyendo a la compraventa. Ello significa que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero puede considerarse como un mecanismo para la futura celebración de un contrato de compraventa.⁶⁸

68. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero está regulada en el Título XI de la Parte General de Contratos del Código Civil, en los artículos 1470, 1471 y 1472, de texto siguiente: Artículo 1470. -“Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.”

En este caso, quienes celebren el contrato de promesa de la obligación de un tercero, serán promitente y promisario, en tanto que el tercero –por lo general– será el propietario del bien.

Es precisamente este supuesto el que nos lleva a considerar la promesa de la obligación o del hecho de un tercero como una figura contractual típica, que necesariamente debe confrontarse con el contrato de compraventa para apreciar sus semejanzas y diferencias. El tema resulta polémico, sobre todo cuando se analiza la venta de bien ajeno, a cuyo tratamiento remitimos.

3.22.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la promesa de la obligación o del hecho de un tercero son contratos simples, pues da lugar a una relación jurídica.

3.22.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa, al igual que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, podría ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

3.22.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, ambos contratos son principales, pues para su existencia y validez jurídica, no requieren de ningún otro contrato que les anteceda. Es más, la promesa de la obligación de un tercero –como ha sido dicho– puede servir como mecanismo para la celebración de futuros contratos.

3.22.6. En cuanto a su formación.

Ambos contratos son consensuales.

3.22.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo en los casos analizados por nosotros), la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato de duración, ya que su objeto consiste –precisamente– en la verificación del hecho u obligación del tercero, lo que –claro está– se esperará ocurra en un lapso determinado o determinable.

Artículo 1471.- “En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.”

Artículo 1472.- “Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización”.

3.22.8. En cuanto a su negociación.

Como ha sido dicho, la compraventa puede ser un contrato de negociación previa, o uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En lo que respecta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ésta generalmente se celebrará por negociación previa; nunca hemos visto una promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.22.9. En cuanto al rol económico.

En tanto la compraventa es un contrato de cambio y disposición, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser calificada como un acto de colaboración o cooperación.

3.22.10. En cuanto a su función.

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos, aunque en casos excepcionales podrían ser modificatorios o regulatorios; pero nunca extintivos.

3.22.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Los dos contratos son individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran. En el caso de la compraventa, al comprador y al vendedor; y en el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, al promitente y al promisario.

3.22.12. En cuanto a la prestación.

Sabemos que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas como uno de prestación unilateral, en caso el único obligado fuese el promitente, aunque –lo admitimos– este último supuesto podría desnaturalizar la figura.

3.22.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato a título oneroso; mientras la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría celebrarse a título oneroso (si el promisario se obligara a pagar al promitente una prestación cuando se consiga lo prometido); pero podría ser un contrato a título gratuito en la medida que el promisario no se hubiera obligado a nada respecto al promitente.

3.22.14. En cuanto al riesgo.

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Si bien para la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por lo general se asume que es un contrato conmutativo, podría revestir aleatoriedad, en caso las partes lo hayan pactado así.

3.22.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, ambos contratos son meramente obligatorios u obligacionales.

3.23. Con el contrato de donación con cargo.

3.23.1. En cuanto al nombre.

Ya nos hemos referido a que la donación es un contrato nominado. En este punto corresponde decir que el cargo es una modalidad del acto jurídico por todos conocida, y a la que también podríamos calificar como una figura nominada.

3.23.2. En cuanto a su regulación.

El cargo es una figura típica, al igual que el contrato de donación. Se encuentra regulada en los artículos 185, 187, 188 y 189 del Código Civil Peruano.⁶⁹

En lo que respecta al contrato de donación con cargo, sólo se hace referencia al mismo en el artículo 1642 del Código Civil, norma que establece que “En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho.”

Como dice Wayar,⁷⁰ la donación puede hacerse con cargo, es decir, imponiendo al donatario la obligación de cumplir con una

69. El texto de los referidos numerales es el siguiente:
Artículo 185.- “El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierne”.
Artículo 187.- “El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad”.
Artículo 188.- “La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.
En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos”.
Artículo 189.- “Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno”.

70. WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 99 y 100.

determinada prestación, en favor del propio donante o de un tercero.

Agrega el citado profesor que cuando el cumplimiento del cargo beneficia a un tercero, la distinción de esta figura respecto de la compraventa es nítida; pero no ocurre lo mismo cuando el beneficiario del cargo es el propio donante, máxime si el cargo consiste en la entrega de una suma de dinero y el donatario recibió un bien cuyo valor es más o menos equivalente, caso en el cual la pregunta pertinente sería si estamos en presencia de una donación con cargo o de una compraventa encubierta.

Al emitir opinión, Wayar se basa en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino, norma que establece que “no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas, si el valor de los cargos es poco más o menos equivalente al valor de la cosa donada, sea el beneficiario un tercero o el propio donante”.

Así, considera Wayar que por esta primera comprobación se sabe que a las donaciones con cargo de valor equivalente no se les aplican las disposiciones de las donaciones gratuitas; preguntándose en tal caso cuál régimen habrá de aplicarse. Estima que para encontrar una correcta solución es preciso distinguir si el beneficiario del cargo es un tercero o si es el propio donante.

Si el beneficiario del cargo es un tercero, aunque el valor de él sea equivalente al valor de la cosa donada, cree que debe aplicarse el régimen previsto para las donaciones, con exclusión de las condiciones exigidas para las donaciones gratuitas.

En cambio, si el beneficiario del cargo es el propio donante, ante la equivalencia de valores, estima que tal convención deberá considerarse que es una compraventa encubierta bajo la forma de donación; y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable sería el relativo a la compraventa. Sin embargo, si el valor del cargo es sensiblemente inferior al de la cosa donada (lo que se determinará según las circunstancias de cada caso concreto), el contrato conservará su carácter de donación.

Por ello, Wayar coincide con Borda, al sostener que si el valor del cargo se torna equivalente por circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, pero al tiempo de concertarse la donación había realmente en el donante un espíritu de liberalidad, la cuestión se resolverá en atención a estas circunstancias y no por aplicación inflexible de la regla enunciada. Es decir, si considerado

el contrato en el momento de su celebración, se advierte que el valor de la cosa donada es superior al del cargo, no porque el cumplimiento de éste se torne excesivamente oneroso con posterioridad, el contrato perderá su naturaleza de liberalidad originaria; debiendo todo ello apreciarse según la naturaleza de cada caso concreto.

Nosotros en el Perú carecemos de un precepto equivalente al contenido en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino. Sin embargo, estimamos que resultan aplicables al Derecho Peruano las observaciones efectuadas por Wayar, ya que si se trata de hallar la naturaleza jurídica del contrato, esos principios serán pertinentes.

3.23.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como la donación con cargo son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.23.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede ser un acto de naturaleza civil, mercantil o especial, la donación con cargo será siempre un contrato civil.

3.23.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y la donación son contratos principales. Esto ya ha sido mencionado en su momento. Lo único que cabría agregar es que el cargo es un accesorio o una modalidad del acto jurídico (en este caso, del contrato de donación, sin cuya existencia tampoco podría nacer).

3.23.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. La donación con cargo revestirá carácter consensual o formal, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, normas que ya hemos analizado cuando vimos las semejanzas y diferencias existentes entre la compraventa y el contrato de donación sin cargo, razón por la cual allí remitimos al lector.

3.23.7. En cuanto al tiempo.

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la compraventa es un contrato que generalmente se celebra con ánimo de ejecutarlo instantánea e inmediatamente (salvo los casos de excepción que estudiamos en este trabajo). Con la donación simple puede ocurrir lo mismo; pero con la donación con cargo, se apreciará –en mayor

frecuencia— un ánimo de duración en el tiempo, ya que si bien la ejecución de la donación en sí puede hacerse de modo inmediato e instantáneo, es probable que la ejecución del cargo se haya pactado de manera periódica o continuada; y que incluso la misma pueda prolongarse durante lapsos considerables.

3.23.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa se suele celebrar por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

La donación con cargo se celebra fundamentalmente de modo paritario, vale decir, con negociación previa.

3.23.9. En cuanto al rol económico.

Tanto la compraventa como la donación con cargo pueden ser considerados como contratos de cambio y de disposición.

3.23.10. En cuanto a su función.

La compraventa y la donación con cargo, son contratos fundamentalmente constitutivos. Sin embargo, en el plano teórico nada obsta para que sean actos modificatorios o regulatorios; mas nunca tendrán carácter extintivo.

3.23.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Si el cargo ha sido pactado en beneficio del donante, no cabe la menor duda de que estamos frente a un contrato de carácter individual. Sin embargo, en caso el cargo hubiese sido pactado en beneficio de un tercero, podría pensarse —de una primera impresión— que es un contrato colectivo, pues estaría afectando la esfera patrimonial de una persona que no ha celebrado el contrato. Sin embargo, ello no es así.

Dentro del Derecho positivo peruano, no se admite ningún acto de liberalidad que pueda ser susceptible de imponerse a alguien contra su voluntad. Esto significa que para la eficacia de un acto de liberalidad, siempre será necesario el asentimiento del supuesto beneficiario. Esto significa —para el caso de la donación con cargo— que si el cargo ha sido pactado en favor de un tercero (es decir, de alguien que no ha participado en la celebración del contrato), necesariamente tendrá que pedírsele su asentimiento para ejecutar el cargo a su favor, lo que en buena cuenta significa que él sería parte de ese contrato, razón por la cual la donación con cargo seguiría siendo un contrato de carácter individual.

3.23.12. En cuanto a la prestación.

La donación con cargo constituye un supuesto peculiar, pues por mínimo que sea el cargo consistirá en ejecutar una prestación por parte del donatario a favor del donante o de un tercero. Esto significa que nos encontraríamos ante un contrato bilateral (el mismo que no nos atreveríamos a denominar como de prestaciones recíprocas).

3.23.13. En cuanto a la valoración.

A pesar de lo señalado en el punto anterior, y por seguir siendo una donación y no considerarse una compraventa, tendríamos que concluir en que la donación con cargo es un contrato celebrado a título gratuito y no oneroso.

3.23.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En el caso de la donación con cargo, nada obstaría a que si bien la doctrina lo considera fundamentalmente conmutativo, revistiese rasgos de aleatoriedad, ya sea referidos a la prestación del donante o al cargo que deberá ejecutar el donatario.

3.23.15. En cuanto a sus efectos.

Como todos los contratos del Derecho nacional (incluida la compraventa), la donación con cargo es meramente obligatoria u obligacional.

3.24. Con el contrato estimatorio.

3.24.1. En cuanto al nombre.

Según anota Wayar,⁷¹ el llamado contrato estimatorio queda celebrado cuando una persona entrega a otra una cosa, estimándola en cierto precio, con el encargo de venderla y autorizándolo a retener el mayor valor que obtenga de la venta.⁷²

71. WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 104 a 107.

72. Sin embargo, como anota Wayar, "No todos los autores están de acuerdo con denominar a esta figura 'contrato estimatorio'; COVIELLO, critica esta terminología y SALANDRA propone reemplazarla por la de 'compraventa de cosa estimada' (SALANDRA, V., *Lezioni sui contratti commerciali. Vendita e contratti affini. Assicurazioni*, Padova, 1940, Página 183). De cualquier modo y pese a las críticas, la denominación 'contrato estimatorio' con que se conoce a esta figura ha alcanzado, como lo remarca BADENES GASSET, plena consagración en el lenguaje jurídico moderno (BADENES GASSET, op. cit., Tomo I, Página 86). Alguien que se ha ocupado especialmente de este tema, GIOVANNI BALBI, llama a esta figura 'contrato estimatorio' (BALBI, GIOVANNI, *Il contratto estimatorio*, Torino, Utet, 1960, en especial Página 44 y siguientes)".

Como vemos, dentro de nuestra tradición jurídica, el contrato estimatorio es uno de carácter nominado, rasgo compartido con la compraventa.

3.24.2. En cuanto a su regulación.

Mientras la compraventa es, dentro de nuestro Derecho positivo, un contrato típico, el contrato estimatorio es atípico; y diríamos nosotros que lo es tanto en el plano legal como en el social.

Según anota Wayar, existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato estimatorio. Unas lo ubican fuera del concepto de compraventa, en tanto que otras lo colocan dentro del concepto de compraventa. A su vez, estas últimas pueden subdividirse en cuatro grupos de teorías. Una primera que considera se trata de una venta bajo condición suspensiva, una segunda, que habla de una compraventa con cláusula rescisoria, una tercera, que lo explica como una compraventa bajo condición resolutoria y, finalmente, una cuarta, que expresa que se trata de una compraventa con reserva de dominio.

En opinión de Wayar se trata de una figura compleja, en el sentido que la relación se establece según él originariamente— entre una persona, que llama **tradens**, que es quien entrega las cosas (estimándoles el precio) para que sean vendidas, y quien las recibe para la venta, que llama **accipiens**. De esta forma —dice— si la venta se consuma, entra en escena una tercera persona, que es quien las adquiere definitivamente, a quien llama adquirente.

Para ilustrar lo dicho, Wayar propone el siguiente ejemplo: Juan (**tradens**) entrega a Pedro (**accipiens**) cincuenta mil kilos de tabaco para su venta, estimando el precio en una cantidad determinada, pero autorizando a Pedro a venderlo a mayor precio y quedarse con el excedente. En tales términos, Pedro vende el tabaco a Diego (adquirente), quien pagará el precio que Pedro exija.

Wayar considera necesario dividir la figura en dos etapas: a) la primera, comprende todo el proceso que va desde que Juan entrega a Pedro la mercadería, encomendándole su venta; b) el segundo, se produce cuando Pedro hace la venta a Diego. Según el citado profesor argentino, durante la primera etapa, el contrato debe calificarse como mandato; en tanto que en la segunda se trata de una simple compraventa.

Afirma que se trata de un mandato, porque estima que así resulta de la naturaleza de la convención, ya que el **tradens** encomienda

al **accipiens** la venta de determinadas cosas a un cierto precio; pero admite que se podría objetar que el **accipiens** no actúa en nombre y representación del **tradens**, sino que lo hace en nombre propio, lo cual desvirtuaría la configuración del mandato, pero como existe la figura del mandato sin representación, se salvaría el obstáculo apuntado.

A entender del profesor argentino, durante el tiempo en que las cosas permanezcan en poder del **accipiens**, se aplicarán las reglas del mandato sin representación; en tanto que durante la segunda etapa, en la que el **accipiens** vende las mercaderías al adquirente, la calificación para Wayar es menos dudosa, pues piensa que se trata de una simple compraventa. De este modo, el hecho de que el "vendedor" pueda exigir un precio superior al estimado y quedarse con el excedente, no altera ni modifica lo afirmado; recordando que el mandato puede celebrarse a título oneroso; y señala que tampoco modifica la conclusión expuesta la circunstancia de que el **accipiens** deba adquirir la propiedad para enajenarla después, pues esto puede considerarse como una modalidad del mandato.

En nuestra opinión, el contrato estimatorio no es una compraventa.

Si se quiere establecer entre él y algún otro contrato ciertas semejanzas, lo tendríamos que hacer en relación al mandato. No olvidemos que en virtud a lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil Peruano "Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante".

Dentro de tal orden de ideas, el contrato estimatorio no sería sino una variante del mandato, pues en este contrato el mandante se obliga a entregar un bien al mandatario, a fin de que este último proceda a venderlo por un precio por encima del estipulado. Se tratará de un mandato a título oneroso, en la medida que sería raro concebir un contrato estimatorio (propio del Derecho Comercial) en que la labor del mandatario no fuese retribuida por el mandante. En el llamado contrato estimatorio, la retribución que el mandante otorgue al mandatario por el hecho de vender el bien a un tercero, consistirá en el plus que el mandatario haya conseguido como diferencia entre el precio de venta acordado con su mandante y el comprador del bien.

Se trataría, además, de un mandato sin representación, pues el mandatario vendería el bien (esto sobre todo se presentará en caso de bienes muebles) que pertenecerá en propiedad al

mandante, sólo que al venderlo lo hará pasar como propio, situación que no contraviene –en lo absoluto– el hecho de que quien adquiere (el tercero comprador) se haga propietario del bien, en virtud de lo estipulado por el artículo 912 del Código Civil Peruano, precepto que establece la presunción de que “El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.

Pero ello no excluye la posibilidad de que el denominado contrato estimatorio se celebre a modo de mandato con representación. Si así fuese, cuando el mandatario vendiera el bien a un tercero, no estaría vendiendo lo ajeno, sino lo propio, pues se encontraría actuando en nombre y representación del propietario del bien (mandatario).

Finalmente, queremos dejar establecido que el denominado contrato estimatorio (que como vemos no es otra cosa que un mandato), no se asemeja tanto a la compraventa como a cierto sector de la doctrina le ha parecido. Lo que ocurre es que este mandato tiene por objeto que el mandatario celebre por cuenta y en interés del mandante, una compraventa con las características establecidas anteriormente. Pero dicho contrato de mandato habría podido tener por objeto la celebración de cualquier otro contrato distinto de la compraventa, como sería el caso, por ejemplo, de un arrendamiento, de una permuta, de un suministro, sólo por citar algunos casos ilustrativos.

Es así que no compartimos el parecer de nuestro amigo el profesor Ernesto Clemente Wayar, adhiriéndonos a la opinión de Baudry-Lacantinerie y Wahl, así como a la de Planiol y Ripert.⁷³

3.24.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.24.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, el contrato estimatorio es fundamentalmente uno

73. Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato estimatorio en el artículo 1556:

Artículo 1556.- “(Noción) Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido”.

mercantil, no excluyéndose, sin embargo, que pueda tener naturaleza distinta.

3.24.5. En cuanto a su autonomía.

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son principales, pues para su validez no dependen de ningún otro contrato.

3.24.6. En cuanto a su formación.

Es claro que el contrato de compraventa tiene carácter consensual. El denominado contrato estimatorio revestiría también el mismo carácter, pues —como ha sido dicho oportunamente— su naturaleza no difiere, en lo absoluto, de la del mandato; y al carecer de una regulación propia, obviamente le serían de aplicación las disposiciones relativas al contrato de mandato (artículos 1790 a 1813 del Código Civil); y, dentro de tal orden de ideas, al ser el mandato un contrato de carácter consensual, el denominado contrato estimatorio también lo sería.

3.24.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). El denominado contrato estimatorio es una variedad del mandato, que si bien comparte el rasgo característico de ser de duración, la misma estará limitada por el hecho de que el plazo del contrato estimatorio se reducirá al que se otorgue al mandatario para que proceda a vender el bien del mandante a un tercero comprador.

Con esto queremos señalar que no obstante tratarse de un contrato de duración, la misma por lo general no será de carácter prolongado.

3.24.8. En cuanto a su negociación.

En lo que respecta al contrato de compraventa, hemos señalado oportunamente que el mismo se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su parte, el mandato es fundamentalmente un contrato de negociación previa, habiendo, naturalmente múltiples mandatos celebrados por adhesión. Sin embargo, en la modalidad de contrato estimatorio, consideramos que dadas las peculiaridades que presenta, el mismo se celebrará en la mayoría de casos de modo paritario o por negociación previa.

3.24.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el denominado contrato estimatorio sería uno de colaboración o cooperación.

3.24.10. En cuanto a su función.

En lo que respecta a la función que desempeña, podemos decir que el contrato de compraventa y el denominado contrato estimatorio, son actos fundamentalmente constitutivos, generadores de obligaciones; por excepción, podrían revestir carácter regulatorio o modificatorio; mas nunca tener naturaleza extintiva.

3.24.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.24.12. En cuanto a la prestación.

Sabemos que el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. Con el denominado contrato estimatorio podría ocurrir lo mismo, en la medida que el mandante asuma la ejecución de una prestación en favor del mandatario; pero podría tratarse de un contrato de prestación unilateral, si el mandatario se obligara a vender el bien de propiedad del mandante, sin que este último asuma el deber de pagarle una contraprestación.

3.24.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta claro que mientras la compraventa es de carácter oneroso, el denominado contrato estimatorio se puede celebrar a título gratuito u oneroso.

3.24.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, el denominado contrato estimatorio podría ser considerado como un acto que reviste evidentes rasgos de aleatoriedad, sobre todo si reparamos en el contrato estimatorio oneroso, en el cual la contraprestación que el mandante debería ejecutar en favor del mandatario, estaría determinada por el plus que obtenga el mandatario al vender a un tercero el bien de propiedad del mandante. En tal sentido, podría ocurrir que no llegase a obtener plus alguno o que el mismo varíe desde un monto, tal vez razonable o equitativo, hasta haber

logrado el mejor de los negocios, con lo cual la utilidad del mandatario sería apreciable.

3.24.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.25. Con la expropiación.

3.25.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado. La expropiación no es un contrato pero también es una figura de nombre conocido.

3.25.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil (artículos 1529 a 1600). La expropiación es una figura típica, regulada en la Constitución Política de 1993, y en su legislación especial (la Ley N° 27117).

El marco constitucional está dado por lo dispuesto en el artículo 70 de la Carta Política Peruana, ubicado como primera norma del Capítulo III, De la Propiedad, del Título III, Del Régimen Económico, norma que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 70.- “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

Como dice el Doctor Marcial Rubio Correa⁷⁴:

“La propiedad es el derecho real (es decir, el derecho sobre las cosas) más completo que existe porque contiene todas las potestades que se puede ejercitar sobre ellas: usarlas, disfrutarlas, disponerlas y recuperarlas cuando otro las usurpa.

La propiedad, sin embargo, no es un derecho absoluto: debe ser ejercitada dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común. Siempre, en todo derecho que otorga la sociedad, hay

74. RUBIO CORREA, Marcial. Para Conocer la Constitución de 1993. DESCO-Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Tercera edición, Lima, 1994, Páginas 94 y 95.

una dimensión social que no puede dejar de ser tomada en cuenta porque, en última instancia, los derechos existen porque existe el todo social.

El tratamiento jurídico detallado de la propiedad se hace en leyes especiales y particularmente en el Código Civil.

Una de las características de la propiedad como derecho es que no puede ser vulnerada y que el Estado sólo puede privar al propietario de lo que es suyo mediante la expropiación, que es un procedimiento por el cual, en base a razones de seguridad nacional o de necesidad pública declaradas por ley, la autoridad toma para sí la propiedad de terceros mediante el cumplimiento de los trámites legales establecidos y pagando previamente en efectivo la indemnización correspondiente. La indemnización, según la Constitución, debe incluir tanto el valor del bien expropiado como una compensación por el perjuicio que se cause.

Cuando se realiza una expropiación, parte del procedimiento consiste en la tasación del bien, es decir, el valor que el Estado deberá pagar por la expropiación. Durante mucho tiempo, en el Perú el propietario no podía discutir la tasación sino sólo aceptar la que se hubiera fijado. Ahora la Constitución permite discutir este aspecto del procedimiento mediante un proceso judicial.

La propiedad es también un derecho constitucional, como puede verse en el artículo 2, inciso 16".

Las semejanzas y diferencias del contrato de compraventa con la expropiación, han sido advertidas por un sector de la doctrina.

Así, Roque Fortunato Garrido y Rosa Cordobera González de Garrido,⁷⁵ anotan que el estudio detallado del instituto de la expropiación pública, a más de efectuarse en Derechos Reales, es propio del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo; interesando establecer que el presupuesto está dado por la Constitución nacional cuando indica que nadie puede ser privado de la propiedad sino por causa fundada en utilidad pública, previa ley que la declare y la correspondiente indemnización.

Para los profesores citados, el problema consiste en determinar si la expropiación es un supuesto de venta forzosa. Señalan que no lo es, porque en la expropiación no hay precio sino que existe una indemnización, ya que a pesar del interés público no deja de

75. GARRIDO, Roque Fortunato y GONZÁLEZ DE GARRIDO, Rosa Cordobera. *Compraventa*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, Páginas 25 y 26.

existir el ejercicio de una facultad sobre la voluntad del enajenante que no puede oponerse a la expropiación pública, pero hay diferencias con la compraventa, que según ellos se han morigerado con la orientación jurisprudencial argentina de principios de la década de los ochenta.

Recuerdan que el justo precio señalado por la Constitución nacional, según las leyes de expropiación por utilidad pública, tendía a restituir al propietario en la misma situación jurídica en que se encontraba antes de la privación de la posesión y de la propiedad, en virtud del cumplimiento de la ley de expropiación pública; por eso se establecía, y se sostenía, que no existía un precio en el sentido de la compraventa civil, sino una indemnización, donde se comprendía el valor de la cosa y los daños y perjuicios ocasionados; criterio que según los autores consultados se mantiene y marca una diferencia importante, que estaba agudizada por la posibilidad de requerir actualización monetaria en los casos de expropiación por utilidad pública, por tratarse de una obligación de valor, al ser una indemnización, y, en cambio, el precio en la compraventa civil es una obligación dineraria.

A pesar de ello, Garrido y González de Garrido, estiman que la diferencia fundamental se mantiene, porque en la expropiación hay una indemnización y en la compraventa existe un precio; siendo prevaleciente el criterio de considerar que se debe admitir la desvalorización monetaria en todos los supuestos de incumplimiento contractual o de mora en la compraventa (proceder al que puso fin la denominada Ley de Convertibilidad del Austral, que entró en vigencia el 1 de abril de 1991, situación que –a entender nuestro– suprime esa diferencia en el Derecho Argentino contemporáneo).

Opinamos que, si bien la expropiación en el Derecho Peruano se rige por criterios valoristas (argumento del artículo 1236 del Código Civil), y la compraventa por el principio nominalista (argumento del artículo 1234 del Código Civil), éste es un rasgo distintivo evidentemente accesorio, ya que lo fundamental estriba en calificar a la expropiación como contrato o como una figura distinta.

En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el Derecho Peruano no admite la figura del contrato forzoso (en ninguna de sus dos modalidades), y el contrato es definido por el artículo 1351 del Código Civil como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica

patrimonial; a lo que se agrega lo dispuesto por el artículo 1352 relativo a la celebración de los contratos por el consentimiento de las partes. Esto último significa que si no hay consentimiento, simplemente no habrá contrato. Estaríamos, en todo caso, frente a una figura absolutamente distinta.

Para nosotros queda claro que la expropiación es un acto de origen legal, ya que no existe expropiación sin Ley que la declare, así como tampoco sin un procedimiento administrativo (y hasta de carácter judicial, si el afectado decide impugnar el valor asignado al bien o –a nuestro entender– incluso la veracidad de las propias causales invocadas para la expropiación).

Dentro de este orden de ideas, podríamos estar frente a una expropiación que no sólo carezca del asentimiento del expropiado, sino que cuente con su mayor oposición (situación que, en la práctica, se presentará en todos los procesos expropiatorios).

3.25.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, ya que sólo genera una relación jurídica entre comprador y vendedor.

La expropiación genera también una relación jurídica entre el Estado (expropiante) y el particular (expropiado).

3.25.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, la expropiación tiene naturaleza constitucional y administrativa.

3.25.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa es un contrato principal, pues para su existencia no depende de ningún otro contrato previo.

Por su parte, la expropiación nace a partir de una Ley, acto del Estado que no necesita de ningún otro acto previo. Lo único que se requiere es que dicha Ley sea promulgada y publicada de acuerdo a los cauces establecidos por la Constitución Política y demás normas al respecto; y, naturalmente, que se den los presupuestos de hecho para que proceda tal expropiación.

3.25.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual.

La expropiación nace en virtud de una Ley del Congreso de la República.

3.25.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción que son materia de estudio en este trabajo).

Por su parte, la expropiación supone un proceso administrativo que, dadas sus características está destinado a tener una duración considerable en el tiempo, hasta que concluya cualquier eventual inconformidad o reclamo por parte del afectado por la Ley expropiatoria.

3.25.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o por cláusulas generales de contratación.

La expropiación, al no ser un contrato, no es susceptible de encuadrar dentro de los criterios clasificatorios, propios de este tipo de actos.

3.25.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la expropiación podría ser considerada como un acto estatal de similares características, ya que –en cierta forma– está destinado a la circulación de la riqueza (aunque en este caso, extrayendo un bien del ámbito del comercio de los hombres), a la vez que significará un acto de disposición, en la medida que el propietario va a dejar de tener tal condición una vez concluya el proceso expropiatorio, en tanto el Estado va a hacerse de la propiedad de ese bien, a cambio de pagar al afectado su valor.

3.25.10. En cuanto a su función.

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría ser regulatorio o modificadorio, mas nunca de carácter extintivo.

Por su parte, la expropiación puede considerarse como un acto de carácter constitutivo.

3.25.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de compraventa es de carácter individual, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

La expropiación podría ser considerada como un acto o disposición legal que también reviste carácter individual, y no general, pues se trata de un dispositivo destinado a afectar la condición jurídica de un bien perteneciente a una o varias personas.

3.25.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas; en tanto que de acuerdo a las normas constitucionales y administrativas vigentes, la expropiación también debe revestir carácter de reciprocidad, en la medida que el Estado recibirá la propiedad del bien expropiado y el particular tendrá derecho a que el Estado le pague el valor de dicho bien.

Sin embargo, lamentablemente la historia del Perú ha demostrado que las expropiaciones antes de ser tales son meros actos confiscatorios, en los que el Estado se hace de la propiedad de un bien, a cambio de una suma simbólica –o incluso de nada–, la misma que no representa en lo absoluto el valor del bien. El ejemplo típico al respecto lo tuvimos en los procesos expropiatorios derivados de la Ley N° 17716 (Ley de Reforma Agraria), del año 1969.

Nosotros no estamos a favor de que el Estado abdique de la posibilidad de recurrir a la expropiación, en caso ello resulte absolutamente necesario (a pesar de tener enormes reparos al respecto), pero a lo que sí nos oponemos es a que mediante la expropiación se configuren atropellos y arbitrariedades por parte del Estado en detrimento de los particulares.

3.25.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la compraventa es un contrato a título oneroso; y, al menos en el plano teórico, la expropiación debe revestir el mismo carácter.

3.25.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

La expropiación es un acto de naturaleza conmutativa, aunque podría revestir algunos rasgos de aleatoriedad, en la medida que el Estado expropie un bien que se encuentre en peligro de dejar de existir.

No incluimos dentro de las posibilidades de aleatoriedad en la expropiación, cuando ella recaiga sobre un bien sujeto a litigio, ya que al hacerse de la propiedad del mismo, habrá concluido cualquier controversia; así como tampoco a la expropiación de un bien futuro, pues como se verá oportunamente, éste no ha llegado a tener existencia jurídica propia e independiente (o simplemente puede que ni siquiera exista en el orden físico, razón

por la cual, al ser jurídicamente inexistente, mal podría ser objeto de una Ley y ulterior proceso expropiatorios.

3.25.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional. La Ley expropiatoria ordena se produzca la transferencia de propiedad del bien expropiado, pero la Ley en sí misma no tiene tampoco efectos reales, ya que la transferencia de propiedad del bien se producirá recién cuando haya concluido el proceso de expropiación, ya sea en la vía administrativa o en la judicial.

3.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta.

3.26.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos nominados.

3.26.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 y siguientes del Código Civil Peruano).

El alquiler-venta también es un contrato típico, tanto en el ámbito social como en el aspecto legal, ya que se hace referencia al mismo (aunque no se le asigna un nombre propio) en el artículo 1585 del Código Civil, norma que establece que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584 (relativas a la compraventa con reserva de propiedad) son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

No está demás señalar que dado que el Código de 1984 emplea la expresión "arrendamiento", en vez de aquélla que utilizaba el Código Civil de 1936: "locación-conducción", el nombre propio del alquiler-venta sería, en todo caso, "arrendamiento-venta", pero no sólo en honor a la tradición, sino porque ello resulta usual en la práctica, vamos a seguir llamando a este contrato por el nombre de "alquiler-venta".

Sin embargo, admitimos que cabría sostener la tesis de que el alquiler-venta es un contrato atípico legal, en la medida que no tiene una regulación propia, sino que solamente existe el aludido artículo 1585 del Código Civil, en el que se hace referencia a la normatividad aplicable al referido contrato. A pesar de ello,

nos inclinamos por la primera posición, es decir, aquélla que sostiene que estamos en presencia de un contrato típico. Por lo demás, en lo que a este aspecto se refiere, remitimos al lector a lo expresado por nosotros al analizar el artículo 1585 del Código.

El parecido del alquiler-venta con el contrato de compraventa, se da sobre todo en lo que respecta a aquéllas compraventas que incluyen una cláusula de reserva de propiedad (también conocida como cláusula de reserva de dominio), situación que queda en mayor evidencia al estar incluido el artículo 1585 dentro del Sub-Capítulo II de la compraventa con reserva de propiedad, parte integrante del Capítulo X del contrato de compraventa, relativo a los pactos que pueden integrar este contrato.

Así, en el artículo 1583 se establece que en la compraventa puede pactarse que el comprador se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega; agregándose que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Por su parte, la otra norma del Sub-Capítulo II, el artículo 1584, prescribe que la reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del comprador sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo; en tanto que si se trata de bienes inscritos, la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

En el caso del alquiler-venta, las cuotas que está obligado a pagar el adquirente, tienen un doble carácter o naturaleza, ya que comparten el hecho de ser renta con el de ser parte del precio convenido (armadas o cuotas del mismo).

Esta dualidad se extiende, obviamente, al adquirente, quien compartirá la naturaleza de comprador y arrendatario, al igual que al enajenante, quien compartirá la condición de vendedor y arrendador.

3.26.3. En cuanto a su estructura.

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, el alquiler-venta sería un contrato de carácter complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento, con lo que podría sostenerse que, indepen-

dientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

3.26.4. En cuanto a su contenido o área.

Como sabemos, la compraventa puede ser un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial, en tanto el alquiler venta –sin que ello sea excluyente– será en la mayoría de casos un contrato de carácter civil, sobre todo teniendo en consideración que se utiliza con frecuencia en materia de bienes inmuebles y que el adquirente (comprador-arrendatario) es un particular.

3.26.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y el alquiler-venta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de ningún otro contrato.

3.26.6. En cuanto a su formación.

Es sabido que la compraventa y el arrendamiento son contratos de carácter consensual, vale decir, que se celebran con el sólo consentimiento de las partes.

Si bien el Código Civil Peruano no incluye norma alguna acerca de la formalidad del contrato de alquiler-venta, podemos deducir que el mismo comparte el rasgo de consensualidad, ello en base a la aplicación de los principios generales de Derecho de contratos.

3.26.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente, el alquiler-venta es, por esencia, un contrato de duración, ya que su vigencia estará determinada por el plazo en que se haya pactado el pago de las cuotas, las mismas que a la vez comparten elementos característicos del precio y de la renta.

3.26.8. En cuanto a su negociación.

Se ha dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Ello no ocurre en los mismos términos respecto al alquiler-venta, ya que generalmente se tratará de un contrato paritario. Sin embargo, podría celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas

generales de contratación, en la medida que, por ejemplo, nos encontráramos ante una empresa que desea celebrar decenas o centenares de estos contratos con respecto a igual número de inmuebles, y, para tal efecto, haya redactado formularios pre-impresos, con el propósito de que todos esos contratos tengan el mismo contenido y todos quienes deseen celebrarlos, tengan que adherirse a los mismos, sólo llenando algunos datos de identificación, que son de rigor.

3.26.9. En cuanto al rol económico.

Sobre este tema, la situación se plantea interesante, pues ambos serían contratos de cambio, en la medida que están destinados a la circulación de la riqueza.

Asimismo, ambos serían contratos de disposición, pues están destinados a justificar la disminución del patrimonio de ambos contratantes. El vendedor-arrendador terminará transfiriendo la propiedad de su bien, en tanto el comprador-arrendatario terminará haciéndose de dicha propiedad, lo que incrementará su patrimonio, pero no debe olvidarse que para que ello pueda ocurrir, el comprador-arrendatario deberá haber pagado el íntegro de las rentas-precio convenido.

Pero, más allá de estas similitudes, hasta que se produzca ese momento final, el alquiler venta podrá ser considerado como un contrato de goce, pues está orientado a permitir que el acreedor disfrute de un bien, sin tener la disponibilidad del mismo.

3.26.10. En cuanto a su función.

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos. Sin perjuicio de ello, podrían ser de carácter regulatorio o modificadorio, sobre todo cuando un arrendamiento común y corriente es convertido – por acuerdo de partes– en alquiler venta; pero lo que no podría darse es que estos contratos revistan carácter extintivo, pues ello sería contrario a su naturaleza.

3.26.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos de carácter individual. Mientras la compraventa obliga a comprador y vendedor, el alquiler-venta obliga al vendedor-arrendador con el comprador-arrendatario.

3.26.12. En cuanto a la prestación.

Ambos son contratos con prestaciones recíprocas, situación que se deduce de todo cuanto ha sido dicho hasta este momento.

3.26.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa y el alquiler-venta son contratos que se celebran a título oneroso.

Es claro que no se concibe una compraventa celebrada a título de liberalidad; pero tampoco podría concebirse un alquiler-venta que revistiera esta característica.

3.26.14. En cuanto al riesgo.

En tanto la doctrina se ha ocupado profusamente de la conmutatividad como rasgo fundamental, mas no esencial de la compraventa, así como del estudio de los supuestos de excepción en los cuales la compraventa puede llegar a ser un contrato de carácter aleatorio, no ha ocurrido lo mismo en cuanto al alquiler-venta. Sin embargo, estimamos que el alquiler-venta –si bien es un contrato básicamente conmutativo– nada impediría que el mismo revistiese signos de aleatoriedad, estén estos referidos al bien o a su contraprestación (renta-precio), situación para la cual serían aplicables nuestras doctrinas respecto a la eventual aleatoriedad de los mencionados contratos.

3.26.15. En cuanto a sus efectos.

Como todos los contratos en el Derecho Peruano, la compraventa y el alquiler-venta son meramente obligatorios u obligacionales.

3.27. Con el contrato de arrendamiento financiero.

3.27.1. En cuanto al nombre.

En lo que respecta al nombre, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos nominados.

3.27.2. En cuanto a su regulación.

En lo que respecta a su regulación, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos típicos, más allá de que se encuentran regulados en leyes distintas.

En tanto la compraventa está contemplada en el Código Civil, el arrendamiento financiero se rige por normas especiales (concretamente el Decreto Legislativo N° 299, de fecha 26 de julio de 1984 y el Decreto Supremo N° 559-84-EFC, de fecha 28 de diciembre de 1984).⁷⁶

76. Carlos Cárdenas Quirós (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. El Contrato de Arrendamiento Financiero. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 320 y siguientes).

Según Cárdenas,⁷⁷ “Este contrato ha recibido diversas denominaciones: **leasing** en los Estados Unidos de América, **credit-bail** o crédito arrendamiento en Francia, locación financiera en Argentina, alquiler industrial, crédito-arrendamiento y arrendamiento financiero en España. Esta última denominación, que es la más usada en los países de lengua castellana, ha sido la adoptada por la legislación peruana (...)”.

Agrega el citado profesor que se “justifica la necesidad de la regulación del denominado contrato de arrendamiento financiero, al que definiremos como un contrato complejo y autónomo por el cual la empresa locadora se obliga a adquirir el bien requerido por la arrendataria y le concede su uso –a cambio del pago de una cuota periódica– por un lapso determinado, vencido el cual la arrendataria podrá dar por terminado el contrato restituyendo el bien (que en ese momento no le resultará de gran valor porque se habrá tornado obsoleto ante el avance de la técnica y porque ya habrá aprovechado de su vida económica y útil, lo que lo motivará a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento financiero sobre otro bien acorde con los nuevos desarrollos técnicos), continuar en el uso del bien, de convenirse ello con la locadora; o adquirirlo, ejercitando la opción de compra que tiene, por un precio equivalente a su valor residual.

Es obviamente un contrato básicamente financiero o de crédito, por lo que Trucco expresa que, ‘el contrato entre el empresario y la empresa de **leasing** se celebra con anterioridad al momento de adquirir el bien; no tendría sentido que la empresa de **leasing** compre un bien –con la finalidad específica, según veremos, de arrendarlo– si no tiene como contrapartida un compromiso o vínculo contractual con el empresario; sin esta relación contractual ‘empresario-empresa de **leasing**’ bien podría darse un ‘desistimiento’ del empresario una vez que la empresa de **leasing** ya compró el bien de capital que aquel necesitaba’ (Eduardo Trucco, op. cit., pág. 163).

De lo expresado en la definición podemos concluir señalando que:

- El contrato se celebra con el acuerdo de voluntades por el que la empresa locadora se obliga a adquirir el bien y la arrendataria a recibirlo en uso y pagar las cuotas respectivas. La celebración del contrato se produce, por tanto, con anterioridad a la adquisición del bien.

77. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 323 a 325.

- El contrato debe contener necesariamente una opción de compra a favor de la arrendataria, la que podrá ejercitarla pagando el valor residual del bien”.

A lo largo de la historia se han esbozado varias teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero.

Una primera, intentó asimilarlo al contrato de préstamo; una segunda, al contrato de depósito, una tercera, al de compraventa; una cuarta, al de arrendamiento; una quinta, al mandato y una sexta, a la gestión de negocios.

Para efectos de nuestro trabajo, resulta de interés hacer referencia a la teoría que lo asimiló al contrato de compraventa.

Según Carlos Cárdenas,⁷⁸ quienes sostienen esta teoría afirman que entre la sociedad de **leasing** que transfiere el uso y goce del bien y el usuario –quien lo toma– existe acuerdo en torno al bien y al precio, y que la voluntad real de las partes es celebrar una compraventa a plazos. Agrega que según estos juristas se fortalece este criterio en la circunstancia de que la suma de los alquileres que el usuario debe satisfacer, sobrepasa el valor del material nuevo facilitado, y proporciona además, un beneficio a la sociedad del **leasing**. De otro lado, consideran que la cláusula de opción de compra a favor del usuario, que es esencial en este contrato, es otro argumento para calificarlo como compraventa.

Pero como señala Cárdenas, el contrato de arrendamiento financiero transfiere el uso del bien, mientras que mediante el de compraventa se busca transferir la propiedad del mismo; siendo el mayor problema para distinguir una figura de la otra, el caso de la compraventa a plazos.

Sobre este particular, el propio Cárdenas⁷⁹ refiere que el arrendamiento financiero no conlleva una transferencia de la propiedad del bien objeto de la prestación a favor de la arrendataria; ya que a esta última se le transmite solamente la posesión del bien, su uso y disfrute, junto con el derecho a ejercitar la opción de comprar dichos bienes por el valor residual y en el momento pactados.

Igualmente señala que la compraventa a plazos supone desde el inicio, en cambio, la obligación del vendedor de transferir la

78. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Página 327.

79. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 345 y 346.

propiedad de un bien al comprador y la del comprador de pagar su precio en dinero. Si esta obligación del comprador debe cumplirse a plazos, la situación no varía; incluso en el supuesto de que se hubiese pactado la reserva de la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, no podemos olvidar que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Cárdenas recuerda las palabras de Daniel Ferrere Lamaison, cuando señala que el hecho de que “el **leasing** pueda ser usado como pantalla para ocultar un pacto de reserva de dominio en una compraventa, no implica que el **leasing** constituya una compraventa con tales características. La simulación no impide que el **leasing** sea un contrato autónomo y válido, como tampoco impide que existan contratos de arrendamiento con opción de compra que no oculten compraventas con reservas de dominio o que existan compraventas que no encubran una donación simulada. La posibilidad de simulación no afecta la entidad real del contrato. Deberá estarse a la voluntad de las partes, y cuando coinciden la voluntad real y la declarada en celebrar lo que hemos caracterizado como **leasing**, estaremos ante esa figura, y no ante otra. Y recordemos, además, que la simulación deberá probarse, y nunca presumirse. Si la jurisprudencia no reconoce esta realidad, estará creando dificultades innecesarias en la adaptación de las figuras contractuales a la cambiante realidad”.

Cárdenas expresa que el profesor Francisco Javier Zayas Sanza, al diferenciar estas dos figuras, expresa que: “El fin inicial del **leasing** financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de su propiedad al usuario. En el **leasing** financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad del **leasing**, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra. En la compraventa con precio aplazado, para que el vendedor conserve la titularidad dominial de los bienes durante el período de pago de las cantidades atrasadas, es necesario que las partes pacten una reserva de dominio o ‘pacto de **lex comisoria**’”.

3.27.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple. El contrato de arrendamiento financiero es uno de naturaleza compleja, que como dice Cárdenas, constituye el resultado de la fusión de elementos propios de otros contratos o modalidades contractuales.

Al respecto, Carlos Cárdenas⁸⁰ sostiene –en criterio que compartimos– que el **leasing** es un contrato complejo “Porque su contenido da lugar a la aplicación de diversas formas obligacionales. En él, las prestaciones a cargo de cada una de las partes, se presentan de la siguiente manera: La empresa locadora tiene la obligación de adquirir determinados bienes de capital, maquinaria, equipos, o inmuebles, según las indicaciones de la arrendataria y entregarlos a ésta para su uso, quedando vinculada a su declaración de venderle dichos bienes por el valor pactado. A su turno, la arrendataria tiene la obligación de pagar las cuotas periódicas en el plazo señalado, devolver el bien dado en uso al vencimiento del plazo o ejercitar la opción de compra”.

3.27.4. En cuanto a su contenido o área.

Sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como de naturaleza mercantil o especial. En cambio, el arrendamiento financiero, a decir de Cárdenas Quirós,⁸¹ es un contrato mercantil.

El citado profesor señala que:

“El Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año, señala en su artículo 1677 que: ‘El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título (disposiciones generales acerca del arrendamiento, obligaciones del arrendador y del arrendatario, duración, subarrendamiento, cesión, resolución y conclusión del arrendamiento) y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables’.

¿Se trata entonces de un contrato de naturaleza civil o mercantil?

Es obvio que la línea divisoria entre estos dos campos se difumina cada día más, al punto que los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil fueron unificados en su tratamiento legislativo por el artículo 2112 del Código Civil de 1984, quedando derogados los artículos respectivos del Código de Comercio. En lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero, es un contrato mercantil porque así lo establece la legislación especial, aunque su naturaleza como tal es perfectamente discutible. A este respecto, compartimos ple-

80. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Página 333.

81. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 331 y 332.

namente la opinión de Garrigues al señalar que: 'No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Es el conocido criterio de la calificación automática'. Prosigue señalando el mencionado autor que: 'Si prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio, queremos definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Por ello, la realidad económica del contrato mercantil subsiste aun en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el Código de Comercio como Código independiente'.

La opinión de Garrigues es válida cuando ambas partes contratantes son empresas. Si una de las partes es una persona natural, es perfectamente aplicable al contrato de arrendamiento financiero la observación que realiza De la Puente y Lavalle cuando analiza la fusión de la compraventa civil y mercantil y que nos permitimos transcribir a continuación: 'Es de todos conocida la dificultad que surge para solucionar el conflicto entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil tratándose de la compraventa mixta, o sea aquella en que una de las partes busca una finalidad mercantil y la otra una civil, como ocurre en las operaciones bancarias de venta de valores que son mercantiles para el banco pero no para el cliente, o en las ventas en tiendas que son mercantiles desde el punto de vista del comerciante, pero no desde el del consumidor. Si no se quiere recurrir al absurdo jurídico de partir en dos el contrato de compraventa para someter a una de las partes al Derecho Civil y la otra al Derecho Mercantil, resulta actualmente necesario optar entre uno y otro Derecho, lo cual no siempre es tarea fácil'".

3.27.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos principales, pues no requieren la existencia previa de contrato alguno.

3.27.6. En cuanto a su formación.

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son consensuales.

3.27.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse de manera inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción analizados en este trabajo), el arrendamiento financiero es un contrato de duración y ejecución continuada, en lo que respecta al uso del bien y periódica en lo que se refiere al pago de las cuotas convenidas.

3.27.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa se celebra usualmente por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.27.9. En cuanto al rol económico.

Consideramos que la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos de cambio y de disposición.

3.27.10. En cuanto a su función.

La compraventa y el arrendamiento financiero son fundamentalmente contratos constitutivos; pero podrían, por excepción, ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

3.27.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (las partes contratantes).

3.27.12. En cuanto a la prestación.

El contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento financiero son contratos con prestaciones recíprocas.

Como dice Carlos Cárdenas,⁸² en el arrendamiento financiero, la empresa locadora es deudora del bien mueble o inmueble y acreedora de la renta señalada en cuotas periódicas, mientras que la arrendataria es deudora de la renta y acreedora del bien materia del contrato.

3.27.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa y el arrendamiento financiero son contratos que se celebran a título oneroso.

82. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx. Exégesis. Tomo II, Página 334.

3.27.14. En cuanto al riesgo.

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, y excepcionalmente aleatorio. La doctrina por lo general no repara en el tema del riesgo respecto del contrato de arrendamiento financiero, tal vez porque se da por entendido que es un contrato conmutativo, al conocerse perfectamente en el momento de celebrarse el contrato, en qué consistirán las prestaciones a ejecutar. Sin embargo, entendemos que pactar un arrendamiento financiero de carácter aleatorio sería plenamente posible, pues ello no atentaría contra la esencia del mismo.

3.27.15. En cuanto a sus efectos.

El arrendamiento financiero, al igual que la compraventa y todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho nacional, es meramente obligatorio u obligacional.

3.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica.

Cuando analicemos el tema del cuarto requisito del precio, consistente en su seriedad, abordaremos el punto del problema planteado por los precios vil e irrisorio frente al tema de la llamada donación indirecta. Sin perjuicio de las apreciaciones que allí se sostendrán, recordaremos que el negocio indirecto –producto de la inercia jurídica– supone un recurso de las partes para conseguir no el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior diferente. Existe en estos casos negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por su intermedio, indirectamente, un fin diferente. El empleo del negocio medio se funda en la voluntad de las partes, que quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio, así, por ejemplo, a través de una venta, lograr una liberalidad. En tal sentido, el negocio jurídico indirecto consistiría en emplear una determinada forma jurídica para conseguir indirectamente una finalidad económica que no pueda alcanzarse de modo directo.

Víctor A. Villavicencio Cúneo⁸³ sostiene que las partes para alcanzar el fin ulterior que desean, hacen uso en la donación indirecta de un camino oblicuo, transversal; siendo la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas, una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

Dentro de ese orden de ideas, en la donación indirecta el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, que solamente

83. VILLAVICENCIO CUNEO, Víctor A. Las Donaciones Indirectas o Atípicas. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, Páginas 51 y siguientes.

de reflejo lleva ventaja al beneficiario. En las donaciones indirectas, el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación, el cual actúa ulteriormente el efecto económico de la liberalidad; siendo natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque éste es el único que interesa al Derecho.

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

No se trata, por cierto, de un acto simulado, pues vamos a suponer que existe el ánimo por parte del vendedor de cobrar al comprador los quinientos nuevos soles y, más aún, que realmente los cobra.

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

Es dentro de este supuesto que vamos a analizar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y la donación indirecta, celebrada empleando la forma de compraventa.

3.28.1. En cuanto al nombre.

Es claro que el contrato de compraventa es uno de carácter nominado. No podemos efectuar similar afirmación respecto a la donación indirecta; esto, por cuanto, como ha sido dicho, el tema de negocio jurídico indirecto, no sólo no ha sido regulado en nuestra legislación, sino que tampoco es conocido con ese nombre ni en la doctrina peruana, ni en la práctica jurídica y judicial de nuestro país.

Es en virtud en estas consideraciones que podríamos llegar a la conclusión de que la llamada donación indirecta es un acto de carácter innominado dentro del Derecho Civil Peruano.

3.28.2. En cuanto a su regulación.

En tanto la compraventa es un contrato típico, que se encuentra regulado en el Código Civil, la donación indirecta vendría a ser un contrato atípico, pues –lo reiteramos– ni ella ni el negocio jurídico indirecto han merecido regulación en ninguno de los Códigos Civiles que han tenido vigencia en el Perú.

3.28.3. En cuanto a su estructura.

Si tomamos en cuenta que la donación indirecta (en la configuración que venimos manejando) es en realidad una compraventa, tendríamos que llegar a la conclusión de que por su estructura es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

3.28.4. En cuanto a su contenido o área.

En tanto la compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, la donación indirecta es un contrato esencialmente civil, por cuanto se desprende claramente de su configuración el hecho de que jamás podría tener un fin de lucro, ya que tras esa apariencia de compraventa existe un evidente ánimo de liberalidad, tendiente a favorecer al aparente comprador, parte que –en estricto Derecho– sería un donatario.

3.28.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y la donación indirecta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de que se haya celebrado previamente algún otro contrato.

3.28.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual, pues se celebra con el solo consentimiento de las partes. La donación indirecta reviste apariencia y formalidades de una compraventa, pero dentro de la teoría del negocio jurídico indirecto, para ser considerada donación, debería cumplir con los requisitos de forma que el Código Civil Peruano establece en sus artículos 1623, 1624 y 1625.

Ahora bien, está claro que dentro de la lógica del Derecho Peruano, la donación indirecta podría ser considerada como una simple compraventa, razón por la cual, para su validez no se requeriría del cumplimiento de formalidad alguna.

3.28.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa y la donación indirecta son contratos cuya vocación es que se ejecuten de manera inmediata e instantánea, pero resulta posible que tanto en uno como en otro las partes recurran a imponerse plazos suspensivos para la ejecución de sus prestaciones, o, en el caso de la compraventa a plazos, sería evidente que la misma se sujetaría a una ejecución cuya duración se prolongaría en el tiempo, y podría calificarse como periódica, en razón de los diversos momentos en los que el comprador tendrá que pagar el precio.

3.28.8. En cuanto a su negociación.

Por su negociación, la compraventa puede ser un contrato paritario o de negociación previa o un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación indirecta, al ser un acto de liberalidad, pensamos que básicamente se celebrará por negociación previa.

3.28.9. En cuanto al rol económico.

En lo que se refiere al rol económico, sabemos que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. En apariencia, la donación indirecta también lo sería; y si vamos al fondo del tema, la donación indirecta sería un contrato de cambio, pues también se encontraría comprendido dentro de esa clasificación, ya que la riqueza circula mediante el simple cambio sin necesidad del intercambio (a diferencia de lo que ocurre en el contrato de compraventa).

Y en el fondo también sería un contrato de disposición, pues estaría destinado a justificar la disminución del patrimonio de una persona (en este caso, a cambio de una contraprestación insignificante).

3.28.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la donación indirecta son fundamentalmente contratos constitutivos, pero –por excepción– podrían tener carácter regulatorio o modificatorio; nunca extintivo.

3.28.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y la donación indirecta son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que los celebran.

3.28.12. En cuanto a la prestación.

De acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, la compraventa y la donación indirecta serían contratos con prestaciones recíprocas, pues –más allá de la insignificancia de una de las prestaciones en la donación indirecta– se encontraría presente el elemento de reciprocidad, ya que dentro de este negocio no se contempla la posibilidad de que se trate de un acto simulado, así como tampoco de que exista en el “vendedor” el ánimo de perdonar o renunciar al cobro de lo que le corresponde (por más mínimo que sea).

3.28.13. En cuanto a la valoración.

Dentro del Derecho Peruano, tendríamos que llegar a la conclusión de que la compraventa y la donación indirecta son contratos celebrados a título oneroso (esto, porque la donación indirecta es

un contrato que en el Perú –jurídicamente hablando– es considerado como una compraventa común y corriente); pero en el fondo la donación indirecta es un contrato que se celebra a título de liberalidad, con **animus donandi**, vale decir con la intención de beneficiar al aparente comprador.

3.28.14. En cuanto al riesgo.

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, pero que de manera excepcional podría revestir caracteres de aleatoriedad.

Como hemos dicho, en apariencia, la donación indirecta es una simple compraventa, mientras en el fondo se trata de una donación. Dentro de este orden de ideas, como compraventa le serían aplicables las consideraciones que en cuanto al riesgo acabamos de esbozar. Sin embargo, debemos reconocer que al no haberse abordado el tema en la doctrina nacional, tampoco se ha cuestionado la posibilidad de que dicha donación indirecta revista rasgos de aleatoriedad. Pensamos que conceptualmente no existe nada que lo impida, pero reconocemos que estos casos serán –sin duda– excepcionales en la práctica.

3.28.15. En cuanto a sus efectos.

Como todos los contratos del Derecho Peruano, la compraventa y la donación indirecta son meramente obligatorios u obligacionales.

3.29. Con la hipoteca.

3.29.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado, en tanto la hipoteca es un derecho real de garantía, que también reviste la característica de ser nominado, pues siempre se le ha conocido con este nombre.

3.29.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 a 1600 del Código Civil), en tanto la hipoteca es un derecho real de garantía, también de carácter típico, el mismo que es tratado por los numerales 1097 a 1122 del Código Civil Peruano.

Son muchas las diferencias entre la compraventa y la hipoteca.

En primer lugar, la compraventa es un contrato a través del cual una parte, denominada vendedor, se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra parte, denominada comprador, en

tanto dicho comprador se obliga a pagarle el precio en dinero o signo que lo represente.

Es claro que la compraventa puede versar sobre bienes muebles e inmuebles.

En cambio, la hipoteca es un derecho real, no un contrato (independientemente de si la constitución de dicho derecho real se basa en el cumplimiento de alguna obligación contractual). Además, la hipoteca sólo recae sobre inmuebles.

La compraventa puede celebrarse respecto de bienes determinados (ciertos), determinables (incierto) o fungibles, en tanto la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados (argumento del artículo 1100 del Código Civil).

La compraventa puede versar sobre bienes propios o ajenos del vendedor; en tanto la hipoteca solamente puede constituirse sobre bienes del propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley (argumento del artículo 1009, inciso 1 del Código Civil).

La compraventa puede celebrarse sobre bienes futuros (argumento de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil), en tanto la hipoteca no puede constituirse sobre bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil).

La compraventa necesariamente es un contrato, pues nace del acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor. En cambio, la hipoteca puede nacer de un contrato o de la ley, ya que existen las denominadas hipotecas legales, las mismas que están reguladas por los artículos 1118 a 1121 del Código Civil.⁸⁴

84. Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

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

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

Artículo 1119.- "Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.

En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción."

Artículo 1120.- "Las hipotecas legales son renunciables y también puede cederse su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales.

La renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente."

Artículo 1121.- "Las reglas de los artículos 1097 a 1117 y 1122 rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables".

3.29.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica entre comprador y vendedor.

Por su parte, la hipoteca es un derecho real que se constituye con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, obligación que ha nacido en virtud de un contrato relativo a la hipoteca, celebrado entre quien se obliga a constituir la hipoteca y el acreedor, que en el caso del contrato de compraventa será el vendedor del bien (independientemente del caso de las hipotecas legales). En tal sentido, podemos decir que el contrato de hipoteca también es de carácter simple, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

3.29.4. En cuanto a su contenido o área.

El contrato de compraventa, así como el derecho real de hipoteca pueden revestir naturaleza civil, mercantil o alguna otra especial.

3.29.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras el contrato de compraventa es de carácter principal, pues no requiere de la preexistencia de ningún otro contrato, la hipoteca es un derecho real de garantía, por tanto, de carácter accesorio, nacido en virtud de un contrato principal en el que se establezca dicha obligación o, en virtud de un contrato posterior, el mismo que revestiría carácter accesorio. Esta naturaleza de la hipoteca se deriva de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1097 del Código Civil, precepto que establece que "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de cualquier obligación, propia o de un tercero".

3.29.6. En cuanto a su formación.

Mientras el contrato de compraventa es de carácter consensual, el derecho real de hipoteca es de carácter formal. Resulta claro que hay que distinguir el título en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en garantía de una obligación, de la constitución de derecho real de hipoteca. El primer acto (como contrato) podrá ser de naturaleza consensual, carácter que nunca podrá tener el derecho real de hipoteca, ya que tal como lo establece el artículo 1098 del Código Civil, la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley; a lo que se agrega lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1099, en el sentido que uno de los requisitos para la validez de la hipoteca consiste en que el gravamen sea de cantidad

determinada o determinable y que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

3.29.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo); la hipoteca es un derecho real llamado a durar en el tiempo, pues justamente se constituye como garantía del cumplimiento de una obligación. En tal razón, la hipoteca durará lo que dure la obligación incumplida, extinguiéndose cuando ella se haya terminado de pagar.

3.29.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto lo propio ocurrirá con la hipoteca, la misma que puede constar en formularios pre-impresos. Ahora bien, sería muy difícil encontrar una hipoteca constituida por adhesión, ya que el formulario no podría contener los datos exactos y el valor del inmueble de que se trate, los mismos que tendrían que ser llenados en cada caso concreto.

3.29.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la hipoteca es de garantía, pues está destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación (haciendo la salvedad que nos estamos refiriendo al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir hipoteca, mas no al derecho real en sí —el mismo que obviamente no es un contrato—).

3.29.10. En cuanto a su función.

Dada la naturaleza de la compraventa y de la hipoteca, estaremos en presencia de actos de carácter constitutivo, pero excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

3.29.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en favor de otra persona, son de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (independientemente de que el derecho real de hipoteca sólo quedará constituido con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble).

3.29.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir hipoteca en favor de otra puede ser de prestación unilateral (en caso no exista contraprestación) o con prestaciones recíprocas.

3.29.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo que ha sido dicho en el punto anterior, la compraventa será siempre un acto a título oneroso en tanto la hipoteca puede que se celebre a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

3.29.14. En cuanto al riesgo.

Sabemos que el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo, pero que por excepción puede ser aleatorio. En cambio, con la hipoteca no ocurriría lo mismo, ya que podría decirse que es netamente conmutativa, dado lo establecido por el artículo 1100 del Código Civil, en el sentido que debe recaer sobre bienes inmuebles específicamente determinados, a lo que se agrega la prohibición de constituir hipoteca sobre bienes futuros, dispuesta por el numeral 1106 del mismo cuerpo legal.

3.29.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir un derecho real de hipoteca, son, como todo contrato celebrado de acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, de carácter obligatorio u obligacional.

3.30. Con la prenda.

3.30.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, el derecho real de prenda también reviste dicho carácter.

3.30.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico; la prenda es un derecho real de garantía típico, pues se encuentra regulado en la ley (artículos 1055 a 1090 del Código Civil).

En tanto la compraventa puede tener por objeto un bien mueble o inmueble, la prenda sólo recae sobre bienes muebles, al establecer el artículo 1055 del Código Civil Peruano que ella se

constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

Por otra parte, si bien cabe celebrar una compraventa sobre bienes futuros, se podría desprender de lo establecido por el artículo 1058 del Código Civil que ello no cabe en el caso de la prenda, pues en el inciso 2 de dicha norma se establece como requisito de validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste, o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059 (supuesto de prenda con entrega jurídica, en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo).

Es necesario señalar también que a diferencia de la compraventa, que puede recaer sobre bienes ajenos (artículos 1537 a 1542), la prenda sólo puede recaer sobre bienes propios, al establecer el inciso 1 del artículo 1058 que es requisito para validez de la prenda que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. Resulta obvio, sin embargo, que a lo que alude el Código Civil es a la constitución del derecho real en sí, mas no al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, ya que en este caso podría presentarse la hipótesis en la cual el obligado todavía no tenga la calidad de propietario de dicho bien.

3.30.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir prenda sobre un bien en garantía del cumplimiento de una obligación, son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.30.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa y la prenda pueden revestir carácter civil, mercantil o especial.

3.30.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras la compraventa es un contrato principal, la prenda es accesorio, pues se constituye para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación (argumento del artículo 1055). Sin embargo, es necesario precisar que la constitución de la prenda puede efectuarse en virtud de una obligación nacida del mismo contrato cuya ejecución garantizará, o de un contrato posterior.

3.30.6. En cuanto a su formación.

Sabemos que la compraventa es un contrato consensual. El contrato por el cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, también revestiría ese carácter, mas no así el derecho real de prenda, ya que en virtud a lo establecido por el inciso 2 del artículo 1058 del Código Civil, es requisito para la validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059, caso en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo.

Además debe tenerse en cuenta que el numeral 1061 establece que la prenda no surte efecto contra tercero si no consta en documento de fecha cierta, salvo lo dispuesto en la última parte del referido artículo 1059. Por otra parte, el artículo 1062 señala que el documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado; en tanto el artículo 1063 prescribe que la prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta.

3.30.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es fundamentalmente un contrato de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, la prenda es –por lo general– un derecho real con vocación de permanencia en el tiempo, pues la vigencia del mismo se prolongará tanto como resulte impaga o incumplida la obligación que garantiza.

3.30.8. En cuanto a su negociación.

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la prenda es fundamentalmente de negociación previa, sin perjuicio de admitir la posibilidad de casos excepcionales, a los cuales hacemos aplicables nuestros comentarios relativos a la negociación de la hipoteca.

3.30.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a

constituir respecto a otra el derecho real de prenda sobre un bien, es un contrato de garantía.

3.30.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la prenda son actos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

3.30.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un derecho real de prenda sobre un bien, son contratos de carácter individual, pues sólo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

3.30.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir una prenda puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la prenda), como de prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

3.30.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una prenda puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

3.30.14. En cuanto al riesgo.

Hacemos de aplicación a este punto nuestros comentarios que sobre el particular vertimos al analizar las semejanzas y diferencias entre la hipoteca y la compraventa.

3.30.15. En cuanto a sus efectos.

Independientemente de la naturaleza real del derecho de prenda, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir una prenda, es, como todo contrato celebrado dentro de nuestro ordenamiento positivo, uno de carácter meramente obligatorio u obligacional.

3.31. Con la anticresis.

3.31.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la anticresis es un derecho real también de carácter nominado.