



El precio determinable por tercero en la compraventa

“(…) existen dos opciones: La primera, sería considerar a la compraventa con precio determinable como un contrato nulo pues, al momento en que las partes expresan su consentimiento, carece de un elemento esencial especial como es el ‘precio determinado’, (…) La segunda posibilidad, con la que discrepamos, sería considerar a la compraventa con precio determinable como un contrato de efectos obligatorios, lo que sería suficiente para considerarla válida, perfecta y eficaz desde el momento en que las partes contratantes expresan su consentimiento”.

César Ayllón Valdivia*

Resumen: El autor realiza un análisis del pago determinable por tercero desde los recientes estudios del derecho civil patrimonial y del análisis económico del derecho. Primero se define al precio como aquella valoración subjetiva que tienen las partes contratantes respecto de determinados bienes. De la misma manera, el precio determinable es aquel que no está explicitado en el contrato, sino que en el mismo se establecen las reglas necesarias y suficientes para que, sin la posterior intervención de las partes contratantes, se pueda determinar el precio. La determinación del precio hecha por un tercero no puede ser calificada como arbitraria, ya que ésta es producto de la libre negociación de las partes. Finalmente, se sostiene que existen dos formas de comprender la naturaleza jurídica del precio determinable: considerarlo como un contrato nulo mientras esté pendiente su determinación y, la segunda, que éste genera efectos obligacionales, por lo que es válido y eficaz desde el momento en que las partes contratantes expresan su consentimiento.

Palabras clave: Precio; derecho civil patrimonial; precio determinable por tercero; análisis económico del Derecho; contratos; autonomía privada.

Abstract: The author analyzes the institution of third party pricing from recent studies of civil law and economic analysis of law. First, price is defined as a subjective valuation done by contracting parties regarding certain goods. Similarly, the determinable price is the one that is not explicit in the contract, but the necessary and sufficient rules are settled

* Magister en Finanzas y Derecho Corporativo, profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

in order to determine the price without the intervention of the parties. The pricing made by a third party cannot be described as arbitrary, because it is the result of free negotiation of the parties. Finally, it is argued that there are two ways of understanding the legal nature of price determination: consider it as a void contract while his determination is pending and, second, that it generates obligational effects, so it is valid from the date on which the contracting parties express their consent.

Keywords: Price; civil law; third party pricing; law and economics; contracts; private autonomy

Sumario: Introducción. 1. La definición jurídica del precio. 2. La definición económica del precio. 3. El precio determinable. 4. La naturaleza jurídica del tercero designado por las partes contratantes: a. Carácter de la función del tercero; b. Número de arbitradores; c. Carácter de la designación; d. Naturaleza jurídica de la referencia al arbitrio del tercero; e. Momento de efectuar la designación; f. Arbitrio de Equidad y Mero Arbitrio; g. Presunción de arbitrio de equidad; h. Impugnación de arbitrio de equidad; i. Aplicación del mero arbitrio; j. Impugnación del mero arbitrio; k. Retroactividad de la determinación. A modo de conclusión. Bibliografía

Introducción

En palabras de Rawls, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si no son justas, han de ser reformadas y abolidas⁽¹⁾.

Es así que cuando las partes contratantes deciden dejar la determinación del precio al arbitrio de un tercero, nos encontramos ante un dilema del Derecho, el cual es determinar la razón por la que debería prevalecer dicha decisión, conforme a su buen criterio y conocimiento, o darle la razón a quien argumenta que dicha decisión es arbitraria e injusta, toda vez que no coincide con lo que se establece normalmente en el mercado.

Si bien nos encontramos ante una institución ampliamente tratada en la doctrina jurídica y sus fundamentos revisten singular importancia para nuestra sociedad, al igual que muchas de las instituciones del Código Civil; los verdaderos alcances del precio determinable por tercero resultan aún de difícil comprensión.

En ese orden de ideas, motivados por lo controversial del tema, analizaremos esta institución jurídica a partir de los más recientes estudios del análisis económico y del Derecho Civil patrimonial.

1. La definición jurídica del precio

A continuación, veremos algunas de las concepciones jurídicas que ha ensayado la doctrina jurídica para definir lo que es el precio. Así, por ejemplo, tenemos que:

(1) RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México D.F., México. 1999, p. 17.

El precio determinable por tercero en la compraventa

Wayar define el precio como “la cantidad de dinero que el comprador está obligado a pagar al vendedor como contraprestación por la transferencia de la propiedad de la cosa que aquel recibe”⁽²⁾.

En opinión de Planiol, “el precio es la suma de dinero que el comprador se obliga a dar a cambio de la cosa”⁽³⁾.

Por su parte, Sánchez Román considera que “por precio se entiende la cantidad o el valor pecuniario en que se estima una cosa. Constituye un requisito esencial de la compra-venta”⁽⁴⁾.

Bonnetcase piensa que “si la obligación del vendedor recae sobre una cosa, la del comprador recae sobre una suma de dinero, llamada precio”⁽⁵⁾.

Los Mazeaud consideran que “el precio consiste necesaria y únicamente en una suma de dinero que el comprador se obliga a entregarle al vendedor”⁽⁶⁾.

Según Gasca, el precio es “la cantidad de moneda que se cambia por una cosa”⁽⁷⁾.

Colín y Capitant sostienen que el precio es “la cantidad de dinero que el comprador se obliga a pagar al vendedor”⁽⁸⁾.

Al parecer de Gómez Estrada, “el precio constituye uno de los elementos esenciales del contrato de venta, de suerte que si él falta no hay contrato o degenera en uno

distinto. Precio dice el artículo 1849, es “El dinero que el comprador da por la cosa vendida (..).”⁽⁹⁾.

León Barandiarán opina que “el precio, es, pues, la fijación convencional de un valor económico atribuido a la cosa. El comprador al pagar el precio, o sea, la respectiva cantidad pecuniaria, realiza también una transferencia dominica, desde que el vendedor viene a ser dueño de dicho dinero”⁽¹⁰⁾.

Al respecto, Castillo Freyre comenta que “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 transferir la propiedad de uno o más bienes”⁽¹¹⁾.

Rezzónico define el precio como “la contraprestación que efectúa el comprador, por la cosa que el vendedor le entrega en propiedad”⁽¹²⁾.

Para la Real Academia de Lengua Española, el precio es “el valor pecuniario en que se estima una cosa”; sin lugar a dudas, ésta es una definición muy amplia⁽¹³⁾.

Rubino considera que el precio es “la contraprestación equivalente (correspectivo) al derecho transferido”⁽¹⁴⁾.

Como vemos, las definiciones del precio están relacionadas básicamente con la prestación en dinero que debe entregar el comprador en el caso

(2) WAYAR, Ernesto. *Compraventa y Permuta*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1984. p. 249.

(3) Citado por CASTILLO FREYRE, Mario. *El Precio en el Contrato de Compraventa y Permuta*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 1996. p. 31.

(4) Ídem. Op. cit.

(5) BONNETCASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Puebla: Biblioteca Jurídico Sociológica. 1945. p. 529.

(6) MAZEAUD, Henry, León y Yean. *Tratado de Derecho Civil*. Parte III. Volumen III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1959. p. 138

(7) GASCA, C. L. *Compraventa Civil y Comercial*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1931. p. 542.

(8) Citado por BADENES GASSET, Ramón. *El Contrato de Compraventa*. Tomo I. Buenos Aires: Librería Bosch. 1979. p. 153.

(9) GÓMEZ ESTRADA, César. *De los Principales Contratos*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1996. p. 29.

(10) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Tomo I. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1965. p. 16.

(11) CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit. p. 33.

(12) REZZONICO, Luis María. *Estudio de Contratos en Nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1967. p. 153.

(13) Real Academia de la Lengua Española. Diccionario. Tomo II. p. 1095.

(14) Citado por BADENES GASSET, Ramón. Op. cit. Tomo I. p. 188.

(15) ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 1996. p. 20.

de un contrato de compraventa. Algunos, como vimos, incluso afirman que dicha prestación debe ser equivalente al valor del bien que entrega el vendedor, esto precisamente porque detrás de esta opinión está el hecho de considerar como característica fundamental de la compraventa el ser conmutativa.

Así, según Arias-Schreiber, la compraventa: “es conmutativa, pues las partes han previsto con anticipación los beneficios y las pérdidas potenciales del contrato y, salvo situaciones especiales y que se examinarán en su momento (...). no están sujetas a factores de carácter aleatorio y las obligaciones recíprocas se consideran equivalentes”⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, aclara De La Puente y Lavalle que estos conceptos de sacrificios y ventajas no calzan con el lenguaje jurídico contractual, pues en los contratos, si bien pueden tener como efecto la obtención de una ventaja o la asunción de un sacrificio, ello es un propósito subjetivo que no es tomado en cuenta para determinar la naturaleza del contrato. Puede no materializarse una ventaja sin que por ello el contrato pierda su calidad de oneroso o gratuito. No es conveniente, por lo tanto, fijar el concepto de la onerosidad y de la gratuidad a base de las ventajas y sacrificios que reciben o sufren las partes, cuya existencia o magnitud es difícil de determinar; sino en razón de las obligaciones que asumen y de las prestaciones que deben ejecutar. De

esta manera, es mucho más fácil conocer objetivamente cuándo nos encontramos frente a un contrato oneroso o a uno gratuito⁽¹⁶⁾. En ese orden de ideas, define el contrato conmutativo como “aquél en 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 otra parte, si la hubiere”⁽¹⁷⁾.

2. La definición económica del precio

Una vez descrita la definición jurídica del precio conforme a la doctrina jurídica en general, veremos en seguida la definición económica del precio desde el punto de vista de la doctrina económica, la misma que, a lo largo de la historia, ha sido ampliamente tratada por un sinnúmero de estudiosos desde las más variadas posiciones filosóficas, teológicas, sociológicas, antropológicas, éticas, entre otras. Dentro de esta gran mixtura de opiniones e ideologías, escogimos, como base de estudio, la más moderna doctrina económica mayoritaria concebida con el nombre de: la teoría subjetiva del valor⁽¹⁸⁾.

A este respecto, resulta fundamental comprender la distinción entre valor de uso y valor de cambio para entender la manera cómo se llegan a establecer los precios. Este problema fue planteado por primera vez por el padre de la economía Adam Smith, a través de

(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Volumen XI. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 1998, p. 212.

(17) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Primera parte. Tomo I, p. 219.

(18) Para esta parte, recurrimos a la siguiente bibliografía: LEKACHMAN, Robert. *Historia de las Doctrinas Económicas*. Buenos Aires: Edit. Victor Lerú S.R.L. 1962; LANDRETH, Harry y COLANDER, David C. *Historia del Pensamiento Económico*. México D.F. Edit. CECOSA. 1998; BARBER, William J. *Historia del Pensamiento Económico*. Madrid: Alianza Editorial. 1970; FRIEDMAN, Milton. *Teoría de los Precios. Teoría de los Precios*. Chicago: Editorial Alianza. 1962; MEINER, Roger E. y MILLER, Robert. *Microeconomía*. 3era edición. México: Ed. Mc Graw Hill, pp. 3-98; POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 11-33; PINDYCK, Robert S. *Microeconomía*. 4ta edición. Madrid: Prentice Hall. 4ta. 1998; QUIRK, James P. *Microeconomía*. Barcelona: Antoni Bosh. 1998, pp. 3-21. LLOYD, Reynolds G. *Principios de Microeconomía*. Barcelona: El Ateneo. 1997. MACHÓN MORCILLO, Francisco. *Principios de Economía*. Madrid: Mc Graw Hill. 1996, pp. 3-51; GONZALES FABRE, Raúl. *Justicia en el Mercado*. Caracas: UCAB. 1998; COOTER, Robert y ULEN, Tomas. *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998; CASSEL, Gustavo. *Economía Social Teórica*. Madrid: Edit. Aguilar. 1960, pp. 147-205; JAMES, Emile. *Historia del Pensamiento Económico*. Madrid: Edit. Aguilar. 1963, pp. 21-248; DENIS, Henri. *Historia del Pensamiento Económico*. Barcelona: Edit. Ariel. 1970, pp. 155-436; entre otros.



El precio determinable por tercero en la compraventa

“la paradoja del agua y el diamante”. Dicho economista indicaba que nada es más útil que el agua, pero que con ella difícilmente podría comprarse algo o muy pocas cosas podrían intercambiarse con ella. Por el contrario, un diamante con dificultad posee un valor de uso, pero frecuentemente puede intercambiarse con él una gran cantidad de bienes. Los teóricos clásicos no pudieron resolver este dilema porque pensaban en términos de la utilidad total que el agua y los diamantes proporcionaban a los consumidores y no comprendían la importancia de la utilidad marginal. Los economistas marginalistas, en cambio, propusieron que no es la utilidad total de un bien la que ayuda a averiguar su valor de cambio, sino la utilidad de la última unidad consumida. Así, por ejemplo, el agua es ciertamente útil, necesaria para la vida, pero como es relativamente abundante, el consumo de un vaso más irá disminuyendo hasta tener un valor relativamente bajo. Los marginalistas redefinieron el concepto de valor de uso sustituyendo la idea de la utilidad total por la idea de utilidad marginal o adicional; es decir, la utilidad de una unidad adicional de un bien⁽¹⁹⁾.

De esta manera, podemos explicar la razón por la cual un mismo bien puede llegar a tener distintos precios o valores de intercambio, sin que ello signifique negar su valor de uso. Las personas son las que determinan el precio de cada una de sus transacciones de manera absolutamente subjetiva. El precio está relacionado con el valor marginal de un bien; es decir, con el valor de una cantidad adicional del bien. Así, por ejemplo, el agua tiene un precio bajo no porque su “valor de uso” sea bajo, pues evidentemente es alto ya que no podríamos vivir sin ella, sino porque su valor marginal, es decir lo que estaríamos dispuestos a pagar para poder beber un vaso más, es bajo.

El intercambio es una actividad económica dirigida a obtener el máximo beneficio con los medios disponibles y se debe, simplemente, a la existencia de diferencias en las valuaciones subjetivas que de los mismos bienes hacen los individuos. El intercambio solo podrá tener lugar cuando sea ventajoso para las dos partes, cuando cada cual obtenga subjetivamente más de lo que da. Así, por ejemplo: Si “A” da a una unidad de “X” mayor valor que a una de “Y”, y “B” da a una unidad de “Y” mayor valor que a una de “X”, entonces será posible el intercambio. Por ello, el primer intercambio de una porción de “X” por una porción de “Y” es muy ventajoso para ambas partes. El segundo intercambio ya lo será menos, puesto que ambas partes le atribuirán un menor valor a lo que reciben y algo más a lo que dan. La relación entre los valores subjetivos de las mercancías para cada individuo se modificará hasta que sea igual para ambos. En este punto, cesará el intercambio puesto que no habrá incentivo para continuarlo⁽²⁰⁾.

El precio, entonces, revela las valorizaciones subjetivas de las partes contratantes. Si alguien pagó un precio por algo, es porque lo valoriza en más de lo que pagó; y si alguien estuvo dispuesto a venderlo, es porque lo valoriza en menos del precio pactado.

Pensemos en un mercado imaginario; por ejemplo, donde existen tres compradores que desean una misma silla de distinta manera. “C1” la valora en \$10, “C2” en \$15 y “C3” en \$20; y el vendedor “V1” la valora en \$15. Conforme a las reglas de la economía de mercado, “V1” no transferiría su silla a favor de “C1”, pues perdería \$5, tampoco lo haría a favor de “C2”, ya que “V1” valora su bien en \$15 y le daría lo mismo tener la silla o \$15, por lo que si se le ofrece esa suma, al no obtener ninguna ganancia, no incurriría

(19) Que tiene entre sus más importantes representantes a los marginalistas: Gossen, Jevons, Menger y Walras.

(20) A este respecto cabe precisar que Adam Smith había exhumado de la literatura anterior la vieja paradoja del diamante-agua: los diamantes tienen un precio elevado pero son de poca utilidad; en tanto que el agua tiene un precio bajo, pero tiene una gran utilidad. Los teóricos clásicos no pudieron resolver esta paradoja porque pensaban en términos de la utilidad total que el agua y los diamantes proporcionaban a los consumidores y no comprendían la importancia de la utilidad marginal (ROLL, Eric. *Historia de las Doctrinas Económicas*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1942, T. 1, p. 357).

en la molestia de efectuar el cambio. Sólo si el precio es superior a \$15, hay un vendedor y un comprador. En nuestro ejemplo, la única posibilidad que resulta beneficiosa para “V1” es la que le ofrece “C3”, por lo que el precio se fijará en algún punto entre el límite superior marcado por el comprador efectivo (C3) y el límite inferior marcado por el vendedor efectivo (V1)⁽²¹⁾.

De esta manera, podemos explicar la razón por la cual un mismo bien puede llegar a tener distintos precios o valores de intercambio sin que ello signifique negar su valor de uso. Las personas son las que determinan el precio de cada una de sus transacciones de manera absolutamente subjetiva. Al respecto, debemos recordar que según el principio del costo-beneficio, cada persona buscará realizar una actividad si y sólo si los beneficios que espera son superiores; sin embargo, dichos beneficios tenderán a ser decrecientes a medida que obtenemos una unidad más de la misma cosa⁽²²⁾. Asimismo, en cuanto al principio del costo de oportunidad vimos que, al optar por una alternativa sacrificando varias opciones,

nuestro costo de oportunidad venía a estar dado por la mejor de las opciones que dejamos de lado por obtener lo que buscamos⁽²³⁾.

Por otro lado, tenemos que la racionalidad de los agentes que interactúan en el mercado es un problema fundamental de la teoría económica debido a su complejidad. No existe un modelo de racionalidad aplicable a todas las personas, cada cual actúa de acuerdo a distintas motivaciones que escapan a una regla general. No es posible, entonces, establecer un criterio objetivo para determinar quien es irracional o racional a la hora de tomar decisiones económicas, pues la mayor parte de las veces, por las deficiencias del mercado como es la falta de información, decidimos de manera intuitiva⁽²⁴⁾.

3. El precio determinable

Los contratos con precio determinable son aquellos que carecen de uno inicial y se encuentran sometidos a una fase peculiar *pendiente pretio*, distinta de las

(21) Ver: BENEGAS LYNCH, Alberto. Op. cit., pp. 21-112.

(22) Así por ejemplo, en el caso de que estemos sentados cómodamente escuchando un disco antiguo cuando nos damos cuenta de que las canciones que vienen no son de nuestro agrado, es en ese momento en que decidiremos entre levantarnos y saltar esas canciones o quedarnos quietos. El beneficio será evitar esas canciones que no nos gustan y el costo será la molestia de levantarnos de la silla. Si estamos cómodos y la música no es muy molesta probablemente no nos levantemos, pero si es muy molesta seguramente sí lo haremos. Según los economistas aún en decisiones muy sencillas como éstas es posible expresar los costos y beneficios relevantes en términos monetarios. Entonces, si consideráramos el costo de levantarnos de la silla, encontraríamos que si a una persona de clase media le ofrecen un céntimo de sol por levantarse probablemente no lo aceptaría, pero si le ofrecen cien soles seguramente lo haría de inmediato. Aunque, evidentemente, habrá un precio mínimo por el cual estaríamos dispuestos a levantarnos de la silla (FRANK, Robert H. *Microeconomía y Conducta*. Madrid: MacGraw-Hill. 1992, pp. 5 y 6).

(23) Así, por ejemplo, si una persona nos pregunta cuánto cuesta ir al cine, no podríamos darle una respuesta completa, pues en primer lugar, el coste no es tanto la “x” cantidad de dinero que tenemos que pagar por la entrada al cine, sino las otras cosas que podríamos comprar con dicha cantidad. Por otra parte nuestro tiempo es un recurso escaso que debe figurar en dicho cálculo. Tanto el dinero como el tiempo representan oportunidades perdidas por ir al cine o lo que los economistas denominan “coste de oportunidad”. Destinar un recurso a un fin significa no poder destinarlo a otro, por lo tanto, cuando pensamos destinar un recurso cualquiera a un fin, debemos considerar el siguiente mejor uso que hubiéramos podido darle. Este siguiente mejor uso es la medida formal del costo de oportunidad (PINDYCK, Robert S y RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*. Cuarta Edición. Madrid: Prentice Hall. 1998, p. 56).

(24) Así, por ejemplo, Herbert Simon fue el primero en decir que los seres humanos son incapaces de comportarse como los seres racionales que describen los modelos convencionales de la elección racional. Como pionero de la inteligencia artificial llega a esta conclusión justamente cuando trataba de enseñar a una computadora a razonar un problema. Simon descubre que cuando nos encontramos ante un enigma raras veces llegamos a una solución clara y lineal, más bien buscamos de una manera casual hechos e información potencialmente relevantes y normalmente desistimos cuando logramos un umbral que supuestamente resuelve el problema, por lo que las conclusiones generalmente son incoherentes e incluso incorrectas. Pese a ello, las soluciones a las que arribamos nos son útiles aunque imperfectas. En palabras de Simon, somos “satisfechos”, no maximizadores. (Fernández Baca, José. *Microeconomía: Teoría y Aplicaciones*. V. I. Lima: Universidad del Pacífico. 2000, pp. 259 y 260).



El precio determinable por tercero en la compraventa

situaciones de pendencia propias de la condición y el término, que se puede reconstruir a partir de ellas.

Teniendo en cuenta que la pendencia del precio determinable está provocada por un *certus an, incertus quando, incertus quantum* y no se presume establecidas a favor de ningún contratante, como más bien en perjuicio de todos ellos. Esta situación se podrá calificar como una pendencia de la obligación de pagar el precio en cuanto a sus efectos definitivos.

No obstante lo anterior, el contrato y la misma obligación de pagar tienen una cierta exigibilidad provisional, estos se encuentran especialmente sometidos a las obligaciones derivadas de la buena fe; no están sometidos a pendencia la obligación de entregar la cosa, ni los efectos reales que se derivan de ella. Debe descartarse, entonces, que el precio determinable suponga un régimen especial en cuanto a los riesgos de la cosa vendida y no cabe instar la resolución por impago del precio mientras éste sea desconocido, pero sí por cualquier otro motivo.

Al respecto, Muñoz nos dice que “el contrato de compraventa es **perfecto, válido y eficaz**, cuando en él se indica un criterio seguro para la determinación del precio, por ejemplo precio de lista, etc. Empero, si el criterio para la fijación no es seguro, la venta no será perfecta”⁽²⁵⁾.

Peirano, por su parte, opina que “el objeto del contrato puede ser determinado o determinable (artículo 1283° del Código Civil, que señala que ‘la cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije las reglas o contenga datos que sirvan para determinarla’)”⁽²⁶⁾.

Considera Roberto De Ruggiero que “el precio debe ser cierto y determinado, o, por lo menos, debe el contrato contener los elementos necesarios para su determinación (..)”⁽²⁷⁾.

Piensen Ripert y Boulanger que “no existe venta donde no haya un precio fijado. Pero basta que el precio sea determinable por vía de relación directa con elementos que no dependan de la voluntad de las partes”⁽²⁸⁾.

Sostiene De La Puente y Lavalle que “el precio es determinado cuando no ha sido objetivamente fijado el monto, pero se han fijado criterios y referencias que permiten establecer con certeza, sin influencia posible de la voluntad posterior de las partes”⁽²⁹⁾.

A este respecto, cabe recordar que la doctrina mayoritaria considera que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo. Entonces, en el caso del precio determinable, cabría preguntarse si se trata de un contrato conmutativo. Acerca de este concepto existirían dos corrientes doctrinarias:

La primera, relaciona la aleatoriedad con la pérdida o beneficio económico que las partes pueden obtener de su transacción.

Esta posición está representada por Planiol y Ripert, quienes sostienen que:

esta distinción no es sino una subdivisión de los contratos a título oneroso. El contrato oneroso es conmutativo, cuando la extensión de las prestaciones que se deben las partes es inmediatamente cierta, de manera tal que cada una de ellas puede apreciar de inmediato el beneficio o la

(25) MUÑOZ, Luis. *Contratos*. T. II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1960. p. 304.

(26) PEIRANO FACIO, Jorge y Ordoqui Castillo, Gustavo. *Contratos*. Montevideo: Ediciones del Foro S.R.L. 1997. p. 278.

(27) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1944. p. 336.

(28) RIPERT, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo VIII. Buenos Aires: La Ley. 1971. p. 39.

(29) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 94.

pérdida que le causa el contrato; es aleatorio cuando la prestación debida por una de las partes depende de un acontecimiento incierto, que impide esta valorización hasta su realización⁽³⁰⁾.

Explica Valencia Restrepo que:

los contratos onerosos se dividen en conmutativos o aleatorios, según que las partes, al momento de contratar, conozcan o no con certeza las correspondientes prestaciones y, por tanto, puedan apreciar o no de inmediato la utilidad y el gravamen que de ellas derivan⁽³¹⁾.

De igual manera opina Ospina quien afirma que:

se entiende que un acto jurídico no es aleatorio cuando los resultados económicos que está llamado a producir se pueden apreciar con más o menos precisión desde el momento mismo de su perfeccionamiento. Por el contrario, si en tal momento no puede hacerse dicha estimación, porque la utilidad o el sacrificio que el acto haya de reportar a quienes participan en él depende del azar o aleas, será aleatorio⁽³²⁾.

A juzgar por Rezzónico, la compraventa es un contrato “generalmente conmutativo porque casi siempre las ventajas son ciertas para ambas partes desde el momento mismo en que contratan y la prestación u obligación del comprador y del vendedor son consideradas equivalentes la una de la otra”⁽³³⁾.

Según Lete del Rio, el contrato de compraventa es “ordinariamente, conmutativo, porque las prestaciones de los contratantes suelen estar determinadas sin riesgo de pérdida o ganancia. No obstante, mediante pacto expreso, se puede configurar el contrato como aleatorio”⁽³⁴⁾.

Comenta Trincavelli que la compraventa “es habitualmente conmutativa porque en la mayoría de los casos las ventajas están determinadas desde el momento de la celebración del contrato”⁽³⁵⁾.

Diez Picazo afirma que:

existe conmutatividad porque, normalmente, a partir de la conclusión del contrato es posible conocer las ganancias obtenidas por cada contratante, que no depende de circunstancias todavía desconocidas, de riesgo o de azar, aunque puedan existir algunas compraventas que son excepcionales aleatorias⁽³⁶⁾.

Dice Gómez Estrada que:

Como de ordinario la utilidad que resulta de la compraventa para ambos contratantes es equivalente, el contrato es por regla general conmutativo; pero como en ocasiones el contrato de compraventa envuelve una perspectiva incierta de ganancia o pérdida o en general un alea, como se compra la suerte en la hipótesis de que trata la parte final del art. 1869° (ampio spei), la compraventa también puede ser contrato aleatorio (...) ⁽³⁷⁾.

(30) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Compendio de Derecho Civil*. México D. F.: Editorial Pedagogía Americana. 1996. p. 819.

(31) VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Teoría General de la Compraventa*. Bogotá: Temis. 1983. p. 53.

(32) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y de los demás negocios jurídicos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1994. p. 55.

(33) REZZÓNICO, Luis María. Op. cit. p. 14.

(34) LETE DEL RIO, José M. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1990. p. 22.

(35) TRINCAVELLI, Nélida E. *La Compraventa en Roma*. Buenos Aires: Lerner Editores. 1970. p. 38.

(36) DIEZ PICAZO, Luis y otros. *Sistema de Derecho Civil*. Segunda Edición. Volumen II. Madrid: Editorial Temis. 1980. p. 317.

(37) GÓMEZ ESTRADA, César. Op. cit. p. 5.



El precio determinable por tercero en la compraventa

De igual manera, opina Borda al aseverar que:

“El contrato de compraventa tiene las siguientes características (...) e) es conmutativo porque es de su naturaleza que los valores intercambiados (cosa y precio) sean aproximadamente equivalentes; sólo por excepción suele ser aleatorio, lo que ocurre cuando se compra una cosa que puede o no existir”⁽³⁸⁾.

Otra opinión doctrinaria relaciona la aleatoriedad con la existencia de una de las prestaciones. Así, nos dice Wayar que, por lo común, la compraventa es un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir ambas partes son ciertas, es decir, conocidas *a priori*. Así, tanto el vendedor como el comprador tienen conocimiento cierto, al tiempo de formarse la convención, de la existencia y cantidad (*quantum*) de las respectivas obligaciones. Por el contrario, cuando una prestación sea incierta, el contrato dejará de ser conmutativo para convertirse en aleatorio⁽³⁹⁾.

De Buen sostiene que la compraventa es “un contrato conmutativo, no obstante lo cual en algún caso puede revestir el carácter de aleatorio; tal sucede en caso de que se compre una cosa sin la seguridad de que llegue a existir, pagándose, desde luego, el precio”⁽⁴⁰⁾.

Etcheverry afirma que hay compraventas que son conmutativas y otras que no lo son. Se da el primer supuesto cuando, al celebrarse el contrato, las prestaciones de las partes son ciertas y determinadas. Si la compraventa es de cosa futura o sometida a riesgo, ella es aleatoria y no conmutativa. El citado autor

dice que salvo estos casos, la compraventa siempre supone un equilibrio de prestaciones, desde que el ordenamiento no admite el traspaso de bienes de una persona a otra sin contraprestación alguna⁽⁴¹⁾.

Belluscio por su parte opina que:

El contrato de compraventa tiene los siguientes caracteres: (...). d) Conmutativo. Porque al celebrarse el contrato las prestaciones de las partes son ciertas. Sin embargo, si la compraventa es de cosa futura o de cosa sometida a riesgo, la compraventa deja de ser conmutativa y pasa a ser aleatoria⁽⁴²⁾.

Dice Lafaille que el contrato de compraventa:

Tanto puede ser conmutativo como aleatorio. En general es el primero por cuanto de antemano cabe conocer cual es la ventaja que cada uno de los interesados debe obtener en la convención; pero excepcionalmente, se convierte en aleatorio cuando se contrata sobre simple esperanza, esto es sobre una cosa susceptible de llegar o no a existir, tomando el comprador dicho riesgo a su exclusivo cargo (...) ⁽⁴³⁾.

Spota acerca de la compraventa suscribe que:

Es un contrato conmutativo, pero esto por regla general. Sabemos que el contrato conmutativo es aquel en el cual las prestaciones, al celebrarse esa convención, son ciertas (...). Lo que se opone al contrato conmutativo es el aleatorio, o sea, aquel en que una o todas las prestaciones dependen de un hecho incierto⁽⁴⁴⁾.

(38) BORDA, Guillermo. Op. cit., pp. 168-169.

(39) WAYAR, Ernesto. Op. cit., p. 22.

(40) COLIN, Ambroise y Capitant, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. T. IV. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1955, p. 13.

(41) ETCHEVERRY, Raúl Anibal. *Derecho Comercial y Económico (Contratos). Parte Especial I*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1991, pp. 7 y 8.

(42) BELLUSCIO, Augusto C. *Código Civil y Leyes Complementarias*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1988, p. 369.

(43) LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*. T. II. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina. 1928, pp. 6 y 7.

(44) SPOTA, Alberto G. *Contratos*. Volumen IV. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1980, p. 13.

Como vemos, la doctrina esta dividida y no hay una opinión predominante. Sin embargo, nos inclinamos por la segunda posición doctrinaria, considerando que el precio que pactan las partes contratantes es siempre una apreciación subjetiva y que, por tanto, aquellas no pueden saber con exactitud, objetivamente, cuál es el beneficio o la pérdida que le ocasionará determinada transacción. Entonces, el contrato de compraventa será conmutativo cuando las partes conocen la identidad de las prestaciones; es decir, las prestaciones son ciertas (determinadas o determinables) y será aleatorio, cuando las partes no conocen la identidad de una de las prestaciones (indeterminadas).

Así, por ejemplo, si compramos un automóvil que nos servirá para movilidad, podemos valorar su utilidad en \$100 diarios por un tiempo aproximado de dos años; sin embargo puede ocurrir que hayamos cometido un error de cálculo de las ganancias que esperamos obtener, pues no consideramos que el automóvil que adquirimos es de baja calidad, que los costos de mantenimientos sean muy altos, que al tercer mes de su adquisición podría suceder un accidente, etcétera. Todo lo cual provocará que el resultado de nuestro análisis de costo beneficio sea distinto al que esperábamos. No existe una transacción con riesgo cero, siempre existirán riesgos y lo que trataremos es disminuirlos o evitarlos.

Si consideráramos que un contrato es aleatorio cuando no podemos determinar los beneficios o las pérdidas que nos ocasionará, entonces todos los contratos serían aleatorios. Por ello, entendemos que dicho concepto sólo debería aplicarse en el caso que una de las prestaciones pactadas en el contrato no llegue a existir. Pero incluso, en este último caso, estaríamos frente a una grave contradicción legislativa, pues entre los requisitos de validez del acto jurídico está que el objeto sea determinable⁽⁴⁵⁾, lo que obviamente no ocurre en el caso de un contrato aleatorio como la compraventa de esperanza incierta⁽⁴⁶⁾. Del mismo modo, existe una grave contradicción en el caso de la compraventa de bien futuro en que las partes ponen en riesgo la calidad y cantidad del bien objeto del contrato⁽⁴⁷⁾, respecto a lo establecido en las obligaciones de dar bien incierto (determinable), donde se establece como requisito esencial que las partes, al momento de la suscripción del contrato, conozcan la calidad y cantidad de los bienes⁽⁴⁸⁾. Todo lo cual demuestra la relatividad de los conceptos analizados para este trabajo.

Por otro lado, sabemos que la doctrina mayoritariamente establece que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo; es decir; que las prestaciones que se deben las partes son “ciertas”. Al decir “ciertas”; nos estaríamos refiriendo también al

(45) Artículo 219°.- Causales de nulidad

El acto jurídico es nulo:

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

(46) Artículo 1536°.- Compra-venta de esperanza incierta

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

(47) Artículo 1534°.- Compra venta de bien futuro

En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Artículo 1535°.- Riesgo de cuantía y calidad del bien futuro

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

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

(48) Artículo 1142°.- Obligación de dar bien incierto

Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por especie y cantidad.



El precio determinable por tercero en la compraventa

tema del “precio cierto”, es decir al precio que tiene como única condición su existencia misma. De manera tal que quedaría descartada la otra posibilidad referida a que cada una de las partes, al momento de obligarse, puede apreciar de inmediato el beneficio o la pérdida que le ocasionará tal acto⁽⁴⁹⁾.

En el contrato de compraventa, las partes, al momento de suscribir el contrato, no pueden saber con exactitud cuál es el beneficio o la pérdida que les ocasionará dicha transacción; es decir, no pueden efectuar un análisis objetivo de costo-beneficio, porque no existe tal parámetro, ya que la valoración de los bienes obedece a una apreciación absolutamente subjetiva.

En cuanto a los supuestos que se plantea para el caso del precio determinable, existirá un precio si éste llega a determinarse de acuerdo a ciertos parámetros fijados por las partes contratantes, no importando que el monto al que dicho precio ascienda sea conocido o no al momento de suscribirse el contrato.

A este respecto, cabe anotar que en la economía existen principios fundamentales como son el costo-beneficio, el cual propone que los sujetos que participan en el mercado buscan obtener el máximo beneficio al menor costo posible, por lo que los economistas opinan que somos “individuos maximizadores”. De esta manera, los sujetos actuantes en el mercado normalmente buscarán obtener el mayor beneficio posible como resultado de cada una de sus transacciones; es por ello que antes de efectuar una transacción, cada

contratante analiza el beneficio o la pérdida que eventualmente podría obtener como resultado, sólo si piensa que obtendrá una ganancia se decidirá a efectuarla. Sin embargo, ya vimos que dicho análisis esta plagado de subjetividades que hacen imposible una decisión plenamente eficiente, pues la mayoría de veces actuaremos simplemente por intuición.

También es necesario recordar el principio de la aversión al riesgo⁽⁵⁰⁾ que señala que los individuos normalmente son renuentes al riesgo, prefieren las cosas seguras y los resultados menos inciertos. Por este motivo, los economistas piensan que las actividades que reducen la incertidumbre o el riesgo del consumo de los individuos son las que mejoran el bienestar económico de la sociedad en general⁽⁵¹⁾. Pero, como vimos, sólo en un mercado de competencia perfecta no existirían costos de transacción; es decir, sólo en este mercado ideal estaríamos plenamente informados y muy probablemente, conforme al principio de costo-beneficio, las partes contratantes en su condición de individuos maximizadores buscarían obtener el mayor beneficio sabiendo con exactitud el resultado económico de sus transacciones.

Sin embargo, en la realidad que vivimos nuestros mercados son imperfectos y, por tanto, existen deficiencias como la falta de información que nos impiden tomar decisiones plenamente eficientes basadas en apreciaciones objetivas. Justamente, ese es un factor fundamental que no podemos descuidar a la hora de establecer nuestra posición.

(49) BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1973, p. 160; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico (Contratos)*. Parte Especial, Buenos Aires: Editorial Astrea. 1991, pp. 8 y 9; ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano* de 1984. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 1996. p. 20; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Lima: Editorial San Marcos. 1998. p. 159; BELLUSCIO, Augusto. Op. cit. p. 369. MAZEAUD, Henri, Jean y León. Op. cit., Parte III. Volumen III. p. 17; MUÑOZ, Luis. Op. cit., Tomo II. p. 181.

(50) Según Samuelson, ganador del premio Nóbel en economía, los individuos generalmente son renuentes al riesgo, pues prefieren una cosa segura antes que unos niveles de consumo inciertos, es decir prefieren los resultados menos inciertos. Por esta razón las actividades que disminuyen la incertidumbre y el riesgo del consumo son las que mejoran el bienestar económico. SAMUELSON, Paul A. *Economía*. Madrid: McGraw-Hill. 1996, pp. 190 y 191.

(51) Sin embargo, en el caso del precio determinable, las partes contratantes prefieren los resultados inciertos y se sienten atraídos hacia el riesgo. En este supuesto, ninguna de las partes sabe cual es el beneficio o la pérdida que le ocasionará tal acto, en otras palabras juegan a una lotería, cuyas probabilidades ni siquiera están determinadas para suponer que tienen un incentivo económicamente razonable.

Hacer un contrato absolutamente completo, en el que las partes puedan describir todos los riesgos y se imputen a una de ellas, es en la realidad de los hechos absolutamente imposible. Nunca se podrá hacer un contrato que regule todas las posibles contingencias. Por eso se dice que sólo hay contratos incompletos (como los contratos que prevén una cantidad necesariamente limitada de supuestos de hecho, de contingencias en que debe transcurrir el contrato). Es por ello que algunos estudiosos del análisis económico piensan que en el caso del precio determinable el motivo básico de la indeterminación se debe a los costos de transacción. Las partes dejan sin regular una parte del contrato porque los costos de prever y negociar una determinada contingencia son mayores que los posibles beneficios que se derivan si esa contingencia se diese. Entonces, para juzgar si un coste cualquiera es elevado o reducido, debe compararse con las consecuencias que resultarían de prescindir de él. En ese orden de ideas, podría darse el caso que el coste de la indeterminación sea menor al de transacción, lo que podría deberse a que el coste de la indeterminación sea muy bajo (superdeterminación⁽⁵²⁾) o que el coste de transacción sea muy alto (irrelevancia

del disenso⁽⁵³⁾). Evidentemente, estas son muy buenas explicaciones del por qué razonablemente elegiríamos un contrato de compraventa con precio determinable. Sin embargo, como vimos, las motivaciones que están detrás de dicha elección son infinitas como las explicaciones sobre el tema⁽⁵⁴⁾.

4. La naturaleza jurídica del tercero designado por las partes contratantes

El artículo 1544° del Código Civil dispone lo siguiente:

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

a) Carácter de la función del tercero

Se discute en doctrina respecto al carácter que desempeña el tercero, planteándose las figuras del perito, del mandatario, del árbitro y del arbitrador.

(52) “La superdeterminación” se produce cuando el contexto concreto en que tiene lugar el acuerdo proporciona a los contratantes un precio que estos pueden conocer fácilmente y sin costo adicional. El contexto en que se produciría la indeterminación sería contractual (los usos de un conjunto de personas o la repetición de contratos entre las mismas partes) o institucional (que se identifica con lo que la doctrina denomina evidentes, indiscutibles, inconvencionales o notorios, como los fijados administrativamente, los monopolios, las tarifas de aprobación oficial, o los que se negocian en un mercado organizado con cotización oficial). La función que pretenden cumplir las normas que regulan ese entramado de precios y garantizar su evidencia estará dada justamente para facilitar la transparencia del mercado y reduciendo los costos de transacción. FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. *La Compraventa con Precio Determinable*. Madrid: Editorial Edijus. 2001, pp. 235-238.

(53) Entiéndase bien que el precio no es nunca irrelevante sino en algunos casos su determinación (la fijación exacta de la cuantía). La irrelevancia del disenso se produce cuando ambos contratantes saben que pretenden precios distintos y que el coste de llegar a un acuerdo sobre el precio promete ser elevado, pero, a pesar de todo, prefieren contratar a que el disenso impida el contrato. Esto se debería a que en ocasiones las diferencias entre el comprador y el vendedor carecen de relevancia frente a la necesidad de contratar. Como el coste de fijar el precio debe ponerse en relación con el coste de oportunidad de no llegar a contratar, el disenso puede ser irrelevante: cada parte prefiere que haya contrato y pretende que el precio se acerque al suyo, pero en caso de no lograrlo esta dispuesta a aceptar el de la otra parte como mal menor, porque el riesgo de deber o recibir el precio de la otra parte es menor al coste de no contratar ahora. Un ejemplo clásico es el de una fábrica paralizada porque se ha estropeado una cadena de montaje. Lo más seguro es que el fabricante encargue la pieza de repuesto sin preguntar siquiera por su precio, que en cualquier caso será irrelevante frente a los costes de tener la fábrica parada. Una compraventa así tiene un precio determinable. Igual sucede en el caso un ama de casa al hacer las compras semanales en el hipermercado, donde será normal que compruebe y compare los precios de los productos más relevantes por su cuantía y volumen, pero sin mirar el precio de la sal y mostaza, aunque le conste que podría encontrar esos productos a mejor precio en otro sitio, sin embargo en el conjunto del contrato que va a realizar con el almacén su precio le da igual. (Idem. Op. cit.).

El precio determinable por tercero en la compraventa

Así, por ejemplo, Pothier⁽⁵⁵⁾, Aubry y Rau⁽⁵⁶⁾, Laurent⁽⁵⁷⁾ Gasca⁽⁵⁸⁾ y Josserand⁽⁵⁹⁾, consideran que el tercero que fijará el precio es un perito. A este respecto, De la Puente y Lavalle acertadamente aclara que “es preciso descartar la figura del perito dado que su dictamen no tiene carácter vinculante para las partes o para el juez, mientras que la fijación del precio por tercero será obligatorio para las partes”⁽⁶⁰⁾.

Otro sector de la doctrina al que pertenecen, entre otros, Planiol y Ripert⁽⁶¹⁾, Mazeaud⁽⁶²⁾, Borda⁽⁶³⁾, Salvat⁽⁶⁴⁾, Wayar⁽⁶⁵⁾ y Castillo Freyre⁽⁶⁶⁾, considera que el tercero juega el rol de mandatario de las partes contratantes y, por ello, el vendedor y el comprador están obligados a respetar y acatar sus decisiones, porque ellas lo han designado de común acuerdo.

A este respecto, Bianca refuta esta hipótesis afirmando que si bien es cierto que el tercero se sustituye a las partes en la determinación de la relación contractual, no podría decirse que por ello asume el ropaje de un representante. La figura del representante, aclara, destaca por su poder representativo externo; esto es, por el poder de cumplir un acto que compromete al

representado frente a terceros. La persona designada, en cambio, no se avala de un poder de tal naturaleza porque su determinación queda en el ámbito de la relación ya constituida entre las partes que han recurrido a su arbitrio; el tercero no ejercita ningún poder en nombre ajeno, sino desarrolla su actividad en nombre propio con efecto sobre la relación contractual, según lo establecido por las partes⁽⁶⁷⁾.

Al respecto, Planiol y Ripert, al analizar las sentencias judiciales que consideran esta función como un mandato, afirman que “esto provoca algunas dificultades, pues el papel del mandatario es una simple facultad de representación, y se trata de tener una voluntad independiente de las partes”⁽⁶⁸⁾.

Esta posición parecería concordar con la opinión de Díez Picazo, quien considera que como en el caso propuesto en el que uno de los elementos del negocio no haya sido determinado, se podría originar un conflicto de intereses que pondría en riesgo o peligro la independencia o rectitud del representante. Esto debido a que en la determinación del precio existen intereses contrapuestos de parte del comprador y del vendedor,

(54) Al respecto, Fajardo Fernández comenta: “En conclusión, el miedo a la indeterminación del precio no está justificado. Suele provenir de la reflexión abstracta más que de la observación de la realidad (...). Con frecuencia, la oposición a admitir lo indeterminado nace de olvidar que toda indeterminación voluntaria responde a alguna finalidad, toda indeterminación delimitada es una cierta determinación relativa. La mayor parte de las veces, la indeterminación surge porque las partes dejan sin regular voluntariamente algún punto del contrato. No hay que temerla, sino delimitarla, entenderla, completarla. Entonces dejará de ser un ‘agujero negro’ del que el Derecho debe huir, para convertirse en un “espacio vacío” que es completado por los ‘espacios llenos’ que lo delimitan”. (FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. Op. cit., p. 56)

(55) POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de Contratos*. T. I. Buenos Aires: Editorial Atalaya. 1948, pp. 18 y 19.

(56) Citado por: CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 189.

(57) Ídem. Op. cit.

(58) GASCA, C. L. Op. cit., Tomo I, p. 557.

(59) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. II. Vol. II. Buenos Aires: Editorial Bosch. 1952, p. 13.

(60) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Op. cit., p. 103.

(61) Op. cit., p. 191.

(62) MAZEADUD, Henri, Jean y León. Op. cit., Parte III. Vol III, p. 143.

(63) BORDA, Guillermo A. Op. cit., p. 198.

(64) SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo I, p. 305.

(65) WAYAR, Ernesto. Op. cit., p. 278.

(66) CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 200.

(67) BIANCA C., Massimo. *La vendita e la permuta*. Torino: Unione Tipografica- Editrice Torinese. 1972, p. 329.

(68) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., p. 918.

quienes buscarán obtener el máximo beneficio posible a costa de la otra parte⁽⁶⁹⁾.

Por otro lado, autores como Josserand⁽⁷⁰⁾ y Laurent⁽⁷¹⁾, piensan que las partes pueden dejar la determinación del precio al arbitraje de un tercero. A este respecto, De la Puente y Lavalle comenta que el artículo 1407° del Código Civil, al cual hace referencia el artículo 1544° del mismo Código, habla de confiar la determinación de uno de los elementos del contrato al arbitrio de tercero; por lo cual se ha pensado que esta función será de un árbitro. Además, esta doctrina no podría ser aceptada porque el arbitraje supone siempre un litigio entre las partes, mientras que en el caso del artículo 1544° del Código Civil no existe litigio sino sólo la conclusión del contrato de compraventa. Cita a continuación a Diez Picazo quien manifiesta que “se trata de un problema terminológico que desde antiguo ha sido resuelto distinguiendo entre el árbitro y el arbitrador, correspondiendo al primero llevar a cabo un arbitraje y al segundo una operación de arbitrio, es decir ejercitando su facultad de decisión”. En tales condiciones, dice el autor, lo más acertado es darle al tercero que ha de fijar el precio una calidad autónoma: la de arbitrador⁽⁷²⁾.

Esa es también la posición de Giuseppe Chiovenda, quien hace la distinción entre las nociones de árbitro y arbitrador, de la siguiente manera:

Desde hace tiempo se discute doctrinariamente la diferencia entre árbitro

y arbitrador. El árbitro conoce de una relación litigiosa, como de ella conocería el juez. El arbitrador está llamado a determinar una relación pacífica en sí misma, un elemento no definido por las partes (por ejemplo, el precio de una venta, la participación de un socio en una sociedad). El arbitrador no declara derechos existentes, sino que completa relaciones jurídicas, lo cual no tiene importancia sino para el derecho civil⁽⁷³⁾.

Nosotros estamos de acuerdo con esta última posición propugnada también por Lafaille⁽⁷⁴⁾, Bianca⁽⁷⁵⁾, Rezzónico⁽⁷⁶⁾, Gómez Estrada⁽⁷⁷⁾, Messineo⁽⁷⁸⁾, Muñoz⁽⁷⁹⁾, entre otros; quienes aceptan esta distinción utilizando el nombre de arbitrador para designar a la persona a cuyo arbitrio se someten las partes.

b) Número de arbitradores

Si bien el artículo 1544° del Código Civil habla de confiar la determinación del precio a un tercero (en singular), según la doctrina mayoritaria no hay inconveniente en que el arbitrador sea más de uno.

Si varios son los arbitradores, su actuación se efectuará de acuerdo con lo que dispone el acto de nombramiento. Si nada se dijera sobre el particular, surge el delicado problema de establecer si el acuerdo entre los arbitradores debe ser adoptado por mayoría o por unanimidad.

Wayar cita el artículo 2006° del Esbozo de Freitas, según el cual si los terceros a cuyo arbitraje fue dejada

(69) DIEZ-PICAZO, Luis. *La Representación en el Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1979, pp. 199-214.

(70) JOSSE RAND, Louis. Op. cit., T. II, Vol. II, p. 13.

(71) Citado por: CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 189.

(72) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 103.

(73) Citado por: GÓMEZ ESTRADA, César. Op. cit.

(74) LAFAILLE, Héctor. Tomo II. Op. cit., p. 65.

(75) BIANCA C., Massimo. Op. cit., p. 462.

(76) REZZÓNICO, Luis María. Op. cit., p. 157.

(77) GÓMEZ ESTRADA, César. Op. cit.

(78) Ídem. Op. cit.

(79) MUÑOZ, Luis. Op. cit., Tomo II, p. 310.



El precio determinable por tercero en la compraventa

la determinación del precio estuviesen en discordia, decidirá la mayoría de votos. Badenes sostiene que aún cuando el criterio de la unanimidad parezca más conforme a la naturaleza del acto, el sentido de la mayoría tiene la ventaja práctica de facilitar la obtención del acuerdo, disminuyendo en gran medida los obstáculos que la unanimidad puede presentar⁽⁸⁰⁾.

Manresa, por su parte, considera que cuando las partes no han manifestado expresamente que en caso de disenso se esté a lo que resuelva la mayoría, es presumible que han querido seguir la opinión unánime de todos los arbitradores, pues en realidad la opinión de la mayoría es la opinión de todos y si los contratantes se ha sometido al criterio de todos, éste y no otro, por autorizado que parezca, es el que hay que seguir⁽⁸¹⁾.

Criterio parecido tiene López de Zavalía al decir que hay quienes opinan que la decisión deba ser adoptada por la mayoría, pero que él entiende que para esto haría falta, en ausencia de la voluntad explicitada, una norma supletoria.

Por su parte, De la Puente y Lavalle⁽⁸²⁾ opina que si se han designado varios arbitradores para que actúen conjuntamente, debe considerarse que es porque desean que todos ellos participen en la determinación del precio, lo cual no ocurriría si la decisión es tomada por la mayoría: desde que la minoría tendría un parecer diferente, sólo la unanimidad les garantizaría un parecer diferente⁽⁸³⁾.

En nuestra opinión, ambas posiciones doctrinarias tienen un sustento razonable que nos inclina a pensar que, en caso se hayan designado dos o más arbitradores, las partes contratantes deberían estipular la manera cómo llegar a un acuerdo. Sin embargo,

en caso no se haya establecido dicho procedimiento, pensamos que debería primar el criterio de la unanimidad considerando que la voluntad de las partes es que todos los arbitradores determinen el precio, siendo la opinión de cada cual fundamental a la hora de establecer la decisión final.

c) Carácter de la designación

Como hemos dicho más adelante, la doctrina mayoritaria sostiene que el precio puede ser determinable, siempre y cuando se hayan fijado los criterios que permitan establecerlo con certeza, sin influencia posterior de las partes.

A este respecto, Torres Méndez sostiene que el precio a determinarse por un tercero es un caso de precio determinable y no de precio indeterminado, agregando que cuando las partes han acordado que el precio va a determinarlo un tercero, ello significa que si bien el precio aún no está determinado, las partes al menos han fijado el modo de determinarlo; razón por la cual, el precio es determinable siempre y cuando se haya cumplido con el requisito de la certidumbre. Cita a continuación a C. Massimo Bianca, quien expresa que “el deferir a la decisión de un tercero no importa un negocio incompleto. En cuanto las partes hayan fijado el procedimiento de determinación del precio, ellas han hecho a este último determinable, expresando así aquella indicación mínima del objeto que es suficiente para el surgimiento del vínculo contractual”⁽⁸⁴⁾.

Entonces, podemos concluir que en nuestro ordenamiento se ha previsto la actuación del tercero como uno de los mecanismos previstos contractualmente para la determinación del precio, es decir, para convertir en determinado lo que sólo era determinable.

(80) WAYAR, Ernesto. Op. cit., p. 286.

(81) Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 104.

(82) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 105.

(83) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los Contratos*. Tomo II. Parte Especial. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor. 1976, p. 84.

(84) TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 210.

d) Naturaleza Jurídica de la referencia al arbitrio del tercero

Acerca de este tema existen muchas teorías que, si bien no es el tema de nuestro trabajo, las expondremos brevemente para luego dar nuestra opinión.

Empezaremos con Demante, quien entiende que se podría tratar de un contrato sujeto a condición suspensiva:

Cuando se ha convenido en fijar el precio en base corriente del mercado, se podría estar tentado de decir igualmente que la venta es pura y simple; sin embargo, como los acontecimientos políticos, o accidentales, inundaciones, incendios del día indicado, pueden consistir en obstáculos a la uniformidad del mercado del día indicado, será necesario reconocer que la venta depende una eventualidad, que ella es condicional⁽⁸⁵⁾.

A esta tesis se adhieren Baudry⁽⁸⁶⁾, Aubry u Rau⁽⁸⁷⁾, Machado⁽⁸⁸⁾, Lafaille⁽⁸⁹⁾, Acuña Anzorena⁽⁹⁰⁾, López de Zavalía⁽⁹¹⁾, Rezzónico⁽⁹²⁾ Castillo Freyre⁽⁹³⁾, entre otros.

Nosotros no estamos de acuerdo con esta posición por cuanto ello implicaría considerar que el precio está inmerso a una condición. Ello implicaría negar que el precio pueda ser determinable y que constituya un

elemento esencial del contrato de compraventa. Así opina Paolo Greco y Gastone Cottino al afirmar que: “en jurisprudencia se ha hablado a este respecto de la venta bajo condición suspensiva: calificación que nos deja perplejos ya que la condición no puede abordar un elemento esencial del contrato”⁽⁹⁴⁾.

Además, hay que considerar la importancia y trascendencia jurídica de precisar si la condición suspensiva suspende la existencia o suspende la eficacia del contrato. A este respecto, Pothier⁽⁹⁵⁾, Planiol⁽⁹⁶⁾ y Rezzónico⁽⁹⁷⁾ consideran que el contrato que se ha suspendido no existe y que tiene la esperanza de nacer algún día. Por su parte, Enneccerus⁽⁹⁸⁾, Kelsen⁽⁹⁹⁾ y Gutiérrez González⁽¹⁰⁰⁾ consideran que, por el contrario, el contrato sujeto a condición suspensiva ya nació y existe como cualquier otro, con la variante que están sólo en suspenso sus efectos.

Como vemos, en nuestro caso, por la primera posición, el contrato de compraventa no existiría en tanto se determine el precio. Por la segunda posición, en cambio, el precio, al ser un elemento esencial del contrato de compraventa, no podría estar inmerso en una condición suspensiva, pues ello implicaría aceptar que, al no estar reunidos todos los elementos del contrato, éste no existiría en tanto se produzca la condición, que es lo

(85) Citado por: CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 282.

(86) Citado por: REZZÓNICO, Luis María. Op. cit., p. 157.

(87) Ídem Op. cit.

(88) Ídem Op. cit.

(89) Ídem Op. cit.

(90) Ídem Op. cit.

(91) Ídem Op. cit.

(92) Ídem Op. cit.

(93) CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 283.

(94) Citado por: TORRES MÉNDEZ, Miguel Op. cit., p. 213.

(95) Citado por: GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de Obligaciones*. Décima Edición. México D.F: Editorial Porrúa S.A. 1995. p. 877.

(96) Ídem. Op. cit.

(97) REZZÓNICO, Luis María. Op. cit., p. 171.

(98) Ídem. Op. cit.

(99) Ídem. Op. cit.

(100) Ídem. Op. cit.

El precio determinable por tercero en la compraventa

que precisamente intentan negar⁽¹⁰¹⁾. Además, según Betti, la explicación del precio determinable como condicional estaría desfasada, pues mientras el negocio condicional está completo y somete la producción de sus efectos a una circunstancia accidental, el que tiene precio determinable está incompleto y somete a un hecho externo el elemento que le falta, pero no la eficacia negocial⁽¹⁰²⁾. A esta posición se adhieren Hernández Gil⁽¹⁰³⁾, Castán⁽¹⁰⁴⁾, García Cantero⁽¹⁰⁵⁾, Badenes⁽¹⁰⁶⁾, Bianca⁽¹⁰⁷⁾, Criscuolo⁽¹⁰⁸⁾, Gernhuber⁽¹⁰⁹⁾, Staudinger⁽¹¹⁰⁾, entre otros .

Por otra parte, existe otra posición doctrinaria como la de Gomes Estrada quien opina que:

Por último, algunos consideran (Planiol y Ripert) que cuando en el caso del art. 1865° se deja al arbitrio de un tercero la fijación del precio de la compraventa,

el contrato no existirá sino hasta tanto ese tercero fije el precio. En los eventos citados, pues, se dan situaciones en que están afectado el contrato en su integridad, como un todo, pero en ellos, en realidad, se trata de casos de *conditio juris*, y por tanto de negocios incompletos más bien que condicionados⁽¹¹²⁾.

Al respecto, Degni apunta que “la *conditio iuris*, impropia dicha tal, es más el presupuesto para la eficacia de algunos negocios jurídicos que se suponen ya perfectos en todos sus elementos sustanciales”⁽¹¹³⁾.

Igualmente, Espín considera que “la crítica a la venta condicionada, pretende obviarse configurando una *conditio iuris*, pero se observa que subsiste la dificultad de elevar a requisito de eficacia un elemento esencial del contrato”⁽¹¹⁴⁾.

(101) A este respecto León Barandiarán, planteaba su duda entre si se trata de un contrato sujeto una condición suspensiva o si simplemente no hay contrato alguno: “el artículo 1387° (del Código civil de 1936) dice que si el tercero no señala el precio, caduca la venta. Esto vendría a significar que el contrato se ha producido, que ya ha habido compraventa, sólo que ella quedó sometida a una condición a realizarse; que ya las partes habían decidido la compra-venta, faltando sólo la concreción del quantum del precio. Pero, de otro lado, es de juzgar que propiamente no ha habido contrato, que éste sólo surge cuando el precio resulta fijado; de modo que antes sólo existió un ante-acto; de suerte que las partes no pueden retractarse; pero no estimándose que haya habido contrato, porque éste no llegó a perfeccionarse”. LEÓN BARANDIARAN, José. Op. cit. Tomo I, p. 18. Asimismo, Larroument opina que: “una condición nunca puede recaer sobre un elemento esencial del contrato; sólo puede referirse a elementos accesorios, y no puede ser sino modalidad del contrato, y nunca es una condición de validez del contrato”. LARROUMENT, Christian. *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1993. Igualmente Degni opina que “La condición debe referirse a un acontecimiento extraño a los elementos esenciales del negocio jurídico, que deben suponerse existentes”. DEGNI, Francisco. *La Compra-venta*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1957, p. 116.

(102) Citado por: FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. Op. cit., p. 216.

(103) Ídem. Op. cit.

(104) Ídem. Op. cit.

(105) Ídem. Op. cit.

(106) Ídem. Op. cit.

(107) Ídem. Op. cit.

(108) Ídem. Op. cit.

(109) Ídem. Op. cit.

(110) Ídem. Op. cit.

(111) A este respecto Fajardo Fernández alega que “al contrario de la obligación de pagar el precio, cuya exigibilidad y cumplimiento se encuentran obstaculizados notablemente cuando no se puede conocer la cuantía debida, en principio nada impide que el vendedor cumpla sus obligaciones. Esto muestra hasta qué punto es inadecuada al contrato con precio determinable la aplicación del modelo condicional suspensivo, que llevaría a suspender la exigibilidad de esta obligación” (Op. cit. p. 519).

(112) GÓMEZ ESTRADA, César. Op. cit., p. 28.

(113) DEGNI, Francisco. Op. cit.

Según Puig Peña, una de las notas fundamentales de la condición es “que el acontecimiento que integra la condición no forme parte de los elementos típicos del negocio; por lo que, no son tales las llamadas *condictiones iuris*, es decir aquellos supuestos o circunstancias que son necesarios para que el negocio produzca sus efectos”⁽¹¹⁵⁾.

Por su parte, De Puente y Lavalle comenta:

Con la finalidad de obviar la dificultad que -en el Derecho italiano, francés y español- presenta la retroactividad de la condición, algunos autores, entre quienes cabe citar a De Martini y Cariota-Ferrara, han intentado utilizar el expediente de la *conditio iuris* que, según Messineo, no es verdadera y propia condición y, por consiguiente, tampoco elemento accidental del negocio, sino que constituye un requisito objetivo al que está subordinada la eficacia del negocio. Sin dicho requisito, agrega, el negocio no puede ser eficaz, aún cuando las partes se hayan abstenido de hacer depender de él la suerte del negocio mismo, desde que la *conditio iuris* es sobreentendida, o tácita. El reflejo práctico del desconocimiento a la *conditio iuris* del carácter de condición en sentido técnico, está en la no aplicabilidad de las normas reguladoras de la condición propia y, sobre todo, del principio de la retroactividad: de ahí que el negocio viene a ser eficaz ex

nunc o sea desde el momento en que sobreviene la *conditio iuris*⁽¹¹⁶⁾.

Entonces, como vemos, la compraventa con precio determinable no sería un contrato condicionado; es decir el pacto del precio determinado por tercero no sería ni una condición suspensiva ni una *conditio iuris*. Además está el hecho que en el Perú la condición no tiene efectos retroactivos⁽¹¹⁷⁾, lo que provocaría que la compraventa, desde su origen, no reúna los elementos esenciales especiales necesarios para su existencia, como son: el bien y el precio, hasta la determinación de este último.

Otra explicación la propone Badenes Gasset quien, comentando el Código Civil español, nos dice:

Observando el artículo 1447° se ha llegado a la conclusión de que en él existe, además del contrato de compraventa, un segundo acuerdo de las partes sobre manera de llevar a cabo la determinación del precio. Este segundo convenio tiene, respecto del primero una cierta sustantividad que permite configurarlo como contrato⁽¹¹⁸⁾.

Sobre el tema, De La Puente y Lavalle piensa que:

El acuerdo entre las partes contractuales sobre sometimiento a la determinación del arbitrador tiene naturaleza jurídica de un pacto, en el sentido de estipulación secundaria que se agrega al acuerdo básico constitutivo del contrato, sin desconocerse con ello que el pacto es en sí un contrato, aunque sea accesorio

(114) ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1983, p. 559.

(115) PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1974. p. 29.

(116) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., pp. 54 y 55.

(117) Art. 177°.- La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

(118) BADENES GASSET, Ramón. Op. cit. Tomo I, p. 211.

El precio determinable por tercero en la compraventa

desde que no puede existir sino vinculado al contrato principal⁽¹¹⁹⁾.

Torres Méndez se adhiere a esta opinión afirmando que:

esta es la verdadera naturaleza jurídica del acuerdo bajo estudio porque, como se ha explicado, el precio a determinarse por un tercero es un precio determinable. De tal manera que el acuerdo por el cual se ha convenido en una compraventa

este precio determinable viene a ser, pues, simplemente una parte de este contrato, pero no una parte especial y condicional, sino una parte propia y esencial, además del mismo⁽¹²⁰⁾.

“Los contratos con precio determinable son aquellos que carecen de uno inicial y se encuentran sometidos a una fase peculiar pendiente pretio, distinta de las situaciones de pendencia propias de la condición y el término, y que se puede reconstruir a partir de ellas”.

Nosotros estamos de acuerdo con esta última posición en el sentido que pensamos que dicho acuerdo es un pacto, considerando además su carácter accesorio que no puede existir sino vinculado al contrato principal de compraventa⁽¹²¹⁾.

e) Momento de efectuar la designación

El artículo 1544° del Código Civil establece que es válida la compraventa cuando se confía la

determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente; por lo que sería tan válido el contrato en el que se designa al arbitrador como aquél en que éste fuera designado posteriormente.

En efecto, según De La Puente y Lavalle, existiría un error de concepto en el artículo 1544°, pues si el pacto de designación de tercero no figurara al celebrarse el contrato, no existiría precio determinado o determinable, lo que acarrearía la nulidad del contrato de compraventa.

La designación posterior del arbitrador daría lugar a que sólo en el momento de efectuar dicha designación el contrato de compraventa adquiriese validez. Sin embargo, más adelante agrega que si las partes contratantes han estipulado que el precio sea fijado por un tercero, pero no han designado quien será éste, entonces se habrá dado inicio al mecanismo de designación; por lo que, el contrato será válido, pero no eficaz hasta que efectivamente se efectúe tal designación⁽¹²²⁾.

Sobre el particular, Wayar piensa que lo frecuente será que el tercero sea designado por las partes al momento de la celebración del contrato; hipótesis que no ofrecería ninguna dificultad pues habría simplemente que atenerse a los términos del contrato.

(119) LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p.106.

(120) TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 214.

(121) Felipe Sánchez Román manifiesta que “el pacto es, en cuanto a su fuerza o eficacia, lo mismo que el contrato, y su diferencia tan sólo consiste en que el primero es una parte del segundo, llamándose así las condiciones o particulares que el contrato contiene o se le adjuntan” Citado por ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 76. Por su parte, La Puente y Lavalle expone que: “El pacto tiene significado muy parecido al de “estipulación”, que se entiende como un acuerdo accesorio, convenido dentro del marco de un contrato típico, que simplemente tiene por finalidad cubrir un punto específico. Separado del contrato, el pacto es, en sí mismo, un contrato”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Volumen I. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. 1983. p. 93.

(122) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica. 1999, pp. 106-107.

Pues, cuando las partes postergan la designación del tercero para un momento posterior a la celebración del contrato, surgen algunos inconvenientes; por lo que debería considerarse existente el contrato desde el momento en que, las partes designen al tercero, para que así se cumpla con los requisitos de este contrato, pues antes de dicho acto faltaría un elemento esencial para que dicha convención sea considerada una compraventa⁽¹²³⁾.

Por nuestra parte, concordamos con la posición de Laurent⁽¹²⁴⁾, Lete⁽¹²⁵⁾, Trincavelli⁽¹²⁶⁾, Peirano⁽¹²⁷⁾ y Castillo Freyre⁽¹²⁸⁾, entre otros, pues consideramos que en este caso no debería existir contrato de compraventa, debido a que a cualquiera de las partes le bastaría con no contribuir al cumplimiento del mutuo deber de designar al tercero, para que, en base a su exclusiva voluntad, el contrato devenga en inejecutable. Sería muy difícil para la parte perjudicada probar en la práctica que la otra parte ha actuado culposa o dolosamente, siendo más fácil considerar que se trató de un simple desacuerdo donde no hubo dolo de por medio.

f) Arbitrio de Equidad y Mero Arbitrio

De acuerdo con el artículo 1544° de nuestro Código, son de aplicación los artículos 1407° y 1408° del mismo cuerpo legal, que disponen lo siguiente:

Artículo 1407°.- *Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.*

Artículo 1408°.- La determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe.

Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.

A saber, la distinción entre el arbitrio de equidad (*arbitrum boni vini*) y el mero arbitrio simple (*arbitrum merum*) viene desde el Derecho romano.

Al respecto, De La Puente y Lavalle opina que se entiende por arbitrio de equidad aquél en que “el arbitrador debe proceder según un criterio de atemperación de los intereses de los contratantes, o sea dando cumplimiento a las normas de equidad”. El mero arbitrio, en cambio, permite al arbitrador proceder a la determinación según su libre elección. Sin embargo, el mismo autor señala que, esto no debería entenderse en un sentido literal, ya que el artículo 1408° del Código Civil lleva implícita la idea que el arbitrador no debe proceder de mala fe, de tal manera que la libertad de determinación no sería absoluta, desvinculada de toda motivación, sino que estaría limitada por su necesaria adecuación a la buena fe⁽¹²⁹⁾

Por su parte, Barassi considera que el arbitrio de equidad es también subjetivo en cuanto que es obra de una valoración individual. Afirma que lo característico del arbitrio de equidad es la valoración objetiva de las circunstancias, como lo haría cualquier dirigente y ponderado observador. Equidad en materia de arbitrio, quiere decir tener en cuenta las

(123) WAYAR, Ernesto. Op. cit. p. 2.

(124) Citado por: CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit. pp. 214-215.

(125) LETE DEL RIO, José M. Op. cit., p. 22.

(126) TRINCAVELLI, Nélica E. Op. cit., p. 53.

(127) PEIRANO FACIO, Jorge y Ordoqui Castillo, Gustavo. Op. cit., p. 274.

(128) CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit.

(129) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Op. cit., p.108.

El precio determinable por tercero en la compraventa

circunstancias concretas como lo haría un prudente valorador⁽¹³⁰⁾.

Según Rubino, en el caso del *arbitrium merum*, se da una autorización para actuar con criterios puramente personales, sin tener en cuenta el valor y la opinión media con la cual, en las mismas circunstancias, habría procedido un hombre medio y equilibrado⁽¹³¹⁾. Del mismo parecer es Pacchioni, al considerar que el *arbitrum merum* no es una decisión arbitraria ni caprichosa, sino un juicio perfectamente serio, en el que lo único que ocurre es que las partes renuncian al control de la posible impugnación, puesto que la fundan en la confianza que merece el tercero⁽¹³²⁾.

Acerca de ello, Díez-Picazo comenta:

En definitiva, decir que el arbitrador, a quien se encomienda el señalamiento de un precio, ha de proceder equitativamente, es lo mismo que afirmar que ha de señalar un precio justo. El precio marcado por el arbitrador ha de ser un "iustum pretium" (...). Un precio es justo cuando corresponde al autentico valor de la cosa. Ello lleva a pensar que la justicia del arbitrio (...) es un concepto próximo a la exactitud o, mejor, adecuación a un patrón, a un valor. El problema, entonces, consiste en averiguar si este valor, al que ha de adecuarse la decisión del arbitrador, es un valor subjetivo o, por el contrario, puede medirse objetivamente. La respuesta, "prima facie" dada, se inclina hacia el subjetivismo (...).

La diferencia entre arbitrio de equidad y arbitrio simple residiría, entonces, en la característica de la motivación de la decisión del arbitrador. El arbitrador procede con equidad cuando aplica un criterio usual o típico, el criterio normal para la comunidad en la que vive; y procede de buena fe cuando da su auténtico parecer, sea acorde o discorde con el general. El arbitrio de equidad es juicio conforme a una idea objetiva de justicia; y el arbitrio de buena fe, lo es acorde a la idea subjetiva de quien juzga⁽¹³³⁾.

Como vemos, la distinción doctrinaria entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio radica en el carácter de la motivación de la decisión del arbitrador. Por esta razón, pensamos que, en el caso del precio determinable, no debería considerarse el arbitrio de equidad en cuanto sugiere criterios vagos como que la decisión del tercero sea manifiestamente contraria a la equidad, con una desproporción evidente, contraria a los elementos de hecho o las circunstancias del caso. Se pretende utilizar referentes objetivos para cuestionar la valoración hecha por el tercero, cuando lo único que se le debería exigir es actuar de buena fe; es decir, de acuerdo a su autentico parecer, pues, como vimos, la determinación del precio es un proceso absolutamente subjetivo. En ese sentido, sí estaríamos de acuerdo con la aplicación del mero arbitrio como la manera para determinar el precio del contrato de compraventa.

g) Presunción de arbitrio de equidad

Del texto del artículo 1407º del Código Civil se deduce que si no resulta que las partes quisieron remitirse al arbitrio del tercero, el arbitrio de éste debe ser de equidad, ya que le impone el deber de proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.

(130) Citado por: DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El Arbitrio del Tercero en los Negocios Jurídicos*. Barcelona: Bosch. 1957, p. 138.

(131) Ídem Op. cit.

(132) Ídem Op. cit.

(133) Op. cit., pp. 134-141.

La doctrina mayoritaria está de acuerdo con esta solución; así, por ejemplo, Díez Picazo nos dice:

La presunción del arbitrio de equidad tiene un fundamento muy claro si el arbitrio se considera como arbitrio libre. En definitiva, la razón sería que la preferencia por un parecer razonable es, usualmente, normalmente mayor a la que pueda tenerse por una opinión que carece de aquella cualidad. Lo normal es que las partes busquen un parecer razonable antes que pura y real voluntad, rayada en la arbitrariedad. Y el ordenamiento jurídico obra con prudencia al presumir la normalidad de la conducta de los sujetos de derecho⁽¹³⁴⁾.

Por nuestra parte, pensamos que la presunción del arbitrio de equidad en el caso del precio determinado por un tercero no tiene un asidero práctico, en la medida que se pretende utilizar un referente objetivo para cuestionar la valoración hecha por el tercero, cuando lo único que debería exigírsele es actuar de buena fe; es decir, de acuerdo a su auténtico parecer, pues, como vimos, la determinación del precio es un proceso absolutamente subjetivo y, por tanto, no existiría un criterio objetivo ni económico que sirva para calificar como justa o equitativa la decisión del arbitrador independientemente de su real voluntad.

(134) Op. cit., pp. 142 y 143.

(135) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 109 y 110.

(136) Según este autor, en cuanto a la posibilidad de impugnación de la decisión del tercero, en la doctrina jurídica existen cuatro tendencias: una primera que sostiene que, en principio, nunca puede impugnarse la decisión del tercero, una segunda que opina en que si la determinación del precio hecha por el tercero es absoluta y abiertamente inocua o injusta, simplemente deberá considerarse como que no hizo dicha determinación, es decir que no hubo venta; una tercera, que sostiene que si la determinación del tercero da como resultado un precio absolutamente inocuo o desproporcionado, si bien considera que existe determinación del precio, esta puede ser impugnada judicialmente; una cuarta que sostiene que la determinación del tercero sólo es impugnable si el precio resulta ser uno que configure un supuesto de lesión; una quinta que sostiene que la determinación del tercero podría anularse si es que hubiese sido dada mediando vicio de voluntad; y, por último, una sexta que señala que puede impugnarse la determinación del precio si es que el tercero ha excedido las facultades que ambos contratantes le han conferido para efectuar tal determinación. CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., pp. 630 y 631.

h) Impugnación de arbitrio de equidad

De acuerdo a De La Puente y Lavalle:

Si el arbitrador debe hacer una apreciación equitativa y si la equidad, en este caso, debe juzgarse con carácter objetivo, o sea con un criterio aplicable a la normalidad de la comunidad en que viven las partes, es evidente que esta apreciación puede ser realizada por toda persona que tenga un buen criterio, esto es que sepa manejar la equidad. En estas circunstancias, si la decisión del arbitrador es impugnada, el remedio más eficaz es que el arbitrador sea sustituido por otras personas que puedan manejar la equidad, entre las cuales sobresale, evidentemente, el juez, debidamente asesorado, desde luego, por los peritos que fuera menester⁽¹³⁵⁾.

Para Castillo Freyre⁽¹³⁶⁾, existirían tres causales para impugnar esta decisión:

- 1) Cuando la decisión del tercero se haya producido, incurrido en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico; vale decir: error, dolo, violencia o intimidación.
- 2) Cuando la decisión del tercero excediese al ámbito del mandato recibido (aquí es necesario precisar que para este autor nos encontramos frente a un mandato).

El precio determinable por tercero en la compraventa

- 3) En lo referente a los vicios o defectos de contenido de la decisión; vale decir, lo concerniente al monto del precio señalado para el bien, el cual podrá ser impugnado cuando haya sido desproporcionado ya que al decidir las partes contratantes un arbitrio *boni viri*, buscan que la decisión del tercero contenga un precio justo⁽¹³⁷⁾.

Contrariamente, Fajardo Fernández afirma que:

el arbitrio de equidad de un tercero implica que el tercero tiene un ámbito de decisión tal que impugnar su resultado es posible pero difícil. Doctrina y jurisprudencia reconocen que el arbitrio del tercero es impugnable aunque carezca de base legal, pero para admitir la impugnación sugieren criterios vagos como que la decisión del tercero sea manifiestamente contraria a la equidad, con una desproporción evidente, contraria a los elementos de hecho o las circunstancias del caso. Por mucho que se especule sobre estos u otros criterios, el margen de decisión de un tercero que realiza un arbitrio de equidad es muy amplio, y su decisión resulta prácticamente imposible de impugnar con base en este apartado, como muestra el hecho que no conozco ninguna sentencia en la que el TS lo haya concedido⁽¹³⁸⁾.

Por nuestra parte, nos aunamos a la posición de Salvat⁽¹³⁹⁾, Lafaille⁽¹⁴⁰⁾, León Barandiaran⁽¹⁴¹⁾, Muñoz⁽¹⁴²⁾, Machado⁽¹⁴³⁾, Llerena⁽¹⁴⁴⁾, Laurent⁽¹⁴⁵⁾, Peirano⁽¹⁴⁶⁾, Colin y Capitant⁽¹⁴⁷⁾, entre otros; al señalar que no debería existir la posibilidad de impugnar la valoración efectuada por el tercero aduciendo que se trata de un precio muy alto o muy bajo con relación al supuesto verdadero valor del bien objeto del contrato. Excepcionalmente, consideramos que debería poder impugnarse tal decisión en caso se demostrara que el tercero incurrió en error, dolo, fue víctima de violencia o bien se apartó de las bases adelantadas por las partes en el contrato. En los demás casos, lo único que podría exigirse es la fundamentación del precio que se haya fijado. Existiendo ésta, el precio sería irrevocable.

Por otro lado, en cuanto a la discusión en la doctrina acerca de si el juez puede sustituir al tercero cuando su decisión haya sido impugnada por la parte que se sienta perjudicada, nos aunamos a la crítica de Castillo Freyre⁽¹⁴⁸⁾ en el sentido que la función de los tribunales está centrada, en lo referente a los contratos, en dirimir las controversias surgidas por las partes contratantes una vez establecidos todos los elementos (esenciales, naturales y accidentales) de un contrato y no de contribuir con ellas para la conclusión de un acto jurídico de tales características. Por esta razón, no sería adecuado sustituir la labor del tercero por un juez aun siendo asesorado por

(137) Op. cit., pp. 235 y 236.

(138) FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. Op. cit., p. 578.

(139) Citado por: BELLUSCIO, Augusto C. Op. cit., p. 437.

(140) LAFAILLE, Hector. Op. cit. Tomo II. p. 66.

(141) LEÓN BARANDIARAN, José. Op. cit. Tomo I, p. 18.

(142) MUÑOZ, Luis. Op. cit. Tomo II, p. 313.

(143) Ídem. Op. cit.

(144) Ídem. Op. cit.

(145) Ídem. Op. cit.

(146) PEIRANO FACIO, Jorge y ORDOQUI Castillo, Gustavo. Op. cit., p. 279.

(147) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit. Tomo II, pp. 57 y 58.

(148) Op. cit., pp. 247 y 248.

peritos expertos, pues habría que considerar que las partes eligieron al tercero no sólo por sus cualidades técnicas, sino también en razón de sus condiciones morales y personales.

i) Aplicación del mero arbitrio

De La Puente y Lavallo piensa que si las partes convienen expresa o tácitamente en que la determinación del precio queda librada al mero arbitrio del arbitrador, éste queda liberado de actuar con arreglo a la equidad y queda sometido exclusivamente a sus apreciaciones personales, sin considerar pautas prefijadas, pero tampoco sin ofender a la lógica, pues con ello dejaría de ser arbitrio para convertirse en un querer sin freno. Asimismo, precisa que la aplicación del artículo 1408° del Código Civil determina que el arbitrador debe ceñir su conducta al prototipo de conducta social media, teniendo en cuenta el contexto social en que actúa el sujeto. De lo que se trata es de juzgar la conducta del arbitrador en lo referente a la imparcialidad y la corrección, con relación al prototipo para acreditar si ha actuado con mala fe, entendida como la voluntaria imparcialidad de la determinación a favor de uno de los contratantes⁽¹⁴⁹⁾.

Diez Picazo comenta que, frente al arbitrio de equidad, en el cual el arbitrador emite su decisión ligada o vinculada a un criterio objetivo de justicia, el arbitrio simple se presenta como algo enteramente libre, sin vínculos ni ataduras. Sin embargo, el mismo autor afirma que por este camino se llegaría a que el arbitrador no manifieste su opinión sino lo que quisiera, con la consecuencia que el arbitrio se encontraría a un

paso de la arbitrariedad puesto que el arbitrador podría decidir de una manera manifiestamente inicua⁽¹⁵⁰⁾.

Por nuestra parte, concordando con la doctrina mayoritaria, consideramos que el mero arbitrio se presenta como algo enteramente libre.

Así, en el caso del precio determinado por un tercero, al ser el precio resultado de una valorización absolutamente subjetiva, sería prácticamente imposible calificarla de arbitraria teniendo como referente exclusivo un precio cualquiera, pues, como lo expresamos en líneas anteriores, las diversas motivaciones que impulsan la valorización que realizan los sujetos del mercado los llevará a resultados igualmente distintos. Los distintos precios que se acuerden conforme a las reglas del mercado no podrán ser calificados como arbitrarios, pues son el producto de la libre negociación de los sujetos actuantes, quienes tratarán de obtener el máximo beneficio en la satisfacción de sus necesidades.

j) Impugnación del mero arbitrio

De acuerdo al artículo 1408° de nuestro Código Civil, la determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe⁽¹⁵¹⁾ y si faltara la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituirlo el contrato es nulo.

Para establecer lo que es la mala fe es preciso conocer lo que es la buena fe. A este respecto, De la Puente y Lavallo comenta:

La mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro

(149) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*; Op. cit., pp.110 y 111.

(150) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Op. cit. pp. 138 y 139.

(151) Según la Enciclopedia Oméba "En la buena fe lealtad hay una preponderancia del querer sobre el creer. Se obra leal o deslealmente porque así se quiere con pleno conocimiento de la moralidad o inmoralidad del acto. En la buena fe creencia, si bien se obra porque se quiere, se quiere porque se cree que lo obrado encaja en el ámbito de lo legalmente permitido". Asimismo, Alsina define la "buena fe probidad" como el estado ético o voluntad de obrar honestamente, y la "buena fe creencia" como el estado psicológico o creencia en el propio derecho. Citado por FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe en la Concurrencia sobre Bienes Inmuebles". En *Revista de Derecho*. PUCP. Lima, 1987, N° 47, p. 175.

El precio determinable por tercero en la compraventa

objetivo: en sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen (adquirente, poseedor, cónyuge del bígamo), por lo cual se le llama buena fe creencia; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla general de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto (negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria creada por él), lo que determina que se le llame buena fe lealtad⁽¹⁵²⁾.

El mismo autor acerca de la impugnación del mero arbitrio comenta:

“La aplicación del artículo 1408° del Código Civil determina que el arbitrador deba actuar ciñendo su conducta al prototipo de conducta social media, teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto. No se trata de despersonalizar la figura del arbitrador, sino solamente de juzgar su conducta en lo que se refiere a la imparcialidad y la corrección con relación al prototipo (..) .

A diferencia del arbitrador de equidad, que tendrá que buscar el precio justo, el mero arbitrador efectúa su evaluación aplicando sus gustos o preferencias, siempre que no se llegue al capricho o la arbitrariedad, o sea respetando un prototipo de conducta social media”⁽¹⁵³⁾.

Por su parte, Castillo Freyre piensa que existirían tres causales de impugnación para esta decisión:

- 1) Cuando existiere un vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado para el caso del *arbitrum boni viri*.

- 2) Si el tercero excediese las facultades otorgadas en el mandato.
- 3) Cuando el monto del precio señalado por el tercero sea desproporcionado. Habrá precio desproporcionado cuando el precio que resulte, por exceso o por defecto, sea mayor a un quinto (1/5) del justo precio⁽¹⁵⁴⁾.

A continuación, el mismo autor señala respecto del elemento de la buena fe que para evitar que la carga de la prueba recaiga siempre en la parte demandante, proponemos establecer un criterio objetivo que permita presumir la existencia de la mala fe si es que el monto dinerario señalado como precio del bien superase (por exceso o por defecto) un límite en relación al justo precio, el que proponemos sea establecido por el Código Civil, en su artículo 1448°, para invertir la carga de la prueba en la lesión, para presumir la existencia de mala fe por parte del tercero (mandatario-arbitrador-no perito). En este caso, quien debería probar la no existencia de mala fe sería el demandado, no el demandante⁽¹⁵⁵⁾.

Por nuestra parte, consideramos que si el tercero no puede o no quiere determinar el precio, el contrato será resuelto por aplicación del artículo 1371° del Código Civil, desde que la inexistencia del precio es una causal sobreviniente a la celebración del contrato salvo que las partes hayan designado desde un inicio a la persona que lo sustituirá en tal situación.

Con respecto a la determinación del elemento de la mala fe, pensamos no debería presumirse teniendo como criterio exclusivo la desproporción entre el precio fijado por el tercero y el supuesto “precio justo”

(152) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Op. cit., p. 111.

(153) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo III. Volumen XI. Primera Parte. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 1998, pp. 405 y 406.

(154) CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 236.

(155) Op. cit., pp. 248 y 249.

que ha sido arbitrariamente asimilado al “precio de mercado”, pues, tal como lo demostramos, no existe un criterio económico ni objetivo para determinar cuál sería el “precio justo”, independiente de la verdadera voluntad de las partes contratantes en cada caso concreto.

En ese sentido, reafirmamos la posición que sostuvimos para el caso del arbitrio de equidad, donde señalamos que no habría posibilidad de impugnar la valoración efectuada por el tercero aduciendo que se trata de un precio muy alto o muy bajo con relación al llamado “precio de mercado”. Entonces, sólo sería posible impugnar tal decisión en caso se demostrara que el tercero incurrió en error, dolo, fue víctima de violencia o bien se aparto de las bases adelantadas por las partes en el contrato.

k) Retroactividad de la determinación

Hemos visto que algunos autores como Planiol y Ripert⁽¹⁵⁶⁾, Wayar⁽¹⁵⁷⁾, entre otros, piensan que el contrato de compraventa cuyo precio debe ser fijado por un tercero es un contrato sujeto a una condición suspensiva y cuando ésta se cumple sus efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

Al respecto, De La Puente y Lavalle comenta que pese a no participar de la opinión que la designación del tercero para que determine el precio es una condición suspensiva del contrato de compraventa y que el artículo 177° de nuestro Código dispone que la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario, considera que debe otorgarse carácter retroactivo a la determinación hecha por

el arbitrador. La razón de dichas afirmaciones se justificaría en que el contrato de compraventa queda válidamente celebrado desde el momento que las partes están conformes con todos sus extremos, entre los cuales se encuentra el pacto sobre determinación del tercero para que determine el precio, lo que sería una modalidad de precio determinable. Lo lógico sería entonces que, cuando el arbitrador determine el precio, esta determinación deba tener efecto retroactivo al momento de celebrarse el contrato⁽¹⁵⁸⁾.

Contrariamente, Gómez Estrada opina:

Si, en cambio, el tercero fija el precio, según una opinión, adquiere el contrato plena existencia, no a partir del momento en que tal fijación se produce, sino desde el momento de su celebración, porque dicha fijación se entiende hecha retroactivamente, lo que tiene mucha importancia para efectos relacionados con la teoría de los riesgos en la compraventa (art. 1876°). Es de advertir, sin embargo, que, como se hizo ver atrás para casos de naturaleza similar, no se trata de la estipulación de una *conditio facti*, sino de una *conditio iuris*; entendidas así las cosas el contrato a penas tendría existencia al fijarse el precio, o sea que esa fijación no tendría efecto retroactivo⁽¹⁵⁹⁾.

Por otro lado, Fajardo Fernández comenta que:

Los contratos con precio determinable que carecen de uno inicial se encuentran sometidos a una fase peculiar pendiente pretio, distinta de las situaciones de pendencia propias de la condición y el término, y que se puede reconstruir a partir de ellas, teniendo en cuenta que la

(156) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., p. 918.

(157) WAYAR, Ernesto. Op. cit., p. 287.

(158) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Op. cit., pp. 111 y 112.

(159) GÓMEZ ESTRADA, César. Op. cit., p. 30.

El precio determinable por tercero en la compraventa

pendencia del precio determinable está provocada por un *certus an, incertus quando, incertus quantum* y no se presume establecidas a favor de ningún contratante, como más bien en perjuicio de todos ellos. Esta situación se podrá calificar como una pendencia de la obligación de pagar el precio en cuanto a sus efectos definitivos. Aparte de eso, el contrato y la misma obligación de pagar tienen una cierta exigibilidad provisional y se encuentran especialmente sometidos a las obligaciones derivadas de la buena fe; no están sometidos a pendencia la obligación de entregar la cosa ni los efectos reales que se derivan de ella; debe descartarse que el precio determinable suponga un régimen especial en cuanto a los riesgos de la cosa vendida; y no cabe instar la resolución por impago del precio mientras éste sea desconocido; pero sí por cualquier motivo⁽¹⁶⁰⁾.

Por su parte, Luis Muñoz afirma que:

Y es que la venta, en el supuesto que examinamos, es perfecta, válida y eficaz, pues la norma jurídica considera elemento constitutivo suficiente del negocio bilateral el precio determinable. Ahora bien, si no llega a determinarse el precio, el contrato habría de resolverse por imposibilidad sobrevenida de la prestación⁽¹⁶¹⁾.

En ese sentido, los Mazeaud, explican que:

Cuando el contrato contenga un precio determinado o determinable, la compraventa se perfecciona, al menos en principio (..), desde el cambio de los consentimientos del vendedor y el comprador. Ocurre así incluso

cuando el precio es solamente determinable; la formación de la compraventa no se retrasa ya al día en que, por el juego de los elementos de referencia, se conozca el importe del precio.

No es porque tal compraventa se habría concluido bajo la condición suspensiva de la fijación del precio, condición que se retrotraería al día del cambio de los consentimientos. Tal análisis sería inexacto, porque no pueden servir de condición un elemento esencial del contrato; y ese es el caso del precio.

La perfección de la compraventa en el día del cambio de los consentimientos se justifica por la existencia del precio desde ese día. Ciertamente, el importe del precio no será conocido aún; pero los elementos que permitirían fijar el importe son conocidos ya, y la voluntad de las partes no podrá ya modificarlos. El precio, aun solamente determinable, se halla establecido así desde el instante del cambio de los consentimientos; nada se opone a la perfección del contrato⁽¹⁶²⁾.

Por nuestra parte, consideramos que existen dos opciones: la primera sería considerar a la compraventa con precio determinable como un contrato nulo pues; al momento en que las partes expresan su consentimiento, carece de un elemento esencial especial como es el “precio determinado”; entonces, mientras esté pendiente su determinación en realidad, no se ha suspendido la eficacia del contrato sino su existencia misma; la segunda posibilidad, con la que discrepamos, sería considerar a la compraventa con precio determinable como

(160) FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. Op. cit., p. 632.

(161) MUÑOZ, Luis. Op. cit., Tomo II, p. 306.

(162) MAZEAUD, Henri, Jean y León. Op. cit. Parte III. Vol. III., pp. 146-147.

(163) Ver: Artículo 1529º del Código Civil Peruano.

un contrato de efectos obligatorios⁽¹⁶³⁾, lo que sería suficiente para considerarla válida, perfecta y eficaz desde el momento en que las partes contratantes expresan su consentimiento⁽¹⁶⁴⁾.

Esta segunda posición es la que habría adoptado un gran sector doctrinario, la que es utilizada para justificar la existencia de otros supuestos como la compraventa de bien futuro que, al igual que la compraventa con precio determinable, carece en su origen de un elemento esencial especial. Así, en opinión de De la Puente:

De acuerdo con el ordenamiento legal, el contrato de compraventa no tiene efectos reales sino meramente obligacionales. Al respecto el artículo 1529° del Código Civil dispone que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

No existe, en principio, inconveniente conceptual alguno para que el vendedor se obligue a transferir al comprador la propiedad de un bien que aún no existe, pero que hay razonable certidumbre de que llegue a existir. En efecto, si bien el vendedor está obligado a transferir la propiedad, puede no cumplir inmediatamente esta obligación sino una vez que el bien cobre existencia.

Las mismas razones que han llevado al codificador a admitir la compraventa de bien ajeno, que descansa en la separación entre la obligación de transferir la propiedad a la ejecución de la prestación de dar mediante la cual se cumple tal obligación, son aplicables a la *emptio rei speratae*.

El sistema del título y el modo brinda la posibilidad de comprometerse a transferir, aún cuando dicha transferencia no sea todavía factible, y ello sin salir del molde de la compraventa ni condicionar la eficacia del contrato.

Téngase presente que en esta modalidad de venta existe una razonable certidumbre de que el bien va a cobrar existencia en el futuro, de tal manera que es también razonablemente previsible que el vendedor podrá cumplir su obligación de transferir al comprador la propiedad del bien, cuando ello ocurra.

Si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, quedando el vendedor obligado a transferir la propiedad del bien al comprador y éste quedará obligado a pagar su precio.

Si por alguna razón el bien no llega a tener existencia, la obligación de transferir su propiedad se habrá convertido en imposible, lo que dará lugar a que la compraventa, por ser un contrato con prestaciones recíprocas, quede resuelta de pleno derecho, por aplicación del artículo 1431° del Código Civil. En tal caso, el comprador no estará obligado a pagar el precio ni el vendedor a indemnizar al comprador por la falta de existencia del bien, a no ser que tal falta de existencia le sea imputable⁽¹⁶⁵⁾.

Entonces, bajo este punto de vista, el hecho que el precio determinado esté ausente al momento de celebrarse el contrato de compraventa no quiere decir que no haya contrato ni que sus efectos estén condicionados, pues para que haya compraventa sólo sería suficiente que, al momento en que se acordó

(164) Esta es la opinión de Enneccerus al decir que “la compraventa es un negocio obligatorio y los efectos inmediatos de la misma son de naturaleza obligatoria” ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. T. II Barcelona. 1950, p. 14.

(165) DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Op. cit., pp. 57-58.

El precio determinable por tercero en la compraventa

el contrato, el precio sea determinable, es decir potencialmente “determinado”⁽¹⁶⁶⁾. De esta manera, resultaría innecesario disponer el carácter retroactivo de la fijación del precio a cargo del tercero, pues el contrato reúne desde el origen todos los elementos de validez necesarios para ser plenamente eficaz.

Con el mismo criterio, si bien es cierto que el monto al que asciende el precio no puede ser conocido en el momento mismo de la celebración del contrato, los parámetros que permiten determinarlo son conocidos desde un inicio por las partes y éstas no podrán ya modificarlos; ello significaría aceptar que estamos ante un contrato aleatorio, desde que, para un sector doctrinario, la conmutatividad implica que las partes deben conocer desde el origen la identidad de las prestaciones, a no ser que aceptemos que dicha calificación sólo se hará al momento de la ejecución de las prestaciones, lo que implicaría calificar a los contratos de prestaciones recíprocas como conmutativos o aleatorios no al momento de su formación, sino al ejecutarse las prestaciones⁽¹⁶⁷⁾.

Siguiendo con la posición que criticamos, el hecho que el precio determinable no pueda ser determinado en el futuro no sería causal de nulidad sino de resolución del contrato. Entonces, resultaría innecesario que el Juez substituya la voluntad del arbitrador para completar el contrato, pues si una de las partes se siente perjudicada por la indeterminación del precio⁽¹⁶⁸⁾, debería poder solicitar

la resolución del contrato de compraventa, ya que la causa que origina dicho perjuicio es sobrevenida a la celebración del contrato y no contemporánea al mismo⁽¹⁶⁹⁾.

A modo de conclusión

Restaría emitir nuestra reflexión final acerca de la exposición realizada, concluyendo lo siguiente:

1. El precio revela las valorizaciones subjetivas de las partes contratantes. Si alguien pagó un precio por algo es porque lo valoriza en más de lo que pagó y si alguien estuvo dispuesto a venderlo es porque lo valoriza en menos del precio pactado.
2. La doctrina jurídica mayoritaria considera que el precio de los bienes que se intercambian a través del contrato de compraventa tiene un valor objetivo. Sin embargo, hemos analizado que en la doctrina económica la teoría objetiva del valor ha sido superada por la teoría subjetiva del valor, siendo el precio el resultado de una apreciación absolutamente subjetiva de las partes contratantes al momento de establecer el valor de los bienes que intercambian, utilizando el dinero como medio de cambio.
3. La doctrina jurídica mayoritaria considera como segundo requisito del precio el que sea cierto, entendiendo dicha certidumbre en el sentido de que se trate de un precio determinado o determinable. Así, el precio determinado es aquel cuyo monto se

(166) Por lo que no sería necesario que existan efectos retroactivos a fin de completar el contrato, pues éste ya está completo.

(167) Ello también implicaría cuestionar la idea conmutatividad que para otro sector doctrinario implica la equivalencia de las prestaciones, calificación que debe observarse al momento de la celebración del contrato y no al momento de su ejecución.

(168) Posibilidad descartada en nuestra legislación desde que el Juez completará la determinación del precio en sustitución de la voluntad del tercero.

(169) Entonces, en el contrato de compraventa con precio determinable no deberían estar sometidos a pendencia la obligación de entregar la cosa ni los efectos reales que se derivan de ella. Así, en el caso que el precio no pudiera ser determinado por alguna razón no imputables a las partes contratantes y el vendedor haya entregado el bien al comprador, podríamos aplicar lo previsto en el artículo 1431° de nuestro Código, que trata de la resolución del contrato sin culpa de las partes, disponiendo que en tal caso el deudor liberado (comprador) perdería su derecho a la contraprestación además de estar obligado a restituir lo que habría recibido del acreedor (vendedor).

fija expresamente en el contrato de compraventa y el precio determinable es aquel cuyo monto, si bien no se fija expresamente en el contrato, en este último caso, al momento de suscribirse el contrato, se establecen las reglas necesarias y suficientes para que, sin la posterior intervención de las partes contratantes, se pueda determinar el precio. Por nuestra parte, teniendo en claro que, en principio, el precio es la expresión de la subjetividad de las partes contratantes, deberían ser éstas las únicas que puedan llegar a establecerlo.

4. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, el mero arbitrio se presenta como algo enteramente libre. Así, en el caso del precio determinado por un tercero, al ser el precio resultado de una valorización absolutamente subjetiva, sería prácticamente imposible calificarla de arbitraria teniendo como referente exclusivo un precio cualquiera, pues las diversas motivaciones que impulsan la valorización que realizan los sujetos del mercado los llevará a resultados igualmente distintos. Los distintos precios que se acuerden conforme a las reglas del mercado no podrán ser calificados como arbitrarios, pues son el producto de la libre negociación de los sujetos actuantes, quienes verán satisfechas sus necesidades al elegir la mejor alternativa que, en determinadas circunstancias, maximizará la satisfacción de sus necesidades.

5. Tal como sucede en el caso del arbitrio de equidad, no debería existir posibilidad de impugnar la valoración efectuada por el tercero argumentando que se trata de un precio muy alto o muy bajo con relación al precio de mercado. Entonces, sólo sería posible impugnar tal decisión en caso se demostrara que el tercero incurrió en error, dolo, fue víctima de violencia o bien se apartó de las bases adelantadas por las partes en el contrato.

6. Existe un sector doctrinario que considera que debe otorgarse carácter retroactivo a la determinación hecha por el tercero. La razón de dichas afirmaciones se justificaría en que el contrato de compraventa queda

válidamente celebrado desde el momento en que las partes están conformes con todos sus extremos; entre los cuales se encuentra el pacto sobre determinación del tercero para que determine el precio, lo que sería una modalidad de precio determinable. Lo lógico sería entonces que, cuando el arbitrador determine el precio, esta determinación deba tener efecto retroactivo al momento de celebrarse el contrato.

7. En nuestra opinión, existen dos opciones para comprender la naturaleza jurídica del precio determinable. La primera sería considerar a la compraventa con precio determinable como un contrato nulo pues, al momento en que las partes expresan su consentimiento, carece de un elemento esencial especial como es el “precio determinado”; entonces, mientras esté pendiente su determinación en realidad no se ha suspendido la eficacia del contrato sino su existencia misma. La segunda posibilidad, con la que discrepamos, sería considerar a la compraventa con precio determinable como un contrato de efectos obligatorios, lo que sería suficiente para considerarla válida, perfecta y eficaz desde el momento en que las partes contratantes expresan su consentimiento. Entonces, si el precio determinable no puede ser determinado en el futuro, no sería causal de nulidad sino de resolución del contrato.

8. Por último, invitar a nuestros juristas a investigar las importantes consecuencias de este estudio que busca contribuir en la formación de un sistema jurídico más eficiente y justo, que se muestre acorde con los avances de nuestra sociedad.

Bibliografía

- ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 1996.
- BADENES GASSET, Ramón. *El Contrato de Compraventa*. Tomo I. Buenos Aires: Librería Bosch. 1979.

El precio determinable por tercero en la compraventa

BELLUSCIO, Augusto C. *Código Civil y Leyes Complementarias*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1988.

BIANCA C., Massimo. *La vendita e la permuta*. Torino: Unione Tipografica- Editrice Torinese. 1972.

BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Puebla: Biblioteca Jurídico Sociológica. 1945.

COLIN, Ambroise y Capitant, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. T. IV. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1955.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo III. Volumen XI. Primera Parte. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 1998.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Volumen I. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. 1983.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica. 1999.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1944.

DIEZ-PICAZO, Luis. *La Representación en el Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1979.

DIEZ PICAZO, Luis y otros. *Sistema de Derecho Civil*. Segunda Edición. Volumen II. Madrid: Editorial Temis. 1980.

ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1983.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico (Contratos)*. Parte Especial I. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1991.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. *La Compraventa con Precio Determinable*. Madrid: Editorial Edijus. 2001.

GASCA, C. L. *Compraventa Civil y Comercial*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1931.

GÓMEZ ESTRADA, César. *De los Principales Contratos*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1996.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Tomo I. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1965.

LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*. T. II. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina. 1928.

LETE DEL RIO, José M. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1990.

MAZEAUD, Henry, León y Yean. *Tratado de Derecho Civil*. Parte III. Volumen III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1959.

MUÑOZ, Luis. *Contratos*. T. II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1960.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y de los demás negocios jurídicos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1994.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Compendio de Derecho Civil*. México D. F.: Editorial Pedagogía Americana. 1996.

REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de Contratos en Nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Según el tratado de Planiol. Tomo VIII. Buenos Aires: La Ley. 1971.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Lima: Editorial San Marcos. 1998.

TRINCAVELLI, Néida E. *La Compraventa en Roma*. Buenos Aires: Lerner Editores. 1970.

WAYAR, Ernesto. *Compraventa y Permuta*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1984. 