

Compromiso de contratar: algunos comentarios sobre su actual regulación legislativa

Pre-contract agreement: Some comments on its regulations in force

Marco Antonio Ortega Piana¹

Resumen. En el presente artículo se comentan críticamente los alcances de la regulación legislativa sobre el compromiso de contratar, poniendo de relieve que, por su naturaleza contractual en razón de su objeto obligacional, resultan aplicables las reglas formativas de los contratos, destacándose que, en razón del contenido del acuerdo preliminar y durante su vigencia temporal que debe ser necesariamente predeterminada, se formula una oferta de vinculación definitiva de lo ya acordado íntegra y preliminarmente, la misma que debe ser aceptada bajo responsabilidad, salvo causa justificante. Asimismo, se destacan los remedios legales aplicables en caso se materialice el riesgo ordinario de incumplimiento prestacional por negativa injustificada para la celebración oportuna del contrato definitivo.

Abstract. *The scope of the legislative regulation on the Pre-contract agreement is hereby critically commented, emphasizing that, for its contractual nature because of its mandatory purpose, the formative rules of contracts are thereto applicable, noting that due to the contents of the preliminary agreement and during its validity term which must be mandatorily predetermined, a final binding offer of what has already been fully and preliminarily agreed is formulated, which must be accepted under liability, unless there is a justifying cause. Likewise, this work highlights the legal remedies applicable in case the ordinary risk of non-performance arises, due to unjustified refusal for the timely execution of the final contract.*

Palabras clave. Perfeccionamiento constitutivo, objeto contractual, oferta, aceptación, incumplimiento, resolución por incumplimiento, responsabilidad por daños y perjuicios.

Keywords. *Constitutive improvement, contractual purpose, offer, acceptance, non-compliance, termination for non-compliance, liability for damages.*

Sumario: 1. El objeto contractual en general. 2. El compromiso de contratar como acuerdo de naturaleza obligacional. 3. El régimen de acuerdo total formativo del contrato. 4. Alcances del contenido esencial del compromiso de contratar. 5. Vocación temporal del compromisorio de contratar. 6. Justificación de la reforma legislativa sobre duración del compromiso de contratar. 7. Concepto previo: El contenido obligacional del compromiso de contratar. 8. El concurso electivo por incumplimiento del compromiso de contratar. 9. La negativa justificada y el régimen de obligaciones de medios y de resultados. 10. La resolución del compromiso por inexecución de la obligación. 11. Sobre el perfeccionamiento constitutivo contractual.

Debo agradecer la oportunidad que me brinda la revista Foro Jurídico, editada por los alumnos de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi *alma mater*, para presentar este trabajo con ocasión de la edición relativa a su vigésimo aniversario institucional, una buena oportunidad para apreciar lo avanzado hasta el momento, felicitarse por los logros y éxitos alcanzados, hacer un balance de debilidades y fortalezas y, ahondando en estas últimas, renovar propósitos para seguir escalando hacia la visión insti-

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del área de Derecho Civil patrimonial en la Universidad de Lima y en la Universidad ESAN. Consultor en CMS-Grau

tucional, inspirando y contribuyendo a la formación jurídica.

El presente trabajo pretende compartir algunos comentarios sobre la actual regulación legislativa del compromiso de contratar, figura negocial que permite a las partes vincularse de manera preliminar para fines de contratar en un futuro de manera definitiva, aunque bajo una dinámica completamente distinta a la que rige tratándose del convenio de opción.

Compromiso de Contratar

Artículo 1414.- Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo.

1. El objeto contractual en general

Dentro de la regulación sobre contratos parte general, contenida en el Código Civil de 1984, hay normas de singular relevancia, entre ellas, la establecida en su artículo 1402², cuyos alcances se extienden más allá de lo que uno pudiese representar inicialmente. Es así que la norma en cuestión establece que el objeto de todo contrato es obligacional, no diferenciándose para ello si se trata de un contrato preparatorio o de uno definitivo. De manera

correlativa, por exclusión, los acuerdos negociales que carezcan de dicho contenido obligacional no son contratos sino convenciones (De la Puente, 2002, p. 109) o convenios.

¿Por qué nuestro Código Civil establece que el objeto contractual, como sinónimo de propósito de las partes al celebrar el respectivo acuerdo, debe ser obligacional?

Habiendo participado activamente en todo el proceso de elaboración del Código Civil vigente, De la Puente (2011, pp. 20-25) destaca, de un lado, que se quiso dejar explícita mención que al representar todo contrato un instrumento, un vehículo de cooperación para el intercambio económico orientado a satisfacer inmediatamente determinado interés negocial (del acreedor) y de manera mediata el de la sociedad misma, lo que las partes se representan y proponen -para fines de celebrar un contrato (función normativa³: autorregulación de intereses)- es establecer una vinculación con el deudor, una determinada clase de relación jurídico-patrimonial, de tal manera que, como consecuencia de la relación instituida, pueda exigirse cierta actividad. Exigencia en sentido estricto, por lo que ante un incumplimiento como posible patología negocial, el acreedor pueda recurrir a los diversos medios de tutela y protección que están orientados a cautelar sus intereses⁴, los que se extienden desde la

2 "El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".

3 "En realidad el negocio, y por lo tanto el contrato, nacen ya como actos normativos en el plano jurídico, por que (sic) los privados expresan, con el contrato, la potestad, atribuida a ellos por el ordenamiento, de crear normas jurídicas. El contrato nace como fuente de obligaciones, y es tal porque tiene naturaleza de fuente normativa. Si él créase vínculos solamente en el plano prejurídico no sería un contrato" (Ferri, 2004, pp. 56-57).

4 Resulta pertinente remitirnos a los artículos 1219 y 1428 del Código Civil, entre otros. Sobre el particular resulta más que precisa la doctrina siguiente: "Concebida la obligación como un deber de colaboración intersubjetiva, su función es precisamente la de satisfacer el interés del acreedor, satisfacción en la que el deudor ha de poner todo su empeño, en las condiciones correspondientes a la naturaleza de la prestación, a las disposiciones generales y singulares de ley, y en las obligaciones surgidas del ejercicio de la autonomía privada, además, a las estipulaciones del negocio. La satisfacción del acreedor, realizada en general por el deudor, único obligado a ella, tiene por efecto básico extinguir la obligación, al haberse realizado su función y, por consiguiente, libera al deudor (solutio). La insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria o definitiva, implica una anomalía, que de ordinario se imputa al deudor y, más concretamente, a un mal comportamiento suyo, al margen de las cargas probatorias: si incumbe al acreedor demostrar la culpa del obligado, o es a este a quien corresponde probar su

posibilidad de exigir el cumplimiento, de generarlo forzosamente, de obtener la ejecución debida por vías alternas, por cuenta del deudor, etc., hasta la posibilidad de optar (concurso electivo) por la resolución del vínculo contractual, remedio este último sujeto a los requisitos pertinentes, todo ello sin perjuicio de la reclamación indemnizatoria por los daños causados, sea por el cumplimiento moroso o por el incumplimiento (definitivo).

En otras palabras, el legislador se representó que la relación jurídica derivada de un contrato no sólo debía poseer contenido patrimonial en general (artículo 1351 del Código Civil⁵), sino que ese contenido debía ser específico: debe corresponder a una obligación, auténtica vinculación o encadenamiento del deudor al acreedor. En consecuencia, el deudor asume un deber específico frente al acreedor, limita conceptualmente su libertad, pero el acto de ejecución de lo debido quedará siempre sujeto -contradictoriamente- a su libertad, porque representa actuación, cooperación, acto querido; siendo que de inobservarse ese débito, el acreedor cuenta con una serie de remedios.

Por lo tanto, de un contrato pueden derivarse múltiples situaciones jurídicas subjetivas, activas y pasivas, de ventaja y de desventaja, pero debe contener necesariamente la que corresponde al crédito – débito.

Y de otro lado (y esto es, a nuestro juicio, lo más significativo, pero curiosamente lo que menos se

destaca y, por consiguiente, susceptible de “olvidarse”), el legislador pretendió cerrar la discusión que pudiese existir en nuestro medio (bajo el Código Civil de 1936) sobre la posibilidad de configuración de los contratos con efectos reales o traslativos, esto es, aquellos que por el sólo mérito de su celebración implican por sí la transferencia de propiedad del bien materia del acuerdo (al margen que sea mueble o inmueble) o, en general, la transferencia de derechos reales. A través del artículo 1402 del Código Civil se descartó la denominada espiritualización de la transferencia convencional de propiedad (régimen del *solo consensu*) que pudiese ser invocada tratándose de los contratos de cambio. En tal virtud, siempre es bueno recordarlo, en el diseño legislativo nacional, la norma eje es el artículo 1402 del Código Civil, siendo que a partir de ella deben leerse e interpretarse los alcances de las maneras convencionales de transferencia de propiedad, recogidas en los artículos 947 (bienes muebles) y 949 (bienes inmuebles) del mismo cuerpo normativo, y no al revés.

Conforme al señalado diseño legislativo sobre el objeto contractual, la celebración de un contrato de cambio, al margen de su onerosidad o gratuidad, de su plurilateralidad o unilateralidad, o de su perfeccionamiento formativo, sea consensual o no, sólo implica la generación de la obligación de transferir propiedad, de manera que hay un compromiso, un deber específico de ejecución prestacional (el débito o deuda) a ser observado

inocencia. (...). Es natural que el derecho se preocupe por tutelar adecuadamente el derecho de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los mejores instrumentos para su satisfacción cabal o, en últimas, su frustración menor. (...) . El deudor, por el solo hecho de serlo, al no cumplir, queda expuesto a la ejecución forzada por parte del acreedor, específica o por equivalente pecuniario, y además por los perjuicios causados a este con su renuencia. (...). Esta regulación general del funcionamiento anómalo de la relación crediticia, se complementa con la disciplina propia de las obligaciones surgidas del negocio jurídico, y dentro ella, además, con la específica de algunas categorías de negocios y más singularmente de contratos. (...). Ante la insatisfacción de una de las partes como acreedora de obligación correlativa resultante de contrato de prestaciones recíprocas, es preciso establecer el por qué de la inexecución o ejecución insuficiente o inadecuada de la prestación a su favor, a fin de determinar la suerte de la obligación y del contrato, de acuerdo con las circunstancias. (...). Se resuelven los contratos de prestaciones correlativas por incumplimiento de los deberes que originan, o por imposibilidad de la prestación o de la continuidad de la ejecución del contrato” (Hinestrosa, 2007, pp. 181-186).

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

por el deudor en beneficio del interés del acreedor. De ello se desprende que la transferencia de propiedad no se produce en etapa de celebración, por la sola celebración, sino en etapa de ejecución contractual, aunque sea inmediatamente luego de la celebración por sustitución legal y con efectos limitados (caso del artículo 949, sobre negocio de cambio inmobiliario), siendo que dicha transferencia de propiedad demandará siempre del concurso o actividad del deudor⁶ (régimen del título y modo), dado que su obligación fundamental, esencial, es perfeccionar la transferencia de propiedad⁷, para que esa transferencia no sea limitada, sino que sea efectivamente un derecho que permita excluir, que sea oponible *erga omnes*.

Habiendo transcurrido más de tres décadas desde que el Código Civil de 1984 entró en vigencia pareciera que no caló suficientemente este último propósito legislativo. Es más, cuando se genera el debate sobre la naturaleza del régimen de transferencia convencional de propiedad adoptado por el Código Civil, no se suele enmarcarlo en función a la norma que regula al objeto contractual y a lo que el legislador diseñó, en su momento, tratándose de la transferencia convencional mueble

e inmueble, siendo tendenciosamente más cómodo quedarse con la definición general de contrato (relación jurídico-patrimonial) que permitiría respaldar la tesis del contrato traslativo, a pesar que el legislador no se representó esta última (De la Puente, 1999, pp. 21-32)⁸, proponiéndose una lectura sesgada del artículo 949 del Código Civil, olvidando que todo derecho real es, por definición, de eficacia *erga omnes*, oponible a terceros, y que el legislador nacional, durante los casi veinte años que duró el proceso de elaboración del actual Código Civil, en momento alguno se representó un sistema traslativo de transferencia de propiedad, por lo que no se puede interpretar, menos aplicar, nuestro Código Civil, siguiendo la experiencia legislativa de otros países o de la doctrina que la informa.

Pero, más allá de la problemática relativa a la transferencia convencional de propiedad inmueble, a cuándo y cómo se produce, lo cierto es que en materia de contratos no puede obviarse el contenido del artículo 1402 de nuestro Código Civil.

El contrato, por ser un acto jurídico, está articulado sobre la base de una declaración de

6 Nos remitimos a lo expresado en nuestros trabajos. Véase Ortega (2000, pp. 29-39; 2014, pp. 423-471).

7 Aunque el tema del indicado perfeccionamiento figura en el artículo 1549 del Código Civil (“Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”), la regla debe aplicar por igual a todo contrato de cambio (p.e. donación), en atención a los alcances del artículo 949 del Código Civil (“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”), dado que por expreso mandato legal la transferencia (con eficacia derivada del contrato, *inter partes*) se produce como efecto natural luego de celebrado el contrato, de asumida la obligación de transferencia, siendo que la ley sustituye la actuación prestacional inmediata del deudor, pero sin que ello signifique que el acreedor haya adquirido un efectivo derecho real, dado que la transferencia derivada del artículo 949 del Código Civil carece de eficacia absoluta, de allí que requiera del concurso del deudor, del vendedor, para fines no sólo de publicitarla sino de hacerla oponible, adquiriendo propiamente un derecho real, la propiedad (*erga omnes*, por definición), lo que en ausencia legislativa de un régimen constitutivo registral, sólo se podría lograr mediante la entrega, el dar que se mantiene en cabeza, bajo la cooperación, del respectivo deudor. Por ello, sostener que el comprador adquiere propiedad bajo el artículo 949 del Código Civil, no deja de ser expresión carente de contenido efectivo, dado que la propiedad implica excluir a terceros, y ello no se logra de manera absoluta por el pretendido *solo consensu*. Nos remitimos nuevamente a nuestro trabajo publicado por Forseti y Gaceta Jurídica (Supra: nota 6).

8 La tesis central del reconocido maestro radica en destacar que durante el largo proceso de elaboración del actual Código Civil, la representación del legislador fue la implementación de un sistema de transferencia sustentado en la teoría del título y modo (contrato obligacional), más allá que el bien fuese mueble o inmueble, registrado o no registrado, de manera que los alcances del artículo 949 del Código Civil deben ser interpretados en función a ello, siendo que *inter partes* la propiedad inmueble cierta se transmitiría inmediatamente luego de celebrado el correspondiente contrato de cambio, más no por su celebración misma.

voluntad orientada a establecer una relación jurídica. (...) Alcanzada esta finalidad, el contrato deja de existir, porque no tiene otra función que desempeñar.

La ejecución de la relación jurídica (...) es algo inherente a la prestación, que es un elemento de la obligación, y no al contrato, que no requiere de ejecución. En otras palabras, el contrato al crear la relación jurídica cumple su función normativa, que es lo único que queda de él, y esta función normativa se incorpora a la obligación, formando parte de ella. El contrato no obliga; lo que obliga (valga la redundancia) es la obligación.

(...)

En estas condiciones, el objeto del contrato debe ser aquello para lo cual él se celebra, que es crear la obligación. El cumplimiento de ésta ya no es cometido del contrato, sino función propia de la obligación. [el subrayado es nuestro] Consecuentemente, la prestación y el bien o servicio que se obtiene mediante la ejecución de ella, están dentro del área de la obligación y no en la del contrato. No es posible, por ello, que estos dos elementos (prestación y bien o servicio) sean el objeto del contrato (De la Puente, 2011, pp. 23-24).

Atendiendo a ello, bien podemos afirmar que el contrato posee doblemente carácter instrumental. Es un vehículo para el tráfico o intercambio económico (alcances mediatos). Y es también un vehículo de cooperación intersubjetiva (alcances inmediatos), instituyendo una relación jurídica que permite exigir comportamientos, prestaciones, para obtener bienes o servicios, sujeto todo ello a la relatividad y a la posibilidad en cabeza de quien asumió voluntariamente el débito.

2. El compromiso de contratar como acuerdo de naturaleza obligacional

Sobre la base que el objeto contractual debe ser obligacional y, por consiguiente, lícito o conforme a Derecho (artículos 1402 y 1403⁹ del Código Civil), resulta evidente que la definición normativa o descripción negocial del compromiso de contratar, en razón de su función, es plenamente compatible con el enunciado general del objeto contractual.

En efecto, de acuerdo al artículo 1414 bajo comentario, por el mérito del compromiso, las partes o promitentes se “obligan” a celebrar un contrato definitivo, ambas por igual.

Siendo que el contenido prestacional de una obligación puede ser un dar, hacer o no hacer, en el caso del compromiso de contratar los promitentes se obligan a un *facere* que consiste en celebrar el contrato definitivo en su oportunidad. En función de lo anterior, cuando una de las partes comunica su voluntad de contratar definitivamente (lo que corresponde a formular la respectiva oferta), lo que hace es reclamar su crédito, la ejecución del débito derivado del acuerdo preliminar, el cual radica en el deber específico de aceptar la referida oferta.

Siendo que la aceptación de toda oferta es una expresión del poder negocial, acto libre por definición, puede resultar contradictorio afirmar la existencia de un “deber de aceptar”; empero, conforme analizaremos, el promitente requerido resignó (al celebrar el compromiso) esa libertad, en la medida que la oferta recibida se ajuste a las condiciones bajo las cuales declinó precisamente su libertad, manteniéndola plenamente en caso contrario, generándose por consiguiente la posibilidad de rechazar legítimamente una oferta cuyo contenido sea ajeno a lo previamente acordado.

9 “La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

El denominado compromiso de contratar no es sino una promesa de contrato definitivo, de allí que el Código Civil se refiera a un contrato preparatorio, que más bien debe entenderse como un contrato preliminar o precontrato. Pero esta última expresión no debe llevar a engaño. No es que el precontrato no sea un contrato, o que corresponda a una situación previa a un contrato; por el contrario, el precontrato es un contrato, sólo que lo es de manera previa a otro -que tendrá el carácter de definitivo- que las partes declaran que se proponen celebrar, de ser el caso. Y por corresponder a una relación jurídico-obligacional, el compromiso cuenta con todos los mecanismos de tutela y protección en caso se genere una situación de incumplimiento.

En función de lo anterior, el compromiso no se adscribe a una simple negociación en la que, conforme a las reglas de la buena fe, se entiende que las partes tienen el propósito de contratar de manera definitiva a futuro. En el caso del compromiso de contratar, la negociación ya concluyó. Lo que se ha celebrado como fruto de esa negociación es un contrato para contratar, un contrato preliminar respecto de cuyos contenidos las partes se obligan a contratar definitivamente en un futuro.

El objeto del compromiso es el mismo que el de todo contrato, obligacional (artículo 1402 del Código Civil). Conforme a ello, el artículo bajo comentario establece que por el respectivo acuerdo las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo, dado que el contrato celebrado es de carácter meramente preliminar, con un evidente límite temporal de vigencia. En palabras de Díez-Picazo:

Aunque la terminología aquí, como en tantos otros puntos, puede resultar equívoca el llamado precontrato es él mismo un contrato, puesto que supone la existencia de una concorde voluntad de las partes. Lo único que ocurre es que esa concorde voluntad de las

partes asigna al acuerdo entre ellas existente una pura función preliminar o preparatoria del contrato que en definitiva entre ellas se establecerá o podrá establecerse [lo subrayado es nuestro] (1996, p. 329).

Siguiendo la regla general en materia de contratación se estará ante un acuerdo plurilateral sinagmático, de manera que ambas partes se obligan recíprocamente a celebrar el contrato definitivo. No obstante, en el marco de la autonomía privada, nada impide que la respectiva carga obligacional sea asumida exclusivamente por una de las partes, por lo que el compromiso de contratar puede ser tanto plurilateral como unilateral (Alpa, 2015, p. 203), aunque esto último no sea lo más frecuente.

Conforme a lo señalado, por ejemplo, A y B bien pueden celebrar un compromiso de compraventa por cuyo mérito se obligan recíprocamente a celebrar la compraventa (como contrato definitivo), o pueden convenir, manteniendo la figura del compromiso, que sólo A se obliga frente a B a celebrar la compraventa, más este último no se obliga a ello. En tal virtud, en el primer escenario, tanto A como B gozan de legitimidad para requerir a su contraparte la celebración del contrato definitivo, extendiendo la correspondiente oferta. Sin embargo, en el segundo escenario, B carece de legitimidad para exigir a A la celebración del contrato definitivo, lo cual queda reservado únicamente a la iniciativa de A.

Adviértase que el compromiso unilateral no debe ser confundido con la opción, porque el contenido negocial es absolutamente diferente. En el compromiso media una asunción obligacional, el compromiso de aceptar la oferta que pudiese extenderse para que el contrato preliminar sea un contrato definitivo, compromiso respecto del cual es posible un incumplimiento, más allá de las consecuencias que ello genere. En la opción no se asume un compromiso obligacional, no hay crédito y débito, sino situaciones jurídicas subjetivas distintas, de un

lado, un derecho potestativo y, del otro, un estado de sujeción; en consecuencia, por el solo ejercicio de la opción, por su sola comunicación, queda celebrado el contrato definitivo, no hay posibilidad de incumplimiento para fines de dicha celebración, en atención que el otorgante se coloca en sujeción al haber generado una oferta que es de carácter irrevocable, el ejercicio de la opción no es proponer una oferta sino extender la aceptación a la oferta ya recibida.

En la opción no hay prestación a ser ejecutada para la formación del acuerdo definitivo, no hay estrictamente colaboración alguna a ser realizada porque el interés del titular del derecho potestativo se satisface con su sola actuación, afectando inevitablemente con ello a quien se encuentra en estado de sujeción. Por ello, desde la perspectiva de las situaciones jurídicas subjetivas, bien puede afirmarse que en el acuerdo de opción las partes están relacionadas en términos de derecho potestativo y sujeción, no de crédito y débito, *ergo*, el acuerdo no es contractual, pero origina ciertamente, de implementarse, un contrato.

Y lo anterior es sin perjuicio de una grave diferencia práctica, el compromiso de contratar no es un acto inscribible en Registros Públicos (en materia inmobiliaria), a diferencia de la opción, lo cual se explica por la circunstancia del contenido negocial, ya que no compete a un registrador público calificar si la negativa de aceptación de una oferta es legítima o no, en razón de corresponder o no a lo convenido en el contrato preliminar inscrito.

Según analizaremos más adelante, en función al contenido obligacional del compromiso, se derivan remedios específicos en caso de incumplimiento del acuerdo asumido. Y es que, conforme se ha indicado, las partes ya no se encuentran ante una negociación, simple o avanzada, sino que han celebrado finalmente un contrato, por lo que han resignado conscientemente su libertad de contratar, de manera que el compromiso celebrado es plenamente vinculante: el deudor queda "encadenado", sujeto a ejecutar una prestación (el *facere* consistente en la celebración del contrato definitivo, no en negociarlo) que radica en aceptar la oferta que su contraparte pueda formular, siempre y cuando la misma sea con arreglo al contenido negocial ya establecido, débito que permite satisfacer el interés del acreedor, de aquél que extiende la oferta.

En consecuencia, encontrándonos ante un contrato se aplica toda la regulación que resulte pertinente y que se encuentra contenida en la Sección primera del Libro VII del Código Civil; asimismo, se aplica el régimen legal sobre inexecución de obligaciones¹⁰, contenido en la Sección segunda del Libro VI del Código Civil, quedando a salvo que la regulación específica disponga cosa distinta.

Contenido del compromiso de contratar

Artículo 1415.- El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo.

10 Nos remitimos a la CAS. Nro. 5211-2007 LIMA, publicada el 30 de junio de 2008 en el Diario Oficial El Peruano, separata Jurisprudencia, pág. 24444, en cuyo décimo quinto considerando se expresa lo siguiente: "Que, sin perjuicio de lo expuesto debemos precisar que el compromiso de contratar en sí constituye un contrato, que se reduce a preparar y a asegurar situaciones jurídicas para el futuro, donde se compromete a las partes a la celebración de un contrato posterior, además en estos actos confluyen el acuerdo de voluntades, el objeto y demás elementos del contrato definitivo, por lo que jurídicamente no es posible negarle la categoría de contrato [lo subrayado es nuestro]. Y ante el eventual incumplimiento e irrogación de daños, las reglas aplicables serían las de inexecución de obligaciones, como ha sucedido en el presente caso".

3. El régimen de acuerdo total formativo del contrato

El compromiso es un contrato con la singularidad que tiene una determinada duración, es un acuerdo temporal, de manera que las partes se presentan y proponen celebrar un contrato definitivo durante el respectivo período de vigencia, celebración que podrá ser exigida indistintamente (regla general de carga obligacional plurilateral) o solo por una de las partes (regla de excepción, opción unilateral).

Siendo un contrato, el compromiso está sujeto a una regla imperativa y que corresponde además a nuestro orden público contractual: la necesidad del acuerdo formativo total, de conformidad con lo sancionado en el artículo 1359 del Código Civil¹¹.

Como bien es sabido, desde el aspecto de la extensión del acuerdo formativo, hay dos maneras de determinar cuándo se genera la relación contractual. La primera de ellas corresponde al denominado “acuerdo total”, esto es, que la existencia del contrato está subordinada a que las partes hayan alcanzado el consenso en todos y cada uno de los aspectos del respectivo negocio, sean principales o no, *ergo*, de mantenerse cualquier diferencia, por mínima que sea, no habrá contrato. Y la segunda, contrapuesta a la anterior, es el “acuerdo parcial”, conforme al cual el contrato queda celebrado desde que las partes logran el consenso tratándose, al menos, de los aspectos principales o esenciales, admitiéndose dicha celebración aun cuando hubiese disenso entre las partes, aunque ello debe estar restringido a los aspectos secundarios. En el marco del acuerdo formativo parcial sólo se destaca lo concerniente a la celebración misma del contrato, más allá que este último sea plenamente eficaz o no, o de la posibilidad de intervención

jurisdiccional para salvar cualquier discrepancia que pudiese mantenerse respecto de los aspectos secundarios.

Nuestro sistema legal ha optado inequívocamente por el régimen del acuerdo formativo total, conforme al artículo 1359 del Código Civil, cuyo antecedente legislativo inmediato radica en el artículo 1344 del Código Civil de 1936¹².

El artículo, a nuestro entender, denota la necesidad de que las partes intervinientes en la formación del contrato plasmen su acuerdo, entendido como concordancia sustancial de declaraciones, sobre el total de las estipulaciones que conforman la materialización de la autorregulación de intereses que, a través del contrato, operan en la realidad social. Evidentemente, la autorregulación (contractual), en su conjunto, no podrá ser acogida ni tutelada por el ordenamiento si es que faltara tal conformidad, ya que nadie podría ver alterada su particular esfera de intereses en tanto no asienta en ella en forma total [lo subrayado es nuestro]. Una concordancia parcial, es decir sobre una parte de los puntos autónomos de autorregulación, no podrá generar la existencia del contrato (inexistencia material), considerando que la composición planteada, al menos en términos normales, es un todo unívoco sobre el que necesariamente debe formarse aquél (Palacios, 2007, pp. 80-81).

Pero la absoluta necesidad del acuerdo formativo total no debe confundirse con una exigencia normativa en el sentido de que las partes deban declarar absoluta y expresamente todos y cada uno de los contenidos negociales, dado que por integración impropia -sea cogente o sea supletiva-, algunas disposiciones legales se incorporan a lo

11 “No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.”

12 “Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído. La inteligencia sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito”.

declarado (De la Puente, 2011, p. 267)¹³, siendo suficiente que las partes acuerden (expresamente) lo que estimen como fundamental, siendo lo más importante que no se evidencie disenso alguno. Se sobreentiende que, tratándose de aquellas reglas que se aplican supletoriamente al contrato, las mismas se integran por voluntad tácita de las partes, dado que, si ellas desean un contenido negocial diferente, tienen la posibilidad de pactarlo expresamente.

El Ordenamiento busca promover la contratación, como instrumento para fines del intercambio de bienes y servicios, no impedir la o dificultarla generando innecesarios costos transaccionales.

Así, por ejemplo, en el marco de un contrato de compraventa será suficiente que A y B se pongan de acuerdo en *res et pretio*, y si este último se hubiese acordado en dólares de los Estados Unidos de América, resultará supletoriamente aplicable lo establecido en el artículo 1237 del Código Civil¹⁴, esto es, el acuerdo de voluntades ya alcanzado quedará integrado por una disposición conforme a la cual el pago de la deuda contraída en moneda extranjera puede realizarse tanto en dicha moneda como en el importe equivalente en moneda nacional, de manera que las partes no necesitan declararlo expresamente (se sobreentiende que así se lo representó el oferente y, sobre dicha base, también el aceptante). Como la ley se presume conocida, se entiende que A y B al guardar silencio sobre la materia se representan la señalada posibilidad de pago. No obstante, si las partes desean impedir la aplicación supletiva de la indicada disposición legal, entonces resultará necesario que

convengan expresamente lo relativo a la moneda *in solutionem*, por lo que dicho material será también un aspecto fundamental del negocio.

Postulamos que este régimen del acuerdo formativo total no puede ser obviado en materia del compromiso de contratar al analizar su extensión o alcances.

4. Alcances del contenido esencial del compromiso de contratar

El artículo 1415 del Código Civil posee -atendiendo a la regla del acuerdo formativo total- un contenido que podríamos calificar, desde una primera lectura, como algo confuso.

En efecto, la señalada disposición establece que el compromiso de contratar demanda de un acuerdo mínimo sobre los aspectos o elementos esenciales del respectivo negocio, lo cual sugeriría una suficiencia de dicho acuerdo (sobre los aspectos esenciales de todos los aspectos contractuales) para que exista el correspondiente contrato, por más que inclusive pudiese mantenerse una discrepancia sobre aspectos que no sean esenciales. De acuerdo a dicha tesis interpretativa, el actual disenso en cuestión debería ser finalmente superado para fines de celebrar, en su momento, el contrato definitivo (lo cual significa admitir, tácitamente, que en el compromiso de contratar las partes se obligan, antes que a contratar, a negociar); de lo contrario, de no superarse el disenso, no solo no podría celebrarse contrato definitivo alguno, sino que esa falta de celebración sería sin responsabi-

13 En la misma línea, ver Palacios (2007, pp. 82-83); tratándose de la integración contractual dada la actividad declarativa de las partes desarrollada en su momento.

14 “Puede concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediando pacto en contrario a lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, al que rija al día del pago”.

lidad, de manera que la negativa a contratar (de manera definitiva) estaría justificada.

Así, se sostiene lo siguiente sobre el particular:

De acuerdo con lo normado por el artículo 1415, lo que permite singularizar al contrato definitivo es la estipulación, por lo menos, sobre sus elementos esenciales.

Por cierto que no hay obstáculo jurídico para que el compromiso de contratar se estipulen todos los términos del contrato definitivo. En este caso, la oferta que se formule para celebrarlo no hará más que reproducir la totalidad de los términos previamente estipulados.

Sin embargo, la ley no impone como contenido del compromiso de contratar tamaño determinación del contrato definitivo. Su contenido quedará satisfecho cuando se estipulen los elementos esenciales. [lo subrayado es nuestro] En este caso, queda abierta la posibilidad para que la oferta de celebrar el definitivo contenga más términos que los acordados al celebrar el preparatorio (Bolaños, 2007, p. 344).

A mayor abundamiento, al compararse los alcances de los artículos 1415 y 1422¹⁵ del Código Civil, se destaca que, el caso de la opción, a diferencia del compromiso, sí sería necesario lograr el acuerdo formativo total, ya que la respectiva norma demanda que se haya alcanzado el consenso sobre “todos los elementos y condiciones del contrato definitivo”, a diferencia del compromiso donde sólo se requeriría de un acuerdo básico o mínimo, respecto de lo fundamental o esencial, lo cual se suele identificar son los elementos esencia-

les especialísimos del respectivo negocio. Y como explicación final se invoca los alcances de cada una de las dos modalidades de acuerdos preparatorios. Como la celebración del contrato definitivo -en el marco de la opción- estaría sujeta a la sola voluntad del optante, es manifiesto que su contenido debería haber sido previa y absolutamente convenido, ya que no habrá posteriormente espacio deliberativo alguno, ya que el contrato definitivo queda automáticamente celebrado cuando se comunica el ejercicio de la opción (durante su vigencia). En cambio, como el compromiso representa una obligación de contratar (sea mutua o no), esto significaría finalmente que las partes deben ponerse oportunamente de acuerdo en todo lo que corresponda (esto es, alcanzar el consenso sobre lo que había disenso con ocasión de celebrarse el compromiso), porque de no hacerlo habría una “negativa justificada” para celebrar el contrato definitivo, la misma que no podría ser suplida judicialmente, dado que los jueces no “escriben” los contenidos negociales, atendiendo que el contrato es por definición un acto libre en función de lo querido por ambas partes.

Así, siguiendo dicha explicación, por ejemplo, en materia del compromiso de compraventa, sería suficiente que las partes se pongan de acuerdo sobre *res et pretio*, por lo que cualquier discrepancia sobre aspectos que no sean esenciales o principales, esto es, que no sean los tipificantes de la compraventa (elementos esenciales específicos o especialísimos¹⁶), como sería por ejemplo lo concerniente a la moneda a ser empleada para fines del pago del precio convenido en moneda extranjera, o lo relativo a la oportunidad de entrega del bien, podrá mantenerse luego de celebrado el compromiso, aunque debiéndose superar para celebrar el contrato definitivo, una vez que este último sea

15 “El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo”.

16 Téngase presente que los elementos estructurales del acto jurídico pueden ser esenciales, naturales y accidentales. Los esenciales son legalmente indispensables; los naturales están previstos legalmente, pero pueden ser retirados bajo la autonomía privada; y los accidentales si bien no están previstos legalmente, pueden ser incorporados por autonomía privada. Los elementos esenciales pueden ser generales o especialísimos, entendiéndose estos últimos como aplicables únicamente a ciertos negocios. Véase Moreyra García Sayán (2005, pp. 89-90).

requerido. Es más, siguiendo esta explicación, en el caso que las partes no llegasen a alcanzar -en su momento- el acuerdo formativo total, esto es, que no superasen cualquier desacuerdo no esencial actual, o que no lograsen ponerse de acuerdo expresamente sobre todos los contenidos negociales que quedaron pendientes, ello representaría una razón justificada para que no se celebre el contrato definitivo de compraventa, dado que no se puede obligar a contratar, a declarar un acuerdo cuando no hay efectivamente tal.

En ese sentido, son particularmente interesantes las expresiones de Arias Schreiber sobre los alcances del compromiso de contratar:

Si como indicamos en esa oportunidad, este compromiso es distinto del contrato definitivo, no será necesario que el primero contenga todos los términos y condiciones del segundo y bastará que se encuentren establecidas las condiciones fundamentales. En efecto, siendo el contrato definitivo autónomo, es en él que se completarán los detalles de la relación contractual, quedando las partes en libertad para incorporar otras cláusulas, sin alejarse obviamente de lo que era y sigue siendo esencial [lo subrayado es nuestro]. No debemos olvidar, reiterando el concepto, que el contrato definitivo constituye un nuevo acuerdo de voluntades y como tal es diferente del compromiso de contratar (1995, p. 206).

Si entendemos que el ilustre profesor sanmarquino se refiere a la posibilidad que se celebre un compromiso con ciertos desacuerdos, para luego completar los detalles (pendientes) con ocasión de contratar de manera definitiva, no compartimos definitivamente dicha lectura sobre los contenidos del compromiso de contratar, estimando que colisiona frontalmente con lo exigido en el artículo 1359 del Código Civil.

Esta posición interpretativa es la que habría sido acogida en el ámbito judicial, conforme se desprende de la CAS. 2053-2010 LA LIBERTAD¹⁷, en cuyo segundo considerando se expresa lo siguiente:

Que, antes de resolver los agravios expuestos, resulta necesario señalar que el artículo 1415 del Código Civil, prevé que “El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo”, de la disposición citada se observa que por el compromiso de contratar las partes acuerdan la celebración de un contrato definitivo, el que a su vez debe formar parte del contenido del compromiso de contratar, estipulando necesariamente los elementos esenciales del contrato definitivo. Al respecto, este Supremo Tribunal considera pertinente indicar que la razón por la que la ley exige la determinación del contrato definitivo, radica en el efecto de obligación al que se someten las partes al suscribir el contrato de compromiso, esto es, si el contrato definitivo no estuviera determinado, no habría razón para que el destinatario de la oferta estuviera obligado a aceptarla, sin embargo, queda obligado por cuanto en el compromiso de contratar consintió en los términos esenciales en ella. Debe resaltar-se que la ley no impone como contenido del compromiso de contratar la determinación del contrato definitivo, por lo que su contenido queda satisfecho al estipularse solo los elementos esenciales, por consiguiente, existe la posibilidad de que al celebrarse el contrato definitivo se puedan incluir nuevos términos a los establecidos en el contrato preparatorio [lo subrayado es nuestro].

De acuerdo al criterio expresado en la citada resolución suprema casatoria, si bien los términos y condiciones del compromiso de contratar de-

17 Publicada el 2 de noviembre de 2011 en el Diario Oficial El Peruano, separata Jurisprudencia, pág. 31836.

ben contener los del contrato definitivo (lo cual suscribimos), resulta suficiente los elementos esenciales del acuerdo definitivo a celebrarse, de manera que, en su momento, de llegar a celebrarse este último, puedan incorporarse nuevos términos y condiciones. Surge la duda sobre la representación de la exigencia contenida en el artículo 1415 del Código Civil ¿el acuerdo sobre los contenidos del contrato definitivo debe ser sólo en cuanto los elementos esenciales o se requiere de un acuerdo formativo total? Dado que la propia Corte Suprema de Justicia reconoce el objeto obligacional del compromiso de contratar, ¿se mantiene la obligación de contratar de manera definitiva cuando se formula una oferta que, si bien contiene los elementos esenciales, incorpora otros aspectos novedosos?, ¿o es que dicha oferta debe corresponder absolutamente a lo ya acordado preliminarmente?

Adviértase que en la CAS. 5211-2007 LIMA¹⁸, el criterio pareciera distinto, porque en su décimo quinto considerando se expresa lo siguiente:

Que, sin perjuicio de lo expuesto debemos precisar que el *compromiso de contratar en sí constituye un contrato, que se reduce a preparar y a asegurar situaciones jurídicas para el futuro, donde se compromete a las partes a la celebración de un contrato posterior, además en estos actos confluyen el acuerdo de voluntades, el objeto y demás elementos del contrato definitivo*, [lo subrayado es nuestro] por lo que jurídicamente no es posible negarle la categoría de contrato. Y ante el eventual incumplimiento e irrogación de daños, las reglas aplicables serían las de inexecución de obligaciones, como ha sucedido en el presente caso.

Conforme a esta jurisprudencia casatoria, el compromiso contiene los elementos, los términos y

condiciones, del contrato definitivo, por lo que el tema no se restringe a los de naturaleza esencial, más allá que esa amplitud sea explícita o implícita.

Hubiese sido óptimo que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie de manera clara y concluyente, dado que las dos resoluciones casatorias referidas pueden ser interpretadas según diferentes enfoques. Pero el tema cierto, y allí radica el problema, es que el texto del artículo 1415 del Código Civil sugeriría un régimen de excepción a lo sancionado en el artículo 1359 del mismo cuerpo legislativo. Por ello, hemos sostenido que el texto legislativo bajo comentario es, de primera lectura, confuso. Hay que leer el artículo 1415 del Código Civil no sólo de manera textual, sino contextual, sistemáticamente.

De otro lado, tomando el contenido de las dos citas bibliográficas precedentes¹⁹, no es que no exista un obstáculo para que el compromiso contenga todos los términos y condiciones del contrato definitivo a celebrarse, por lo que la extensión del acuerdo estaría subordinada a la voluntad de las partes. Dicha apreciación significa que no sería necesario alcanzar el acuerdo total para fines de celebrar el compromiso de contratar. El Ordenamiento impone, de manera inderogable, el contenido del compromiso como contrato, de manera que aquél debe contener al que corresponda al contrato definitivo, de tal forma que, en su momento, el requerimiento para celebrarlo, la oferta, se ajuste absolutamente al contenido prefijado. Tampoco se trata de sostener que por ser el compromiso un contrato distinto al definitivo, sus contenidos no requieren ser iguales, porque se trata evidentemente de dos contratos distintos en su objeto y en el tiempo. Como bien expone Arias Schreiber en su obra (1995, p. 203), el compromiso no es ni representa la celebración del contrato definitivo cuya ejecución ha sido diferida, sino que corresponde al acuerdo de celebrar (no negociar) en un futuro

18 Supra: nota 10.

19 Véase Bolaños (2007, p. 344) y Arias Schreiber (1995, p. 206).

el contrato definitivo, un segundo contrato, atendiendo al contenido ya determinado.

Nuestra tesis es que, si bien el contrato definitivo que pudiese celebrarse es distinto al compromiso ya celebrado, sus contenidos sustantivos son, deber ser, los mismos. Postulamos, por consiguiente, que el compromiso de contratar debe contener todos los términos y condiciones del futuro contrato definitivo. Y es que, por interpretación sistemática no puede obviarse la exigencia del artículo 1359 del Código Civil, norma que corresponde a nuestro orden público contractual. Siendo el compromiso un contrato, se rige por la señalada norma, por lo que en función de la misma debe interpretarse y aplicarse el régimen sancionado en el artículo 1415 del Código Civil.

Bien puede afirmarse que, en función al interés y voluntad de las partes, el Ordenamiento genera una suerte de ficción. Y lo afirmamos porque, no obstante haberse alcanzado el acuerdo formativo total, no se está ante un contrato definitivo sino ante uno preliminar, limitado excepcionalmente, sujeto a que durante su vigencia una de las partes tome la iniciativa de celebrar el contrato definitivo y, por consiguiente, formule una oferta para fines de dicha celebración, una oferta que no puede estar sujeta irrestrictamente a su arbitrio (por más que como toda oferta sea expresión del poder negocial de quien la formula), porque al haberse asumido correlativamente el débito de aceptarla, queda sobreentendido que ya se conocen y comparten los contenidos negociales, todos y no solo algunos por más esenciales que sean.

Por ello, podemos sostener que las partes se obligan a celebrar el contrato definitivo en función a los contenidos ya identificados o determinados con ocasión de celebrar el compromiso. De lo contrario, para la celebración del contrato defi-

nitivo se estaría ante una simple negociación, abierta, para intentar alcanzar la coincidencia, ¿qué mérito o relevancia tendría entonces haber celebrado un compromiso que obliga a contratar de manera definitiva (y no a negociar)?

En atención a lo expuesto, más allá del contenido obligacional del compromiso, lo cierto que como todo contrato debe satisfacer el requisito imperativo del artículo 1359 del Código Civil, en el sentido que las partes deben estar conformes sobre todas sus estipulaciones, lo que incluye los términos y condiciones del contrato que se proponen celebrar de manera definitiva durante la vigencia del preliminar, conformidad o consenso que puede apreciarse en sentido negativo, esto es, que no debe haber discrepancias, por mínimas que sean.

En razón de lo expuesto, ¿a qué se refiere entonces el artículo 1415 del Código Civil sobre el contenido esencial del compromiso?

Creemos que no debería incurrirse en el error de confundir “elementos esenciales” con “elementos tipificantes”.

Nos explicamos. Como bien sabemos, la declaración de voluntad para fines de celebrar un contrato (bajo la regla general de formación consensual) puede ser expresa (escrita o verbal) o tácita (conductual), siendo la regla general que debe ser expresa, al menos tratándose de quien realiza la oferta (dado que sí es posible una respuesta, declaración reactiva por definición, a través de la denominada “aceptación tácita”). Dicha declaración expresa debe relacionarse a los elementos tipificantes del respectivo negocio (así, siguiendo el ejemplo ya propuesto del contrato de compraventa, dichos elementos serán *res et pretio*²⁰), trátase de una tipificación social o legislativa, debiendo además incorporar expresamente cualquier otro aspecto que sea relevante, para evitar que se apli-

20 Dejamos a salvo el régimen excepcional, que confirma la regla, del denominado “precio habitual”, al cual se contrae el primer párrafo del artículo 1547 del Código Civil.

que (integración contractual, referida precedentemente) de manera supletoria el Código Civil (en algunos casos, tratándose de los contratos atípicos, es evidente que a falta de elementos tipificantes, el acuerdo debe ser extensamente total).

Así, volviendo al ejemplo de la compraventa, si las partes identifican necesariamente la moneda *in obligationem* como la moneda *in solutionem*, ello deberá declararse explícitamente, porque de lo contrario se estará bajo el entendimiento que las partes se sometieron a la regla supletoria conforme a la cual el precio pactado en moneda extranjera puede ser pagado por el comprador tanto en la moneda en que se expresa (dólares de los Estados Unidos de América) como en moneda nacional (soles), de conformidad con el artículo 1237 del Código Civil. Por consiguiente, las partes deberán declarar expresamente lo relativo a cosa, precio y moneda de pago. Si las partes no se ponen de acuerdo en dicho extremo del negocio (moneda de pago), no habrá simplemente contrato, ni preliminar ni definitivo, porque hay disenso.

Las partes deben coincidir en todos los aspectos contractuales, debiéndolo hacer expresamente tratándose de aquellos que estimen como esenciales, fundamentales, para evitar la aplicación supletiva de la ley, a la cual se someterían tácitamente al no mantener disenso. Admitiéndose que una oferta debe ser, por definición, autosuficiente²¹, en el ejemplo propuesto la oferta de compraventa estaría conformada por la declaración sobre *res et pretio* e integrada (entre otros aspectos) por la aplicación supletoria del régimen legal sobre pago de obligaciones en moneda extranjera. Ello nos lleva a concluir que, si bien todo elemento tipificante es esencial, no todo elemento esencial es

tipificante, siendo que la esencialidad es definida por el común interés.

Planteadas así las cosas, la exigencia del artículo 1415 del Código Civil es exactamente la misma que la de su artículo 1359 (e inclusive en su artículo 1422 en materia de opción): el acuerdo negocial debe ser total, lo cual significa que las partes deben convenir expresamente todo aquello que estimen relevante para sustraerse de la aplicación supletiva de la ley. En función a ello, queda claro que, de mantenerse una discrepancia, por mínima o secundaria que sea, no habrá consenso formativo del respectivo contrato, por más que su naturaleza sea preparatoria a título de compromiso.

Resultan pertinentes las expresiones de Messineo sobre el particular:

(...)...mediante el (contrato) preliminar, los efectos jurídicos normales del contrato no se producen todos inmediatamente; se producen tan sólo algunos, porque las partes lo quieren así. En todo lo demás, el preliminar es un contrato común; y como tal, exige que concurran todos los requisitos de los contratos.... Como noción sumaria se puede dar ésta: el preliminar es un contrato dirigido a la conclusión de otro (futuro) contrato entre las mismas partes. Se llama definitivo al contrato al cual el contrato preliminar sirve de preparación (función preparatoria del preliminar).

De ordinario, contiene en sí sólo los puntos esenciales del contrato definitivo; en parte, el mismo está en blanco [lo subrayado es nuestro] (1986, pp. 353-354).

21 "La respectiva declaración debe presentar tal contenido que permita a su destinatario aceptarla y, con ello, generar el consenso formativo del contrato; por ello la oferta debe ser plena, completa, contener todos los términos y condiciones que sean necesarios o indispensables para la formación del respectivo negocio" (Spota, 1981, pp. 265-266).

El indicado autor italiano es concluyente cuando afirma la necesidad de un acuerdo sobre todos los requisitos del respectivo contrato. Sin perjuicio de ello, destaca que el contrato preliminar o preparatorio contiene ordinaria, común, frecuentemente, un acuerdo sobre los aspectos esenciales, quedando “en blanco” respecto de otros aspectos contractuales. Sobre la base de la necesidad del acuerdo formativo total, queda claro que la referencia a que una parte del contrato pueda estar “en blanco” sólo puede referirse a lo que es materia de un acuerdo tácito o implícito (con la correspondiente integración contractual, según ya ha sido destacado), más no a un disenso, desencuentro o desacuerdo. Entre falta de declaración expresa y disenso hay, literalmente, un mar de diferencia.

Asimismo, sobre la materia en cuestión, Alpa expresa lo siguiente:

El contrato preliminar es el contrato por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato futuro. Se dice “preliminar” porque antecede a un contrato “definitivo”; no debe creerse, sin embargo, que el contrato preliminar es un contrato “solo a mitad” (no corresponde a las tratativas); o un contrato en el cual se fijan solo algunos puntos, dejando la determinación de los otros al definitivo (no corresponde a la puntuación). [lo subrayado es nuestro] Es un contrato verdadero con efectos solo obligatorios: la obligación asumida por las partes es celebrar otro contrato con el mismo objeto (2015, p. 202).

Siendo un contrato, el compromiso demanda de un acuerdo sobre todos los términos y condiciones del negocio que las partes desean final, mediamente celebrar, aunque ello no significa jurídicamente que estén celebrando este último, dado que prometen celebrarlo, sujeto a la temporalidad del compromiso.

Por ello, de formularse en su oportunidad una oferta para celebrar el contrato definitivo que no corresponda a esos contenidos ya convenidos, explícita o implícitamente, será absolutamente legítimo un rechazo, una negativa a celebrar el contrato definitivo, y es que la libertad de contratar fue resignada bajo ciertos términos y condiciones, no para los que se pudiesen proponer posteriormente de manera unilateral, arbitraria.

Ahora bien, lo anterior no significa que, en su momento, no se pueda generar una oferta (de celebrar el contrato definitivo) que carezca de correspondencia con los términos y condiciones explícitos o implícitos del compromiso, de lo ya acordado en su oportunidad. Entendemos que a ello correspondería la representación de Arias Schreiber (1995, p. 206), cuando hace referencia a la incorporación de otras cláusulas a lo fundamental del acuerdo ya alcanzado con ocasión de celebrar el preparatorio. Y quisiéramos asumir que a ello también se refiere la CAS. 2053-2010 LA LIBERTAD citada precedentemente²². De ser aceptada dicha oferta, se habrá celebrado el contrato correspondiente (hay finalmente consenso) pero, en rigor, ello no elimina la circunstancia que la oferta formulada no reflejaba lo que se acordó en su momento (y que vinculaba preliminarmente a las partes), de manera que el contrato celebrado finalmente no estará causado en lo acordado preliminarmente a título del compromiso. La actuación de las partes significaría que deciden soberanamente dejar de lado el compromiso, haciendo prevalecer su interés actual de cerrar un negocio bajo condiciones distintas a las que se representaron inicialmente. De otro lado, de haber mediado un rechazo de dicha oferta (por no ser conforme a lo preliminarmente acordado), se estaría ante una actuación justificada, ante una negativa legítima para celebrar el contrato definitivo, porque no se puede pretender obligar a una parte promitente a celebrar un contrato definitivo

22 Supra: nota 17.

bajo condiciones diferentes a las acordadas en su momento, explícita o implícitamente.

En síntesis, la exigencia contenida en el artículo 1415 del Código Civil, sobre extensión del acuerdo de las partes promitentes, al menos tratándose de los elementos esenciales del contrato definitivo a celebrarse, parte de la premisa que no exista entre ellas disenso alguno sobre el contenido del futuro negocio, de manera que resulta implícito su entendimiento que se aplica, por integración, un determinado régimen supletorio a todo aquello que no sea materia de declaración expresa, observándose el acuerdo formativo total.

Plazo del compromiso de contratar

Artículo 1416.- El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera plazo, éste será de un año²³.

5. Vocación temporal del compromiso de contratar

En palabras de calificada doctrina, la relación obligatoria corresponde a un acontecer temporal que puede presentar uno o varios momentos. Aunque dicha circunstancia temporal merece analizarse con el detenimiento adecuado:

La existencia de una circunstancia temporal aparece como algo evidente, pero no tiene una función unívoca. La idea de tiempo puede cumplir, puesta en conexión con la relación obligatoria, funciones muy diversas.

(...) En la doctrina tradicional se había observado ya que al lado de unos contratos que se cumplen de manera inmediata, existen otros que exigen una ejecución reiterada du-

rante un largo tiempo o un comportamiento continuo. Un ejemplo de los primeros puede ser la compraventa con pago inmediato del precio e inmediata entrega de la cosa. Un ejemplo de los segundos puede ser el arrendamiento.

(...) Existe una relación obligatoria instantánea cuando inmediatamente queda extinguida la relación con la realización de la prestación o de las prestaciones previstas en ella. En cambio, son relaciones obligatorias duraderas todas aquellas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por lo tanto una pervivencia temporal, [lo subrayado es nuestro] toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas (arrendamiento, préstamo, depósito, trabajo, sociedad, gestión, suministro, etc.).

(...) La primera cuestión que plantean las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas consiste en determinar si es o no necesaria una concreta duración del vínculo contractual. Esta pregunta parece que debe encontrar una respuesta afirmativa, pues, aunque en nuestro Derecho Positivo no existe una norma concreta, la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria. Constituyendo ésta, desde el punto de vista del deudor, una limitación de la libertad, tal limitación, si fuera perpetua, debería ser contraria al orden público.

Supuesto lo anterior, cabe cuestionar si es necesario que esa duración temporal de la relación haya de encontrarse de alguna manera predeterminada o si, al revés, es posible una indeterminación de la duración de la relación

²³ Texto legislativo vigente conforme a lo establecido en el Artículo Único de la Ley 27420, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de febrero de 2001.

obligatoria. En uno y otro caso, cabe todavía preguntarse si esa determinada o indeterminada duración temporal encuentra algún límite en las normas del Derecho Positivo o en los principios generales de derecho (Díez Picazo, 1996a, pp. 321-323).

Hemos señalado que el compromiso corresponde a un acuerdo temporal, con una vigencia limitada en el tiempo, de manera que su objeto (celebrar el contrato definitivo) sólo puede ser exigido durante la indicada vigencia temporal.

El plazo, si bien es un elemento estructural accidental del acto jurídico, sujeto a su incorporación negocial en el marco de la autonomía privada, en algunos casos adquiere la naturaleza de elemento esencial, por la naturaleza misma de las cosas. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos de suministro y de arrendamiento, dado que por definición se está ante acuerdos de duración, sujetos necesariamente a un plazo, siendo que la estimación de su extensión es lo que queda librado a la autonomía privada (aunque en algunos casos con limitantes legales, en función a un interés que pueda trascender a lo particular).

Los negocios preparatorios y, en particular, el compromiso de contratar, son acuerdos de duración; no se trata de relaciones jurídicas que se ejecuten de manera instantánea a su celebración, presuponen tiempo, un plazo dentro del cual pueda decidirse, en función a la subsistencia del interés, la celebración del contrato definitivo, cuyo contenido ya ha sido además identificado: el tránsito de lo preliminar a lo definitivo. Tampoco se trata de relaciones jurídicas perpetuas, porque una limitación a la libertad, al poder negocial de contratar, no puede carecer de limitante temporal, resulta absurdo representarse la asunción de una

carga obligacional o de una sujeción cuya exigencia o subsistencia carezca de restricción temporal, de manera que debe haber un mecanismo para extinguir un contrato (Roppo, 2009, p. 513).

En otras palabras, durante la vigencia del compromiso es exigible la obligación que representa su objeto, requiriéndose la celebración del contrato definitivo, ya que durante dicha vigencia las partes han limitado su poder negocial, obligándose a contratar.

De otro lado, bien sabemos que el plazo puede clasificarse en determinado (lo que incluye al determinable) e indeterminado.

Tratándose del plazo determinado, la duración del vínculo está prefijada por las partes al momento de contratar, o es susceptible de ser determinada con los criterios que han previsto (el denominado plazo determinable). En cambio, tratándose de los acuerdos sujetos a plazo indeterminado, la duración del contrato no puede ser estimada con ocasión de contratar, de manera que el vínculo se extenderá en el tiempo, pero con una limitante natural: no hay contrato perpetuo, de allí que la ley establezca un mecanismo de liberación que corresponde a un receso de liberación, para recobrar la libertad (Bianca, 2007, pp. 761-763), inmotivado y gratuito.

En función a lo anterior, la relación contractual sujeta a plazo determinado (e inclusive en su variedad determinable) termina, finaliza, se extingue de pleno derecho al vencimiento del respectivo plazo, no siendo necesario preaviso o comunicación alguna²⁴. En cambio, tratándose del contrato a plazo indeterminado, de ejecución sucesiva o periódica, la ley legitima a cualquiera de las partes para que ponga fin al vínculo a su solo

24 Esto se encuentra recogido, por ejemplo, en el artículo 1699 del Código Civil (“El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas”) en materia de arrendamiento, pero el concepto debe aplicar por igual a cualquier otro contrato sujeto a plazo determinado (así como también debe aplicar la figura de la “continuación” (artículo 1700 del Código Civil), cuando está pendiente la restitución de bienes).

criterio²⁵; pero como no se trata de afectar la confianza generada en el tiempo, sorprendiendo a la contraparte con la comunicación de terminación contractual, el artículo 1365 de nuestro Código Civil²⁶ establece, como regla supletoria, que para poner fin al contrato sujeto a plazo indeterminado se requiere de una comunicación con treinta (30) días mínimos de antelación. En el marco de la contratación paritaria, entendemos que se estará a lo que las propias partes hubiesen definido sobre el particular, regulando la extensión del preaviso; de lo contrario, se aplica supletivamente la señalada regla.

No hay compromiso de contratar sujeto a plazo indeterminado. Y es que en el negado supuesto de que el vínculo contractual fuese a plazo indeterminado, el mismo estaría sujeto a una evidente precariedad, dado que cualquiera de las partes podría desligarse del compromiso a su sola decisión, siendo suficiente que lo comunique con la anticipación mínima de fuente legal referida precedentemente. El interés de celebrar mediatamente el contrato definitivo -al haberse resignado la libertad de contratar por un determinado plazo, generando un crédito- no puede estar subordinado absolutamente a la voluntad de la contraparte.

Ahora bien, conforme al artículo bajo comentario, la duración del compromiso puede ser fijada de manera determinada por las partes, o puede serlo de manera determinable; este último sería el caso, por ejemplo, cuando la duración del compromiso se subordina a la vigencia determinada

de otra relación contractual, o cuando conviene remitirse a lo que decida un tercero.

¿Podría impugnarse el plazo establecido finalmente por el tercero? ¿Qué ocurre si el tercero no cumple con fijar el plazo? En nuestra opinión, para tratar de responder tales inquietudes resultan aplicables, por analogía, las reglas contenidas en los artículos 1407 y 1408 del Código Civil. Así, presumiéndose la equidad como criterio de actuación del tercero, la fijación del plazo por tercero podría impugnarse jurisdiccionalmente sobre la base que aquél no haya aplicado las reglas de la equidad; y de lograrse probar ello, afectándose la fijación del plazo de duración del compromiso, corresponderá que las partes designen a un nuevo tercero o que, cualquiera de ellas, solicite que el plazo sea determinado finalmente de manera jurisdiccional, dado que el criterio a aplicarse es objetivo, lo cual deriva en que el tercero sea sustituible. Y en ausencia de actuación del tercero que debía actuar con equidad, su rol podría ser asumido por el juez o árbitro, fijando la duración del compromiso, ya que el criterio a aplicarse es objetivo, carece de componente subjetivo.

Sin embargo, si para fines de la determinación del plazo las partes se sometieron expresamente al libre arbitrio del tercero, las respuestas serán distintas radicalmente. Dado el carácter subjetivo del criterio pactado, sólo se podrá impugnar el plazo, en la medida que se pruebe arbitrariedad, mala fe; y de lograrse probar, las partes deben sustituir necesariamente de común acuerdo al tercero, dado que el criterio a aplicarse es personalísimo, sub-

25 Se sostiene que esta terminación contractual corresponde a un caso de arrepentimiento o recesso ad libitum o ad nutum, librado al mero arbitrio. Véase Barchi (2008, pp. 293-294). Con relación a lo expresado por dicho autor, consideramos que el arrepentimiento o recesso debería ser asociado propiamente a los contratos de duración determinada (o determinable), como mecanismo de salida convencional o legal, que permita ponerles término anticipado. Tratándose de los contratos sujetos a duración indeterminada, la terminación es inherente por la naturaleza misma de las cosas, para evitar una absurda perpetuidad del vínculo, de manera que no hay terminación “anticipada”, no hay arrepentimiento respecto de un plazo que, al no ser prefijado, no es forzoso.

26 “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho”.

jetivo. Y en caso que el tercero no cumpla con el encargo, no podrá recurrirse unilateralmente al mecanismo jurisdiccional, ya que al ser personalísimo el criterio a aplicarse, la fuente del mismo debe provenir del acuerdo de las partes. ¿Qué ocurre en esos casos? Dado que el compromiso es un contrato temporal por la naturaleza de las cosas, y no habiéndose establecido plazo alguno, lo que correspondería sería aplicar supletivamente la ley, asumiéndose el plazo anual de duración, de manera que prevalece el artículo 1416 del Código Civil respecto de lo previsto en el artículo 182²⁷ del mismo cuerpo normativo, dada que la intervención jurisdiccional no aplica cuando el criterio de actuación del tercero es de carácter subjetivo.

6. Justificación de la reforma legislativa sobre duración del compromiso de contratar

Por último, no puede dejarse de destacar que el actual texto del artículo 1416 del Código Civil corresponde a una modificación legislativa.

El tenor original del artículo en cuestión establecía un plazo máximo legal, conforme a lo siguiente: “El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo”.

Resulta manifiesto que la orientación del texto original limitaba sensiblemente a la autonomía privada, introduciendo imperativamente una limitación temporal al compromiso. Era una restricción bajo la misma orientación a la que aún subsiste en el artículo 1688 del Código Civil, en cuanto establece que el plazo determinado máximo para un contrato de arrendamiento es de diez

años, disponiéndose que cualquier exceso queda reducido a dicho límite temporal.

Pero no sólo se trataba de una norma innecesariamente limitativa de la autonomía privada, sino que era contradictoria con otras disposiciones legales. En cierto evento académico realizado para conmemorar el décimo quinto aniversario de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 -en donde las críticas estuvieron dirigidas a la necesidad de cambiar dicho cuerpo normativo antes que introducir modificaciones o adecuaciones- al plantearse la revisión de la normativa sobre contratos parte general, se destacó lo relativo a las diversas contradicciones no sólo al interior del propio código sino respecto de normas sobrevinientes, tales como la Constitución Política y a las leyes sobre sociedades, protección al consumidor, etc., de allí que en materia de contratos preparatorios el entonces Presidente de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República planteó lo siguiente:

5.4. Plazos en los contratos preparatorios. Artículos 1416° y 1423° del Código Civil y artículo 41° de la Ley General de Sociedades.

Esta contradicción no sólo afecta la redacción interna del Código Civil, sino que se contrapone con lo preceptuado recientemente por la Ley General de Sociedades vigente desde 1998.

Nos explicamos. El plazo máximo del compromiso de contratar es de un año (artículo 1416° del Código Civil) y del contrato de opción, de seis meses (artículo 1423° del Código Civil), pero la nueva Ley General de Sociedades en su artículo 41° establece la validez de los contratos preparatorios cualquiera sea su plazo, dejando así la decisión de

27 “Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren. La demanda se tramita como proceso sumarísimo”.

establecer el mismo a la libertad contractual de los contratantes. Particularmente, somos partidarios de que se debe dejar a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión de establecer el plazo de estos contratos, toda vez que es necesario darle agilidad a la circulación de los bienes.

Frente a este panorama, surge la siguiente interrogante: ¿ante la evidente contradicción entre el Código Civil y la nueva Ley General de Sociedades, qué legislación se aplica? En principio, se dirá que cuando se trate de contratos preparatorios civiles se aplicará el Código Civil y cuando se celebre contratos preparatorios por sociedades o cuyos bienes materia del contrato sean acciones, participaciones o cualquier otro título emitido por las sociedades, se aplicará la Ley General de Sociedades. Sin embargo, cuando no pueda determinarse la naturaleza jurídica del contrato, ¿qué norma aplicaremos?

Igualmente, consideramos, con carácter de urgente, que se uniformicen criterios y, consecuentemente, se reforme el Código Civil (Muñiz, 2011, pp. 84-85).

Ahora bien, en el contexto de acuerdos paritarios, resulta cuestionable instituir legalmente un plazo máximo de vigencia contractual, ya que ello corresponde a un tema que -a nuestro entender- se asocia al interés particular antes que, al general, por lo que deberían ser las propias partes las que fijen libremente la duración temporal del contrato y que ello no se derive finalmente de una imposición legal.

Establecer normativamente que determinado contrato de duración no debe extenderse más allá de cierto plazo, puede ser considerado como un

exceso legislativo ya que nadie mejor que las propias partes, como agentes económicos razonables y con efectiva libertad económica y jurídica, para fijar la duración del vínculo que acuerdan. Distinto puede ser el criterio en materia de contratos no paritarios, escenario en el cual sea aceptable o justificable que se regule el tema de un plazo máximo legal o que se proscriba, en todo caso, un régimen de renovaciones automáticas que impida, en los hechos, a la parte débil (miembro de una categoría o *status* contractual protegido jurídicamente, inclusive en el plano constitucional) separarse del negocio. Asimismo, distinto puede ser el caso cuando se está ante una situación que va más allá de los intereses particulares, como ocurre tratándose de las limitantes temporales asociadas a los pactos de no concurrencia en el mercado (la preferencia a la cual se refiere el artículo 1614 del Código Civil en materia de suministro exclusivo²⁸), conforme inclusive refiere Roppo (2009, pp. 598-599).

El hecho cierto es que, denunciada la falta de concordancia con las normas societarias y en el contexto histórico de una corriente de opinión crítica a las limitantes a la autonomía privada, el legislador optó finalmente por modificar la regla relativa a la duración de los contratos preparatorios y, en particular, del compromiso de contratar y, en armonía con las disposiciones contenidas en los artículos 1354²⁹ y 1356³⁰ del Código Civil, estableció que son exclusivamente las partes las que definen la duración del compromiso de contratar, de manera determinada o determinable.

En consecuencia, hoy en día las partes pueden acordar libremente que el compromiso tenga una vigencia determinada, por ejemplo, de seis o nueve meses, o de uno o diez años, siendo que, en defecto de declaración sobre plazo determinado

28 Nos remitimos a lo expresado en nuestro trabajo. Ver Ortega (2012, pp. 206-207).

29 “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

30 “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

o determinable, se aplica la disposición legal que la establece en un año, dado que se trata de un acuerdo con vocación temporal y no puede quedar sujeto a la regla de los contratos a plazo indeterminado.

Compromiso de contratar a su vencimiento

Artículo 1417.- El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

Atendiendo a la actual regulación contenida en el artículo 1416 del Código Civil, resulta manifiesto que la regla establecida en el artículo bajo comentario ha quedado tácitamente derogada, conforme al artículo I del Título Preliminar del Código Civil³¹. En efecto, en un escenario legislativo conforme al cual había un límite temporal infranqueable para el compromiso de contratar, de manera que cualquier exceso quedaba reducido al plazo máximo legal de un año, resultaba consistente regular que, en caso de renovaciones, cada una de ellas debía observar la regla del límite máximo anual.

Siendo actualmente que la duración del compromiso es establecida por las partes, sin restricciones para fijar dicha subsistencia temporal, carece de justificación mantener en el Código Civil una norma que se remite a un texto ya derogado.

Es así que, siguiendo ese criterio, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, elaborado por el grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984, constituido por Resolución Ministerial Nro. 0300-2016-JUS, se propone la derogación expresa del artículo bajo comentario.

³¹ “La ley se deroga sólo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

Negativa injustificada de celebrar el contrato definitivo

Artículo 1418.- La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:

1.- Exigir judicialmente la celebración del contrato.

2.- Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

7. Concepto previo: el contenido obligacional del compromiso de contratar

Conforme hemos destacado, no obstante su carácter preliminar, el compromiso de contratar es ciertamente un contrato, posee contenido obligacional y, conforme a ello, le resultan aplicables las disposiciones pertinentes del derecho de obligaciones. Su singularidad radica, entre otros aspectos, en su vocación temporal, limitada en el tiempo, y la identidad de contenidos respecto al contrato definitivo que pudiese celebrarse. En efecto, en el ejemplo varias veces propuesto de una compraventa, el objeto del compromiso de compraventa es celebrar el respectivo contrato definitivo; en cambio, el objeto del contrato (definitivo) de compraventa es lo relativo a la transferencia de propiedad del bien y el pago del precio dinerario.

Atendiendo a ese carácter obligacional, no debemos olvidar que, en materia de obligaciones, el interés es la noción matriz, que permite dar sentido funcional al contenido de la respectiva

relación jurídica patrimonial (Bianca, 1994, pp. 111-115).

Las obligaciones (como relaciones jurídicas) se estructuran sobre la base de un determinado interés, el de una parte (acreedor) que pretende algo que está al alcance, en la posibilidad, en la esfera patrimonial de su contraparte (deudor), de allí que el contrato, por poseer un objeto que es obligacional, sea fuente de cooperación, porque el deudor se compromete, mediante la ejecución prestacional a su cargo, a satisfacer dicho interés más allá que sea de ejecución positiva (dar, hacer) o negativa (no hacer). Dado que las obligaciones pueden ser de fuente autónoma (voluntaria) o heterónoma (legal), el medio ordinario para generarlas es mediante el acuerdo de los interesados, de allí que pueda afirmarse que todo contrato es literalmente instrumental, no sólo porque sirve para fines del tráfico de bienes y servicios, dotándolo de seguridad, sino porque lo que pretende inmediatamente es instituir una determinada clase de relación jurídica o, sobre la base que la misma ya existe, regularla, modificarla o extinguirla.

8. El concurso electivo por incumplimiento del compromiso de contratar

En función al interés comprometido, frente a la posibilidad de un incumplimiento como anomalía ordinaria y riesgo representable en todo contrato, el ordenamiento reconoce en el acreedor la posibilidad de recurrir a un conjunto de mecanismos (de tutela o protección al crédito) que permitan obtener lo prometido (cuando sea pertinente), salvo que se incline por el remedio extremo de la resolución contractual, todo ello conforme

a lo establecido en los artículos 1219 y 1428 del Código Civil, según corresponda.

Nos interesa destacar este aspecto. Frente a una situación de incumplimiento (que parte de la premisa que es posible ejecutar lo debido), el acreedor puede optar por mantener el contrato (en rigor, mantener la relación jurídica creada en su momento por la celebración del contrato) y exigir el cumplimiento de lo adeudado, o por resolverlo. A ello se denomina “concurso electivo” en el marco de la inejecución de obligaciones (Messineo, 1986a, pp. 338-339)³².

El contenido del artículo 1418 del Código Civil corresponde precisamente a dicha opción. Nos explicamos.

La vigencia temporal del compromiso implica que durante la misma cualquiera de las partes (en el escenario de un compromiso de carga plurilateral), tomando la iniciativa negocial, puede requerir a su contraparte la celebración del contrato definitivo, dado que ambas partes asumieron (como regla general) la obligación de celebrarlo. Requerir la celebración se materializa en la formulación de una oferta cuyo contenido -conforme ya hemos desarrollado- debe presentar absoluta simetría con el contenido que presenta el compromiso ya convenido. El destinatario de la oferta, quien es promitente de la celebración del contrato definitivo, debe aceptarla.

Frente a ello, la parte requerida (que debe aceptar la oferta) sólo podrá liberarse del compromiso invocando, y probando, una causa justificada; de lo contrario, de mediar negativa injustificada, se activan los remedios pertinentes a los que se refiere el artículo bajo comentario.

32 La parte agraviada por el incumplimiento, manteniendo interés, puede preferir pedir la condena del deudor, de manera que se incline por una ejecución de forma específica o en forma genérica (por equivalente) a cargo de dicho deudor; empero, también es posible, por pérdida de interés, que se incline por la resolución, con las ventajas de quedar liberada de su propio compromiso prestacional, y si ya hubiese cumplido, de obtener la correspondiente restitución, según corresponda.

9. La negativa justificada y el régimen de obligaciones de medios y de resultado

Con relación a su artículo 1418, el Código Civil no define lo que debe entenderse por “injustificada negativa” que permita activar los remedios legales en caso de incumplimiento del compromiso de contratar.

Hay que desentrañar el sentido de la expresión legislativa atendiendo a que las partes se obligan a contratar de manera definitiva, y no a negociar o a realizar sus mayores y mejores esfuerzos para ello.

Una negativa justificada sería, por ejemplo, una situación de imposibilidad sobreviniente, conforme a la cual ya no puede ejecutarse la prestación sobre la cual versa el contenido obligacional del contrato definitivo a celebrarse (que corresponde finalmente al interés negocial por el cual se celebró el compromiso, como antesala del contrato definitivo), como sería, en el ejemplo de la compraventa, el perecimiento del bien único. No tiene sentido, ni utilidad, aceptar la oferta de un contrato nulo por imposibilidad prestacional originaria.

Lo que no podría ser considerado como una negativa justificada es, en nuestra opinión, la supuesta falta de acuerdo sobre los términos y condiciones negociales del futuro contrato definitivo, atendiendo a que las partes se habrían puesto únicamente de acuerdo -para celebrar el compromiso- en los elementos esenciales del contrato definitivo, difiriendo el acuerdo sobre los demás aspectos no esenciales. Conforme ya hemos destacado tratándose de los alcances del artículo 1415 del Código Civil, el compromiso demanda de acuerdo total respecto de los contenidos del futuro contrato definitivo (aunque sin celebrarse el mismo), aplicándose la ley para todo aquello que no hubiese sido materia de acuerdo expreso, entendiéndose que todo lo que sea esencial o fundamental debe ser objeto de explícita convención

entre las partes. Es más, de haber habido cualquier desacuerdo, por mínimo que sea, ni siquiera se habría celebrado compromiso alguno. En tal virtud, dado que el disenso implica la inexistencia contractual (preparatoria o definitiva), es imposible que se genere el supuesto de hecho de una falta de acuerdo como causa justificante.

Y es que postular la tesis que una falta de acuerdo sobre los aspectos negociales que habían quedado “en blanco” (al celebrar el compromiso) corresponde a una negativa justificada significaría, en los hechos, admitir que el compromiso es finalmente un espacio de negociación, librado o sujeto a la regla de la buena fe, en el cual debe actuarse con diligencia y lealtad, pero respecto del cual no se admite que las partes se obliguen a ponerse de acuerdo, ya que la generación del acuerdo total emana de un acto libre. En otras palabras, desde la perspectiva bajo comentario, el compromiso implicaría que las partes se obligan a negociar la celebración en el futuro de un contrato definitivo, lo cual es algo muy distinto a la tipificación de la figura contenida en el artículo 1414 del Código Civil, en el sentido, que el compromiso implica que las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Obligarse a contratar es algo absolutamente diferente a comprometerse a negociar.

De no poder invocarse, y probarse, causa justificada, la parte interesada en la celebración del contrato definitivo podrá optar según su conveniencia por (i) demandar, exigir jurisdiccionalmente, su celebración, lo cual equivale a la ejecución forzosa de lo debido: la obligación de contratar, o (ii) por resolver el respectivo vínculo, al haber perdido interés en la celebración del contrato definitivo; queda claro que en ambos casos queda expedito el derecho de la parte fiel, agraviada por el incumplimiento injustificado, de reclamar el pago indemnizatorio por daños y perjuicios. Ese concurso electivo corresponde a lo establecido en

general en los artículos 1219³³ y 1428 (primer párrafo)³⁴ del Código Civil.

¿Tiene sentido que el promitente que reclama la celebración del contrato definitivo, en caso de negativa injustificada para dicha celebración, opte por la resolución por incumplimiento? Por supuesto, porque habiendo perdido interés en la ejecución de lo debido, pretende liberarse de la propia obligación a su cargo (efecto liberatorio derivado de la resolución), porque podría darse la circunstancia que, manteniéndose aún vigente el contrato, la parte que se negó injustificadamente pero frente a la cual no se reaccionó, cambie de criterio, y exija el cumplimiento del compromiso, cumplimiento que tendría que ser observado por el promitente que comunicó inicialmente su voluntad de contratar, pese a que ya no tenga interés en constituir el vínculo definitivo.

Imagínese que el contratante no reciba la prestación debida porque la contraparte no la cumple ... (...) ... en casos así el intercambio contractual, tal como programado por las partes, resulta alterado en daño de ese contratante, si él fuera constreñido igualmente a realizar la propia prestación, lo haría sin recibir la contraprestación He ahí entonces que se activa el remedio: el contrato se resuelve precisamente para liberar del vínculo

contractual y, por lo tanto, de la obligación de realizar la propia prestación, [lo subrayado es nuestro] al contratante perjudicado por el incumplimiento de la contraparte (Roppo, 2009, 863-864).

¿Puede haber causa justificada distinta a la imposibilidad? El tema se asocia a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados, así como al régimen de responsabilidad civil que de ello se desprende, esto es, sobre cuándo corresponde invocar la diligencia como razón eximente de responsabilidad.

No obstante que el promitente asume una obligación con contenido prestacional de hacer³⁵ (celebrar el contrato definitivo, y no de negociar simplemente la celebración del mismo) y que este tipo de prestación corresponde emblemáticamente a una obligación de medios, con lo cual sería de aplicación un régimen que permite la liberación de responsabilidad demostrando ausencia de culpa (diligencia), no es menos cierto que, por la naturaleza de las cosas, en el contexto de un compromiso de contratar, la causa no imputable sólo puede identificarse con aquello que desborda al respectivo deudor: la causa ajena, por lo que la prueba de la diligencia es irrelevante, porque el interés del acreedor, de aquél que solicita y conmina la celebración del contrato definitivo, sólo queda

33 “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”.

34 “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

35 Ariás Schreiber, citando a De Ruggiero expresa que la función del compromiso “no es otra que vincular a las partes comprometiéndolas a la conclusión de un futuro contrato que por ahora no se quiere o no se puede estipular; su objeto no es, pues, el propio del contrato a celebrarse, sino la conclusión de éste, osea, un “facere”, consistente en asentir o en prestarse a cuanto precise para dar vida al contrato que se compromete estipular (...)” (1995, p. 203).

satisfecho mediante la celebración del respectivo negocio, lo cual está absolutamente en la esfera de posibilidad del respectivo deudor. En efecto, atendiendo a lo ya tratado sobre el régimen del acuerdo formativo total, no se trata de que el deudor se obligue a negociar y, por consiguiente, a procurar alcanzar un acuerdo contractual (lo cual escapa a su control), sino que el deudor se obliga a aceptar la oferta que le proponga su contraparte (lo cual sí se encuentra bajo su control), en el entendido que dicha oferta debe corresponder

absolutamente a lo ya acordado con ocasión de celebrar el compromiso.

Sobre el particular, téngase presente que conforme a autorizada doctrina³⁶, una obligación es de resultado cuando la prestación asumida está subordinada al dominio volitivo del deudor³⁷, salvo que por causas ajenas quede impedido de ejecutarla, de manera que la responsabilidad contractual asumida es de carácter “objetivo”³⁸.

36 “La obligación de hacer consiste siempre en un determinado comportamiento, esto es, en un determinado despliegue de energía llevado a cabo por el deudor. El interés del acreedor, sin embargo, no estriba tanto en que el deudor despliegue esa energía o actividad, cuanto en poder lograr con ella una determinada finalidad, que, en ocasiones, se denomina logro o realización del interés primario del acreedor que subyace en la constitución de vínculos obligatorios. A partir de estos datos fundamentales, se puede entender sin dificultad que existe lo que JORDANO FRAGA (“ADC” 44,1, 1991, pág. 20) denomina dos formas de configurar el contenido de la prestación debida, cuando ésta consiste en un *facere*. La obligación se llama de medios, según el autor citado, cuando como consecuencia de la forma en que en aquella se define la prestación, el deudor cumple desplegando la actividad diligente (técnica o común) debida, de manera que ésta constituye en sí misma aquello que el acreedor debe obtener. La prestación ciertamente se encamina a un fin ulterior, pero la realización de éste no se compromete. No se incluye en el programa de prestación. Lo contrario, cabalmente, ocurre en las prestaciones de resultado, en las que lo debido es la obtención del concreto resultado, que, por consiguiente, se integra en el contenido de la prestación. En este tipo de obligaciones no basta que el deudor despliegue la actividad diligente encaminada al logro del resultado, sino que debe obtener este último. Por resultado se debe entender una determinada de una realidad física y jurídica, del modo como esta se encontraba en el momento anterior a la constitución de la relación obligatoria” [lo subrayado es nuestro] (Díez-Picazo, 1996, p. 246). Tomando las palabras de Díez-Picazo, en el marco de un compromiso de contratar, en el cual las partes acuerdan la celebración de un futuro contrato definitivo, el resultado será precisamente esa realidad jurídica que se genere como consecuencia de cumplirse con el compromiso asumido.

37 “Esta función de las obligaciones de medios presupone que la calificación jurídica de las obligaciones se atenga al dato cierto que brinda cada relación en particular. Ello da lugar a que la referencia prejurídica asuma una importancia fundamental. La ley, en otros términos, no podrá imponer a un deudor la obtención de un resultado que la ciencia y la técnica del momento no estuviesen en grado de asegurar (por ejemplo, curar a un paciente afectado por un mal incurable), mientras que sí puede, arbitrariamente, establecer el momento a partir del cual las personas alcanzan la mayoría de edad, o delimitar la responsabilidad del guardián o del transportista. Por consiguiente, el resultado efectivamente comprometido depende de la posibilidad concreta de conseguirlo; solamente aquello que puede conseguirse *in natura* puede ser comprometido, [lo subrayado es nuestro] y ello no ocurre con la curación del paciente afectado por el cáncer; por ende, el resultado de esta clasificación debe ser identificado con el cumplimiento de todas las actividades que puedan conducir a la realización de tal fin, aunque sea un fin irrealizable” (Franzoni, 1998, pp. 312-313). Conforme se aprecia, una prestación de hacer, será categorizable como de resultado cuando lo comprometido se encuentre plenamente es la competencia del deudor, de manera que éste se encuentre en la efectiva posibilidad de satisfacer el interés del acreedor mediante la ejecución de lo debido.

38 Podría postularse que las obligaciones de medios corresponden a un régimen de responsabilidad subjetivo, que permite la liberación de responsabilidad probándose la ausencia de culpa, la cual se extiende desde la acreditación de la diligencia hasta la demostración de la causa ajena; en cambio las de resultado corresponden a un régimen objetivo, en el cual resulta ajeno lo relativo a la culpa (y, por consiguiente, a la diligencia), de manera que el solo incumplimiento deriva en responsabilidad, salvo que se prueba la causa ajena o fractura causal. Como bien expresa Ospina, en los países de tradición jurídica latina, el incumplimiento siempre se atribuye por culpa, lo que ocurre es que, atendiendo a la naturaleza de la prestación, la liberación de responsabilidad puede darse en algunos casos probando al menos diligencia, mientras que en otros resulta indispensable probar el hecho extraño impediendo (Ospina, 2008, pp. 119-121). Advértase que la clasificación de las obligaciones en medios y de resultado sería finalmente un tema de responsabilidad. Desde otra perspectiva, Franzoni estima que la clasificación en cuestión no es un tema de responsabilidad, sino que está estructurada para establecer a qué se obligó el respectivo deudor siendo que el régimen de responsabilidad aplicable no será más que una consecuencia de lo anterior (1998, p. 312).

(...) En la doctrina francesa, la diferencia de una u otra obligación ha sido puesta en la diversa distribución de la carga de la prueba de la justificación de la imposibilidad de cumplimiento. Si el deudor compromete un resultado y el resultado no se produce, deberá ser considerado como incumplimiento a menos que él mismo pueda justificar la existencia de un caso fortuito. En cambio, si no se comprometió el resultado, habrá de ser el acreedor quien demuestre la falta de diligencia en el deudor.

Este punto de vista ha sido criticado por JORDANO FRAGA (ob. loc. cit), para quien no existen principios relativos a la carga de la prueba que sean distintos, aunque hay que admitir que el diferente modo de configurar la prestación y por consiguiente el diverso modo de configurar la contravención, repercute en el contenido de la carga probatoria del acreedor (...) (Díez Picazo, 1996a, p. 247).

Salvando las diferencias que pudiesen existir entre las legislaciones española y nacional, lo cierto es que más allá que en nuestro sistema legal se presume la culpa (como “leve”, conforme al artículo 1329 del Código Civil), tratándose de las obligaciones de medios opera una responsabilidad “subjetiva”, dado que frente a la inejecución de obligaciones el deudor se libera de la responsabilidad exigible probando diligencia o actuación conforme a lo esperado razonablemente, en función a la ciencia o al arte de la técnica, sin perjuicio, desde luego, de poder invocar una causa ajena; en cambio, en las obligaciones de resultado (como es el caso de la prestación contenida en el compromiso de celebrar en el futuro un contrato definitivo) la responsabilidad es “objetiva” porque

el deudor sólo se libera de responsabilidad demostrando causa ajena³⁹: caso fortuito, fuerza mayor, hecho concluyente de tercero y hecho concluyente del acreedor.

El hecho propio del acreedor quedaría evidenciado en la circunstancia que el deudor sea requerido para la celebración del contrato definitivo bajo términos y condiciones que no corresponden al contenido del compromiso, a lo convenido en su momento. Y es que el promitente declinó su libertad de contratar bajo cierto régimen, por lo que no se le puede exigir que quede obligado en el marco de un contrato definitivo con un contenido negocial distinto al consensuado en su oportunidad. En cambio, si la oferta de quien expresa su interés en celebrar el contrato definitivo sí se ajusta a los contenidos ya identificados, explícita o implícitamente, de no haber causa ajena, no habrá posibilidad jurídica de invocar una negativa justificada.

En dicho sentido y retomando lo expresado inicialmente, en caso se requiera la celebración del contrato definitivo y el respectivo deudor carezca de causa justificativa para negarse (causa ajena, atendiendo a la naturaleza de la prestación y a la responsabilidad que se deriva de ella), dependerá del acreedor (concurso electivo) exigir su ejecución forzada u optar por la resolución contractual.

¿En qué radica, en este caso, la ejecución forzada? Que el juez declare celebrado el contrato definitivo, verificando que la oferta para su celebración (desatendida por la parte contraria, pese a que se realizó dentro del plazo de vigencia del acuerdo) corresponde efectivamente con lo pactado preliminarmente.

Sin embargo, una cosa es que se declare jurisdiccionalmente celebrado el contrato definitivo, y

39 En nuestro medio, en función a lo expresado se han interpretado los alcances de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil. Ver comentarios a los señalados artículos por parte de los profesores Fernández, G. y León, L. (2007). En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (pp. 627-659). Gaceta Jurídica.

otra cosa, muy distinta, es que se ejecute dicho contrato, dado que esto último dependerá definitivamente de la actuación, de la voluntad, del respectivo deudor, y del propio interés del acreedor. La celebración forzada del contrato definitivo no garantiza la ejecución de lo debido, siendo ello una variable que deberá dimensionar el promitente que opta por dicha ejecución forzada. La situación se torna más complicada cuando el contrato definitivo se relaciona a una prestación de hacer, de carácter personalísimo, en donde la declaración de celebración contractual no derivará en la posibilidad de ejecución forzada.

Por último, en el escenario de la celebración jurisdiccional, la función del juez es la de realizar la declaración que le correspondería al promitente, en caso de rebeldía. Conforme ya hemos expresado, la autoridad jurisdiccional verificará que la oferta para celebrar el contrato definitivo corresponda a lo convenido preliminarmente y, sobre dicha base, declarará celebrado el contrato definitivo, teniendo en consideración si dicho contrato es formativamente consensual o formal.

10. La resolución del compromiso por inejecución de obligación

El Código Civil hace mención a que, frente al incumplimiento de la parte a quien se le requiere la celebración del contrato definitivo, el interesado puede optar por solicitar que se deje sin efecto el compromiso.

No se trata estrictamente de un desistimiento contractual, en el sentido que la ley concede el derecho potestativo de apartarse del contrato, lo cual dejaría en entredicho el carácter vinculante del contrato preparatorio celebrado; tampoco se trata de una pretensión que esté subordinada a la soberana voluntad de la contraparte (solicitar implica pedir algo a alguien, y ello significa subor-

dinarse a otra esfera jurídica), lo cual correspondería en todo caso a un mutuo disenso.

Lo que la ley establece como “Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar” no es otra cosa que la pretensión, o el derecho potestativo (según sea el caso) de resolver el compromiso ante el incumplimiento (injustificado) de la contraparte, más allá de la manera en que se implemente dicha resolución, sea jurisdiccional o extrajurisdiccionalmente, siendo que la representación ordinaria es que uno se represente la intervención jurisdiccional, solicitando que se declare constitutivamente la resolución contractual (se invoca una pretensión). Por consiguiente, resultan de aplicación todas las nociones relativas al señalado remedio contractual, partiendo que el emplazado debe encontrarse en una situación de mora (que denota la falta contractual, y no una simple falta de cumplimiento que es un mero retardo), siendo aplicables las nociones sobre legitimidad resolutoria (gravedad del incumplimiento y que el invocante de la resolución sea parte fiel) como sobre el procedimiento resolutorio (protocolo a seguir, sobre la base de la legitimidad, para obtener la resolución; resolución jurisdiccional o extrajurisdiccional), así como sobre los efectos derivados (Díez-Picazo, 1996a, pp. 699-727; Roppo, 2009, pp. 873-899).

Conforme a ello, el ejercicio de la pretensión en sede jurisdiccional) o del derecho potestativo (en sede extrajurisdiccional) está subordinado a la generación de un incumplimiento sustancial o significativo, situación que se presenta evidentemente en el presente caso, dado que el objeto mismo del compromiso obligacional asumido por las partes era la celebración del contrato definitivo. Además, la parte que solicita o invoca la resolución, como remedio ante la patología del incumplimiento, debe ser “parte fiel” del compromiso, esto es, quien no esté en falta respecto de sus obligaciones, que no haya incurrido en incumplimiento.

Asimismo, como ya hemos referido, la resolución podrá operar jurisdiccionalmente o no. Es así que podría aplicarse la cláusula resolutoria expresa que hubiese sido pactada en el compromiso, conforme a lo establecido en el artículo 1430⁴⁰ del Código Civil; de lo contrario, de no haberse convenido el pacto comisorio, y de haberse perdido definitivamente interés en la celebración del contrato definitivo, corresponderá al acreedor agraviado solicitar la declaración constitutiva de resolución en la vía jurisdiccional, conforme al artículo 1428 del Código Civil, siendo que sólo de manera excepcional, el interesado podría inclinarse por la denominada resolución por intimación, a la que se contrae el artículo 1429⁴¹ del Código Civil, bajo la premisa (de primera instancia) que aún mantenga interés en celebrar el contrato definitivo (la prestación debida es aceptar la oferta formulada), de manera que con la respectiva intimación genera una última oportunidad (concediendo un plazo excepcional) para lograr la ejecución prestacional debida (celebración del contrato definitivo mediante la aceptación de la oferta), bajo apercibimiento de resolución de pleno derecho.

Resuelto el compromiso, sea por declaración jurisdiccional constitutiva o de manera unilateral -según corresponda al interés del acreedor-, se desprenden los efectos típicos de la resolución (Larroumet, 1993, pp. 154-159; Forno, 1987, pp. 85-98), como remedio extintivo del vínculo: liberatorio para la parte fiel respecto de la obligación a su cargo, cuya exigibilidad dependía del cumplimiento ajeno, restitutivo para las partes de las prestaciones ya ejecutadas, según sea la naturaleza del contrato celebrado (tracto único o trac-

to sucesivo, con el tema de la eficacia temporal de la resolución), y reparatorio para la parte fiel, agraviada por el incumplimiento ajeno, en lo que concierne a sus daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Dado que la resolución es un remedio respecto de los contratos plurilaterales de prestaciones recíprocas, cabe cuestionarse sobre la viabilidad jurídica de dicho remedio en el contexto del compromiso de contratar unilateral (donde una sola de las partes asumió la obligación de contratar en el futuro, obligación o deber específico que luego desconoce). Entendemos que en ese escenario no correspondería invocarse la resolución por incumplimiento, por lo que las opciones de la parte agraviada por el incumplimiento se limitarían a exigir la celebración del contrato definitivo en sede jurisdiccional y reclamar el pago indemnizatorio por la morosidad correspondiente. Empero, nada impide que, en el ejercicio de la autonomía privada, las partes hubiesen podido convenir un acuerdo de terminación o arrepentimiento unilateral, por el cual sería suficiente la sola declaración del promitente (acreedor agraviado según la narrativa precedente) para poner fin al vínculo, sin perjuicio de otros efectos que pudiesen corresponder, aunque ya sería impertinente el reparatorio.

Formalidades de los contratos preparatorios

Artículo 1425.- Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

40 “Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

41 “En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios”.

11. Sobre el perfeccionamiento constitutivo contractual

La regla general del ordenamiento es que los contratos se perfeccionan constitutivamente por el simple acuerdo de voluntades de las partes, no siendo necesario que el consentimiento esté materialmente exteriorizado a través de documento alguno, menos que se proceda a ejecutar las prestaciones; en ese sentido, es suficiente el acuerdo verbal para que, para todo efecto legal, se tenga por celebrado el respectivo contrato⁴² desde el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente⁴³.

Dicho régimen sobre perfeccionamiento formativo, como toda regla general, admite excepciones. Y en ese sentido, así como la ley regula a los denominados contratos consensuales (definidos precedentemente), también reconoce a los llamados contratos formales, esto es, aquellos en que la voluntad común sólo existe jurídicamente si es que se declara a través de determinada forma documental que puede ser hasta de tres maneras distintas: por escrito, por escrito de fecha cierta y por escritura pública; fuera de ellas no hay otra forma de la cual se pueda hacer uso para acreditar voluntad coincidente. Por ello, al ser un requisito necesario para la formación de la voluntad, se trata de una solemnidad, declaración y forma se confunden, declaración y documento se identifican.

El artículo 1352 del Código Civil⁴⁴, se refiere a lo enunciado precedentemente: los contratos son,

como regla general, consensuales (celebrados bajo el principio de libertad de forma, lo cual significa que las partes pueden exteriorizar libremente su voluntad bajo cualquier manera), salvo que dichos acuerdos posean legalmente el carácter de formales, por excepción, lo cual se asocia al concepto de exigencia necesaria (solemnidad) de una determinada forma documental⁴⁵, bajo sanción de nulidad.

Conforme a lo señalado, frente a la indicada regla general formativa, la regla de excepción es que el derecho establezca que la declaración de voluntad sólo será existente y, por consiguiente, productora de efectos merecedores de tutela jurídica, en la medida que cumpla con la forma exigida de manera necesaria, y no contingente o prescindible, por lo que la voluntad común deberá expresarse ineludiblemente de una determinada manera. Forma de la declaración se confunde, se identifica, con la declaración misma; conforme a ello, ante la inobservancia de la forma necesaria exigida, se entenderá que no ha habido declaración de voluntad por las partes, menos consenso, por lo que no se habrá generado relación contractual alguna. Así, el contrato sólo estará celebrado, válidamente celebrado, en la medida que las partes (ambas, al ser un acto plural) declaren su voluntad de una determinada o específica manera solemne, la misma que es exigida “bajo sanción de nulidad”, enunciado que es para destacar que no se trata de una forma meramente probatoria y, por consiguiente, prescindible. Por ejemplo, la ley⁴⁶ esta-

42 Artículo 1352 del Código Civil.

43 Artículo 1373 del Código Civil.

44 “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

45 Sobre este particular merece destacarse que, con toda razón, Guillermo Lohmann manifiesta que, en rigor, la “forma” siempre se da en todo acto jurídico y, en particular, tratándose de contratos, puesto que la voluntad para poseer relevancia debe expresarse, exteriorizarse, sea de manera expresa o tácita, siendo más bien que el requisito de validez de la manifestación de voluntad en algunos casos se asocia a la observancia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. En ese sentido, la formalidad no es sino la exigencia de una determinada forma. Por ello, el señalado autor expresa que “toda declaración requiere de una forma externa (o sabida ausencia de ella) que refleje su voluntad; pero no todo negocio reclama formalidad” (Lohmann, 1986, p. 102).

46 Artículo 1625 del Código Civil de 1984.

blece que el contrato de donación inmobiliaria se celebra mediante declaraciones contenidas en una escritura pública, bajo sanción de nulidad; *ergo*, si las partes exteriorizan su voluntad bajo una forma distinta, no se genera consentimiento alguno en el plano jurídico, por lo que no se producen los efectos que se habrían representado las partes. La declaración de voluntad debe, tiene que, expresarse necesaria, imperativamente conforme a la respectiva forma.

Este tipo de perfeccionamiento constitutivo, el formal, el solemne, no es frecuente, pero se mantiene ante determinados negocios.

Si la forma solemne se confunde con la declaración de voluntad de las partes, en rigor, la inobservancia de la solemnidad derivaría en inexistencia antes que en invalidez, porque esta última categoría presupone un acto celebrado (Espinoza Espinoza, 2008, pp. 495-498)⁴⁷; empero, nuestro Código Civil, zanja la cuestión estableciendo que la inobservancia de la forma legalmente exigida bajo sanción de nulidad es causal de invalidez a título de nulidad. *Roma locuta, causa finita*. En nuestra opinión, ello genera confusión al dimensionarse los alcances de las normas bajo comentario. No puede ser nulo lo inexistente, sólo puede serlo aquello que existe, dado que la nulidad es finalmente la negación de pleno derecho de efectos para algo que ha sido celebrado en oposición a reglas esenciales del ordenamiento. Además, si el negocio fuese nulo, lo cual presupondría existencia, a través de esta última se estaría asumiendo que ya hubo consentimiento, aunque el mismo no haya sido suficiente, siendo que esto último derivaría en admitir -indirecta e impropriamente- que el contrato ya se habría formado, dado que el contrato no es sino consentimiento. Estimamos que este problema de categorías jurídicas, más allá

de lo que enuncie en particular nuestro Código Civil, bien puede ser salvado. Para fines genéticos. la inobservancia de la forma necesaria no es que conlleve nulidad (por haberse omitido seguir -para fines de la declaración común- la forma establecida por ley bajo sanción de nulidad), sino que deriva en inexistencia, siendo que la referencia a la exigencia legal de una determinada forma bajo sanción de nulidad se realiza únicamente para diferenciarla de una forma que fuese simplemente probatoria. Es una referencia por exclusión, atendiendo a que, si no se indica que se está ante una forma *ad solemnitatem*, se entendería que es meramente *ad probationem*⁴⁸. En materia de formación del consentimiento, entendemos que la ausencia de una declaración tal como lo pudiese exigir imperativamente la ley, conlleva a que no se haya generado el consenso, elemento formativo esencial del negocio; en consecuencia, al no haber jurídicamente un acuerdo volitivo, el pretendido contrato es simplemente inexistente.

Admitimos que el postular que la solemnidad es la declaración misma de voluntad, no resulta consistente con lo expresado en el artículo 1352 de nuestro Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”, dado que la palabra “además” sugiere que al consentimiento (que ya estaría generado) se le exigiría un requisito adicional para formar al contrato, pero que ya hay consentimiento. Los alcances de este artículo han sido objeto de múltiples comentarios en los diversos intentos de reforma del actual Código Civil. Postulamos que el consentimiento sólo se genera, legalmente, si se satisface la solemnidad; por ello nos referimos a un consentimiento calificado. Empero, no puede negarse que el

47 El autor destaca que la inexistencia es la falta de configuración del negocio o acto, a diferencia de la invalidez que presupone un negocio o acto que adolece de cierta patología (estructural) que deriva en que no genere los efectos jurídicos representados, los ya referidos efectos propios del negocio, sea por falta de elementos esenciales o por presentar vicios de la voluntad.

48 Artículo 144 del Código Civil.

Código Civil en diversas partes de su articulado diferencia entre la manifestación de voluntad (entiéndase declaración) y la necesidad de observar de manera necesaria cierta forma, bajo sanción de nulidad. Recuérdese que el lenguaje legislativo no es, ni tiene que ser, uno académico o científico⁴⁹, de manera que bien puede entenderse que la norma en cuestión se refiere a que “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos en que debe observarse la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”, lo cual reconocería que la regla general de perfeccionamiento genético es el consentimiento simple, salvo que se exija de un consentimiento calificado, observándose una solemnidad.

¿Qué es lo que justifica que se haya establecido esta excepción de los contratos formales respecto de los consensuales? Para fines de promover la contratación y el fluido intercambio de bienes y servicios, no tenemos duda que los contratos se perfeccionan de manera instantánea por el simple acuerdo de voluntades, pero existen casos en los cuales se justifica establecer ciertos límites, en el más puro sentido de la palabra, para que las partes puedan evaluar, por ejemplo, si están efectivamente interesadas en cerrar el contrato, límites que se asocian a la necesidad de expresar por escrito o de manera documental su acuerdo; por ello es que entendemos que los contratos gratuitos son generalmente contratos formales, ya que en el fondo lo que se pretende es que quien realiza el sacrificio patrimonial sea consciente de lo que acuerda (Stolfi, 1959, pp. 215-216), por ello la necesidad de volcarlo en un documento (más allá de la forma exigida en particular).

Además las formalidades cumplen otras funcionalidades: permiten, en algunos casos, asegurar la

autenticidad de la declaración de voluntad (es el caso manifiesto, por ejemplo, de la escritura pública), permiten preservar la declaración de voluntad (lo escrito puede mantenerse archivado, con mayor razón cuando estamos nuevamente, por ejemplo, frente a una escritura pública) o, simplemente, permiten probar la existencia del respectivo acto, sobre todo cuando él mismo ha sido celebrado más no ejecutado.

Sobre esta materia, resulta relevante reproducir las expresiones de Messineo sobre la denominada solemnidad contractual:

La razón jurídica de esta imposición por parte del ordenamiento jurídico, estriba, como es sabido, en la exigencia de que las partes se vean forzadas por la necesidad del uso de la forma solemne, a reflexionar sobre la importancia económica del acto que van a realizar al estipular el contrato y se decidan a ello después de un maduro examen; es, por tanto, un medio indirecto de defensa de las partes contra su propia ligereza posible. Pues, si esto mismo no es suficiente, aquella de las partes que estipula atolondradamente un contrato solemne, sin percatarse de su importancia, tiene ya que imputárselo a sí misma (1986, p. 151).

12. Sobre la forma del compromiso de contratar

El artículo 1425 del Código Civil establece que los contratos preparatorios son nulos si no siguen la misma forma prescrita legalmente para la celebración del contrato definitivo, bajo sanción de

49 “En el léxico jurídico pueden distinguirse tres planos de análisis. El primero es el lenguaje natural u ordinario, que es el de la expresión usual, habitual, cotidiana o corriente de la sociedad. El segundo es el lenguaje de los hombres dedicados a la ciencia jurídica, que es un lenguaje característico que aspira a expresar con la mayor precisión posible las construcciones propias del derecho. El tercero es el lenguaje legislativo, es decir, el lenguaje del legislador, que si bien no debe ser ajeno al rigorismo semántico del jurista, tampoco debe apartarse demasiado del sentido de los vocablos encarnado en la comunidad” (Alterini et al., 2000, p. 2).

nulidad. La norma se coloca en el supuesto específico del perfeccionamiento constitutivo de los contratos formales.

¿Se justifica dicha exigencia tratándose tanto del compromiso de contratar como del acuerdo de opción, como modalidades de negocios preparatorios? Tenemos nuestras serias dudas.

Ya hemos señalado que, tratándose del compromiso de contratar, el mismo ya es un contrato celebrado, sólo que, a título preliminar, siendo que, durante su vigencia, una de las partes podrá tomar la iniciativa y requerir la celebración del contrato definitivo, formulando la respectiva oferta, la misma que deberá ser aceptada. Se trata entonces que, de manera ulterior a la celebración del compromiso y durante su plazo de vigencia, se genera la oferta y la aceptación del contrato definitivo, las declaraciones formativas del contrato definitivo. Siendo así, es a estas últimas a las que debería aplicarse la exigencia formativa solemne. Pero el negocio preliminar es uno distinto, ¿por qué razón se exige la celebración de la misma manera que la exigida para el contrato definitivo, por qué debe seguir la misma solemnidad? Pareciera que se está ante un exceso legislativo, porque, reiteramos, son contratos con identidad distinta, por más que su contenido sea el mismo.

Atendiendo a los conceptos señalados precedentemente, ¿se justifica que la ley sancione la nulidad del compromiso de contratar cuando carezca de la misma forma solemne prescrita para el contrato definitivo?

Tratándose del compromiso de contratar, que es jurídicamente un acuerdo distinto al contrato definitivo que pudiese finalmente celebrarse, en el cual se requiere que las partes se pongan de acuerdo (para cuyo efecto, se extiende una oferta acor-

de con los contenidos negociales ya convenidos, exigiéndose su aceptación), estimamos que no hay razón suficiente para exigir la identidad de forma, menos para la sanción de nulidad antes referida. Por ejemplo, dado que el suministro gratuito es un contrato formal, ya que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad (artículo 1605 del Código Civil⁵⁰), el respectivo compromiso podría ser verbal. Y es que, conforme ya hemos expresado en su oportunidad, el compromiso de contratar no es el contrato definitivo ni se convierte en el contrato definitivo, por más que exista identidad de contenidos. Compromiso de contratar y contrato definitivo (que pudiese celebrarse finalmente) son contratos distintos, con objeto diferente. En el compromiso, quien toma la iniciativa de celebrar el contrato definitivo deberá realizar una oferta, respecto de lo cual se ha convenido que el destinatario está obligado a aceptarla. Por lo tanto, son esas dos declaraciones negociales las que, en su momento, deben satisfacer la exigencia de solemnidad, al margen de lo que se hubiese observado con ocasión de celebrar el compromiso de contratar.

Sin embargo, somos conscientes que ello no es lo que dispone la ley.

Entendemos que el tema radica en la prueba que se requeriría de haber alcanzado el acuerdo total, dado que, conforme se ha analizado, debe haber identidad de contenido entre el compromiso de contratar y el contrato definitivo. Estimamos que, para evitar cuestionamientos, el legislador ha optado por una medida simple: identidad de perfeccionamiento, por más que ello puede generar un sobrecosto, a través de dicha exigencia se evita la posibilidad de cuestionarse los alcances del contenido negocial.

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

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

En función de lo expresado resulta interesante remitirnos a la CAS. 2053-2010-LA LIBERTAD⁵¹. Se trata de un caso relativo a la celebración de un contrato definitivo de anticresis (conforme al artículo 1091 del Código Civil⁵²), en función que se estima que se ha celebrado un compromiso de contratar, siendo que la parte demandada niega la existencia de un convenio preestablecido.

Y resulta interesante no sólo por lo relativo al análisis sobre el contenido del compromiso (dados los alcances del artículo 1415 del Código Civil), sino porque de la resolución casatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República no se extrae información sobre las razones por las que la parte demandada niega la existencia del compromiso de anticresis, máxime cuando la anticresis es un contrato formal, sujeto a una solemnidad, lo cual significa que el respectivo compromiso de contratar debió estar contenido necesariamente en una escritura pública (en función a lo sancionado en los artículos 1092⁵³ y 1425 el Código Civil). La resolución casatoria se refiere únicamente al contrato preparatorio de anticresis celebrado el 29 de octubre de 2003, pero sin indicar si dicha fecha corresponde a la del otorgamiento de la respectiva escritura pública. De no haberse extendido escritura pública, por más que las partes hubiesen alcanzado un acuerdo formativo total sobre los contenidos negociales del futuro contrato definitivo, no se habría celebrado válidamente compromiso alguno en razón de lo regulado en el artículo legal bajo comentario, el compromiso sería inexistente. De haberse otorgado la señalada escritura pública sí se habría celebrado válidamente el compromiso. Resulta además interesante la resolución casatoria en cuestión porque al declarar infundado el correspondiente recursos de casación y, por lo tanto, al no casar la sentencia de vista, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de

Justicia de La Libertad, que confirmó la sentencia apelada de primera instancia, que a su vez declaró fundada la demanda, no aborda el tema de cómo se entiende celebrado el contrato (formal) definitivo de anticresis: ¿por el mérito de la sola declaración judicial?, ¿debe otorgarse una escritura pública por mandato judicial? Nos remitimos a lo ya expresado al comentar los alcances del artículo 1418 del Código Civil.

Distinto es el caso del convenio de opción.

Conforme ha sido destacado precedentemente, el optante -titular del respectivo derecho potestativo- no propone la celebración del contrato definitivo, sino que al comunicar su ejercicio de la opción comunica simplemente la celebración contractual (en rigor, acepta la oferta que le había sido extendida con ocasión de celebrarse la opción, por quien quedó en estado de sujeción). Dado que el acuerdo de opción ya contiene la declaración de oferta del contrato definitivo (generada por quien quedó en sujeción), es aceptable y justificable que se exija legislativamente para la celebración del acuerdo de opción la misma forma necesaria requerida para el contrato “definitivo”, dado que el concedente de la opción (quien realiza la oferta del contrato “definitivo”, siguiendo la terminología del Código Civil) ya no tendrá que realizar ninguna declaración formativa adicional, quedando sólo pendiente que el optante ejerza la opción, si así lo estimase (en otras palabras, que acepte dicha oferta). Sin perjuicio de ello, siendo que la comunicación de ejercicio de la opción no es otra cosa que la declaración de aceptación de la indicada oferta, esa aceptación deberá también observar en su momento (como declaración formativa) la misma forma que la exigida para la celebración del contrato “definitivo”, dado que la declaración del optante contenida en el acuerdo

51 Supra: nota 17.

52 “Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”.

53 “El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte”.

de opción corresponde a la adquisición del derecho potestativo, no a la voluntad de celebrar el contrato definitivo, voluntad *ex post*.

En palabras de autorizada doctrina nacional:

Finalmente, conviene analizar si la solemnidad puede afectar tan solo a la declaración de uno de los contratantes o necesariamente a la de ambos. Debe tenerse presente que si bien, dada la posición adoptada en este trabajo, la aceptación constituye la declaración conjunta de la voluntad común, el carácter solemne de la aceptación no determinará por sí sola la solemnidad del contrato, sino que requiere que la declaración de la oferta, que el destinatario hace suya mediante la aceptación, sea hecha también solemnemente [lo subrayado es nuestro] (De la Puente, 2011, pp. 138-139).

En tal virtud, para fines de celebrar el contrato definitivo derivado de una opción como acuerdo formal, sujeto a una solemnidad, la respectiva aceptación debe satisfacer la correspondiente exigencia formativa de los contratos formales. Oferta y aceptación, ambas declaraciones deben observar por igual la forma necesaria, bajo sanción de nulidad, más allá que en el caso bajo comentario no se trate de declaraciones simultáneas. Pero no ocurre en el compromiso, donde las partes se proyectan que, en el futuro, durante la vigencia del compromiso, podrá haber una oferta respecto de la cual se ha asumido la obligación de aceptarla.

Muy probablemente este tema requiera de una adecuación legislativa

Por último, resulta manifiesto que, bajo la regla general de perfeccionamiento constitutivo (consensualidad contractual), las partes poseen una irrestricta libertad de forma, tanto para celebrar acuerdos preliminares como definitivos, no requiriéndose coincidencia formal entre unos y otros.

13. Conclusiones

El propósito del presente trabajo ha sido comparar algunos comentarios sobre la actual regulación del compromiso de contratar en el Código Civil de 1984; sin embargo, de ello bien pueden extraerse ciertas conclusiones.

La regulación legislativa del compromiso de contratar resulta, en general, consistente con la regulación del objeto contractual, así como de los remedios en caso de materializarse el riesgo de incumplimiento, que permiten tutelar el crédito. No obstante ello, existiendo múltiples actores o agentes jurídicos en nuestro medio que, en materia de interpretación legal, privilegian el texto antes que el contexto, sea probablemente conveniente explicitar ciertos temas, introducir algunas precisiones, como sería el caso de la exigencia sobre la extensión de los contenidos negociales del compromiso, generando un texto que sea coincidente con el que está previsto expresamente en materia de opción, en el sentido que el compromiso de contratar debe contener todos los términos y condiciones del contrato definitivo a celebrar.

Asimismo, cabe plantearse la conveniencia de una modificación normativa eliminando la actual exigencia conforme a la cual el compromiso de contratar debe celebrarse de la misma forma regulada para el contrato definitivo, de allí que existan formativamente compromisos consensuales y compromisos formales. La regla formativa debería ser de celebración consensual, bajo el régimen de libertad de forma, siendo que ya será de responsabilidad de las partes generar una forma probatoria que genere convicción de la celebración en cuestión.

Bibliografía

- Alpa, G. (2015). El contrato en general - Principios y problemas (Trad. J. Retamozo Escobar). Pacífico Editores.
- Alterini, J., Corna, P., Angelani, E. y Vásquez, G. (2000). Teoría General de las Ineficacias. La Ley.
- Arias Schreiber, M. (1995). Exégesis del Código Civil peruano de 1984, con la colaboración de Carlos Cardenas Quirós, Angela Arias-Schreiber M. y Elvira Martinez Coco (Tomo I - Contratos: Parte General). Gaceta Jurídica.
- Barchi, L. (2008). Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: A propósito del artículo 1786. *Advocatus*, (19), 291-321.
- Bianca, C.M. (1994). El interés (Traducción libre a cargo de Gastón Gernández de la parte pertinente del libro *Diritto Civile - volume 4: L'obbligazione*). *Ius Et Veritas*, (9), 111-115.
- Bianca, C.M. (2007). Derecho Civil (Volumen 3: El contrato, Trad. de F. Hinestrosa y E. Cortés). Universidad Externado de Colombia.
- Bolaños, V. (2007). En AA.VV., Código civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo VII - Contratos en General, 2ª Edición). Gaceta Jurídica.
- Díez-Picazo, L. (1996). Fundamentos del derecho civil patrimonial (Volumen 1, 5ª Edición). Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1996a). Fundamentos del derecho civil patrimonial (Volumen 2, 5ª Edición). Civitas.
- De la Puente, M. (1999). Estudios sobre el contrato de compraventa. Gaceta Jurídica.
- De la Puente, M. (2002). La convención y el contrato (primera parte). En *Advocatus*, (7), 106-114.
- De la Puente, M. (2011). El Contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (2ª Edición). Palestra.
- Espinoza Espinoza, J. (2008). Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Gaceta Jurídica.
- Fernández, G. y León, L. (2007). En AA.VV., Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo VI - Derecho de Obligaciones, 2ª edición). Gaceta Jurídica.
- Ferri, L. (2004). Lecciones sobre el contrato (Trad. N. Carreteros). En Morales, R. y León, L. Curso de Derecho Civil. Grijley.
- Forno, H. (1987). Resolución por incumplimiento. En De la Puente, M. y Muñiz Siches, J. (Dirs.). Temas de Derecho Contractual (pp. 75-149). Cultural Cuzco.
- Franzoni, F. (1998). La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado. En *Themis*, (38), 81-87.
- Hinestrosa, F. (2007). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. En AA.VV., Incumplimiento Contractual y Tutela del Acreedor. Grijley.
- Larroumet, C. (1993). Teoría General del Contrato, (Volumen II). Temis.
- Lohmann, J.G. (1986). El Negocio Jurídico. Librería Studium.

- Messineo, F. (1986). Doctrina general del contrato (Tomo I, Trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra). Ediciones Jurídicas Europa América.
- Messineo, F. (1986a). Doctrina general del contrato (Tomo II, Trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra). Ediciones Jurídicas Europa América.
- Moreyra García Sayán, F. (2005). El acto jurídico según el Código Civil peruano, curso teórico, histórico y comparativo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Muñiz Siches, J. (2001). Revisión del Código Civil de 1984 y la necesidad de reformas urgentes. En ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Ortega, M. (2000). Compraventa y transferencia de propiedad inmueble. *Advocatus*, (3), 29-39.
- Ortega, M. (2012). Algunas notas a considerar sobre la lectura del Código Civil en materia de suministro. *Advocatus*, (27), 187-210.
- Ortega, M. (2014). Objeto contractual y transferencia de propiedad. *Forseti*, (2). 10-46.
- Ospina, G. (2008). Régimen general de las obligaciones (8ª Edición). Editorial Temis.
- Palacios, E. (2007). En AA.VV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo VII - Contratos en General, 2ª Edición). Gaceta Jurídica.
- Roppo, V. (2009). El contrato (Trad. de N. Carreteros, Trad. a cura de E. Ariano). Gaceta Jurídica.
- Spota, A. (1981). Instituciones del Derecho Civil - Contratos (Volumen 1). Ediciones Depalma.
- Stolfi, G. (1959). Teoría del Negocio Jurídico. *Revista de Derecho Privado*.