

La contratación moderna y el código civil peruano

Eduardo Benavides Torres

Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Código Civil peruano está próximo a cumplir doce años de existencia. La Comisión designada por los poderes Ejecutivo y Legislativo se encuentra abocada a la elaboración de un Proyecto de Enmienda al mismo. Lamentablemente, a diferencia de lo hecho por la Comisión Reformadora del Código de 1936, gracias a la cual contamos con un Código Civil de avanzada como es el Código de 1984, los trabajos de la Comisión de Enmiendas se desarrollan en el mayor secreto. Ni sesiones públicas ni diálogo con las instituciones representativas del saber jurídico, la revisión del Código pareciera estar sometida a un aséptico trabajo de laboratorio en el que las miradas críticas, los intercambios de ideas y las reflexiones abiertas son vistos como contaminantes e impertinentes.

Probablemente, hemos llegado a esta situación como resultado del enfrentamiento entre posiciones extremas. Están de un lado los que acusan al Código Civil de 1984 de «socializante» y «comunista», propugnando su derogación y la restitución del derogado Código de 1936. Están del otro lado los que sostienen que es muy prematura la reforma del Código, que como los grandes códigos como el francés y el alemán, al nuestro hay que dejarlo madurar un tiempo antes de intentar siquiera pensar en la posibilidad de algún cambio. Y en alguna parte en el medio están «los maquilladores», aquéllos que dicen que en el Código hay algunos errores menores de tipo ortográfico y semántico, producto de las descoordinaciones entre los ponentes de los diversos libros, errores no corregidos inadvertidamente por la Comisión Revisora y que, por lo tanto, se trata simplemente de pulir ciertas «pequeñas imperfecciones», corrigiendo lo adjetivo y no lo sustantivo.

Para quienes creemos que el desarrollo de la

contratación en los últimos años ha sido y es lo suficientemente rápido, dramático y radical como para aconsejar una «puesta al día» y que el Código, a pesar de todas sus virtudes, tiene también graves defectos de concepto, de técnica, de perspectiva y de enfoque, ninguna de estas posiciones es satisfactoria. Y discrepamos cortésmente también con quienes creen que éste puede ser un trabajo de catacumbas. Sostenemos que una reforma integral, seria y responsable del Código pasa necesariamente por un debate público, por un intercambio de ideas y opiniones no sólo dentro de los predios del derecho sino también con otras disciplinas y con las fuerzas vivas de nuestra sociedad: empresarios, trabajadores, profesionales independientes, inversionistas, etc.

Equivocadamente, en nuestra cultura suele confundirse la crítica a las ideas con la crítica a las personas. Muchos de nuestros juristas deben comprender que el peor favor que se le puede hacer al Código es construirle una muralla china alrededor. Empecemos por abrir el Código a la crítica, por «exorcizarlo» y dejar que las nuevas ideas lo penetren, porque un Código Civil debe ser finalmente vida y nutrirse de ella. Nuestro Código Civil es un cuerpo de leyes magnífico, fruto de años de labor tesonera y sacrificada, pero nuestro Código requiere también una evaluación objetiva de su funcionamiento, libre de pasiones.

El propósito de este artículo es intentar alguna evaluación, por cierto muy general, sobre los aciertos y defectos del Código en solamente algunos de los grandes temas de la contratación. Imposible, por supuesto, intentar en tan breves líneas un análisis detallado del extenso articulado del Código. Hemos optado, en consecuencia, por concentrarnos en algunas de las instituciones contractuales en las que nos parece más urgente

la necesidad de cambios y que analizaremos en el siguiente orden:

- I. El Problema de los Plazos
- II. La Contratación en Masa
- III. La Compraventa
- IV. Función y Utilidad de los Contratos

I. EL PROBLEMA DE LOS PLAZOS.

A lo largo del Código Civil, el legislador ha impuesto a las partes plazos máximos a los cuales quedan sujetas las relaciones nacidas de sus contratos, limitando, en consecuencia, la libertad de las partes para fijar, de acuerdo con sus propios intereses, durante cuánto tiempo desean estar vinculadas. Analizaremos, a continuación, en cada caso, cuál es el sustento de esta limitación.

a) Contratos Preparatorios.

«Artículo 1416.- El plazo del compromiso de contratar será no mayor a un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo».

«Artículo 1423.- Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite.»

El legislador ha establecido un plazo máximo para los contratos preparatorios, un año en el caso del compromiso de contratar y seis meses en el caso de la opción.

En relación al compromiso de contratar, dice Max Arias Schreiber en la Exposición de Motivos del Libro de Fuentes de las Obligaciones que: «Se consideró indispensable limitar en el tiempo el compromiso de contratar, pues de no hacerlo las partes podrían quedar sujetas a un vínculo indefinido, lo que se traduciría en un freno al tráfico contractual y, en general, a la circulación de la riqueza, así como a determinados abusos por uno de los contratantes y, concretamente, por el de mayor poder»⁽¹⁾. Manuel de la Puente, por su parte, justifica la inclusión de dicho plazo en que el compro-

miso de contratar no puede tener vigencia indefinida, ya que el contrato preparatorio debe ser siempre transitorio, «en el sentido que debe tener una temporalidad racional y breve»⁽²⁾.

Las razones esgrimidas para sustentar el plazo de la opción son similares. «El contrato de opción debe tener un plazo máximo de vigencia pues de otro modo y tal como se señaló al tratar el compromiso de contratar (artículo 1416) se vería perjudicada la contratación y el juego de la circulación patrimonial...» dice Arias Schreiber en la Exposición de Motivos⁽³⁾. Y en la Exposición de Motivos de su Anteproyecto de 1981 sobre las Disposiciones Generales de los Contratos, Arias Schreiber indicaba que «quedaría perjudicada la circulación de la riqueza y con ella el juego de la voluntad contractual si no existiese esta limitación»⁽⁴⁾. De la Puente agrega la siguiente explicación: «No se concibe que el contrato de opción no tenga plazo, aunque las partes no lo determinen precisamente, pues ello daría lugar a que no existiera la indispensable distancia temporal entre el contrato de opción y el contrato definitivo que permita al optante decidir si celebra o no este último (...) El contrato de opción debe pues tener necesariamente un plazo lo suficientemente largo para permitir al optante ejercitar oportunamente la opción y lo suficientemente corto para no atar indefinidamente al concedente»⁽⁵⁾.

Como fuente de nuestro artículo 1423 se cita el artículo II del DL 882 Cubano del 19 de Febrero de 1935. Este artículo decía que la opción sobre inmuebles «no podrá estipularse por término mayor a seis meses. Sin embargo cuando sea cláusula accesoria de un contrato principal sobre inmuebles permite que si el plazo excede de seis meses esté vigente hasta la extinción del contrato principal». Así pues, la norma tomada como matriz resultó bastante más flexible que su hija peruana, pues la primera se aplicaba únicamente a compraventa de bienes inmuebles y permitía, además, que cuando fuese parte de un contrato principal pudiese seguir la vida de ese contrato principal, más allá de los seis meses. En el caso de nuestro Código, en cambio, el plazo de seis meses rige para cualquier opción y en relación a cualquier contrato definitivo (no sólo en

(1) COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Código Civil, Exposición de Motivos y Comentario». Tomo VI, pág.78.

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XV, 2da. Parte, tomo IV, págs. 82-83.

(3) Op. cit., pág. 83.

(4) PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Tomo II, pág. 489.

(5) Op. cit., págs. 157-158.

relación a la compraventa inmobiliaria) y no admite excepciones tratándose de opción subordinada a una relación principal.

La línea argumental utilizada por Arias Schreiber y De la Puente para fundamentar el plazo máximo en el compromiso de contratar y la opción no nos parece convincente. Repasemos estos argumentos.

1) Creemos que, en primer lugar, ambos ilustres juristas confunden la temporalidad y la futuriedad como requisitos del contrato preparatorio con el que esta temporalidad deba traducirse en un plazo máximo. Una cosa es que todo contrato preparatorio deba tener un plazo y otra que ese plazo no deba exceder de seis meses o un año. No es cierto, pues, que si las partes pactan un plazo mayor a un año quedarían sujetas a un «vínculo indefinido» y a la incertidumbre que ello representa. De otro lado, no entendemos por qué la necesaria temporalidad de estos contratos deba ser tan breve como seis meses y un año. ¿Es la temporalidad «racional y breve», de la que nos habla De la Puente, un imperativo jurídico? ¿Qué daño le produce al derecho un compromiso de contratar a diez años plazo, por ejemplo? ¿Y en qué estaríamos ofendiendo al orden público si las partes desean establecer un plazo más prolongado? ¿Qué problema habría si es eso lo que conviene a sus intereses y están ambas de acuerdo? ¿Sería un contrato de opción a dos años o una promesa de venta a cuatro años, por ejemplo, menos transitoria y temporal -o por decirlo de otras manera, menos «opción» o «menos promesa», o menos efectivas- que aquellas a seis meses o un año, respectivamente? ¿Adolecerían acaso de algún vicio o defecto?

2) El segundo argumento que esbozan nuestros juristas es que un plazo mayor al legal sería un freno al tráfico contractual y a la circulación de la riqueza, pues las partes se verían limitadas en la celebración de nuevos contratos y en la disposición de sus bienes. No se ha considerado quizás con suficiente detenimiento que cuando una persona celebra, por ejemplo, un contrato de promesa no inmoviliza su patrimonio. Por el contrario, el contrato es, sobre todo, un acto de previsión y si el promitente sabe que, por ejemplo, en tres años deberá celebrar un contrato definitivo y entregar el bien, esta previsión le permitirá planificar. Y por supuesto, quien haya celebrado este contrato no está impedido de dar el bien en arrendamiento o comodato o de entregarlo en garantía, etc. Eso sí, sabe que en tres años, cuando corresponda celebrar el contrato definitivo, deberá tener el bien a disposición para poder entregarlo. El promitente podría incluso decidir vender el bien a un tercero, disponer del mismo o celebrar con terceros contratos sobre ese bien y, sin embargo, asumir voluntaria y conscientemente las consecuencias del incumplimiento del contrato definitivo, una vez cele-

brado, soportando los daños y perjuicios respectivos, en el entendimiento que los costos por asumir se justifican de acuerdo al beneficio que se obtiene al vender a un tercero.

Lo mismo ocurre en la opción. Quien otorga una opción no está impedido de otorgar opción a terceros. El dueño de una casa podría dar opción a cinco o seis personas simultáneamente y estipular que todos los demás contratos se resuelvan apenas uno de los optantes acepte. Incluso el concedente podría decidir no estipular nada, pues, incluso en el caso de una opción exclusiva, siempre cabe la alternativa de incumplir y cargar con la consiguiente responsabilidad, lo cual, como hemos dicho, dentro de un cálculo costo-beneficio, podría resultar absolutamente satisfactorio al interés del concedente.

“ Lo que sí es realmente un freno inconcebible para el tráfico patrimonial son los plazos rígidos y caprichosos que el Código ha diseñado para los contratos preparatorios ”

Un plazo prolongado en un contrato preparatorio no es, pues, una limitación para la circulación de la riqueza. Lo que sí es realmente un freno inconcebible para el tráfico patrimonial son los plazos rígidos y caprichosos que el Código ha diseñado para los contratos preparatorios. En más de una ocasión he recibido la queja de inversionistas extranjeros sorprendidos por una limitación de este tipo en un país que tiene uno de los marcos legales más abiertos y favorables para la inversión extranjera. Muy a menudo, inversionistas nacionales y extranjeros realizan, por ejemplo, compras de acciones de una empresa y tienen interés en adquirir una opción de compra de otro paquete de acciones de la misma empresa que les permita convertirse en accionistas mayoritarios o tomar el control de la empresa en el futuro, pero gozando de la opción durante un plazo lo suficientemente prolongado como para poder determinar si las circunstancias aconsejan ejercer la opción. Lo mismo podría suceder si las partes

desean celebrar un contrato de compraventa en un plazo de tres años, que es el plazo en el cual termina el arrendamiento que actualmente mantienen. La celebración de contratos preparatorios con plazos mayores a los impuestos por el Código no sería posible en nuestro país y, como hemos visto, sin que existan razones que lo justifiquen.

3) El argumento final usado por Arias Schreiber tampoco nos parece consistente. Se dice que el plazo máximo también busca evitar abusos del contratante fuerte en perjuicio del débil. Si se tratase de evitar que la parte fuerte abuse del débil tendríamos que introducir limitaciones no sólo en cuanto al plazo sino también en cuanto al precio, el bien, los plazos de cumplimiento de las prestaciones, las garantías, los intereses, etc. Evidentemente la protección del débil debe operar en aquellas situaciones en las que el mercado no funciona, a través de las normas de protección al consumidor y de represión de la competencia desleal. Lo que no resulta lógico es asumir prejuiciosamente y *a priori* que una relación de contrato preparatorio suponga necesariamente que una parte va a abusar de la otra.

Tampoco encontramos ninguna racionalidad en el hecho de que el plazo máximo de la opción sea más breve que el del compromiso. Se ha dicho que como en la opción el concedente queda a merced del optante, es decir queda sujeto a él y su patrimonio queda expuesto durante el plazo de la opción y es el optante quien tiene el derecho de decidir si celebra o no el contrato definitivo, mientras que en el compromiso ambas partes están recíprocamente vinculadas a celebrar un contrato definitivo, siendo la opción más severa para el concedente, el plazo debe ser en este último caso más corto como protección para el concedente. Me pregunto si el legislador le ha preguntado a los concedentes si necesitan de esta protección. Cuando el concedente le da una opción de compra, por ejemplo, de un inmueble a una persona por un plazo prolongado no es evidentemente porque lo han obligado a ello. Es porque ésta es una decisión seria y responsablemente asumida y porque a cambio del vínculo de sujeción va a recibir importantes beneficios. Imaginemos que a cambio de la opción el concedente va a recibir del optante una prima mensual de US \$ 1000. ¿Acaso no podría ser éste un buen negocio? ¿Le vamos a decir acaso al concedente que no podemos permitirle que otorgue opción a plazo mayor a seis meses ya que lo estamos protegiendo porque nosotros sabemos lo que es bueno para él? ¿No deberíamos dejar al concedente que decida qué es bueno para él? Vale la pena recordar que es precisamente la opción la que tiene su mayor aplicación en el campo comercial y financiero (opciones de futuros, de valores, de *comodities*, etc.) y que por lo tanto los contratantes son generalmente contratantes calificados.

b) Arrendamiento, Servicios y Suministro.

No es éste el único caso de plazos máximos para una relación contractual. También en el caso del arrendamiento, de la locación de servicios y de la cláusula de preferencia en el contrato de suministro existen limitaciones:

«Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.

Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos».

«Artículo 1768.- El plazo máximo de este contrato (locación de servicios) es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor el límite sólo puede invocarse por el locador».

«Artículo 1514.- En caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o del suministrado la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor».

b.1) *Arrendamiento.* La Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora no nos da una razón para limitar el plazo del arrendamiento a diez años pero cita como fuente del artículo 1688 a los artículos 567 del Código Alemán, 1411 del Código Italiano, 1458 del Código Español y 1505 del Código Argentino. En realidad, la fuente directa es el Código de Vélez, pues el BGB sólo dice que en los arrendamientos a más de treinta años cualquiera de las partes puede después de dicho término dar por concluido el contrato (salvo que se hubiere pactado por la duración de la vida de una de las partes). El Código Italiano (no en el artículo 1411 sino en el artículo 1572), por su parte, dice que el arrendamiento a más de nueve años se considera como un acto de entidad superior a la administración ordinaria y que referido a inmuebles requerirá forma escrita e inscripción; y el Código Español sólo limita el arrendamiento en el caso de padres, tutores y administradores que no cuenten con un poder especial. La única de las fuentes que sí trae una disposición claramente limitativa del plazo del arrendamiento es el Código Argentino que pone un límite similar al peruano: diez años. La nota de Vélez hace referencia a que «Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de 30, 40 ó 90 años sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas y para su división entre los diversos comuneros, que por sucesión viniesen a ser propietarios de la cosa. Tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas o por no embarazar la división

en las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos que pasen de 10 años». Vélez termina recordando que en el derecho romano y español al arrendamiento a más de treinta años se le consideraba derecho real pues como iba a corresponder a varias personas equivaldría a un derecho real⁽⁶⁾.

Y en la Exposición de Motivos que Jack Bigio preparó a nombre de la Comisión Revisora, se dice que «si se establece un límite mayor de 10 años para el arrendamiento, ello tendría el grave inconveniente, como enseña la doctrina, de constituir un gravamen sobre la propiedad, contrario a la mejor circulación de ella»⁽⁷⁾.

b.2) *Locación de Servicios*. En el caso de la locación de servicios, De la Puente dice en la Exposición de Motivos del Código que «El fundamento de este artículo se encuentra en la inalienabilidad de la libertad humana. Una obligación de prestar servicios por plazos largos puede tener como resultado una esclavización convencional o como dice Bevilacqua el resultado de una explotación del débil por el poderoso. Siendo la finalidad del artículo 1768 la protección del locador, el cual generalmente es quien se encuentra en estado de necesidad, resulta lógico que la limitación del plazo sólo pueda ser invocada por él...»⁽⁸⁾.

b.3) *Suministro*. Sobre el pacto de preferencia en el suministro, Arias Schreiber apunta en la Exposición de Motivos que la preferencia está vinculada con un contrato con cláusula de exclusividad, pues en caso contrario, dicha obligación carecería de toda lógica, pues el suministrante es generalmente un proveedor o fabricante que continuamente está contratando con personas distintas del suministrado para la entrega de los mismos bienes. Arias Schreiber estima que la Comisión Revisora consideró que estaba implícito que la preferencia tenía lugar respecto de un contrato de suministro con exclusividad, el cual «de acuerdo con la doctrina existente» tiene que «limitarse en el tiempo». «Creo que ésta es la única interpretación válida y posible que se puede dar al 1614 y que carecería de lógica que el plazo que señala estuviera referido a la cláusula de preferencia y no al contrato de suministro con exclusividad»⁽⁹⁾.

Los argumentos usados para sustentar estas limitaciones podrían, pues, ser resumidos de la siguiente manera:

i) Se dice que un contrato de servicios de largo plazo atenta contra la libertad humana. El locador se vería sujeto a una situación de servidumbre o esclavitud, perdiendo el derecho de decidir su trabajo. El locador resulta pues hipotecado al comitente y sus facultades son autolimitadas.

Sanguinetti reconoce que en un contrato de servicios independientes, si quien presta el servicio es autónomo, la protección del locador no sería necesaria, concluyendo por lo tanto que el legislador está reconociendo que la locación de servicios da origen a una relación con subordinación económica y que por lo tanto no tiene sentido diferenciar a la locación de servicios del contrato de trabajo⁽¹⁰⁾.

Ciertamente, el legislador parte de un supuesto equivocado, que el locador se encuentra de alguna manera sometido al comitente y que pierde su libertad. El legislador al parecer no ha advertido que dentro de los contratos de servicios hay toda una variedad de ellos en los que el servicio es prestado no por un individuo sino por una empresa, un grupo de profesionales o técnicos, un estudio de abogados, etc. y que, a menudo, la parte fuerte resulta siendo precisamente el locador. Es él el que pone las condiciones y el que impone la oferta. Se olvida también que si el locador acepta un plazo prolongado es porque a cambio, y así se estipula en el contrato, recibirá beneficios extraordinarios a su favor, por ejemplo, un honorario especialmente alto, reajustes periódicos del mismo, flexibilidad y libertad en el cumplimiento de sus prestaciones e incluso cláusulas de resolución unilateral a su favor, bajo ciertas condiciones o sujetas a preaviso.

Quien acepta un contrato de largo plazo está limitando su libertad exactamente igual que cualquier sujeto que asume una obligación de cumplimiento prolongado. Y, aun en el peor de los casos, si dicho cumplimiento se le tornase inadecuado, si su interés hubiese cambiado en el transcurso del tiempo, ése es su riesgo y siempre le queda la opción de

(6) Código Civil de la República Argentina. AZ Editora, Buenos Aires, 1986, pág. 333.

(7) BIGIO, Jack. El Contrato de Arrendamiento, pág. 113.

(8) COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Código Civil, Exposición de Motivos y Comentario. Tomo VI, pág. 449.

(9) Op. cit., pág. 266.

(10) SANGUINETI, Wilfredo. El contrato de locación de servicios, págs. 407-410.

negociar una resolución o de incumplir y pagar daños y perjuicios.

Si aplicamos la misma lógica al caso del arrendamiento, la falta de disponibilidad del bien durante un período prolongado no es una situación impuesta al arrendador sino querida por él. Y si más adelante ya no le gusta, debió preverlo en su oportunidad incluyendo cláusulas de resolución. Además, el arrendador obviamente no está impedido de vender el bien arrendado y ésa es una situación reconocida por nuestro Derecho (artículo 1708), tanto así que el nuevo dueño sólo deberá respetar el arrendamiento si éste estuviere inscrito o si se obligó a ello.

ii) El segundo argumento para limitar el plazo es que los plazos prolongados se prestan a explotación del débil por el poderoso. Se asume que el locador y el arrendador son la parte débil y que están en estado de necesidad, situación de inferioridad, etc. Como lo dijimos anteriormente, es equivocado asumir que tratándose de una prestación autónoma el locador es la parte fuerte y el comitente la parte débil y explotada. Me pregunto quién es la parte fuerte en un contrato de prestaciones médicas, ¿el médico o el paciente? Y cuando un abogado atiende un juicio para un cliente, ¿cuál de las partes tiene, como se dice comúnmente, la sartén por el mango? ¿Y una compañía de computación que le da mantenimiento a los sistemas de una empresa, o un asesor financiero o de inversiones en relación a su cliente? Igualmente absurdo es que atribuyamos la condición de débil al arrendador en relación al arrendatario.

iii) Finalmente, se piensa equivocadamente, que, en el caso del arrendamiento, el plazo prolongado atenta contra la inversión inmobiliaria y favorece la división de la propiedad. Resulta sorprendente, como en su momento lo observó Lucrecia Maisch, que al derecho de superficie se le haya puesto un límite de noventa y nueve años (artículo 1030) y que en cambio en el arrendamiento ese límite sea apenas diez años⁽¹¹⁾. Pero más sorprendente resulta la alegre explicación de Bigio: es que en el derecho de superficie lo que se quiere es favorecer la inversión nacional y extranjera en construcción sobre y bajo la superficie⁽¹²⁾. La atingencia es obvia ¿es que al legislador no le interesaba la inversión inmobiliaria vía arrendamiento? Probablemente lo que ocurre es que el legislador no anticipó la posibilidad de que el arrendamiento pudiese constituirse en un instru-

mento de inversión, particularmente en el caso del mal llamado alquiler de local comercial.

No son pocos los casos en los que el inversionista está dispuesto a invertir una suma importante de dinero en refacción, ampliación y remodelación de un local para instalar un negocio. Pero tampoco son pocos los casos en los que el interés del arrendatario-inversionista por obtener una buena tasa de retorno por su inversión se ven afectados por el límite de los diez años, el que resulta absolutamente estrecho tratándose de inversiones de cierta magnitud. La declaración de buena voluntad del legislador de favorecer la inversión y las mejoras en inmuebles choca pues con una realidad irrefutable: inversionistas deseosos de invertir encuentran en la regulación peruana del arrendamiento un impedimento para ello. Si tenemos en cuenta que el legislador no ha establecido un tope para el derecho de usufructo (salvo en el caso del otorgado a favor de personas jurídicas -treinta años- y sobre bienes monumentales del Estado -noventa y nueve años-), cuya temporalidad no se ha visto por ello afectada, la contradicción es en buena cuenta múltiple.

“ La declaración de buena voluntad del legislador de favorecer la inversión y las mejoras en inmuebles choca pues con una realidad irrefutable: inversionistas deseosos de invertir encuentran en la regulación peruana del arrendamiento un impedimento para ello ”

El argumento de que arrendamientos prolongados favorecen la copropiedad, al margen de que en el caso de que las partes sean personas jurídicas no tendría ningún sustento, resulta insignificante si tenemos en

(11) BIGIO, Jack. Loc. cit.

(12) BIGIO, Jack. Op. cit., págs. 113-114.

cuenta la velocidad del tráfico patrimonial y las múltiples posibilidades de terminar con la copropiedad y de anticipar soluciones contractuales para ello.

c) Otros Casos.

Otros ejemplos de plazos inadecuadamente rígidos los encontramos en el artículo 1429 del Código Civil, que condiciona la resolución por autoridad del acreedor al otorgamiento de un plazo no menor de quince días bajo apercibimiento que en caso contrario el contrato quede resuelto, en el plazo de veinte días para comunicar a la otra parte la declaración de nombramiento en el contrato por persona a nombrar, según el artículo 1474, y en el plazo no menor de siete días para que el suministrado fije el vencimiento de las prestaciones singulares en el contrato de suministro, según el artículo 1612. En todos estos casos se debe dejar a las partes en libertad de fijar el plazo, fijándose en todo caso que si las partes no fijan el plazo se considerará un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias y a la costumbre.

II. La Contratación en Masa.

En el Código Civil de 1984, el legislador peruano reconoció como fenómeno contractual la contratación en masa y tomó partido hacia la protección del económicamente débil frente al gran empresario. Sin embargo, la postura del Código presenta algunas inconsistencias sobre las que quisiéramos hacer algunos comentarios:

a) La Oferta al Público.

En otro lugar hemos sostenido que la regla del artículo 1388 que le da a la oferta al público el valor de una invitación a ofrecer no tiene sustento ni en la naturaleza de la oferta al público, ni en la voluntad del proponente, ni en el interés del tráfico comercial, ni en razones de índole práctico⁽¹³⁾. Creemos que la postura pro-consumidor no se condice con una regla que lejos de proteger al débil protege al proveedor, protección que, peor aun, el proveedor no necesita pues comercialmente él asume que su oferta puesta en medios de comunicación es obligatoria y, mas bien, cuando no desea que tenga este carácter se cuida de limitarla. Por ello, hemos propugnado que la regla del artículo 1388

sea más bien, que la oferta al público valdrá como oferta obligatoria, salvo que el proponente indique directa o indirectamente que se trata de una invitación a ofrecer o de oferta sujeta a revocación. Este último caso, el de una oferta al público sujeta a revocación, sólo debe admitirse cuando el ofertante proponga un procedimiento que permita garantizar el derecho de los receptores de esa oferta a conocer la revocación.

b) Contratos por Adhesión y Cláusulas Generales de Contratación.

Una de las grandes virtudes de nuestro Código ha sido, sin duda, la consagración con elevada técnica legislativa de un sistema integral de reglas, en los artículos 1390 al 1401, para la protección del consumidor frente al proveedor que formula ofertas para contratar por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Como sabemos, ni la contratación por adhesión ni las cláusulas generales son en sí intrínsecamente malas, a pesar de la satanización a la que han sido sometidas y de la mitología creada en torno a ellas. Adecuadamente aplicadas y sometidas a control, ambas instituciones contractuales pueden ser un eficaz instrumento para una contratación rápida, estandarizada y segura.

Pero tampoco se puede negar que cuando no existe un adecuado control la utilización de las cláusulas pre-redactadas por el proveedor en forma unilateral y ofrecidas en bloque y la formulación de ofertas no sujetas a discusión pueden ser vehículos de abusos y aprovechamiento, particularmente cuando el proveedor se encuentra en una situación predominante o de ventaja frente al cliente, cuando estamos ante bienes y servicios considerados de primera necesidad y cuando el cliente no es un cliente calificado sino un consumidor.

De los tres sistemas clásicos de control de las cláusulas, nuestro Código ha optado por un sistema mixto, es decir se ha aplicado tanto el sistema de control por la autoridad administrativa, como el sistema de control por el órgano jurisdiccional, como el de control a cargo del poder legislativo.

b.1) *Sistema Administrativo*. En los artículos 1393 al 1396 el Código se ocupa del sistema administrativo de control, es decir, se prevé la posibilidad de contratos en los que debe contratarse obligatoriamente con arreglo a cláusulas generales aprobadas previamente por la au-

(13) BENAVIDES, Eduardo. «La Oferta y la Defensa del Consumidor». En: *Ius et Veritas*, Año IV No. 6, págs. 105-109.

toridad administrativa y se admite que cuando el proveedor tenga sus cláusulas previamente aprobadas, éstas no requieren ser incorporadas a cada oferta sino que se incorporan automáticamente. El sistema administrativo es un sistema que presenta ventajas innegables: quien se encarga del control es un órgano autónomo, imparcial, calificado y técnico, por lo cual la aprobación de las cláusulas y la atención de los reclamos del consumidor puede ser no sólo rápida y simple sino sobre todo técnica y eficiente. Lamentablemente, este sistema no está funcionando en su real dimensión ni en la medida de lo esperado en el Perú por las siguientes razones:

i. No existe en el Perú una autoridad administrativa única a la que se haya confiado la aprobación de las cláusulas. En la práctica, las empresas acuden pues a la autoridad de su elección: Superintendencia de Banca y Seguros, Dirección General de Transporte Terrestre, OSIPTEL, etc. El éxito del sistema administrativo descansa en que exista un órgano administrativo único con facultades para revisar y depurar las cláusulas no sólo con criterio técnico-comercial pero también con un adecuado conocimiento y perspectiva de los aspectos jurídicos, económicos y de defensa del consumidor involucrados. Sólo con un procedimiento uniforme y con un órgano competente único, con autonomía y responsabilidad, se puede lograr un control eficiente. De no ser así, ocurrirá lo que viene ocurriendo en nuestro país, que los comerciantes pueden elegir entre aprobar sus cláusulas con el Ministerio de Comercio o con la CONASEV y que organismos distintos aprueben u objeten las cláusulas con criterios disímiles, en procedimientos informales y con resultados harto discutibles. Como los empresarios no cuentan con una garantía mínima de que la autoridad de su sector pueda actuar y resolver con total solvencia e imparcialidad, la mayoría de cláusulas generales no han pasado por el tamiz de la aprobación administrativa. Esta función está llamada a ser cubierta por el INDECOPI, que entre sus funciones tiene la de defensa del consumidor. Sin embargo, INDECOPI no ha sido premunido de estas funciones ni se ha creado un procedimiento para la aprobación de las cláusulas o para el control de las mismas, con lo cual este importante procedimiento se mantiene en un limbo gobernado por la informalidad. Es cierto que el análisis de las cláusulas y las relaciones a las que se aplica no debe prescindir de las costumbres, circunstancias, prácticas y reglas propias de cada sector. Pero es INDECOPI quien debería en esos casos coordinar y requerir opinión del sector económico correspondiente (por ejemplo, Dirección General de Pesquería, Superintendencia de AFPs, Aduanas, Dirección General de Electricidad, etc.).

ii. La lista de bienes y servicios cuya provisión

debía contratarse con arreglo a cláusulas generales de contratación y que según el artículo 1394 debía ser redactada por el Poder Ejecutivo, doce años después de entrar en vigencia el Código, aún no ha sido preparada. Esta lista se refiere a bienes y servicios considerados básicos y esenciales -servicios públicos como electricidad, agua, teléfono, transporte público, etc.- y bienes de primera necesidad como alimentos, medicinas, combustibles, etc. Se sabe además de intentos por redactar esta lista que han tropezado con la oposición tanto de empresarios como de autoridades que temen ver mermadas sus facultades. Lo cierto es que mientras la famosa lista no sea puesta en vigor y el artículo 1394 no sea reglamentado, lo dispuesto en dicho artículo continuará como letra muerta, lo que ciertamente resulta lamentable.

b.2) *Sistema Legislativo.* El artículo 1398 es una expresión de que el Código también ha intentado un control legislativo de las cláusulas llamadas vejatorias. Este artículo, sin embargo, toma una opción excesivamente rígida, cual es la de señalar una lista, *numerus clausus*, de qué cláusulas se consideran abusivas y serán por lo tanto inválidas. La lista incluye a cláusulas que establezcan en favor del predisponente exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. Consideramos equivocada la metodología utilizada por tres razones:

i. En primer lugar, porque las cláusulas abusivas no se limitan a las enumeradas en el artículo 1398. Fuera de la estricta relación de esa norma han quedado una serie de cláusulas que podrían consagrar situaciones muchísimo más abusivas e injustas, por ejemplo, aquellas que le permiten al proveedor reajustar unilateralmente el precio y los intereses sin previo aviso. Resulta absurdo que la invalidez se limite únicamente a la escueta lista del artículo 1398 y que no se aplique a muchas otras cláusulas manifiestamente abusivas.

ii. En segundo lugar, porque las cláusulas mencionadas en el artículo 1398 no pueden ser calificadas como vejatorias tomándolas en abstracto y prescindiendo del uso concreto y aplicación específica que les dan los particulares ni el papel que juegan en el contexto de un negocio particular. Así, una cláusula de limitación de responsabilidad podría resultar perfectamente razonable teniendo en cuenta el *alea* del negocio, los riesgos que asume el proveedor, la concesión de un precio especial u otros beneficios al adquirente o el equilibrio de ventajas y sacrificios acordado por las partes. Lo mismo puede decirse en relación a las demás disposiciones.

iii. En tercer lugar, a tenor del artículo 1398 serán

sancionadas con invalidez únicamente aquellas cláusulas generales no aprobadas administrativamente que fueren vejatorias. *Contrario sensu*, una cláusula vejatoria aprobada por la autoridad administrativa recibe una póliza de buena conducta y se convierte en inatacable.

Por estas razones, sostenemos que debe dejarse bien al criterio del órgano administrativo bien al criterio del juez, el determinar si una cláusula puede ser considerada abusiva y, de ser así, considerarla ineficaz. Creemos, no obstante, que esta solución debe verse en el marco de las relaciones proveedor-consumidor, ya que si se trata de un contrato paritario, en el cual hay igualdad de condiciones, no podemos pretender invalidar una cláusula que ha sido aceptada libremente y sin ninguna presión por ambas partes. Por lo tanto, el artículo 1398 debe convertirse en una regla general que nos remita a la disposición específica sobre la materia, la ley de defensa del consumidor.

b.3. *Sistema Judicial*. Finalmente, el control judicial se aprecia en el artículo 1399, según el cual en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales no aprobadas administrativamente carecerían de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas dispositivas para el correspondiente contrato. Se trata de una declaración de ineficacia que debe ser efectuada por el juez, pues, como la propia norma reconoce, en ciertos casos esas cláusulas contrarias a norma dispositiva sí serán eficaces («cuando las circunstancias del caso lo justifiquen»).

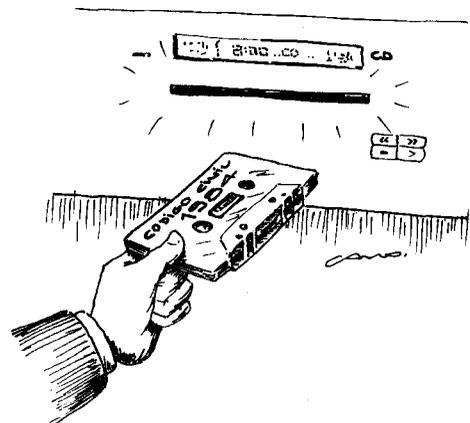
Creemos, para terminar con este tema, que la utilidad de estas disposiciones y la aplicación de mecanismos de control se da realmente en el marco de las relaciones proveedores-consumidores y que, por lo tanto, el lugar donde deben estar tratadas es en la norma de defensa al consumidor y no en el Código Civil, en el cual sólo debe haber algunas normas de carácter general. Las reglas de control para las cláusulas generales deben aplicarse cuando no hay contratación por adhesión, pues si hay discusión hay libertad. En un contrato paritario aun cuando se hubiere usado cláusulas generales de contratación no veo ninguna razón para aplicar los sistemas de control de dichas cláusulas.

III. COMPRAVENTA.

En relación al tratamiento del llamado «más contrato de todos los contratos», a pesar de que el artículo 2112 del Código Civil ha dispuesto la unificación de la compraventa civil y comercial, reconociendo lo que en la realidad era un hecho inobjetable, es decir la desaparición de toda frontera entre ambas compraventas, disponiendo que ambas se rijan por el mismo cuerpo de leyes, nuestro Código Civil ha mantenido una perspectiva bastante ambigua de la compraventa.

En ciertos casos las normas del código reconocen el carácter comercial de la compraventa, la importancia de la costumbre y de la práctica comercial, adoptando reglas prácticas y flexibles. En otros, la compraventa es tratada voluntaristamente y sometida a las tenazas de la rigidez y el prejuicio. Veamos algunos ejemplos de esta ambigüedad:

a) Un primer ejemplo lo encontramos cuando el Código trata del bien materia de la compraventa y de la obligación principal del vendedor, cual es la de entregar el bien en propiedad, empezando por la definición de compraventa del artículo 1529 («Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador...») que limita la obligación del vendedor a la transferencia de propiedad cuando como bien sabemos lo que satisface realmente el interés del acreedor es no sólo la transferencia sino la «entrega», por lo que la obligación asumida por el vendedor es más bien la de «entregar en propiedad».



Así, llama la atención que, siendo coherente con el principio de que el contrato tiene carácter obligacional, expresado en los artículos 1351 y 1402, el artículo 1352 establezca que el bien materia de compraventa no tenga que ser necesariamente existente sino «con posibilidad de existencia», suceptible de determinación y comerciable, y que, sin embargo, cuando se trata de la venta de futuros, el legislador, lejos de establecer clara y tajantemente la posibilidad de la venta del bien futuro, la cual debería estar regida por las reglas de la ejecución de prestación y de la exoneración en caso de imposibilidad no imputable, se mantenga fiel a la vieja tradición voluntarista. Según la antigua doctrina la venta de bien futuro era considerada como una compraventa imperfecta, un contrato al cual le

faltaba un elemento para ser eficaz (el bien existente), y que, por lo tanto, estaba sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegase a tener existencia. Recién cuando el bien adquiría existencia, operaba la condición y el contrato se volvía eficaz. Ésta es la posición tomada, con conservadurismo y temor, por el Código Civil peruano en sus artículos 1534 y 1535, señalando que en la venta de bien futuro el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

La contradicción es doble cuando se compara esta norma con la del artículo 1410, en la cual no se trata ya de un contrato sujeto a condición sino que es la obligación la que está condicionada («...el compromiso de entrega queda subordinado a la existencia posterior del bien»). Si aceptásemos la teoría clásica del contrato sujeto a condición, nos encontraríamos ante la imposibilidad de poder explicar cómo es que las partes están vinculadas, se paga un precio adelantado, se realizan prestaciones, etc. si es que su contrato no es eficaz por estar sujeto a condición. Y tampoco podríamos explicar la situación que se presentaría si el bien no llega a existir por causa atribuible al deudor. Para remediar este absurdo, el artículo 1410 ha debido acoger un segundo párrafo de dudosa aplicación.

El problema demanda una solución coherente con el principio obligacional: si el contrato sólo crea la obligación de entregar, no hay ningún problema si el bien no existe hoy pero tiene posibilidad de existencia futura, independientemente de si hay o no indicios de que existirá. El problema es únicamente un problema de riesgos y no de posibilidad o no de contratar sobre dichos bienes. El contrato de venta de bien futuro es un contrato perfecto y válidamente celebrado, las partes no desean someterlo a ninguna condición. Como dijimos, el problema es sólo un problema de riesgos: riesgo de existencia del bien, riesgo de cuantía del bien, riesgo de calidad del bien, etc. Son las propias partes las que definirán a quién corresponde asumir estos riesgos. Por ello, no sólo es necesario modificar los artículos reseñados sino que deben también eliminarse las nulidades y prohibiciones de los artículos 1405 y 1406 sobre lo que se conoce como la venta de la herencia futura y del patrimonio futuro. Estas prohibiciones son absurdas y trasnochadas y, se asientan en consideraciones morales y prejuicios arcaicos sin tener en cuenta que, dentro de las necesidades y la dinámica de la vida moderna, el comercio con bienes que es posible sean materia de herencia o con una parte importante de los bienes que corresponderán en el futuro a una persona resulta atractivo y rentable y, no perjudica a nadie.

Lo mismo podemos decir en relación a la venta del bien ajeno, que el artículo 1409 admite pero que el 1539 declara rescindible cuando el comprador desconozca que el bien era ajeno. Una vez más, la tradición

jurídica alimentada de mitos supone que el comprador se perjudica cuando el bien es ajeno y no lo sabe. La vida práctica nos demuestra que el perjuicio se da en realidad no cuando alguien contrata y luego se entera que el bien es ajeno, sino cuando el vendedor no cumple en su momento con entregar el bien, en cuyo caso corresponde en verdad, como en cualquier caso normal, la resolución y la indemnización de daños y perjuicios. La excepción se constituye cuando se trata de un caso, que rara vez ocurre, en el cual el comprador puede demostrar que compró únicamente bajo la creencia de que el bien pertenecía al vendedor y ésa fue la razón esencial, condición motriz de su voluntad, por la que decidió contratar, en cuyo caso estamos ante un supuesto de error que podría dar lugar a la anulación del acto jurídico. En la práctica comercial, el comerciante a menudo vende bienes que no le pertenecen en propiedad pero sobre los cuales tiene un derecho, puede ser a través de un suministro, una distribución, una agencia, una consignación o porque tiene una opción de compra, etc. ¿No es evidente en este caso que los riesgos de incumplimiento son mucho menores que en casos en los cuales el vendedor puede ser propietario del bien pero tener otro tipo de problemas para cumplir? Pero aun cuando el vendedor no tuviese ningún derecho sobre el bien, aun en el caso extremo que ni siquiera tuviese alguna relación (familiar, social, etc.) que le pudiese facilitar persuadir al propietario para que entregue el bien al vendedor o directamente al comprador, siempre existe la posibilidad de que hasta el momento fijado para el cumplimiento el vendedor persuade al propietario a que le entregue el bien o que se lo entregue a su comprador. Como ya lo hemos expresado, en caso, finalmente, no pudiese convencerlo habrá un problema de incumplimiento al cual se deben aplicar las normas generales sobre incumplimiento contractual.

Si el Código pretende ser coherente con el principio obligacional y con la práctica moderna, debería, por tanto, consagrar de modo absoluto la posibilidad de la contratación sobre bienes futuros y ajenos, sin limitaciones, y dejar que ésta se rija por las reglas generales sobre ejecución de las prestaciones y riesgos contractuales.

b) Otro ejemplo de la ambigüedad del Código en el tratamiento de la compraventa lo encontramos en el artículo 1547, según el cual, en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, es decir, cuando el vendedor es un comerciante, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el «precio normalmente establecido por el vendedor». ¿A qué se estará refiriendo el Código con este precio normalmente establecido por el vendedor? Si el vendedor tiene un precio de lista, se refiere

obviamente a éste. Pero lo que el Código pasa por alto es que el vendedor puede tener varios precios para un mismo bien y que no existe pues un «precio normal» para el mismo. La regla del precio normal podría aplicarse sin problemas en una economía de precios controlados, donde el precio de cada producto puede fijarse exactamente en base a listas o tarifas que la autoridad aprueba, establece o supervisa. Pero, en una economía de libre mercado, el comerciante no tiene un «precio normal», el precio lo pone el mercado y éste varía según diversas circunstancias y de acuerdo con el tipo de cliente, el lugar de la venta, la época del año, el interés detrás del negocio, el volumen de compra, el lugar de entrega, las condiciones de pago, etc. No es extraño pues que el comerciante venda el mismo producto a dos personas el mismo día a distinto precio o que a aquél que le compra mayor cantidad le aplique un descuento mayor, o que el cliente nuevo o aquel que es un buen pagador o un cliente frecuente tengan un trato especial, etc. La norma del artículo 1547 se inspira en el artículo 1474 del Código Civil Italiano de 1942 que, obviamente, fue pensado para una realidad económica distinta, con precios sujetos a control estatal.

c) También son contradictorias y contrarias a la práctica comercial las disposiciones contenidas en los artículos 1561 y 1562 del Código. La primera indica que en el caso de pago del precio en armadas, si el comprador deja de pagar tres de ellas, el vendedor puede optar entre dar por vencidas todas las cuotas y exigir su pago o solicitar la resolución. La segunda declara que, en este caso, el vendedor no tendrá derecho a la resolución si el comprador ya pagó más del 50% del precio.

Un sistema en el cual los individuos asuman responsabilidad por la tutela de sus propios intereses debe dejar a éstos establecer cláusulas resolutorias o de caducidad de término cuando lo estimen conveniente. En tal sentido, lo dispuesto en el artículo 1561 es innecesario y limitante de la libertad de configurar libremente el contenido del contrato. En primer lugar, la indicación de que el atraso de pagar el precio en tres cuotas permite «pedir la resolución» nos da a entender que el vendedor tendría que acudir al juez presentando una demanda de resolución, pues si se tratase de un caso de resolución automática la resolución no habría que pedirla a nadie sino sólo notificarla. Como la regla general (artículo 1428 del Código Civil) es que cualquiera de las partes afectadas por el incumplimiento de la otra en un contrato de prestaciones recíprocas puede pedir la resolución ante el juez, la norma del artículo 1561 sugiere que en los contratos con saldo de precio diferido a pagarse en cuotas, el acreedor sólo puede acudir al juez pidiendo la resolución cuando se produce el no pago de tres o más cuotas. ¿Es esto razonable? La norma evidentemente protege al comprador que com-

pra al crédito, asumiendo que se trata de la parte débil, de aquel humilde ciudadano que no cuenta con recursos como para comprar al contado. Una vez más, se olvida que la venta al crédito no es sólo, como se pensaba tradicionalmente, el modo de comprar de las clases medias, sino un instrumento de adquisición financiada de bienes. Se olvida que también la gran empresa, el industrial, el comerciante, el rico y el poderoso compran al crédito, sea porque les conviene o por el monto económico involucrado o por el tipo de obligación, con lo cual el mito de la protección al débil se viene abajo. El comprador podría tener recursos para comprar al contado pero si los tiene debidamente invertidos podría resultarle más beneficioso comprar al crédito en la medida que el interés a pagar sea atractivo.

De otro lado, en un país como el nuestro donde la morosidad y el incumplimiento son la regla general y donde lo que se quiere es, más bien, cambiar ciertas prácticas y valores contrarios a la disciplina contractual e interiorizar conductas de seriedad, honestidad y cumplimiento a la palabra empeñada, una disposición como la citada no apunta en absoluto en la dirección correcta.

Pero si el artículo 1561 es defectuoso y favorece injustamente al deudor, el artículo 1562 resulta intolerable. Al establecer que el vendedor pierde el derecho a la resolución cuando el comprador hubiere pagado más de la mitad del precio, no sólo se le cierra al acreedor un mecanismo legítimo para liberarse de una relación obligacional que no está siendo cumplida, habiéndose visto afectado su interés, sino que más aun se protegen conductas fraudulentas y se incentiva el incumplimiento. Peor aun, el citado artículo sanciona con nulidad cualquier pacto en contrario, ignorando que muchas veces es el interés de las dos partes que las prestaciones se cumplan íntegramente y puntualmente. Adicionalmente, no es de extrañar que, a pesar de que la aplicación de esta norma debería darse sólo en la venta al crédito en tres o más cuotas, los jueces peruanos le den un alcance general aplicándola a toda operación de venta con saldo de precio diferido, con lo cual el resultado es todavía peor.

Finalmente, vale la pena resaltar que el legislador ha reunido una colección de normas cuya única razón de ser son razones de respeto y apego a la tradición jurídica pero que no cumplen ningún papel en la práctica negocial:

C.1) El supuesto del artículo 1569 (En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, el riesgo de pérdida pasa al comprador si encontrándose los bienes a disposición el comprador no concurre para pesarlos, medirlos o contarlos) no se aplica como piensan muchos a la venta de bienes genéricos sino a la venta de un bien cierto en la cual el precio se determina

a razón de una cantidad por unidad, por lo cual se requiere pesar, medir o contar el bien. Es el caso, por ejemplo, de la venta de una camionada de trigo a razón de determinada cantidad de dinero por kilogramo. Siendo así, el supuesto de puesta a disposición no puede aplicarse porque no es una puesta a disposición para que se retire el bien, como ocurre en el caso del artículo 1568 y que amerita una transferencia del riesgo, sino sólo una puesta a disposición para contar, pesar o medir el bien. Por supuesto, esta modalidad de venta no es hoy en día frecuente por lo que la necesidad de esta norma resulta, por decir lo menos, cuestionable.

C.2) Los casos de compraventas especiales de los artículos 1571, 1572 y 1573, venta al gusto, venta a prueba y venta sobre muestra, no corresponden a la práctica contractual moderna y deberían por tanto eliminarse.

C.3) El pacto de retroventa, regulado en los artículos 1586 al 1591, por el cual el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente la compraventa, recuperando el bien y devolviendo el precio, es un pacto en desuso y de menor trascendencia económica y social. Por la situación de incertidumbre en que coloca al comprador difícilmente será aceptado por éste. Sin embargo, deben ser las partes las que decidan o no la conveniencia de su incorporación. Por ello, pensamos que no hay ninguna razón para que el Código regule un pacto tan poco frecuente, debiendo más bien quedar en el amplio campo de la autonomía privada, como los pactos mucho más usuales (y, no obstante, no regulados expresamente en el Código) de preferencia, de primer rechazo, etc. Por las mismas razones, opinamos que los pactos de recompra y de mejor comprador que el artículo 1582 sanciona con nulidad, por conceder ciertos privilegios al vendedor, deben ser permitidos sin que se justifique el que el Código deba regularlos.

IV. FUNCIÓN Y UTILIDAD DE LOS CONTRATOS.

Nuestra doctrina ha concentrado sus esfuerzos en el estudio de aspectos tan importantes de la contratación como el consentimiento, el disentimiento, el objeto, la forma y la capacidad de las partes, etc. Sin embargo, creemos que la razón de ser de la tutela del derecho al interés contractual está en la función económica y social de los contratos y que éste es un aspecto poco reconocido y estudiado de los contratos y que ha tenido poca influencia en la percepción del legislador sobre los diversos contratos típicos.

No es éste el lugar para intentar una aproximación crítica a las diversas normas que el código trae sobre donación, suministro, arrendamiento, etc. Lo que sí queremos es muy brevemente expresar nuestra pre-

ocupación por la falta de atención que el Código ha puesto a los aspectos más prácticos, más comerciales, más funcionales y finalistas de los diversos contratos. Se ha cuidado más el apego a la tradición jurídica y se ha partido más de la premisa que hay que proteger al débil, sin preguntarse mucho si siempre hay un débil, que la debida consideración del contenido patrimonial del contrato, sus implicancias en el plano económico y social y su utilidad como instrumento de ordenación y desarrollo.

“ ... vale la pena resaltar que el legislador ha reunido una colección de normas cuya única razón de ser son razones de respeto y apego a la tradición jurídica pero que no cumplen ningún papel en la práctica negocial... ”

No de otra manera puede explicarse que las normas de arrendamiento se hayan redactado pensando casi exclusivamente (aun cuando por supuesto la definición del artículo no lo establece así) en el arrendamiento de casa-habitación, obviando esa inmensa variedad de situaciones a las que se aplica este contrato (arrendamiento de locales comerciales, fondos de comercio, fundos agrícolas y pesqueros, naves y aeronaves, bienes de capital, vehículos, equipos, implementos deportivos, etc.). O el que las normas de locación de servicios parezcan diseñadas para acoger relaciones de menor importancia, estrictamente «civiles», dejando de lado todo un abanico de servicios corporativos, empresariales, comerciales, publicitarios, de asesoría, de gestión, etc. (véase sino lo que dice el artículo 1762 sobre la no responsabilidad de los profesionales y técnicos tratándose de culpa leve). O el que el contrato de obra parezca haber sido pensado exclusivamente para cubrir una de sus modalidades: el contrato de construcción. Y críticas parecidas pueden hacerse sobre el mutuo (al que se aplicaría la obsoleta e irracional prohibición de la capitalización de intereses del artículo 1249 y aquella no menos ingeniosa del interés pecuniario en el artículo 1247) y sobre el comodato. Pero hemos escogi-

do, para terminar este artículo, al más mercantil de los contratos típicos regulados por el Código, el suministro, para mostrar la necesidad de cambios no sólo adjetivos sino también sustantivos en el Código.

Si en los anteriores contratos, las contradicciones son lamentables, en el suministro, contrato que es mercantil por origen, por linaje, por vocación y por su utilización, éstas son imperdonables.

En primer lugar, el suministro es, por su función económica y social, un contrato bilateral de prestaciones recíprocas y oneroso. Es decir, es un contrato en el cual hay prestaciones a cargo de ambas partes y estas prestaciones se encuentran recíprocamente vinculadas, existiendo además una equivalencia económica entre las mismas. Así lo reconoce la doctrina y la legislación. No otra cosa podría esperarse de un contrato que ha sido hechura de los comerciantes y mediante el cual se garantiza el abastecimiento de bienes de una empresa contra el pago de un precio. Así lo reconocen también el Código Civil Italiano, que ha sido la fuente de los artículos correspondientes de nuestro Código, y la doctrina italiana. El pago por el suministro, lejos de ser un factor aleatorio o accidental en el contrato, ha sido siempre reconocido como un elemento esencial del mismo. De hecho, la mayor parte de legislaciones que han dado acogida a este contrato lo han hecho en sus códigos de comercio en atención a su aplicación en la actividad comercial.

A pesar de que el Título sobre suministro en nuestro Código es casi una copia textual del Código Italiano, el artículo 1604 de nuestro Código, que contiene la definición de este contrato, introduce una «novedad»:

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

La Comisión Revisora introdujo una modificación en el texto del Proyecto de la Comisión Reformadora, en relación a este artículo, el cual no era otra cosa que copia del artículo 1559 del Código Civil Italiano; suprimió la frase final «a cambio de un precio».

La supresión no era casual. La Comisión Revisora había quitado al suministro su carácter de contrato

bilateral de prestaciones recíprocas y oneroso, dejando a las partes, a su elección, la posibilidad de celebrar suministros bilaterales o unilaterales, a título oneroso o a título gratuito. En la Exposición de Motivos del Código, Arias Schreiber, luego de reconocer que conceptualmente el suministro es un contrato de prestaciones recíprocas⁽¹⁴⁾, sostiene en forzada justificación de este artículo, que este contrato «es oneroso, en principio, pues la contraprestación está representada por el pago del precio» pero que «no existe impedimento para que se constituya a título gratuito»⁽¹⁵⁾.

En su «Exégesis del Código Civil Peruano», Arias Schreiber intenta nuevamente una defensa del Código repitiendo que el suministro está destinado a la entrega de bienes materiales en forma de tracto sucesivo y contra el pago de un precio, y agrega seguido «salvo que se haya celebrado a título gratuito»⁽¹⁶⁾, para añadir, más adelante, «Además si bien ordinariamente se conviene a título oneroso, nada impide que se pacte gratuitamente -lo que no es normal- sin quedar por ello desnaturalizado»⁽¹⁷⁾.

La innovación *sui generis* que ha efectuado el legislador peruano no tendría nada de malo si no fuera porque con este actuar lleno de ingenuidad y buenas intenciones se está desnaturalizando el suministro, robándole su alma y espíritu, como al Fausto de Goethe, desconociendo su función y su aplicación práctica. Al pretender «liberalizar» al contrato de suministro, lo que se ha hecho es quitarle su identidad. El problema no está en si se puede o no celebrar un suministro a título gratuito. Obviamente, dentro de la libertad que los particulares tienen para regular sus relaciones es perfectamente posible celebrar un contrato para entregar bienes periódica o continuadamente a título gratuito. El problema es si al regular el suministro partiendo de un contrato amorfo, sin personalidad, se puede lograr una regulación efectiva de los intereses en juego en este contrato. La definición del suministro debió haber sido coherente con la práctica comercial y la naturaleza y función de un contrato en el cual la entrega de bienes en forma continuada o periódica es siempre a cambio de un precio. Esto no hubiera impedido, claro está, celebrar suministros atípicos, renunciando a la onerosidad.

Las disposiciones recogidas en los artículos

(14) COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Op. cit., pág. 256.

(15) Op. cit., pág. 257.

(16) ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano. Tomo II, pág. 164.

(17) Op. cit., pág. 173.

1605 al 1620 son un reflejo de esta contradicción y de la falta de percepción del legislador sobre las relaciones a las que estas normas se aplicarán. Los artículos 1606, 1607, 1608 y 1609, si bien toman en cuenta el interés del suministrado, en cuya satisfacción se alinea la prestación del suministrante, no le da la primacía que le corresponde a la costumbre cuando se trata de determinar, ante el silencio de las partes, cuál es el volumen del suministro y cuál es su periodicidad (artículo 1606), el monto del suministro total y de cada entrega cuando se han fijado límites mínimos y máximos (artículo 1607), el momento del pago del precio en el suministro periódico (artículo 1608) y la determinación del precio (artículo 1609), primacía que sí se ha tenido en cuenta para determinar el momento del pago del precio en el suministro continuado (artículo 1610). El artículo 1608 ni siquiera tiene una indicación del carácter supletorio de esta norma y de la primacía del acuerdo entre partes.

Ya hemos comentado el absurdo artículo 1612 que somete el aviso de entrega en el suministro periódico a un plazo mínimo de siete días. Como en los casos que antes hemos comentado, el legislador introduce rigidez y camisas de fuerza allí donde las partes han querido flexibilidad (en caso contrario, hubieran fijado anticipadamente la fecha de las entregas), y asume prejuiciosamente que el suministrante se podría ver perjudicado ante pedidos de cumplimiento inmediato y que por lo tanto hay que protegerlo con un plazo mínimo. ¿Nos ha pedido el suministrante esta protección? ¿La necesita? ¿Si la necesitase, no debería el suministrante tener la responsabilidad de cuidar su interés introduciendo cláusulas adecuadas en su contrato? ¿Es el suministrante la parte débil de la relación? ¿O acaso no tiene cómo defenderse? El mundo moderno pone al alcance de los comerciantes, veloces medios de interpelación y de comunicación que permiten el abastecimiento con prontitud. ¿No podría ocurrir, por tanto, que el suministrante esté dispuesto a entregar inmediatamente?

La regulación de los pactos de preferencia y de exclusividad es también rígida e innecesaria. ¿Había necesidad de regular estos pactos, cuya inclusión depende del interés de las partes? Sobre el límite de cinco años al pacto de preferencia ya nos hemos extendido al comentar en el punto I el problema de los plazos en el Código Civil. Curiosamente, el pacto de exclusividad, el cual es ciertamente más severo que el de preferencia, no está sujeto a límites temporales, a pesar de la extraña interpretación de Arias Schreiber, sin ningún asidero en la norma, de que el artículo 1614 quiso aludir a suministros con exclusividad. Hubiera sido preferible, sin duda, que estos pactos, al igual que el pacto de promoción, el pacto de no competencia, y cualesquiera otros que las partes desearan introducir, sean estableci-

dos y regulados por las partes, teniendo como límite el orden público. Al incurrir en excesos regulatorios el Código cae en contradicciones como la antes mencionada sobre los plazos en las cláusulas de preferencia y de exclusividad; o la vigencia ilimitada en el espacio de la cláusula de exclusividad, según lo establecido por el artículo 1617 («en ningún otro lugar»), cuando lo que interesa en estas cláusulas es la no competencia en el mercado en el que actúa el beneficiario; o la utilización del impreciso término, fuente de múltiples interpretaciones, «prestaciones de la misma naturaleza» al referirse en los artículos 1616 y 1617 de la obligación que se asume en los casos de cláusula de exclusividad.

No se justifica la existencia de los artículos 1619 y 1620 sobre incumplimiento, en el caso del primero por tratarse de una restricción que corresponde a las partes adoptar y en el segundo caso porque se trata de una disposición aplicable a todos los contratos de duración y que debería por tanto estar regulada en la parte general de contratos.

Finalmente, una reforma de el título sobre el suministro debería comenzar por revisar la definición del artículo 1604, la cual es defectuosa no sólo por las razones ya apuntadas en relación al precio, sino por la inexacta mención a «prestaciones periódicas o continuadas de bienes». Como bien sabemos, las prestaciones no son de bienes: puede haber prestaciones de entregar bienes en propiedad, en uso y disfrute, en depósito, o prestaciones de modificar bienes, reconstruirlos, destruirlos, etc. El contenido de una prestación es siempre una acción y la definición del Código por copiar textualmente al Código Italiano incurre en un error que ha dado pie a todo tipo de especulaciones sobre la posibilidad de que la prestación del suministrante incluya la entrega de bienes en uso o de servicios. Con ello, la confusión sobre la aplicación del suministro no hace otra cosa que ahondarse oscureciendo la prestación del suministrante que es siempre entregar bienes en propiedad.

Las críticas expresadas no nos ciegan ante la evidencia de las bondades del Código. Contamos con un Código con grandes virtudes, que honra al Derecho peruano y que destaca por su elevada técnica. Imposible pretender una comparación con el Código de 1936, que pudo haber sido bueno para su época que sería insostenible el día de hoy, y quienes pretenden la vuelta al pasado sin duda han perdido consciencia del momento que vivimos. Vaya nuestro homenaje de reconocimiento y gratitud a los miembros de la Comisión Reformadora, en particular al gran maestro Manuel de la Puente y Lavalle, símbolo de nobleza, honestidad intelectual y entrega por el Derecho. A la inteligencia, capacidad y perseverancia del maestro De la Puente debemos la incorporación a nuestro Código de las

grandes instituciones contractuales modernas. Su gran influencia en el Libro de Fuentes de las Obligaciones puede verificarse fácilmente a partir de sus «Estudios del Contrato Privado», su tesis de doctorado, en la cual fueron planteadas con talento y genialidad muchas de las innovaciones finalmente recogidas por la Comisión Reformadora.

Al mismo tiempo, la necesidad de efectuar reformas profundas en el Código Civil debe buscar uniformar el régimen de la contratación y armonizar las normas sobre contratación en el Código Civil y en el Código de Comercio, tema que se encuentra sobre el tapete ahora que en fecha reciente el Congreso de la República otorgó facultades al Ejecutivo para que se promulgue un nuevo Código de Comercio, disponiendo la formación de una comisión para tal propósito. Entre ambas comisiones, la del Código Civil y la del Código de Comercio, debe haber necesaria coordinación y sintonía a fin de evitar que tengamos dos regímenes de contratación divorciados el uno del otro.

En esta reforma del régimen contractual resulta fundamental reconocer que los contratantes deben

ser tratados como ciudadanos responsables, dueños de su destino, señores de sus riesgos y de sus intereses. En el Derecho inglés se dice que el Derecho no debe proteger a las personas mayores porque ellas saben cómo protegerse y si no lo hacen es porque no quieren esa protección. Nuestro Derecho tiene que aprender a despojarse de esa generosa perspectiva paternalista de los contratantes, dejando a ellos la responsabilidad de cargar con los riesgos asumidos directa o indirectamente. El abrazo protector de la Ley, asfixiante y destructor cuando se trata de relaciones paritarias, debe reservarse para proteger a quien necesita ser protegido: el consumidor, el que contrata con un proveedor monopólico bienes y servicios de primera necesidad, el que se encuentra en estado de necesidad o involucrado en una relación de contrato necesario. Estas son relaciones para las cuales la lógica de nuestro Código no es suficiente y que deben encontrar tutela dentro del marco de la legislación especial sobre protección del consumidor, represión de la competencia desleal y de libre mercado. Nuestro Derecho debe pues aprender a distinguir espacios y jugar correctamente el juego de roles. 卅