

Compraventa de bien futuro

Manuel de la Puente y Lavalle

Abogado. Profesor principal de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se ha visto en el cuaderno “Bienes susceptibles de compraventa” que de conformidad con el artículo 1532 del Código civil, la existencia o la posibilidad de existir de un bien son parte constitutiva de su venta, en el sentido que no pueden venderse los bienes que no existen o no son susceptibles de existir.

La posibilidad de existencia está contemplada en los artículos 1534, 1535 y 1536 del mismo Código, que a la letra dicen:

Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Artículo 1535.- Si el comprador asume el riesgo y calidad del bien, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

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

Artículo 1536.- En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir.

Es incuestionable que el artículo 1534 contempla lo que en doctrina se llama *emptio rei speratae* (venta de cosa esperada) y que el artículo 1536 versa sobre lo conocido con el nombre de *emptio spei* (venta de esperanza). Sin embargo, existen dudas respecto al contenido del artículo 1535, esto es, si se trata de una modalidad de *emptio rei speratae*, de una modalidad

de la *emptio spei* o de una venta distinta de ambas. Confío disipar estas y otras dudas en el curso del presente cuaderno, para lo cual he contado con la ayuda invalorable del erudito profesor Mario Castillo Freyre a través de las páginas de su documentado libro que lleva por título “El bien materia del contrato de compraventa”.

1. CONCEPTO DE BIEN FUTURO.

Es aplicable al bien futuro todo lo dicho en el cuaderno “Bienes susceptibles de compraventa” respecto al bien existente, esto es, que sea determinado o susceptible de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley.

Badenes⁽¹⁾ nos da una definición objetiva de la cosa futura diciendo:

“Son cosas futuras las que no tienen existencia real y positiva en el momento en que se presta el consentimiento para contratar sobre ellos, esto es, cosas corporales o incorpóreas (derechos, créditos) que todavía no existen, *in rerum natura*, en algún sujeto, pero que pueden nacer”.

Con un cariz más subjetivo, López de Zavalía⁽²⁾ da el siguiente enfoque del mismo tema:

“Cosas futuras son las que los contratantes prevén, con un cierto grado de incertidumbre incorporado al contrato, que existirán físicamente, o cambiarán físicamente de modo de existir, en el futuro”.

Puede observarse que Badenes destaca al rasgo impersonal del bien futuro, describiendo el bien en sí,

(1) BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*. Tomo I. Barcelona: Bosch. p.142.

(2) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. *Teoría de los contratos*. Parte Especial. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976. p.63.

mientras que López de Zavalia se preocupa por poner de manifiesto la relación entre el bien y las partes.

Estas definiciones nos permiten reconocer a los bienes futuros las siguientes características:

a) Se trata de bienes en el sentido que se ha dado a esta expresión en el cuaderno “Bienes susceptibles de compraventa”, o sea que comprende, según la expresión de Arias-Schreiber⁽³⁾, las cosas y derechos y, en general, tanto los elementos incorporales como los objetos corporales.

b) Estos bienes son inexistentes, *in rerum natura* (en la realidad, en la naturaleza de las cosas), al momento de celebrarse el contrato. Sin embargo, se admite que los bienes estén en germen, como ocurre en el caso de la cría de una yegua preñada o los frutos de un árbol que está en flor.

c) Debe existir incertidumbre respecto a la futura existencia del bien, ya sea pasando del no existir al existir, o de un modo de existir a otro modo de existir. El grado de esta incertidumbre depende de la modalidad del respectivo contrato, o sea debe ser muy relativa -casi lindando con la certidumbre razonable- en el caso de la *emptio rei speratae*, y decididamente absoluta tratándose de la *emptio spei*.

d) Este elemento de la incertidumbre sobre la venida en existencia del bien se encuentra, como dice el mismo López de Zavalia⁽⁴⁾, incorporada al contrato, en el sentido que todas las partes deben conocer el grado de incertidumbre.

En tal sentido, es indispensable que en el contrato se exprese la inexistencia actual del bien y la posibilidad de que cobre existencia. Larroumet⁽⁵⁾ considera que si al momento de celebrarse el contrato el comprador ignorara que el bien todavía no existía, habría lugar para admitir la nulidad del contrato por falta de objeto de la obligación del vendedor.

Pienso que en esta hipótesis el contrato, a semejanza de lo que ocurre en la venta de bien ajeno, sería rescindible sólo a solicitud del comprador debido al mayor riesgo que existe en adquirir el bien dada su futuridad, desde que es necesario contemplar la eventualidad de que el comprador pueda continuar interesado en la adquisición del bien aun cuando éste

sea futuro.

Según Bianca⁽⁶⁾, la venta de cosas futuras comprende: 1) las cosas no existentes aún *in natura*; 2) las cosas existentes *in natura* que no son de propiedad de alguien y que son susceptibles de ocupación; 3) los productos aún no formados en su individualidad económica; 4) los productos naturales aún no desprendidos de la cosa madre e insusceptibles de propiedad separada.

La doctrina está de acuerdo en que no entran en el concepto de cosa futura los bienes que pertenecen a persona diversa del vendedor, por entenderse que corresponde a la problemática de la venta de cosa ajena.

Conviene ahora tratar sobre los frutos futuros.

En materia de frutos, los artículos 890, 891 y 892 del Código civil disponen lo siguiente:

Artículo 890.- Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia.

Artículo 891.- Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Artículo 892.- Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

Sobre la división tripartita de los frutos en naturales, industriales y civiles dice con razón el tratadista español Traviesas: “En cuanto a la clasificación tradicional en nuestra patria de frutos naturales, industriales y civiles, puede ser imposible fijar la diferencia entre frutos naturales e industriales, ya que, en la producción de los predios, no se puede fijar qué parte se debe a la naturaleza y qué al trabajo del hombre”.

Estoy de acuerdo con esta crítica, por lo que voy a ocuparme de los frutos naturales, incluyendo en ellos a los industriales.

(3) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código civil peruano de 1984*. Tomo IV. Lima: Studium, 1991. p.47.

(4) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando J. *Op.cit*; Parte Especial. Tomo I. p.63.

(5) LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Vol.I. Bogotá: Temis, 1993.

(6) BIANCA, C. Massimo. *La vendita e la permuta*. Torino: Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1972. p.330.

“Los frutos pueden definirse -precisa Diez-Picazo⁽⁷⁾- como las partes de una cosa que son el beneficio que de ella se obtiene conforme a su destino y que, al ser separados de la cosa principal, conservándose su sustancia, adquieren autonomía jurídica”.

Tratándose de los frutos naturales, interesa particularmente la situación de los frutos pendientes. Jurídicamente, el nacimiento de la pendencia ocurre cuando los frutos devienen aparentes, o sea es posible diferenciar el fruto de la cosa madre, aunque esté unido a ella; la pendencia concluye normalmente por la separación, que viene a ser la ruptura del vínculo físico que unía al fruto pendiente con la cosa que lo produjo.

Durante la pendencia, existe una razonable certidumbre de que los frutos llegarán a separarse de la cosa madre y tener entidad propia, por lo cual su venta tiene el carácter de una *emptio rei speratae*. Antes de la pendencia, si bien los frutos no existen en la naturaleza de las cosas, no hay inconveniente para que el titular de la cosa madre disponga para el tiempo en que los frutos existan, si es que ello ocurre, con lo cual se estaría en presencia de una *emptio spei*.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA *EMPTIO REI SPERATAE*.

Se ha visto que los artículos 1534 y 1536 del Código civil versan, respectivamente, sobre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*. Dichos artículos no son, en definitiva, sino la aplicación a la compraventa del principio general contenido en el inciso 1) del artículo 1409 del mismo Código, según el cual la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie (*emptio rei speratae*), y también la esperanza incierta (*emptio spei*), salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Se trata, al menos en el ordenamiento jurídico peruano, de dos figuras diferentes, reguladas de manera distinta, por lo cual conviene estudiar sus respectivas naturalezas jurídicas.

Empezaremos por la *emptio rei speratae*, que es la más común.

Según López de Zavalía⁽⁸⁾, cuando las partes quieren que el cambio previsto gobierne todo el contrato, de tal manera que si no se produce, nada debe el vendedor ni nada el comprador, y si se produce, deban uno y otro, la venta es *res sperata*, es decir de la cosa esperada. Por lo tanto, la *emptio rei speratae* sólo produce los efectos de una compraventa cuando la cosa que era futura al momento de celebrarse el contrato cobra existencia real; si esto no ocurre, no hay compraventa.

Se han formulado varias teorías para explicar la naturaleza jurídica de la *emptio rei speratae*, las principales de las cuales conviene examinar, aunque sea someramente (existen otras teorías como las de la promesa bilateral de contrato -Gabbá-, del negocio *per relacionem* -Di Pace-, del negocio en estado de pendencia por falta de objeto -Betti-, del negocio que produce efectos preliminares o transitorios -Biondi-, del contrato en vía de constitución -De Marsico-, que no han tenido mayor influencia).

2.1. La teoría del contrato de compraventa futura.

Obsérvese que no se trata de que el contrato sea de “compraventa de bien futuro”, como es, en realidad, la *emptio rei speratae*, sino uno de “compraventa futura”, en el cual la futuridad recae en la celebración del contrato.

Según esta teoría, planteada por Salis⁽⁹⁾, la expresión “compraventa de cosa futura” sirve para identificar una particular forma de contrato que tiene toda la apariencia de una verdadera y propia compraventa, mas que sólo tiene la sustancia de ésta en el momento en que, venida a existencia la cosa, la compraventa tenga por objeto una cosa existente.

“En todo el período que va desde el momento de la conclusión del contrato al de la perfección de la venta, continúa el autor, el contrato puede no tener todavía un *nomen juris* definido; es necesario esperar, para conocerlo, al momento en que la cosa, objeto del negocio, deberá venir a existencia. Será en este momento cuando, si la cosa viene a existencia, el contrato deberá ser considerado como compraventa, mientras que en el caso contrario, podrá considerarse como no celebrado”.

(7) DIEZ-PICAZO, Luis. *Naturaleza jurídica de los minerales ¿Tienen o no la calidad de frutos*. Tomo VII, fasc. II. Madrid: Anuario de Derecho Civil. p.365.

(8) LOPEZ de ZAVALLIA, Fernando J. Op.cit.; Parte Especial. Tomo I. p.64.

(9) Cit. de ROGEL VIDE, Carlos. *La compraventa de cosa futura*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p.200.

Salis distingue así entre la conclusión del contrato y la perfección de la venta.

Resulta difícil comprender cuál es la naturaleza del primer acto jurídico, o sea aquel que sirve de antecedente del contrato de compraventa. No es, ciertamente, un contrato preparatorio, desde que no hay la obligación de celebrar en el futuro un contrato definitivo de compraventa. Tampoco parece que sea la conclusión del contrato de compraventa considerada como una etapa de su posterior perfección alcanzada con la venida a existencia del bien.

En el cuaderno titulado "Perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad" he manifestado que para tal perfeccionamiento no sólo se requiere el perfeccionamiento constitutivo del contrato de compraventa, que se logra mediante la celebración de este contrato, sino también el perfeccionamiento complementario de la transferencia de la propiedad del bien, que se alcanza con la entrega del mismo, trátase de bienes muebles o de inmuebles. Consecuentemente, para el perfeccionamiento del que habla Salis no sólo es necesaria la venida a existencia del bien sino también su entrega al comprador, que son dos momentos distintos.

Por otro lado, el planteamiento de Salis está ligado al concepto de que la compraventa sea un contrato con eficacia real, lo cual no ocurre en el ordenamiento legal peruano que considera la compraventa como un contrato obligacional, que no crea un derecho real.

2.2. La teoría del negocio con consentimiento anticipado.

Rubino⁽¹⁰⁾ sostiene que las partes del contrato y, particularmente el comprador, saben que en el momento de conclusión del contrato el derecho a que se refiere la venta no existe aún, pero hacen cálculos de que nacerá próximamente, y estipulan anticipadamente el contrato en vista del futuro nacimiento del derecho (es esto lo que la distingue de la venta de cosa inexistente). Se trata de un caso de negocio con consentimiento anticipado, que a su vez es una de las hipótesis de inversión del orden cronológico de formación de los actos jurídicos en general y de los negocios jurídicos en particular. El negocio jurídico comprende generalmente diversos elementos. Entre

estos hay algunos que existen ya antes de la formación del consentimiento; pero puede suceder también que falten en tal momento, aun cuando la ley consienta que sobrevengan después. En esta última hipótesis, por lo tanto, cuando las partes concluyen el contrato, antes incluso que alguno de estos elementos se haya realizado, se ha anticipado la formación del consentimiento. Consecuentemente, más que el término negocio anticipado parece correcto el término negocio con consentimiento anticipado.

Si entendemos el consentimiento como el acuerdo de voluntades sobre todos los extremos del contrato, no es fácil explicar cómo puede existir consentimiento cuando el bien que es materia de la compraventa no existe ni, por lo tanto, se le conoce. Sólo cabría un asentimiento individual anticipado de cada una de las partes de estar a las resultas de la venida a existencia del bien, que requeriría una información a posteriori para que ambas partes conocieran a ciencia cierta el objeto sobre el cual recae su consentimiento.

2.3. La teoría del contrato condicional.

La doctrina reconoce que esta teoría ha sido la más difundida.

Según ella, el contrato de compraventa de bien futuro está sujeto a la condición suspensiva de que el bien vendido llegue a existir. El tiempo en que la condición está pendiente es el que media entre el momento de celebración del contrato de compraventa y el momento en que comenzó a existir el bien (cumplimiento de la condición) o en el que llegó a ser cierto que no existirá (falla de la condición).

Consecuentemente, el contrato de compraventa sería válido desde su celebración pero sus efectos, o sea tanto la obligación del comprador de pagar el precio como la del vendedor de transferir la propiedad del bien, estarían suspendidos hasta el momento en que el bien dejara de ser futuro por haber cobrado existencia. Según Perlingieri, el bien futuro jugaría el papel de objeto; su nacimiento, el de condición.

Conviene analizar la existencia del bien en los tres estados de la condición: a) pendiente la condición, el contrato es puro y simple; b) cumplida la condición (el bien esperado llega a existir), nacen las obligaciones propias del contrato de compraventa; c) fallida la condición (el bien esperado no llega a existir), no nacen

(10) RUBINO, Domenico. *La compravendita*. Milano: Dott a Giuffrè Editore, 1971. p.178.

las obligaciones propias del vendedor ni del comprador.

Si bien Rubino⁽¹¹⁾ reconoce que en el pasado había sido largamente seguida la opinión de que la venta de cosa futura fuese una venta bajo condición suspensiva, sostiene que “esta construcción puede hoy considerarse abandonada, y con justicia, porque no puede deducirse en condición un elemento esencial del contrato, elemento que, en este caso sería el objeto. Por otra parte, cuando el derecho vendido llega a existir, la adquisición de éste por el comprador, y todos los efectos definitivos de la venta, se realizan *ex nunc* y no retroactivamente, esto es, remontándose al momento de la celebración del contrato, como debería suceder si se tratase de una condición (recuérdese que de acuerdo con el artículo 1360 del Código civil italiano, los efectos de la condición se retrotraen al momento en que haya sido concluido el contrato)”.

2.4. La teoría de la *condicio iuris*.

Con la finalidad de obviar la dificultad que -en los Derechos italiano, francés y español- presenta la retroactividad de la condición, algunos autores, entre quienes cabe citar a De Martini y Cariota-Ferrara, han intentado utilizar el expediente de la *condicio iuris* que, según Messineo⁽¹²⁾ no es verdadera y propia condición y, por consiguiente, tampoco elemento accidental del negocio jurídico, sino que constituye un requisito objetivo al que está subordinada la eficacia del negocio. Sin dicho requisito, agrega, el negocio no puede ser eficaz, aun cuando las partes se hayan abstenido de hacer depender de él la suerte del negocio mismo, desde que la *condicio iuris* es sobreentendida, o tácita. El reflejo práctico del desconocimiento a la *condicio iuris* del carácter de condición en sentido técnico, está en la no-aplicabilidad de las normas reguladoras de la condición propia y, sobre todo, del principio de la retroactividad: de ahí que el negocio viene a ser eficaz *ex nunc*, o sea desde el momento en que sobreviene la *condicio iuris*.

Degni⁽¹³⁾ sostiene que si se pone la existencia del bien como una *condicio iuris* de la venta de bien

futuro, el bien mismo, elemento esencial del contrato de compraventa, faltaría y no podría decirse que existe la compraventa.

2.5. La teoría del contrato obligacional.

De acuerdo con el mismo Degni⁽¹⁴⁾, pese a que la regla general del sistema italiano es que la compraventa es un contrato con eficacia real, “no es excluido que la compraventa tenga también efecto meramente obligatorio, consistente en la promesa de transferir la propiedad de la cosa, no ya en el sentido de prometer el consentimiento para la transmisión, sino en el de prometer la transmisión misma en un momento posterior, esto es, apenas sea posible en relación con determinados eventos, uno de los cuales puede referirse al nacimiento mismo de la cosa. En este caso, no es que falta el objeto del contrato; él no existe actualmente, concretamente, y es por eso por lo que hace imposible la transmisión actual; pero el objeto que mientras tanto es determinable (el parto de un animal, la leche de producción, la cosecha de un fundo, la construcción de un edificio) es tomado en consideración para el momento en que nacerá”.

Situándose en el Derecho español, que sí admite como regla general la compraventa obligacional, dice Espin⁽¹⁵⁾ que el tema de la incidencia de la venta de la cosa futura sobre la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, que ocasiona dificultades en los derechos que siguen el sistema consensual de transmisión dominical, no se plantea en el Código civil español, al exigirse la tradición para operarse esa transmisión. La naturaleza meramente obligatoria de la venta, permite vender la cosa esperada, siendo la fundamental obligación del vendedor en este caso, como previa a la entrega de la cosa, la de observar la diligencia debida para hacer posible la existencia de la cosa esperada.

Se objeta a esta teoría que no toma en consideración que el bien que es objeto del contrato no existe físicamente en el momento de su celebración, lo que determina que falte en ese momento un elemento esencial para la existencia del contrato.

(11) Ibid.; p.179.

(12) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho civil y comercial*. Tomo II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971. p.467.

(13) DEGNI, Francisco. *La compraventa*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. p.116.

(14) Ibid.; p.118.

(15) ESPIN, Diego. *Manual de Derecho civil español*. Vol. III. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. p.525.

2.6. Posición personal.

Acota Rogel Vide⁽¹⁶⁾ que la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura es una cuestión, y esto viene unánimemente reconocido, que ha sido y es siempre controvertida. “No existe ciertamente, en el tema, una prevalencia absoluta de esta o aquella interpretación, y ni siquiera es posible señalar una sucesión cronológica de las posiciones doctrinales o de las tendencias seguidas por la jurisprudencia; éstas, en efecto, antes que sucederse en el tiempo, se encuentran y se oponen en las mismas épocas, sin que ninguna, en verdad, haya logrado jamás conquistar una posición verdaderamente victoriosa y tranquila”.

Este es exactamente el panorama que tuvo ante sí la comisión encargada del estudio y revisión del Código civil de 1936, comúnmente conocida como “la Comisión Reformadora”. A esta perplejidad se suma el plazo sumamente breve dentro del cual la Comisión Reformadora se vio forzada a elaborar el Anteproyecto del contrato de compraventa, por lo cual no hubo materialmente tiempo para una reflexión mesurada.

Cuando el 23 de enero de 1981 presenté a la Comisión Reformadora un borrador del Anteproyecto sobre el contrato de compraventa, manifesté que debido a la presión del tiempo y a las exigencias de la labor profesional, este trabajo no había sido materia de una investigación exhaustiva ni de una meditación profunda, por lo cual advertí la posibilidad de existencia de fallas. Felizmente, la decidida e inteligente colaboración de los doctores Max Arias-Schreiber, Jack Bigio, Fernando Vidal y Alfredo Ostoja salvó muchas de aquellas fallas.

En lo relativo a la compraventa de bien futuro, resultó necesario respetar lo dispuesto en el artículo 53 del Anteproyecto sobre Contratos en General del doctor Max Arias-Schreiber -ya aprobado por la Comisión Reformadora- según el cual la obligación creada por el contrato puede versar sobre cosas futuras, antes de que existan en especie y también la esperanza incierta de que existan.

Es así como se propusieron los artículos 8 y 10 del primer Anteproyecto del contrato de compraventa, que versan, respectivamente, sobre la venta de una cosa o un derecho que los contratantes consideran como futuro (*emptio rei speratae*) y sobre la asunción por el comprador del riesgo de la existencia de la cosa (*emptio spei*).

En el caso del artículo 8, la Exposición de Motivos pertinente, refiriéndose al concepto de cosa futura, expresó que se entiende por cosas o derechos futuros aquellos que no existen en el momento de celebrarse el contrato, pero que pueden existir. En esta venta los contratantes prevén, con un cierto grado de incertidumbre incorporado al contrato, que existirán físicamente en un futuro. Obsérvese la influencia de López de Zavalía en esta redacción.

En cuanto a la naturaleza de la *emptio rei speratae*, el artículo 8 destaca que el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que la cosa llegue a tener existencia. Tuve serias dudas sobre la propuesta de la teoría del contrato condicional, pero finalmente me incliné por ella debido, principalmente, al abrumador respaldo que entonces recibía de la doctrina. La prudencia aconsejó no introducir innovaciones hasta que fuesen exhaustivamente estudiadas y aprobadas.

Si tuviera hoy que adoptar una decisión sobre la teoría más sostenible pienso que me inclinaría por la teoría del contrato obligacional, por las siguientes razones:

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

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

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

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

(16) ROGEL VIDE, Carlos. Op.cit.; p.197.

eficacia del contrato⁽¹⁷⁾.

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

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

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

Debo advertir que en la *emptio rei speratae* el comprador sólo tiene la obligación de pagar el precio si todo el bien, considerando su cantidad y calidad, llega a tener existencia. Si cuando esto suceda el bien no tiene las características estipuladas en el contrato, el comprador queda liberado del pago del precio.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA *EMPTIO SPEI*.

Se pone como ejemplo clásico de la *emptio spei* la *captus piscium*, o sea la venta que hace el pescador de los peces que éste haya de recoger una noche en sus redes.

De conformidad con el artículo 1536 del Código civil, en los casos de los artículos 1534 y 1535 del mismo Código, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir.

La Exposición de Motivos elaborada por la Comisión Reformadora dice que este artículo contempla el caso de una venta que no es conmutativa sino aleatoria, ya

que el comprador sólo adquiere la esperanza de que el bien exista y se obliga a pagar el precio en el momento estipulado en el contrato y de manera incondicional, esto es llegue o no llegue a existir el bien. Se ha dicho, por eso, que no se trata de la venta de una cosa futura sino de una esperanza presente (*emptio spei*).

Conviene dar una ojeada a las teorías que se han formulado respecto a la naturaleza jurídica de la *emptio spei*.

3.1. La teoría del contrato aleatorio.

Para el sector doctrinal que Rubino⁽¹⁸⁾ representa, la *emptio spei* no puede configurarse como venta, ni siquiera como venta de cosa futura con cláusula aleatoria, constituyendo un contrato aleatorio con perfiles propios e independientes. Agrega que no hay razón para negar autonomía a la *emptio spei* y su carácter de contrato nominado encuadrado en una disposición legislativa.

3.2. La teoría de la compraventa de bien futuro.

Según esta teoría, sustentada por Gorla⁽¹⁹⁾, la *emptio spei* es una subespecie de la compraventa de cosa futura y que la estructura de la prometida por el vendedor es idéntica a la de la *emptio rei speratae*. La particularidad de la *emptio spei* concierne sólo a la obligación del comprador, que es pura y simple, él debe el precio aunque no nazca la cosa o el derecho o no nazca en los modos y en las calidades previstas, mientras la promesa del vendedor está condicionada o es de efecto incierto.

No le parece a Degni⁽²⁰⁾ que pueda admitirse esta doctrina. A su juicio (y modificando su precedente opinión, manifestada en la anterior edición de su obra, donde sostuvo que la *emptio spei* entra en el concepto de compraventa de cosa futura), la *emptio spei* es un contrato atípico, innominado, que tiene afinidad con el arrendamiento de servicios, pero que se distingue de él, consistente en la obligación asumida por el llamado vendedor de seguir determinada actividad, por cuenta del llamado comprador, dirigida a conseguir un determinado resultado. Obsérvese que la posición de Degni es similar a la de Rubino.

(17) FERNÁNDEZ de VILLAVICENCIO, ALVAREZ-OSSORIO, María del Carmen. *Compraventa de cosa ajena*. Barcelona: J.M.B., 1944. p.145.

(18) Cita de BADENES GASSET, Ramón. Op.cit.; Tomo I. p.150.

(19) Cita de DEGNI, Francisco. Op.cit.; p.123.

(20) Loc.cit.

3.3. La teoría de la compra de esperanza.

Opina Badenes⁽²¹⁾ que la compraventa de cosa futura no puede considerarse como un instituto unitario. En la *emptio spei* se da una aleatoriedad necesaria, no convenida, cuyo objeto es no una cosa futura, sino una cosa probable, la probabilidad misma, el puro azar. A su juicio, no puede haber propiamente una compraventa cuando se puede tener que pagar un precio por nada, ya que ese nada, no es nunca contraprestación. En el mismo sentido Calonge⁽²²⁾ afirma que en la *emptio spei* “no se compra más que la posibilidad de su existencia, la esperanza de que exista”.

Esta teoría ha sido adversamente criticada por varios autores, entre los que cabe citar principalmente a De Visscher, Gazzara y Alonso, argumentando que “el alea, el riesgo, la esperanza, no son más que representaciones subjetivas, previsiones o cálculos de probabilidad, y, como tales, inidóneos para constituir el objeto de una obligación o de un contrato”.

Rogel Vide⁽²³⁾ cita una frase de Hoffmann que se ha hecho famosa, quien empleando el ejemplo de la pesca dice irónicamente que el pescador podría decir al comprador de “esperanza de peces”: “tu ya tienes la esperanza y los peces me los quedo yo”.

3.4. La teoría de la compraventa perfecta.

Esta teoría es atribuida a De Visscher⁽²⁴⁾ quien, inspirándose en las fuentes romanas, sostiene que la *emptio spei*, a diferencia de la *emptio rei speratae* (que considera como venta imperfecta), es una venta pura y simple, perfecta desde el momento inicial del contrato.

Ante la objeción de que si se considera objeto de la *emptio spei* no una cosa presente (el alea, la *spes*), sino una cosa futura, la *res sperata*, ¿cómo, en tal caso, considerar perfecta la venta si la cosa futura no viene a la existencia? De Visscher argumenta que para la perfección de la venta no se requieren ni la existencia actual ni futura de la cosa, siendo suficiente, solamente, que la realización de la cosa sea concebida como probable. Ramella⁽²⁵⁾ agrega que teniendo la venta carácter bilateral, una vez concluida, las

obligaciones de los contratantes tienen curso independiente, de donde, siendo la *emptio spei* venta inicialmente perfecta, si la cosa no viene a existir queda liberado el vendedor de la entrega, pues por voluntad de las partes el riesgo o *periculum* ha sido puesto a cargo del comprador, que debe, igualmente, el precio.

3.5. La teoría del contrato condicional.

Badenes⁽²⁶⁾ explica con gran claridad que algunos autores, entre los que cabe contar a Windscheid y Bechmann, “no presentan una distinción entre la naturaleza jurídica de la *emptio spei* con respecto a la que señalan para la *emptio rei speratae*. Para Windscheid ambas compraventas estarían sometidas a una *condicio iuris* (por tanto, no propiamente condicional), pero con la particularidad que produce en el negocio la existencia de una cláusula especial por la que el comprador asume todos los riesgos de la venida a existencia de la cosa, el peligro de no cumplirse la condición. El contrato, para Bechmann, permanecería siempre imperfecto, subordinado a la condición de la existencia de la cosa. La diferencia que presenta el autor respecto al juego de la condición en la *emptio spei* y *emptio rei speratae* es la siguiente: en la primera la condición sólo mira a la obligación del vendedor que estaría obligado a la entrega de la cosa en el solo caso de su existencia; por el contrario, en la *emptio rei speratae* la condición afectaría a todo el contrato, tanto a la obligación del comprador de pagar el precio como a la del vendedor de entregar la cosa”.

3.6. Posición personal.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto del contrato de compraventa elaborada por la Comisión Reformadora (la que me confió preparar este Anteproyecto) expresa que el artículo 10 de dicho Anteproyecto (actual artículo 1536 del Código civil) considera la *emptio spei* como una venta aleatoria, por estimar que, desde el punto de vista práctico, es la solución preferible.

(21) BADENES GASSET, Ramón. Op.cit.; p.150.

(22) CALONGE, Alfredo. *La compraventa civil de cosa futura desde Roma hasta la doctrina europea actual*. Salamanca: Talleres Gráficos Imprenta Núñez, 1963. p.212.

(23) ROGEL VIDE, Carlos. Op.cit.; p.137.

(24) Cita de BADENES GASSET, Ramón. Op.cit.; p.147.

(25) Loc.cit.

(26) Ibid.; p.146.

Se ha visto, por otro lado, que de conformidad con el inciso 1 del artículo 1409 del Código civil (redactado por el doctor Max Arias-Schreiber), la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, con lo cual parece adoptar la teoría de la compra de esperanza.

Resulta necesario, pues, aclarar cual es el verdadero sentido del artículo 1536 del Código civil. Sin embargo, para contar con todos los elementos de juicio que requiere esta tarea conviene estudiar, aunque sea brevemente, los conceptos de alea, chance, azar, esperanza y riesgo.

Rogel Vide⁽²⁷⁾ hace una utilísima reseña de estos conceptos que nos servirá para fijar el verdadero sentido del contrato aleatorio. Al respecto, hace las siguientes precisiones:

- **Alea** es la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de un perjuicio.
- **Chance** (palabra francesa) equivale a la suerte: buena o mala suerte.
- **Azar** equivale en lenguaje castellano a chance, o sea buena o mala suerte.
- **Esperanza** es una actitud anímica común a ambas partes.
- **Riesgo** es una situación en la que se produce la pura probabilidad de un perjuicio.

Debe advertirse que Alonso⁽²⁸⁾ considera que el **riesgo** -equivalente a la expresión latina *periculum*- hace referencia a la idea de destrucción, desaparición o pérdida que experimenta un patrimonio.

A la luz de estas precisiones puede establecerse que si bien el alea es algo diferente al azar, pues no está necesariamente vinculado a la buena o mala suerte, sino a la probabilidad de que alternativamente pueda obtenerse una ventaja o sufrirse un perjuicio, es preciso reconocer que esa probabilidad está generalmente vinculada al azar

Si trasladamos esta idea al campo contractual tendremos que el contrato aleatorio, tal como lo conceptúa Albaladejo⁽²⁹⁾, es aquel en que las partes, al

momento de celebrarlo, asumen la probabilidad de pérdida o de ganancia, bien sea mediante el establecimiento de una prestación no determinada concretamente o bien mediante el establecimiento de una prestación que se realizará o no eventualmente, según decida el azar (la suerte). Agrega Albaladejo que la indeterminación, o realización eventual, no tiene que alcanzar a ambas prestaciones, pudiendo afectar sólo a una, comprendiéndose que en este caso, lo que es ganancia para una parte es pérdida para la otra.

Los Mazeaud⁽³⁰⁾ llegan a afirmar que “sólo hay contrato aleatorio cuando las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder; que hayan celebrado el contrato para correr ese albur”.

El artículo 1536 del Código civil habla de la asunción del riesgo por el comprador. Concediendo a la expresión “riesgo” el significado que realmente le corresponde, o sea la pura probabilidad de un perjuicio, lo que asume el comprador es la probabilidad de pagar la totalidad del precio aunque el bien futuro no llegue a existir. Este riesgo viene a ser el albur de perder que mencionan los Mazeaud, pero recayendo únicamente en el comprador.

De otro lado, siendo la esperanza una actitud o un estado anímico en el cual se nos presente como posible lo que deseamos (primera acepción de la voz “esperanza” del Diccionario de la Lengua Española), resulta prácticamente imposible que la esperanza sea materia de una compra, o sea de la adquisición de su propiedad. Para que el contrato de compraventa cumpla su verdadero rol se requiere que recaiga sobre la propiedad de un bien (cosa o derecho) y la esperanza no es un bien. Al respecto dice Degni⁽³¹⁾ que “el alea no puede ser objeto de la obligación del vendedor, porque a la compraventa, aunque sea considerada como contrato obligatorio, es esencial la obligación de dar una cosa, y ésta es la que el comprador quiere adquirir, y no el alea”.

Puede aceptarse, por lo tanto, que la *emptio spei*, por estar incluida en el Capítulo Segundo del Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código civil, es una compraventa aleatoria, en la cual el alea está

(27) ROGEL VIDE, Carlos. Op.cit.; p.101.

(28) ALONSO PEREZ, Mariano. *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: Montecorvo, 1972. p.91.

(29) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. Tomo II. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1975. p.350.

(30) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho civil*. Parte Segunda. Vol. I. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1960. p.118.

(31) DEGNI, Francisco. Op.cit.; p.122.

constituida por la probabilidad de que el comprador deba cumplir sus obligaciones como tal aun en el caso que el bien materia del contrato no llegue a existir.

Surge la dificultad técnica relativa a que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo, en el sentido que la entidad de las prestaciones es establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que las partes conocen desde este momento cual es el contenido de sus respectivas obligaciones.

Esto, desde luego, no ha pasado desapercibido a la doctrina. Sobre el particular, Messineo⁽³²⁾ dice que parece fundada, a primera vista, “la objeción de que, en cuanto la venta es contrato conmutativo, una venta aleatoria sería una especie de entidad contradictoria; pero, en último análisis, de tal premisa no se saca una suficiente construcción práctica, que justifique la opinión; en efecto, la única consecuencia de hacer de la *emptio spei* un contrato aleatorio, y no una venta, sería que las normas sobre la venta pueden ser aplicadas por analogía y no por relación directa. Lo que, como se ve, no resolvería la afirmada incompatibilidad entre los dos términos ‘venta aleatoria’, ya que al menos algunas reglas de la venta serían igualmente aplicables a la *emptio spei*, no obstante la afirmada diversidad de su naturaleza jurídica respecto a la venta ordinaria”.

Concluye Messineo diciendo, en opinión que comparto plenamente, que la *emptio spei* por su estructura y por los efectos que comparte, confirma, pues, su carácter de venta aleatoria.

4. DESLINDE ENTRE LA *EMPTIO REI SPERATAE* Y LA *EMPTIO SPEI*.

La línea que separa la *emptio rei speratae* de la *emptio spei* no es muy definida, de tal manera que, cuando los contratantes no son muy precisos en determinar la modalidad de la venta de cosa futura, pueden surgir, y surgen con frecuencia, dudas, frente a un caso concreto, respecto de la modalidad de que se trata.

La mayoría de los autores sostienen que se trata de una cuestión de interpretación para conocer la verdadera voluntad común de los contratantes. En efecto, la doctrina más extendida proporciona cuatro

elementos para la interpretación de la ley, que suelen ser los mismos que los de interpretación del acto jurídico, que son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Si pese a esta labor hermenéutica no se pudiera establecer aún la modalidad de la venta, la doctrina aconseja que debe presumirse que se trata de una *emptio rei speratae* por ser un contrato conmutativo y, por ello, más conforme con la naturaleza del contrato de compraventa.

Pienso que este planteamiento es correcto, ya que si se ha llegado a la conclusión que la *emptio rei speratae* es un contrato obligacional de carácter conmutativo, es plausible que se prefieran los efectos de este contrato antes que los del contrato aleatorio, como es la *emptio spei*, que coloca al comprador en una posición de desventaja debido a la incertidumbre sobre su obligación de pagar el precio.

Si pese a esta labor hermenéutica no se pudiera establecer aún la modalidad de la venta, la doctrina aconseja que debe presumirse que se trata de una *emptio rei speratae* por ser un contrato conmutativo y, por ello, más conforme con la naturaleza del contrato de compraventa

5. POSICIÓN DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL.

Recuérdese que este artículo establece lo siguiente:

Artículo 1535.- Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

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

Existen dudas respecto a la naturaleza jurídica de esta venta, ya que si bien, a diferencia de la *emptio rei*

(32) MESSINEO, Francesco. Op.cit.; Tomo V, p.64.

speratae, el comprador asume el riesgo de la calidad y cantidad del bien, también se distingue de la *emptio spei* en que dicho comprador no asume la obligación de pagar el precio si el bien no llega a existir.

Para quienes, como López de Zavalía⁽³³⁾, opinan que la *emptio rei speratae* es una compraventa condicional y la *emptio spei* es una compraventa aleatoria, el contrato contemplado en el artículo 1535 del Código civil peruano constituye un caso intermedio entre ambas hipótesis. “En este caso, dice dicho autor, la venta es condicional bajo un aspecto y aleatoria bajo el otro. La condición reside en esto: que alguna cosa debe llegar a existir, pues sino ‘no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio si lo hubiese recibido’. Y el aspecto aleatorio radica en esto: que llegando a existir las cosas futuras, no interesa su cantidad, pues con tal que se produzca la existencia, aunque sea en cantidad inferior a la esperada, el vendedor tiene derecho a todo el precio”.

La Exposición de Motivos del artículo 1535 del Código civil elaborada por la Comisión Reformadora sigue tal línea de pensamiento pues expresa que el caso regulado en este artículo difiere del contemplado en el artículo 1534, pues si bien hay certidumbre respecto de que el bien existirá, resulta incierto no sólo el momento en que el bien llegue a tener existencia sino también la cuantía y calidad que tendrá cuando exista. Por lo tanto, si el bien no llega a existir, el contrato, al igual que en el caso contemplado en el artículo 1534, queda sin efecto alguno. En cambio, si el bien llega a tener existencia, el contrato produce sus efectos desde ese momento, esto es que el vendedor queda obligado a transferir al comprador la propiedad del bien y el comprador a pagar íntegramente el precio, cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien.

Así pensaba yo cuando redacté el Anteproyecto del contrato de compraventa. Ahora, que opino que la *emptio rei speratae* no es realmente una venta condicional sino una obligacional con carácter conmutativo, posiblemente redactaría el artículo 1534 diciendo:

Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el comprador se obliga a pagar el precio pactado cuando el bien llegue a existir



con la calidad y cuantía convenidas. Si el bien no llegara a existir con estas características el contrato es ineficaz.

Asimismo, modificaría el artículo 1535 para que quedara con el siguiente texto:

Artículo 1535.- Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, deberá pagar al vendedor el precio pactado cualquiera que fuera la cuantía y calidad del bien, cuando éste llegue a existir.

De igual manera, comentaría dicho artículo diciendo que el contrato resulta conmutativo con relación a la existencia del bien y aleatorio respecto a la cuantía y calidad del bien cuando exista.

6. DIFERENCIA ENTRE VENTA DE BIEN FUTURO Y CONTRATO DE OBRA.

De acuerdo con el artículo 1771 del Código civil, por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el constructor a pagarle una retribución.

A primera vista no parece fácil establecer una división neta entre este contrato y el de compraventa de bien futuro, pues en ambos se da la nota de que una de las partes va a adquirir onerosamente la propiedad de un bien que no ha cobrado aún existencia. Esta

(33) LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. Op.cit.; Tomo I. p.65.

dificultad es tanto más grande cuanto en el ordenamiento civil peruano ambos contratos son de carácter obligacional.

Ello determina que no sea prudente recurrir a la doctrina italiana para resolver este problema por cuanto el Código civil de este país considera la compraventa como un contrato traslativo de la propiedad.

En el sistema español, que sí es igual al nuestro, Rogel Vide⁽³⁴⁾ sostiene que la distinción entre compraventa de cosa futura y contrato de obra es una cuestión de hecho, a decidir, en cada caso, por los tribunales de justicia.

En el sistema argentino, que también es similar al peruano, Spota⁽³⁵⁾ opina que el criterio que debe estimarse más acorde con las exigencias de la estimativa jurídica es éste: cuando la parte contratante tiene interés en el proceso interno de fabricación de la cosa, entonces se está ante una locación de obra. Cuando el proceso interno de fabricación es irrelevante para la parte adquirente, entonces implica compraventa.

Entre nosotros, Castillo⁽³⁶⁾ considera, coincidiendo con Spota, que será fundamental el que el comitente tenga especial interés en el proceso interno de

elaboración del bien por parte del contratista para que sea considerado el contrato como uno de obra y no como una compraventa de bien futuro.

En otro trabajo⁽³⁷⁾, cité la opinión de Borda en el sentido que cuando la importancia del trabajo es desdeñable en relación con el valor de la cosa, habrá que decidir que es compraventa y no locación de obra, y me incliné por tal parecer tomando en consideración que corresponde al juez calificar el contrato como de uno u otro tipo según la relación que guarden entre sí la importancia del trabajo y el valor de la obra.

La Exposición de Motivos del artículo 1771 del Código civil elaborada por la Comisión Reformadora⁽³⁸⁾ señala que el factor determinante en el contrato de obra es la elaboración o transformación de la materia.

Pienso ahora que la clave para distinguir entre el contrato de compraventa de bien futuro y el contrato de obra, es conjugar estos criterios de tal modo que el juez deberá ponderar el interés del comitente en el proceso de elaboración del bien, la relación que guarden entre sí la importancia del trabajo y el valor de la obra y la medida en que el contratista elabore o transforme la materia, para determinar, a su juicio, la naturaleza del contrato. 𐄂

(34) ROGEL VIDE, Carlos. Op.cit.; p.296.

(35) SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho civil: Contratos*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1975. p.57.

(36) CASTILLO FREYRE, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992. p.229.

(37) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. p.429.

(38) Código civil: Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. REVOREDO, Delia (compiladora). Lima: Okura, 1985. p.462.