



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

EL CÓDIGO CIVIL Y LOS CONTRATOS.
ESTUDIO INTROSPECTIVO

THE CIVIL CODE AND CONTRACTS. AN
INTROSPECTIVE STUDY

Rosario Quispe Delgado
rosadeisy.quispe@gmail.com

Coordinadora del área de Derecho Civil de Philos Iuris

Santiago Solís Gózar
philosius@gmail.com

Director y fundador del Centro de Investigación Jurídico
Humanista y Social Philos Iuris. Lima-Perú.

Enviado: 25 de mayo de 2015

Aceptado: 8 de junio de 2015

«La historia de la codificación civil de Perú ha sido muy agitada y hasta cierto punto experimentalista, pues en poco más de siglo y medio de vida independiente, en dicho país se han promulgado tres códigos civiles que obedecen a orientaciones de signo diferente»

Carlos Vattier Fuenzalida

«No es posible enseñar Derecho Civil con argumentos extraños a nuestro sistema jurídico. No debemos cometer los errores de otras especialidades del Derecho que han importado soluciones extrañas y seguidamente han ocasionado consecuencias perjudiciales para la gente»

Rómulo Morales Hervías

SUMARIO

Consideraciones sobre el Código Civil y la imperfección del Derecho El
presupuesto sociológico del Código Civil

Datos sobre la codificación civil peruana y su confortable respaldo

Inquietudes sobre la etimología y definición del contrato

Los contratos preparatorios. Pluralidad y definición

El contrato en la sociedad y el hombre. Visión comparativa

Conclusiones

RESUMEN

El poeta latino Publio Ovidio Nasón decía que el tiempo corre y que, silenciosamente, envejecemos, mientras los días huyen sin que ningún freno los detenga.

Con la reflexión anterior, podremos creer entonces que nuestro Código Civil —flamante código para nuestra generación, nacido en año bisiesto e identificado por la famosa novela 1984, de George Orwell—, cuya vigencia circunstancial regula nuestros actos cotidianos con relevancia jurídica, cumple treinta años. Aunque para nosotros represente mucho tiempo o toda una vida, para el derecho peruano es y será tan solo una etapa más de la cual se aprenderá, y se contrastará con esta nueva existencia que hoy nos toca, entre realidad virtual, clonaciones y cualquier otro artificio que conquiste el poder humano.

En estas ligeras líneas, luego de un estudio medianamente teórico como histórico, trataremos de compartir con ustedes, amables lectores, nuestras modestas inquietudes sobre el Código Civil y los contratos; que por imperfectas —como todo lo que hace el hombre— merecen ser cuestionadas a fin de que el Derecho siga en movimiento.

ABSTRACT

The Roman poet Publius Ovidius Naso; said that time is, and silently age, as the days run away without any brake stop them.

With the above discussion, we believe then, that our Civil Code, which governs our daily circumstantial force acts with legal significance; brand new code for our generation, born in leap year and identified by the famous novel by George Orwell “1984”; thirty years old, and although for us, represents a long time or a lifetime; to the Peruvian law is and will be just one more step, which will be learned and contrast with this new life that touches us today, including virtual reality, cloning and any other device that conquers human power.

In these light lines, after a fairly theoretical and historical study, I will try to share with you, dear readers, my modest concerns about the civil code and contracts; that imperfect like everything that makes the man should be challenged to follow the law in motion.

PALABRAS CLAVE

El presupuesto sociológico del Código Civil, acuerdo de voluntades, inseguridad

KEYWORDS

The sociological budget civil code, voluntary agreement, insecurity

CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓDIGO CIVIL Y LA IMPERFECCIÓN DEL DERECHO

El Código Civil, en líneas generales, debe ser considerado como una garantía de supervivencia y coexistencia exclusiva para nosotros — Homo sapiens— e irrelevante para los demás seres vivos como las plantas o los animales.

Advertimos que el Derecho —así como una de sus principales expresiones o instrumentos que es el Código Civil— seguirá siendo un trabajo inacabado. Tanto así que el legislador y el intérprete están en una carrera eterna por alcanzar la justicia, aunque sea un valor inalcanzable por los hombres. Y cuando sentimos que estamos cerca no es así, como en la paradoja de Zenón de Elea. Esta narra la carrera entre Aquiles y una tortuga, en la que a pesar de que Aquiles corre más rápido que la tortuga, nunca podrá alcanzarla, porque entre ellos hubo una ventaja inicial a favor de la tortuga. Aquiles no podrá alcanzar a la tortuga y perderá la carrera. Así pues, hay una ventaja que no logramos superar por nuestra condición humana y la justicia será siempre un ideal. Entonces, el Derecho y el Código Civil son construcciones hechas por el hombre, construcciones hechas en favor de la sociedad y la paz social, que pretenden alcanzar aquel valor llamado justicia y, al ser la sociedad mutable y compleja, el trabajo se hace perfectamente imposible. Por ello, no debe existir institución jurídica o jurista que predique con soberbia; ya que en el Derecho y, particularmente, en el Código Civil son escasos los conceptos y abundan las nociones. Porque todo cambia y las reglas no son absolutas, como bien enseñó Heráclito de Efeso; hay un cambio persistente en el estado de las cosas y, por extensión, de las personas y la sociedad.

No hay, por lo tanto, Código Civil perfecto en el mundo de que jactarse; todos tienen sus carencias. No importa si el código es trabajo de un solo hombre, como el código hecho en 1869 por Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield para Argentina o por un conjunto de juristas notables y eximios pensadores del Derecho, como en el caso de los códigos trabajados en Perú por serias y rigurosas comisiones; la carrera estará perdida por la también citada imperfección humana.

No es prudente entonces alardear, porque no se ha conseguido congrega y aplicar los valores jurídicos como la libertad, la igualdad o la justicia en ningún código del mundo. Y tampoco ha de ser posible.

El derecho positivo y la vanidad de Hans Kelsen, quien aseguró que la norma sería válida cuando se cumpliera con la formalidad —sin importar si esta norma es atentatoria, injusta, inicua o

inaplicada por los jueces— son pues un ejemplo de que el Derecho es imperfecto como sus constructores. El Derecho y sus artífices no son ajenos a la sensualidad del poder.

El Dr. Carlos Fernández Sessarego (2009) nos explica que «el Derecho ha sido creado por los seres humanos en sociedad con la finalidad de proteger la libertad de cada uno a fin de que pueda realizarse como persona, cumplir un singular destino, concebir y vivenciar un “proyecto de vida”. Es decir, darle al vivir un sentido o razón de ser que debe ser jurídicamente protegido» (pp. 27-28). Con ello se reafirma la necesidad humana de justicia y libertad, y sus esfuerzos por conseguirla.

Por lo tanto, el Derecho es creación del hombre que, mediante su reflexión evolutiva —inevitable imperfección, complejidad natural que lo faculta con razón y entendimiento—, codifica y permite la organización y concreción de normas y reglas en beneficio de la colectividad. Esta última, al ser también compleja y particular, merece normas adaptables a sus necesidades inmediatas y reales.

EL PRESUPUESTO SOCIOLOGICO DEL CÓDIGO CIVIL

Entonces, si todas las normas, como las contempladas en nuestro holgado Código Civil, son producto del hombre y su logos, de ese reconocimiento cartesiano del ser humano pensante; también su consecuente positivismo ha de ser entonces el resultado de la inspiración del iusnaturalismo u otro acto de conciencia, criterio o carencia, que como sociedad nos identifica y necesitamos regular.

La norma válida y vigorosa no es, como afirma Kelsen, aquella que cumple con determinada formalidad; la norma eficiente y vigente yace en nosotros mismos, en nuestra identidad cultural y diversos factores sociales e históricos que reconocemos y aceptamos. En afinidad con la idea del iusfilósofo alemán Friedrich Carl Von Savigny, el Derecho y las normas en general emergen del «espíritu del pueblo» o Volksgeist.

En tal sentido, el Código Civil, como cualquier otra norma, debiera adecuarse principalmente a lo que necesitamos y al modo como nos desarrollamos.

Recordemos que el planeta Tierra está habitado por más de 7200 millones de personas y, no obstante todos contamos con un mismo sistema orgánico y biológico que nos identifica y permite nuestra supervivencia, hay factores que nos diferencian tangencialmente, como el factor cultural y social. En tal razón, la visión que tengamos

del matrimonio, el delito y los contratos dependerá de nuestra cultura, sociedad y la influencia del sistema jurídico o familia jurídica a la que estemos adheridos.

Por lo anterior, el Código Civil, que es un grupo de normas de un derecho denominado privado y que regula las relaciones civiles de personas físicas y personas jurídicas, debiera construirse con base en las necesidades y expectativas que nos inquietan como sociedad, tomando en cuenta nuestras costumbres y la historia de nuestra nación. No será lo mismo un código nacido en un gobierno autoritario que otro nacido en un gobierno democrático, tampoco la influencia de estos gobiernos y sus normas en el devenir de la codificación.

Por lo tanto, merecemos un código genuino, cuyas normas sean consecuentes con nuestra realidad social y que tomen en cuenta las necesidades del hombre peruano; normas que permitan a este hombre ser armónicamente condicionado a su origen complejo y a sus expectativas, que le permitan expresarse y accionar con libertad y espontaneidad. Una sentencia de Erich Kahler nos ahorrará muchos preliminares. «No existe ningún hombre que no esté condicionado culturalmente. En este condicionamiento está implicada, claro, toda la sociedad que lo “rescata”. El hombre, pues, no está ahí, sino que se forma. Y a ello coadyuva un tipo de sociedad característico. ¿Qué haría un individuo fuera de él? De modo que si bien es cierto que todo lo refiere, en último término, a lo que su terca voluntad de poder le propone, sin el apoyo cultural preestablecido que lo circunda no es libre de proponerse voluntariamente ser de tal o cual forma. Realizarse, con plena o siquiera relativa autonomía, significa, en efecto, darse forma y querer formarse».

Por lo tanto, las normas del Código Civil deben ser inspiradas por la sociedad a la que será útil, sociedad con características determinadas y propias.

Como profesionales del Derecho, no podemos reprochar la visión social, antropológica, lingüística e histórica en la formación de un código, en especial el Código Civil. El derecho no es, pues, exclusivo de las normas y su gala.

Se hace pertinente entonces la frase del jurista y sociólogo francés Maurice Hauriou: «Un poco de sociología nos aleja del derecho y mucha sociología nos conduce a él». Frase secundada por el jurista y sociólogo ruso, quien adquiriese la nacionalidad francesa, Georges Gurvitch, quien advertía que «un poco de derecho nos aleja de la sociología y mucho derecho nos conduce a ella». (Horna, 2001, p. 35)

En un trabajo anterior titulado *Construcción colectiva y multidisciplinaria del Derecho*, consideré lo siguiente:

El Derecho es una construcción colectiva, que además involucra las ramas del conocimiento, que permitirán una visión contemporánea y sólida de las instituciones jurídicas acordes a nuestra realidad social.

Hasta este momento no se ha pensado, por ejemplo, en una comisión de reforma del Código Civil que esté conformada formalmente y a tiempo completo no solo por abogados, sino también por historiadores y antropólogos que nos permitan conocer la realidad y complejidad del hombre peruano.

Estoy seguro de que si se tomase en cuenta esta iniciativa, las leyes tendrían mayor eficacia, y todo gracias a un trabajo multidisciplinario. (Solís, 2013)

En estos momentos sumaría el aporte de filólogos, sociólogos, lingüistas y cuanto profesional sume a la construcción de un código genuino e imponente, que contribuya en la comisión de reforma del Código Civil para que las palabras contempladas y consecuentes de diversos hechos en el código sean metódicas y armónicas con los supuestos de hecho que genera la norma.

Lo cierto es que el Derecho y los códigos siempre serán trabajo del hombre; que no nos sorprenda su imperfección. Pero con el trabajo multidisciplinario, se podrá tomar cierta ventaja y lograr, en mayor medida, autonomía y libertad.

DATOS SOBRE LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA Y SU CONFORTABLE RESPALDO

La historia de la codificación reconoce al *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 (Código de Baviera) como el primer código del mundo.

En el caso peruano, tiene como primogénito al casi olvidado Código de 1836, desdeñado quizá por su fugacidad, ya que solo duró dos años y tuvo una vigencia restringida para el estado Peruano-Boliviano. Este código fue promulgado por el mariscal Andrés de Santa Cruz.

Luego vendría el Código de 1852, el Código de 1936 y el vigente de 1984. Sobre estos tres últimos resaltamos algunas particularidades.

	Código Civil (1852)	Código Civil (1936)	Código Civil (1984) ¹
Fecha de promulgación	29 de diciembre de 1851	30 de agosto de 1936	24 de julio de 1984
Fecha de entrada en vigencia	28 de julio de 1852	14 de noviembre de 1936	14 de noviembre de 1984
Años de vigencia	84	48	30
Numero de libros	3	5	10
Número de artículos	2,301	1,835	2,122
Influencia	Código Civil francés ² , promulgado el 21 de marzo de 1804	Bürgerliches Gesetzbuch o BGB alemán, cuya redacción comenzó en 1881 por un deseo de tener un código civil al igual que Francia ³ . Entra en vigencia el 1 de enero de 1900.	Se aprecia una influencia del Código Civil italiano de 1942 ¹ . «Pietro Rescigno señala que el Código Civil peruano ha sufrido la influencia del Código Civil italiano, así como de la doctrina y jurisprudencia de ese país». (Universidad de Lima, 1986, p. 14)
Característica	Pedagógico y de fácil interpretación	Técnico y comprendido solo por algunos	Pedagógico y con mesurado tecnicismo jurídico
Juristas representativos	Francisco Javier Mariátegui y José Julio Rospigliosi	Hermilio Valdizán, Germán Aparicio, Gómez Sánchez	José León Barandiarán, Felipe Osterling Parodi, Rómulo Lannata, Héctor Cornejo Chávez, Max Arias Schreiber y Manuel de la Puente y Lavalle.

1 El Código Civil italiano de 1942 es producto del proyecto que reemplazaba el Código de 1865 y que comenzó en 1922. Se dice que el Código italiano es conciliador de dos modelos, como son el francés y el alemán.

2 Para algunos juristas un código de eminente corte francés, para otros, sin embargo, era original y basado en el derecho castellano (de raigambre romanista) que anteriormente rigió en su territorio.

3 Pese al desacuerdo de la famosa escuela histórica del Derecho y su máximo exponente Savigny.

Como podemos apreciar, los códigos de 1836, 1852, 1936 y 1984 han secundado las grandes revoluciones jurídicas en cuanto a codificación y se han visto seriamente influenciadas, principalmente, por la técnica y propuesta de Francia, Alemania e Italia.

Este es un hecho común, según Leysser León (2004): «Los trasplantes e imitaciones son, qué duda cabe, la vía típica de elaboración de las normas en el mundo entero». (p. 29)

Por ejemplo, en cuanto a la influencia del derecho japonés —que no es el derecho chino, aun siendo este el más cercano— se adhieren al pensamiento jurídico casi universal de los alemanes y luego al francés. La influencia del derecho anglosajón es mínima y casi nula la del derecho sudamericano, ya que son pocos los profesores que hablan español. Todo esto en opinión de Toyota Nakagawa (1969), quien además explica:

El Japón es un país con historia muy larga, pero sus leyes vigentes no proceden de su tradición ni de su vida antigua, sino que se trasplantaron de los países europeos, hace alrededor de cien años, en virtud de la política de modernización emprendida por los gobiernos a partir de la era Meiji. En consecuencia, las leyes recibidas de los países europeos constituyen la base del derecho japonés moderno. (p. 69)

Al parecer, teniendo referentes directos e impresionantes como los mencionados y dada las circunstancias de la época, se dejó de lado, en el caso peruano, la preocupación por un Derecho y una codificación genuinos, sustentados en el varias veces mencionado fenómeno sociológico, antropológico y cultural. Quizá, haciendo más fácil la labor codificadora y, en determinados casos, alejándose de nuestra realidad, como la poesía del artículo 932.º del C. C.

Pablo Talavera Elguera (2004), profesor de Derecho Procesal Penal, inicia su comentario al nuevo Código Procesal Penal con la siguiente cita:

En el siglo anterior, el célebre penalista italiano Enrico Ferri afirmó que hacer un código es relativamente fácil; bastan varias ediciones de códigos extranjeros, unas tijeras y un frasco de goma.

Tal afirmación no deja de tener vigencia en la actualidad, pues ya sabemos que los cambios normativos por sí solos no transforman la realidad de un sistema de justicia. (p. 1)

Todo indica que la codificación peruana ha sido producto de una importación excesiva e imponente de los códigos influyentes de

la época⁴. Al parecer la consecuencia de ello es la ineficacia y contradicción de las normas en un código que debería ser compacto.

Debe quedar claro que tomar en cuenta la legislación extranjera, conocer doctrina importada y fundamentar posiciones con jurisprudencias foráneas es útil para la redacción de un código y puede dotarlo de riqueza académica y pedagógica, pero imponer sin el mayor análisis y adaptar dichos referentes a nuestra realidad social, que es distinta objetivamente, sería contraproducente. El Derecho comparado así como la metodología de la sociología aplicada al Derecho dan forma científica al Derecho. No se equivoque entonces. No es una crítica absolutista, ni tampoco se pretende vivir en una burbuja y desconocer las genialidades jurídicas de los sistemas y familias jurídicas, ya que son útiles y su trasplante y funcionamiento exitoso requiere no de un mínimo, sino de una rigurosa meditación. Reiteramos la complejidad del hombre y su condicionamiento a la sociedad que lo representa.

Se concluye que la copia literal o cuasi literal de un artículo y código completo no sería perjudicial si las normas y preceptos extranjeros estuvieran sustentados en realidades similares o se tomara en cuenta la normativa extranjera como uno de tantos referentes, pasando luego por el alambique de nuestra propia existencia y realidad peruana.

Un caso particular y que afianza la postura es el narrado por Enrique Ghersi en referencia al Código Civil de Etiopía.

Brevemente; el emperador Haile Selassie, en su intento por civilizar Etiopía, decide contratar al mejor jurista del mundo, quien fuera el profesor suizo de Derecho Paul Henri, a fin de redactar el mejor Código Civil de la humanidad, la ley ideal.

En efecto, Paul Henri se comprometió con el proyecto y durante varios años no salió de su biblioteca, así nació el Código Civil de Etiopía, tan bueno para los juristas de la época, pero tan ineficaz para los etíopes, porque no tenía una vigencia social. El ciudadano etíope no podía identificarse con lo prescrito en su código porque en la mayor parte del mismo no se hallaba identificado, no se reconocía a él ni a su sociedad.

No creo que sea discutible entonces alegar que el francés, alemán, italiano y peruano, además de tener idiomas distintos, también piensan y actúan diferente.

Por ello, estructurar un código con artículos importados, sin una adaptación a las exigencias y necesidades del hombre peruano, e implantarlo sin meditación, ocasionaría una norma vigente pero sustancialmente ineficaz.

⁴ «Lo que los redactores y legisladores usualmente hacen es recurrir a los modelos legales extranjeros de mayor reputación para adaptarlos, sacándolos de su contexto natural, sin entender muy bien cómo o por qué es que ellos funcionan exitosamente en sus países de origen». (MacLean, 1998, pp. 14)

Me adhiero firmemente a la posición del jurista y exembajador del Perú, Roberto G. MacLean (1998) cuando afirma:

... las leyes son tan buenas o tan malas como la medida en la que reflejan, adecuadamente, los conflictos reales y conducen a un equilibrio en la sociedad. El hecho de legislar sin tener esto en mente, y en un acto puro de poder, es un acto tan ciego como la receta dada por un doctor a un paciente al que no ha examinado previamente y basada en lo que un compañero hizo en un caso similar. (pp. 9-10)

INQUIETUDES SOBRE LA ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN DEL CONTRATO

Seguramente el nombre de los distinguidos maestros Manuel de la Puente y Lavalle y Max Arias Schreiber Pezet nos induzcan al estudio profundo de los contratos en el Perú en referencia al Código Civil vigente.

Ambos, de manera exegética —en un primer momento, revisando el Código de 1936 en una labor reformadora y, posteriormente, interpretando el trabajo acabado y manifiesto en el Código Civil de 1984 ubicado en el libro VII—, han contribuido grandiosamente con la teoría general del contrato y a decidir por una definición estampada en el memorable artículo 1351.º

La consulta de las obras *El contrato en general* y *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* es, pues, inexcusable y necesaria.

El Código Civil y, en especial, el libro de contratos han recibido buenas críticas por los colegas extranjeros, quienes han comentado lo siguiente:

Después de comparar el Código Civil peruano con su similar de 1936 y el Código Civil de Bello, en lo que se refiere a la Sección Primera del Libro VII, llega Bonivento a la conclusión de que el nuevo Código es mejor, ya que realiza un análisis conjunto de la materia, a la vez que evita la dispersión de los principios básicos que la rigen.

Entre los principales aportes del Código Civil peruano de 1984 en esa materia están los siguientes:

Haber definido los contratos, en el marco conceptual que les corresponde, como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Reconocer que la consensualidad es la característica sobresaliente en el perfeccionamiento de los contratos.

Señalar la prevalencia de la voluntad de las partes en la relación contractual, salvo que existan disposiciones de la ley con carácter imperativo.

La necesidad de que la bona fide exista no solamente en la celebración del contrato, sino también en la negociación y, principalmente, en la ejecución del mismo.

Señalar con precisión las diferencias entre los efectos de la resolución y los de la rescisión.

Haber consagrado que el objeto de la prestación materia de la obligación puede versar no solamente sobre bienes presentes, sino también sobre bienes futuros antes de que existan en especie; la esperanza incierta de que existan bienes ajenos, gravados, embargados o sujetos a litigio.

Haber regulado los contratos preparatorios en sus dos modalidades: el compromiso de contratar y el contrato de opción.

Señalar como fórmula novedosa la resolución de pleno derecho que opera en los casos señalados en el Código (artículos 1429.º, 1430.º, 1431.º, 1432.º y 1433.º). En Colombia, la resolución ipso iure opera solamente por acuerdo de las partes de disolver el contrato, ya que la resolución requiere de intervención judicial.

La incorporación de la teoría de la imprevisión —acogida doctrinariamente en Colombia— que permite el restablecimiento del equilibrio en las prestaciones.

La lesión, que ha sido tratada de acuerdo con el pensamiento moderno: haciendo concurrir un elemento subjetivo dado por el aprovechamiento de uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, y por un elemento objetivo, consistente en que la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sea mayor de las dos quintas partes. El elemento subjetivo se objetiviza, es decir, se presume su existencia cuando la desproporción es igual o superior a las dos terceras partes.

La conveniencia de haber unificado los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza. (Universidad de Lima, 1986, pp. 20-21)

No obstante, en referencia al artículo 1351.º que define el «contrato», en inspiración directa —como lo reconoce Manuel de la Puente y Lavalle del artículo 1321.º— del Código Civil italiano, habría que reflexionar en cuanto a sus efectos y precisiones etimológicas.

La etimología es una disciplina o especialidad lingüística analítica de las palabras. Sobre el particular, es importante para comprender el origen, alcance y constitución de la palabra contrato.

Para tal resultado es pertinente conocer sumariamente la etimología de acto, contrario y contrato¹.

Acto.

La palabra acto proviene del latín *actus*, -us, sustantivo de efecto verbal derivado del supino *actum* del verbo *agere* (llevar a cabo, mover delante).

Contrario.

La palabra contrario viene del latín *contrarius*. Sus componentes léxicos son *contra* (en frente de), más el sufijo -ario (relación, pertenencia).

Contrato.

Contrato proviene del latín *contractus*: «Literalmente “contraído” del verbo *contraho*, -ere, originalmente “juntar” y en la acepción “contraer” (una deuda, un negocio)» (Misari T., 2011, p. 49).

Adicionalmente, *contractusse* forma con el prefijo *con*(convergencia, unión) y *tractus* (arrastrado).

Seguidamente, diferenciaremos de acuerdo con la construcción etimológica del contrato, el contrato como acuerdo de voluntades y el contrato nacido de actos contrarios.

El contrato como acuerdo de voluntades

Vincenzo Roppo (2009) explica que en el contrato:

«El primer componente es el acuerdo de los interesados (técnicamente de las “partes”). El contrato es pues un acto consensual». (p. 30)

Además, Francesco Messineo (2007) sostiene sobre el contrato:

«Negocio jurídico bilateral importa, como es sabido, que en la constitución del contrato concurren dos declaraciones de voluntad. A este propósito, hay que poner de relieve que, en el contrato, las declaraciones de las que el mismo es la resultante, se presuponen mutuamente; por lo que, una sola de ellas no puede tomarse aisladamente, ni menos aún puede considerarse como negocio jurídico unilateral». (p. 68)

¹ Origen de las palabras disponible en el Diccionario etimológico <www.dechile.net>. Recuperado el 3 de setiembre del 2014.

De las dos apreciaciones pertenecientes a brillantes estudiosos del contrato, podemos conciliar la idea, que es regla o tendencia, de que tanto en la legislación, doctrina y jurisprudencia el contrato es el acuerdo de dos o más partes que tienen una intención común e idéntica: celebrar el contrato y obligarse. No cabe duda que esa apreciación es la más sensata y coherente con los fines del contrato y el consensualismo. No obstante, planteamos lo siguiente.

El contrato como actos contrarios

El contrato también puede ser entendido etimológicamente como actos contrarios: contrario (contra) actos (actus) = contractus.

Sustentándose en el hecho innegable de que las partes, al celebrar el contrato, tienen intereses, necesidades y posiciones contrarias. Las partes se enfrentan con prestaciones diferentes y, además, debe tenerse en cuenta que el contrato por sí niega la paridad de las prestaciones recíprocas, que solo son imaginadas en un ámbito puramente teórico y sinalagmático, en un paraíso de prestaciones equivalentes, donde lo que se da y recibe está en proporciones salomónicas.

El contrato es producto de la necesidad, de la oferta y la demanda, y genera satisfacción según una valoración subjetiva de lo que se tiene y de lo que se quiere. Por ejemplo, Juan tiene bienes inmuebles, pero quiere amor familiar. Entonces celebrará un contrato de alimentos con Pedro y su familia, quienes valoran más los bienes inmuebles que el amor familiar. Al final, ambos encontrarán satisfacción.

El contrato sugiere desigualdad en las prestaciones a efectos de la complacencia de las partes. El contrato genera prestaciones desiguales. Nadie se motivaría a contratar cuando valore subjetivamente igual lo que recibe que lo que da. El contrato es un instrumento de satisfacción cuando hace creer a las partes contratantes que están ganando. Por ello, negocian la prestación y contraprestación. Y al llegar a un acuerdo —en la mayoría de veces— ambas partes se van contentas porque valoran subjetivamente que lo que tienen ahora es mejor de lo que dejaron o entregaron a la otra parte.

Otro ejemplo, adaptable al contrato de compraventa, explicaría que el comprador quiere el bien objeto del contrato más que su dinero, el bien le es más útil y necesario que el precio que pagará por él.

Contrariamente, como el valor es subjetivo, el vendedor querrá el dinero más que el bien, por esa razón oferta el bien, porque intuye que al vender el bien está ganando.

Así también, la posición o condición de una empresa monopólica será contraria a la de su cliente y ello influenciará en la determinación del contrato.

El contrato es, pues, la fusión de actos contrarios con prestaciones desiguales. El acto de vender es distinto al acto de comprar. Un bien puede ser valorado sentimentalmente en intensidades distintas entre las partes.

Situación distinta ocurre en el pacto social, en el que todos los socios de una empresa tienen la misma intención y expresan su voluntad uniforme de agruparse y generar actividad empresarial. En ese caso no hay actos contrarios como en el contrato. Será por ello que la Ley General de Sociedades no reconoce con el término contrato de sociedad al conjunto de voluntades, utiliza en cambio el término pacto social. No hay actos contrarios en el pacto social.

Por lo tanto, reconocemos que el contrato nace con el consensualismo, con la fusión de la oferta y la aceptación. Pero que etimológicamente y en la práctica, el contrato nace en actos contrarios.

El contrato es el acuerdo de «solamente» dos partes

Este planteamiento nació en la reflexión y el debate propuesto por el profesor Alberto Stewart Balbuena.

Puntualmente, haré referencia a la definición legislativa del contrato que precisa en el artículo 1351.º que «el contrato es el acuerdo de dos o más partes...»

Ya la doctrina ha explicado que una «parte» puede estar conformada por varias personas.

En tal sentido, en el contrato solo sería viable la existencia conjunta y simultánea de dos partes. El contrato es patrimonial y sobre todo bilateral, ya que el contrato es fuente de obligaciones y esta última solo concibe a un deudor y a un acreedor.

Por ello, el acuerdo solo es de dos partes, quienes serán en su momento acreedor y deudor; no de «más partes», porque no existen esas «más partes».

Cesión de posición contractual

En la cesión de posición contractual, se reconoce al cedido, al cedente y al cesionario. Se pueden apreciar tres relaciones jurídicas, en momentos distintos y con efectos particulares. La primera relación jurídica y próxima a extinguirse es la del cedente

y el cedido. La segunda relación jurídica es entre el cedente — quien estaba en la relación contractual y como consecuencia del contrato de posición contractual saldrá de esa posición— y el cesionario —quien ocupa la posición dejada por el cedente—. La tercera relación jurídica, luego de celebrado el contrato de posición contractual, será entre el cedido y el cesionario.

Puede apreciarse de la legislación que el acuerdo es solo entre cedente y cesionario; el cedido tan solo se limita a prestar su conformidad. El acreedor y el deudor de la cesión de posición contractual, en cualquiera de las relaciones jurídicas descritas, serán solo dos.

Contrato en favor de tercero

En el contrato en favor de tercero, en el que intervienen el promitente, el estipulante y el beneficiario, se observa que la obligación nace del acuerdo entre el promitente y el estipulante y, por ende, a ellos dos se les debe considerar como partes en el contrato y no al beneficiario, quien es ajeno al convenio; no obstante de tener un provecho o rentabilidad, producto del contrato celebrado por las dos partes, que son el promitente y el estipulante.

En el derecho de seguros, que podría configurar un ejemplo de un contrato en favor de tercero, se precisa que «el contrato requiere precisamente de dos partes para conformar el consentimiento». (Gherzi, 2007, p. 54)

Volviendo a lo dicho anteriormente; en la Ley General de Sociedades, el término contrato de sociedad no es oportuno y se prefiere el término pacto social, porque en la sociedad mercantil solo hay una parte conformada por todos los socios que tienen un interés y una necesidad común, plasmada su voluntad coincidente en el estatuto. En cambio, en un contrato deben haber única y exclusivamente dos partes, aquellas que, fenecido el contrato y ya en el plano de las obligaciones, asumirán los papeles de acreedor y de deudor.

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS. PLURALIDAD Y DEFINICIÓN

El contrato es gramaticalmente singular y, como se explicó, es entendido incorrectamente como el acuerdo de dos o más partes, ya que, al cumplir con los requisitos y presupuestos establecidos legalmente, generaran obligaciones donde solo se identifican a dos partes, el acreedor y el deudor. No hay más partes.

Ha sido pues el contrato, de modo singular, el que ha propiciado las obligaciones entre las partes. El contrato tiene la potestad de constreñir a los intervinientes en él y no necesita de otra herramienta para lograr su propósito obligacional.

Pero al ser el contrato lingüística y gramaticalmente singular, cabe la posibilidad de que, por motivos económicos y circunstanciales y en la expectativa de cumplir con su finalidad, este contrato se «pluralice» y, técnicamente, deje de llamarse contrato para adquirir el término pluralizado de contratos; en el supuesto de la existencia de dos contratos nacidos en una misma relación jurídica, y que ambos contratos, en una correspondencia positiva y consecuente, contribuyan con la finalidad de las partes.

Estos contratos, aun siendo autónomos y distintos, hacen posible la consumación y satisfacción de los intereses de las partes. Nos referimos, por lo tanto, a los contratos preparatorios que pluraliza al contrato, le otorga garantía a las prestaciones y, como todo contrato, satisface intereses patrimoniales.

Los contratos preparatorios tienen su origen en el Derecho romano, especialmente en lo que ellos consideraban como pactum de ineundo contractu o pactum de contrahendo.

Es regulado en sus dos clases —compromiso de contratar y contrato de opción— por el Código Civil de 1984 en doce artículos que van del artículo 1414.º al 1425.º.

Los contratos preparatorios en la Ley General de Sociedades. Su efecto conciliador en la reforma del Código Civil

La Ley General de Sociedades (LGS), vigente desde el 1 de enero de 1998, es joven en comparación con el C. C. de 1984.

Entre las tantas peculiaridades de la LGS, en sus disposiciones transitorias, exige la adaptación del estatuto y pacto social de las sociedades constituidas antes de su entrada en vigencia, a la nueva normativa. Sancionando la omisión y considerándolas sociedades irregulares. Para tal efecto, ha establecido mediante la Ley N.º 27673 un plazo indeterminado para la adecuación.

Esta LGS, materia de análisis críticos por especialistas (Echaiz, 2009), contempla en su artículo 41.º los contratos preparatorios. La importancia de este precepto normativo se debe a los efectos contundentes que ha tenido en la reforma de los artículos 1416.º y 1423.º del viejo C. C. Reforma publicada mediante la Ley N.º 27240 del 7 de febrero del 2001.

Los artículos 1416.º y 1423.º hacen referencia al plazo del compromiso de contratar y el contrato de opción.

Antes de la Ley N.º 27240, el plazo era inalterable y no importaba la autonomía privada de la voluntad. El plazo para el compromiso

para contratar era de un año y el plazo para el contrato de opción era de seis meses.

Esta situación generaba inconvenientes en los contratantes que requerían de mayor tiempo para finiquitar el contrato definitivo o para optar por la celebración del contrato, ya que un año o seis meses podrían ser escasos y frustrar el contrato.

Por ello, la reforma en mención (Ley N.º 27240), inspirada seguramente en la LGS y en la búsqueda de una armonía normativa, evita la paradoja entre el C. C. y la LGS en cuanto al plazo de los contratos preparatorios, favorece la autonomía privada de las partes y, residualmente, ante la falta de acuerdo en el plazo, establece el plazo legal de un año, tanto para el compromiso de contratar como para el contrato de opción.

Conduce al C. C. a prescribir que el plazo, tanto en el compromiso para contratar como para el contrato de opción, debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, este será de un año.

EL CONTRATO DE COMPROMISO PARA CONTRATAR Y SU POSIBLE INSEGURIDAD

El artículo 2019.º del Código Civil es un claro ejemplo de que el principio *in claris non fit interpretatio* no es recomendable (Solís, 2012).

El artículo contempla los actos que pueden ser inscribibles. Entre ellos están los actos y contratos que constituyen, declaran, transmiten, extinguen, modifican o limitan los derechos reales sobre inmuebles; los contratos de opción; los pactos de reserva de propiedad y de retroventa; el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependen los efectos de los actos o contratos registrados; las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito; los contratos de arrendamiento; los embargos y demandas verosíblemente acreditados. Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles. Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.

De la lectura se puede apreciar que el artículo reconoce el contrato de opción como acto inscribible y, al terminar de leer los demás supuestos, no encontramos el compromiso de contratar, no obstante que es un contrato riesgoso y que merece seguridad jurídica por las expectativas que se generan. No obstante que, junto al contrato de opción, son parte de los contratos preparatorios reconocidos por el Código Civil.

En posición del Tribunal Registral, no es posible la inscripción del compromiso de contratar porque estos supuestos serían *numerus clausus* y, por lo tanto, las partes, mediante su autonomía privada de la voluntad, no podrían convenir el supuesto de inscribir el compromiso para contratar.

Es pues una interrogante la posibilidad de la inscripción del compromiso para contratar y ha sido materia de una tesis titulada *El compromiso de contratar y su acceso al registro de propiedad inmueble* (Misari A., 2013), en la que el autor sugiere una interpretación correcta del artículo 2019.º, por la cual el numeral 1 del artículo 2019.º sería la regla general para toda inscripción registral y, en virtud de dicho inciso, sería posible la inscripción del compromiso de contratar. Ello demuestra una vez más que el código tiene errores que pueden ser solucionados con una correcta interpretación. Pertinente se hace entonces lo dicho por Radbruch de que «el intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores».

El artículo 2019.º y sus supuestos son, contra todo pronóstico, *numerus apertus* y, aunque el Tribunal Registral se resista a aceptarlo, este mismo se desvirtúa cuando reconoce la inspiración registral de la resolución extrajudicial, no obstante que no es un supuesto del artículo 2019.º, con cuyo argumento la tesis en mención adquiere objetividad.

EL CONTRATO EN LA SOCIEDAD Y EL HOMBRE. VISIÓN COMPARATIVA

El contrato es un acuerdo con contenido económico que contribuye con la sociedad y, específicamente, con el hombre, ya que permite la circulación de la riqueza con base en el reconocimiento de la propiedad privada; además, el intercambio de titularidades es garantizado por el principio *pacta sunt servanda*, que hace referencia a que el pacto será cumplido obligatoriamente, adicionando la buena fe de las partes contratantes.

En un trabajo anterior (Solís, 2014) expliqué que el contrato es un instrumento universal, nacido en África con el rudimentario contrato de permuta utilizado por el hombre de Cromañón (*Homo sapiens*), hombre de Grimaldi o de Chancelade, y adquirió una forma solemne con la Estela de Gizeh, encontrada en Egipto y considerada uno de los documentos jurídicos más antiguos de la humanidad.

No obstante la generalidad del contrato, es importante adaptar sus efectos y prescripciones a las condiciones que emanan naturalmente del hombre y la sociedad que ellos conforman con sus tradiciones y formalismos.

En el supuesto de que las normas y la codificación deben ser interpretadas o creadas tomando en cuenta la realidad social y cultural. El contrato, considerado como un acto normativo (Ferri, 2004), debe también pasar por esta adecuación, por su naturaleza económica, su contribución directa a la sociedad y al hombre.

Por lo tanto, el contrato, sus formas, tipos y modalidades han de ser genuinos y congruentes con nuestra realidad social. Y no una inspiración e implantación cuasi directa del Código Civil italiano.

Se puede advertir objetivamente, ya en una estimación comparativa, que las culturas y sociedades enfrentan a las instituciones y fenómenos jurídicos nacidos del contrato de modo distinto o hasta contradictorio.

Por ejemplo, el contrato de mutuo (art. 1648.º) es definido como la entrega de dinero o bienes consumibles que generará una ganancia o remuneración que son los intereses. Para nosotros, los intereses son reconocidos y promovidos legislativamente, es más, su no consideración debe ser expresa (art. 1663.º); pero en el Derecho musulmán, los intereses son sinónimo de pecado y, por ende, no son posibles. En el Derecho hindú, mediante la regla del dandupat, se limitan los intereses y no pueden ser acumulados en una cifra superior a la obligación principal. En nuestra realidad, los intereses podrían fácilmente superar la obligación principal.

En cuanto al matrimonio, en algunas legislaciones como la chilena o la de República Dominicana, así como el Código Canónico consideran el matrimonio como un contrato. Es una realidad distinta en Perú, que considera que el matrimonio es un acto jurídico, ya que es de carácter voluntario pero extrapatrimonial.

El contrato de vientre de alquiler, que para nuestra legislación así como la posición islámica y judía, no es viable y por ende carece de legitimidad; en la República de la India es fomentada y hasta respaldada por el Estado, en razón a los bajos ingresos económicos de las familias.

Son, pues, varios los fundamentos que acreditan que el estudio de los contratos en el Perú debe ser producto del estudio multidisciplinario e interdisciplinario. Que el conocimiento del hombre y la sociedad peruana deben ser presupuestos para implantar normas; y el no considerar el modo de vivir y pensar, propio de nuestra cultura, definirán el destino de normas ineficaces.

En el Perú, los contratos se cumplen no porque hayamos empeñado nuestra palabra (pensamiento francés), sino porque, de no cumplirlos, tendríamos una sanción económica. Preferimos la informalidad en

la celebración y ejecución de los contratos con el afán de ahorro, pero luego el costo es excesivo cuando hay controversias en cuanto a su interpretación.

CONCLUSIONES

En estos últimos años, se han incrementado las opiniones y se han organizado comisiones para reformar el Código Civil en su totalidad. Otros criterios prefieren adecuar, verificar y modificar los artículos desfasados de la realidad.

Creo que el tiempo y el derecho no son estáticos, el tiempo no se detiene y, por ello, las relaciones culturales y sociales cambian. El Derecho, como las instituciones, no envejece, pero su contenido muta; por ejemplo, el surgimiento de nuevas formas de contratación; avances en la ciencia, la tecnología, la bioética; los conceptos de reproducción humana asistida, fecundación in vitro, trasplantes; la aparición del consumidor como sujeto cautelado, etc.

Nuestra posición es adecuar el Código Civil, ya que son muchos los artículos que gozan de adaptabilidad a los nuevos tiempos; regular los contratos modernos y hacer otros cambios beneficiosos para las relaciones comerciales. Pero lo fundamental será tomar en cuenta, con respeto y seriedad, la intervención de historiadores, filólogos, sociólogos, antropólogos y demás profesionales que coadyuven a la formación de un Código Civil peruano genuino que sirva de inspiración en su técnica y formulación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ECHAIZ MORENO, Daniel (2009). Análisis crítico de la Ley General de Sociedades a once años de su vigencia (tesis). Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima & Associazione di Studi Sociali Latinoamericani - ASSLA (1986). El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2009). Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas. Lima: Motivensa.

FERRI, Luigi (2004). Lecciones sobre el contrato (Nélvar Carreteros Torres, trad.) Lima: Grijley.

GHERSI, Carlos Alberto (2007). Contrato de seguro. Buenos Aires: Astrea.

HORNA TORRES, José (2001). *Introducción a la Sociología Jurídica*. Lima: Grijley.

LEÓN, Leysser (2004). *El sentido de la codificación civil*, Lima: Palestra.

MACLEAN, Roberto (1998, noviembre). «La eficiencia social de las leyes como elemento del desarrollo político y económico». *Revista Ius et Veritas*, n.º 17, pp. 8-19.

MESSINEO, Francesco (2007). *Doctrina general del contrato* (R. O. Fontanarrosa; S. Sentís Melendo, M. Volterra, trad.). Lima: ARA Editores.

MISARI ARGANDOÑA, Carlos (2013). *El compromiso de contratar y su acceso al Registro de Propiedad Inmueble* (tesis). Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, Lima.

MISARI TORPOCO, David (2011). *Latín jurídico*. Lima: Egacal.

ROPPO, Vincenzo (2009). *El contrato*. (Eugenia Ariano Deho, trad.). Lima: Gaceta Jurídica.

SOLÍS GÓZAR, Julio (2013, 8 de abril). «Construcción colectiva y multidisciplinaria del Derecho. A propósito de la sentencia del juez Malzon Urbina». *Derecho y Cambio Social* [revista en línea], n.º 32, Año X, pp. 1-5.

TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004). *Comentario al nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.

TOYOTA NAKAGAWA, Ernesto K. (1969). «El Derecho japonés en general». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 4, pp. 69-73.