

EL CONCEPTO DE CONTRATO CIVIL

Por: Alex R. Zambrano Torres

&

Sumario: I.- Etimología del término contrato; II.- El contrato según Francesco Messineo; III.- El contrato según Luis Díez-Picazo y Ponce de León; IV.- El contrato según Max Arias Schreibert Pezet; VI.- Obligaciones y el Contrato; VII.- El contenido de la institución del contrato; VIII.- Jurisprudencia y concordancias sobre contratos en general.

I.- ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO CONTRATO.-

El concepto¹ de contrato ha sido, como todo concepto, la definición, descripción y delimitación del contenido de la palabra o institución. El sonido o grafía se hace «sentido», y éste tiene primero un origen filológico, etimológico; así contrato viene de la palabra latina «contractus», que significaría «arrastrado, junto, reunido, acordado». La Real Academia de la Lengua Española (RAE) señala que el contrato es el “Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”, por lo que los elementos que lo componen serían: 1) pacto o convenio; 2) forma oral o escrita; 3) acto intersubjetivo, entre

¹ La palabra «concepto» ha sido utilizada con mayor trascendencia en el derecho por el filósofo del derecho británico Herbert Hart, en su obra: “The concept of law” (El concepto del Derecho), una obra que es considerada como clásica en el mundo del derecho.

personas; 4) mutua obligación sobre materia o cosa determinada; 5) carácter coactivo del cumplimiento. Por su parte, Luis Diez-Picazo y Ponce de León escribe: “Etimológica y jurídicamente el contrato es, sobre todas las cosas, un acuerdo espontáneo de voluntades, y donde no existe ese acuerdo, no puede hablarse de contrato” (Revista Themis, Nro. 49. Pontificia Universidad Católica del Perú).

Por su parte, Manuel Ossorio señala que el Contrato es el “Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (Dic.Acad.). En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Capitant lo define como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley”; definiciones donde se acentúa las siguientes características: 1) la voluntad de las partes contratantes declarada; 2) la creación de vínculos de obligaciones; 3) personas contratantes capaces; 4) prohibición de actos contrarios a la moral y las buenas costumbres; 5) igualdad de la obligación según ley.

II.- El contrato según Francesco Messineo,

Francesco Messineo, en su libro “Doctrina General del Contrato” apuntala una idea central sobre el contrato: la libertad o autonomía contractual; además explica que “La institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es, una propiedad) privada. / Si no se admitiese la riqueza (propiedad) privada, ésta no podría circular y el contrato carecería casi enteramente de función práctica (...). / Con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho, la piedra angular de la disciplina general del contrato.” (Francesco Messineo. Doctrina General del Contrato – Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. pág. 15).

Messineo sinonimia *contrato con propiedad privada*, y considera que el contrato es *un vehículo de circulación de la riqueza*, así el contrato no es la propiedad privada sino el «instrumento que puede contener la propiedad privada» pero además -esto lo obvia Messineo- puede ser la realización de un acto humano intersubjetivo cualquiera; entonces el Contrato se convierte en el recipiente que permite dar seguridad a los acuerdos entre las partes respecto de bienes y servicios humanos o materiales. Messineo insiste en su planteamiento y explica que el contrato es “un reconocimiento de la propiedad privada”, porque sino no tendría que pagar

una contraprestación, solo tomaría lo que desea y ya; pero al acordar la contraprestación, al pagar, al trasladar el bien o el servicio, está reconociendo la propiedad privada de un derecho, un objeto o un servicio. Todo esto significa también la expresión de la autonomía de la voluntad; así Messineo ve en el contrato el correlato entre Contrato, propiedad privada, libertad contractual, autonomía o autodeterminación, que se encuentran evidentemente entrelazados. Y concluye que la libertad contractual (como el centro del razonamiento del contrato) significaría: 1) “que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato; 2) que el contrato “debe ser el resultado del libre debate” entre las partes; 3) que “el contenido de contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad; 4) “facultad dejada a las partes, de derogar las normas dispositivas o supletorias puestas especialmente para los contratos nominados singulares y de sustituir a ellas un régimen diverso fijado por la voluntad de las partes, esto es, una disciplina distinta de la legal”, ((Francesco Messineo. Doctrina General del Contrato – Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. págs. 16 y 17).

Francesco Messineo es un autor clásico, nacido Cefalú, una ciudad de Palermo, la capital de Sicilia, en Italia. Palermo es también aquella considerada como la ciudad donde se inició el Crimen Organizado y el origen de la mafia, entre ellas la denominada “Cosa Nostra”. En contraposición a esta historia delictiva, en Palermo se llevó también a cabo, en el año 2000, la Convención de las Naciones para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, llamada “Convención de

Palermo. Messineo, nació un 13 de mayo y fue docente universitario y magistrado del Poder Judicial, fiscal, y escribió las obras: “Doctrina General del Contrato”, “Manual de Derecho Civil y Comercial”.

III.- El contrato según Luis Diez-Picazo y Ponce de León.-

El profesor y magistrado del Tribunal Constitucional español, Luis Diez-Picazo y Ponce de León escribe un artículo en el que sintetiza su idea de contrato y lo titula: “Contrato y libertad contractual” (publicado en la revista Themis, Nro. 49. Pontificia Universidad Católica del Perú), y en la cual señala que el contrato “es el cause a través del cual se realiza la función económica básica de intercambio y de distribución de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y grupos sociales” (exactamente igual que Messineo), y que estas ha aparecido después de “desaparecidas las formas de servidumbre o de esclavitud”, agregando que es: 1) “una previsión del futuro que hacen los contratantes”; 2) que se realiza en uso de la libertad, iniciativa y autonomía de los contratantes; 3) que es un puente hacia el futuro que los mismos contratantes se han creado a través de sus propias reglas. Luis Diez-Picazo y Ponce de León concluye definiendo luego al contrato como: 1) uso autonomía privada para la función económica de intercambio; 2) fuente de creación del máximo beneficio; 3) desarrollo de la libertad contractual, 4) Reserva de una zona restringida de la autonomía de la voluntad, donde el Estado solo tiene que dejar hacer; 5) desarrollo de una estructura contractual para autoreglamentar las propias relaciones; 6) reconocimiento de las relaciones y acuerdos

contractuales como vinculantes jurídicamente; 7) Contrato y propiedad; 8) el puesto central del contrato; 9) las transformaciones de la dogmática contractual; 10) la nueva expansión de la libertad contractual; entre otros.

Luis Diez-Picazo llega a formularse: “(...) surgen preguntas inquietantes. ¿Cuál es el futuro del contrato? ¿Se trata de una reserva de caza, según las palabras de De Castro o de un campo en el que el Estado renuncia a entrometerse según la expresión de Raiser? ¿Cómo se explica que se atribuya fuerza de ley a los contratos y se entregue a los contratantes la tutela jurisdiccional? Y si el Estado tiene algo que decir, porque así lo exigen los valores fundamentales del ordenamiento –como dice Raiser– o la justicia y la moral –como decía De Castro–, ¿a quién debe entregarse el poder de intervención para definir los valores fundamentales o las ideas sobre la justicia y la moral si es que hay que hacerlo?”; preguntas que no tienen respuesta en el futuro sino en el presente, porque siendo el contrato una pretensión del futuro (el futuro se encuentra como una parte en cada uno de nosotros, porque de no existir al día siguiente este futuro no existe; así, el futuro es nuestra proyección existencial y no una existencia real, sino solo proyectiva). Queda claro que derecho privado y derecho público quedan definitivamente determinados en áreas distintas, diferentes, que pueden cruzarse solo en caso de necesidad justificada pero que la regla máxima es la libertad civil, privada, autónoma de los contratantes. El Estado no es que renuncia a no entrometerse sino que no existe en ese campo, porque el Estado es una formación social, siendo el individuo quién la forma, por

el contrato el Estado deja de existir sino hasta que los mismos contratantes lo requieran e invoquen.

Y por último Luis Diez-Picazo nos aclara: ““Con la Revolución Francesa y con el advenimiento de los códigos civiles, la libertad contractual fue, en el estricto sentido de la palabra, una libertad. Como señala el autor citado, la libertad contractual significó ante todo la abolición de los vínculos que ataban al individuo a los grupos y a las corporaciones o a las relaciones de status, recordando la vieja fórmula o ley de Maine, según la cual el entero proceso de desarrollo de las sociedades humanas se puede describir como un proceso del status al contrato. Fórmula con la que se quería expresar la idea de que mientras en las sociedades antiguas las relaciones entre los hombres venían determinadas, en amplia medida, por la pertenencia de cada persona a un orden o grupo y por la posición ocupada por éstos, en las sociedades modernas, según Maine, las relaciones tienden a ser el fruto de la libre elección de los interesados, de su iniciativa individual y de su autonomía. / Libertad contractual significa, por consiguiente, liberación de los vínculos que en la sociedad antigua –dice Roppo– convierten al individuo en prisionero de una red de incapacidades legales que impiden la plena expansión de su iniciativa y de su potencialidad productiva y configuran una ordenación económico social cerrada y escasamente dinámica. / Libertad contractual significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la

fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad”. (Luis Diez-Picazo y Ponce de León. “Contrato y libertad contractual”. Revista de Derecho Themis, Nro. 49. Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Diez-Picazo y Ponce de León es autor de una de las obras más suculentas del Derecho: “Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho”; el título entrelazaba dos áreas que siempre se han visto como diferentes y hasta opuestas: «experiencia» y «teoría». Su área de investigación fue el Derecho Civil escribiendo autónomamente y hasta en compañía intelectual con Antonio Gullón, sobre el Sistema de Derecho Civil. Nació en la Madrid de España y fue docente universitario y magistrado del Tribunal Constitucional (de allí parece ser su apología a la teoría y a la experiencia del derecho civil), escribió “Los principios del Derecho europeo de contratos”, “Memorias de pleitos”, cuatro volúmenes de su obra “Sistema de Derecho Civil” su extraordinaria obra “Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho”. En el Perú tuvo participación como integrante de número de la Academia de Derecho de Perú, docente honorario de la Universidad de San Agustín de Arequipa, Universidad de Lima y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

IV.- EL CONTRATO SEGÚN MAX ARIAS SCHREIBERT PEZET.-

Max Arias Schreibert Pezet afirma que “En términos generales, el contrato es el acuerdo entre dos o más

partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones con contenido patrimonial y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia.”. Agrega: “Además, al lado de su enorme proyección económica, tenemos que considerar el papel civilizador que cumple dentro de la sociedad y su indiscutible contenido ético, en la medida de que su respeto constituye una demostración de seriedad y buena fe.” (Max Arias Schreiber Pezet. Exégis del Código Civil de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General. Ediciones San Jerónimo. Págs. 13 y 14).

De dicho concepto se desprenden sus elementos: 1) acuerdo; 2) intersubjetividad o plurilateral de personas; 3) objeto de interés jurídico; 4) finalidad obligacional; 5) contenido patrimonial; 6) Proyección económica; 7) papel civilizador; 8) contenido ético; 9) expresión de la buena fe.

El acuerdo tiene que ir necesariamente como una facultad de la libertad de la voluntad, esto quiere decir, que un acuerdo no puede ser tal si es que es sometimiento a la voluntad del otro, pero, ¿cómo se puede medir aquello?, pues es imposible, porque en realidad en un acuerdo siempre hay sometimiento de voluntades, una en proporción mayor a la otra. Y esto no se mide por la percepción de cada parte (uno piensa que ha ganado más y el otro piensa lo mismo) sino que solo puede ser acometido objetivamente si es que se separan las ventajas de las desventajas que han logrado las partes. Eso no se dará porque las transacciones, los acuerdos son muy rápidos y porque hacer esas

diferenciaciones es un proceso complejo, que significaría mucho más tiempo, que las partes contratantes no están de acuerdo en ceder; así relegan el análisis para el hecho: contratar. Un acuerdo no es un equilibrio de voluntades sino una resignación y aceptación de los hechos o propuestas. La igual no es entonces de voluntades sino de posibilidades de elegir su mi voluntad se resigna o se anima y acepta un hecho o propuesta. Existe ganancia en el acuerdo, pero no ganancia necesariamente total, sino parcial. Un acuerdo es la aceptación del pacto, pero eso no quiere decir que ambas partes ganen económicamente, sino que dadas los balances cada parte cree en la necesidad de pactar y, el pacto no es coactivo sino obligacional, es decir: aceptado por las partes como deber y derecho.

La intersubjetiva o plurilateralidad de las personas es consustancial al propio derecho, puesto que ya explicaba Edgar Bodenheimer, en su libro "Teoría del Derecho", el derecho solo existe si existen dos o más personas, antes puede ser idea pero no existe sino en la relación, y ésta última es intersubjetiva, entre personas. Un contrato es así también intersubjetiva, entre personas, pero cabe aclarar que en un estado de derecho la intersubjetividad está acompañada o garantizada por un ente superior que lo regula en caso no se puede autorregular en su ejecución por las partes, este ente superior es el Estado y su potestad de administrar justicia, es, al decir de Ulpiano, *darle a cada cual lo que le corresponde* según lo pactado en el contrato. La intersubjetividad, que el contrato sea entre personas es más un sistema de seguridad, porque se trata de que las personas contratantes tengan la misma

capacidad o capacidad suficiente y legal para contratar. Esta idea, afirma que la persona solo se puede relacionar, y contratar, con otra persona y entonces en un contrato no se trata del objeto patrimonial, sino de la relación entre dos o más personas, porque solo se pueden relacionar objetos, factores, elementos con la misma condición o categoría, así las personas solo se relacionan con personas. Esta idea se nota más en el debate existente en la doctrina respecto a si el Derecho Civil es patrimonialista o no; asimismo, la noción de las equivalencias o misma categoría que solo pueden tener la persona con otra persona la podemos encontrar en los textos de Alfredo Bullard: “La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones” y “Análisis económico del Derecho”.

El contrato debe tener un objeto de interés jurídico, que significa el revestimiento de seguridad y garantía de estar pactando dentro de un orden legal, posible, no perjudicial, legítimo y dentro de un sistema o estado de derecho. El interés, aquel motivo de la conducta, del acuerdo o pacto en el contrato tiene que someterse al marco del derecho. Luis Diez-Picazo escribe que para que algo sea jurídico es necesario que exista una necesidad social de solución. Esto significa que aquello afecte socialmente a los demás y por lo tanto se tiene que solucionar porque su existencia y efectos de su existencia no están en el ámbito de lo privado sino que sale al exterior, a la sociedad en general. De esta forma, el interés jurídico es garantía de no lesividad, garantía de licitud.

La finalidad obligacional se refiere más bien a la institución jurídica que nace del pacto o contrato por las cuales las partes se obligan mutuamente a respetar, es decir, el contrato no es de libre cumplimiento sino de obligatorio cumplimiento, y por obligatorio se entiende que existen mecanismos que aseguran dicho cumplimiento. El cumplimiento debería ser automático, pero cuando este no es realizado las partes tienen la facultad de activar los mecanismos para su cumplimiento o resolución, a través de lo acordado o a falta de ello, a través de lo establecido en la ley, el Código Civil, el Código Procesal Civil, etc. El principio de obligatoriedad por la cual “los contratos son obligatorios y hay que cumplirlos”, así como el principio de seguridad jurídica que enmarca el anterior principio, están para darle al contrato veracidad, eficacia y seguridad. Asimismo, según Federico Arnau Moya, la *obligación* etimológicamente provendría del latín *obligatio*, que a su vez vendría de *obligare*, que significa ligar, atar, sujeción física, moral; además, “En la primera etapa del Derecho romano el deudor comprometía su propio cuerpo y este era el objeto de la obligación, puesto que el acreedor podía apoderarse de él y venderlo como esclavo. Con el tiempo la obligación recaería sobre el patrimonio y no sobre la persona del deudor, de modo que la originaria responsabilidad personal se transformaría en responsabilidad patrimonial (Borda, 1994).” (Federico Arnau Moya. Lecciones de Derecho Civil II – Obligaciones y Contratos. Editorial Universitat Jaume. Pág. 19). Por su parte, Mario Castillo Freyre, escribe que “La obligación es un vínculo jurídico abstracto en virtud del cual una parte, denominada deudor, se compromete a ejecutar una

prestación de contenido patrimonial en favor de otra, denominada acreedor, pudiendo esta última exigir su cumplimiento o, en su defecto, la indemnización que corresponda”, agregando que de aquí se desprenden sus elementos, a ser: 1) los sujetos; 2) el objeto; 3) el contenido patrimonial; 4) la exigibilidad; 5) (Mario Castillo Freyre. Derecho de las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 19). Así también, el Código Civil (1984) prescribe respecto de las obligaciones en el artículo 1132 y siguientes y las clasifica como: 1) obligaciones de dar (Art. 1132); 2) obligaciones de hacer (Art. 1148); 3) obligaciones de no hacer (Art. 1158); 4) obligaciones alternativas (Art. 1161); 5) obligaciones facultativas (Art. 1168); 6) obligaciones divisibles (Art. 1172); 7) obligaciones indivisibles (Art. 1175); 8) obligaciones mancomunadas (Art. 1182); 9) obligaciones solidarias (Art. 1183). Así también regula el Reconocimiento de las obligaciones (Art. 1205), Transmisión de las obligaciones: Cesión de derechos (Art. 1206), Efectos de las obligaciones (Art. 1218), etc.

Respecto al contenido patrimonial del contrato, debemos partir del concepto que da la Real Academia de la Lengua Española (RAE), quien señala que la palabra *patrimonio* proviene del latín *patrimonium*; y es el “Conjunto de los bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título”, “Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”; por lo que el patrimonio serían: a) los bienes (una casa, un auto, acciones, etc.; b) los derechos (el derecho de autor, de marca, de patente, etc.). Por su parte Carlos

Manuel Diez Soto, señala que el patrimonio es “un conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico (tanto activas –bienes y derechos- como pasivas –deberes y obligaciones-) que son objeto de una consideración unitaria por parte del ordenamiento.”, y que pueden existir diversas clases de patrimonio como: 1) patrimonio personal; 2) patrimonios separados; 3) patrimonios colectivos; 4) patrimonios de destino; agregando Diez Soto que las características del patrimonio son: a) dimensión estrictamente económica; b) carácter instrumental; c) legalidad; d) autonomía; e) unidad o identidad (Carlos Manuel Diez Soto. Lecciones de Introducción al Derecho Patrimonial. Ediciones Crai. 2017. Pág. 40). Dicho lo anterior el *contenido patrimonial del contrato* se refiere a identificar y extinguir cualquier posibilidad de confundir el objeto de la relación contractual, para dejarlo solo dentro del marco de lo patrimonial como objeto de transmisión, acuerdo y contrato; así no se podría abusar del derecho de contratar y por ejemplo pactar sobre materia que afecte al cuerpo o la salud del individuo; sin embargo, aquella noción que excluyó, por ejemplo, la compra venta de esclavos, entre otros fenómenos, en la actualidad ha sido superada por la transmisión por contrato de órganos donados, cedidos o vendidos para materia de salud y vida. Sin embargo, cabe aclarar que en el Código Civil de 1984 se regula los actos de disposición del propio cuerpo (Art. 6 CC) prohibiendo los mismos cuando disminuyan permanentemente la integridad física o sean contrarias al orden público o las buenas costumbres, pero son permitidas si responden a un *estado de necesidad*, de orden médico o quirúrgico, humanitario y la donación de dichos órganos también es

permitida en estos casos, pero existe un requisito esencial: que no se persiga fines de lucro (Art. 8 CC). Al respecto se prescribió la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, mediante Ley N° 28189.

Respecto a la proyección económica del contrato es obvio que estas no solo tienen contenido patrimonial sino que tienen una proyección a futuro de economía, siendo que a la misma vez el contrato es un instrumento civilizador, porque se obtienen bienes, servicios o derechos por medio del acuerdo de dos o más partes en contraposición a hacerlo por la fuerza; por lo que este esfuerzo representa también la expresión ética de las voluntades personales que pactan o contratan, porque estas se comprometen primariamente por la fuerza que les da su convencimiento en la necesidad de que les favorece y tienen que tener buena fe que este contrato se va a cumplir.

El contrato muestra su lado civilizador, pero además también extrae el carácter legislador de la persona, porque es el individuo quien hace las reglas del contrato y estipula cómo se van a cumplir, cuál es el monto, cual el objetivo, y hasta cuales pueden ser las penalidades. La persona se convierte en un verdadero legislador, que ejerce dicha facultad solo como producto de vivir en una sociedad o estado de derecho. Esto no es cosa banal, puesto que decidir cómo voy a contratar, inventando mis propias reglas (sin romper o incurrir en ilegalidades o prohibiciones específicas) es la mejor forma de desarrollar la personalidad, o como diría Carlos

Fernández Sessarego, el carácter proyectivo de la persona.

Por último, en esta sección, cabría indicar que Max Arias Schreiber Pezet fue un abogado peruano, nacido en Lima, hijo de un médico y terminó sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, redactó su tesis para bachillerato denominada: “Los Derechos Reales en el Código Civil de 1936” y se doctoró en Derecho en 1962, su mayor obra se titula: “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”, además publicó: “Los Contratos Modernos”, “Luces y sombras del Código Civil”, “La Compra-Venta”, entre otras obras. Fue miembro fundados de la Comisión de revisión y estudio del Código Civil de 1936 para elaborar el Código Civil de 1984, fue también consejal municipal, director del Banco Central de Reserva del Perú, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Ministro de Justicia, Embajador.

V.- OBLIGACIONES Y EL CONTRATO.-

Todo contrato contiene dentro de si obligaciones.

a) Concepto de Obligaciones.-

Rubio correa, dando un concepto de obligaciones señala que se entiende que *“La obligación es una relación de dos o más personas dentro de la cual una (el deudor) debe algo a otra (un acreedor). En toda relación obligacional el deudor tiene una deuda y el acreedor un crédito. Lo que se debe, es decir, el objeto de la obligación, se denomina prestación.”* (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 53).

Las obligaciones como institución jurídica positivizada se encuentran en el artículo 1132 y siguientes.

b) Nacimiento de las obligaciones.-

Asimismo, respecto al nacimiento de las obligaciones, ésta se puede dar por: 1) Por expresión de la voluntad, que son los contratos que las partes realizan entre sí, o las promesas unilaterales—expresa Marcial Rubio; 2) Por mandato de la ley, “Como la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad extracontractual por daños”, señala Marcial Rubio.

c) Clasificación de las obligaciones.-

Las obligaciones, se clasifican:

1) Obligaciones de Dar, hacer o no hacer.-

Según a la prestación de que se trata, son de tres tipos:

a) Obligaciones de Dar; b) Obligaciones de Hacer; c) Obligaciones de No hacer.

En el Código Civil las obligaciones se ubican: 1) obligaciones de dar, en los artículos 1132 y siguientes; 2) obligaciones de hacer, en los artículos 1148 y siguientes; 3) obligaciones de no hacer, en los artículos 1158 y siguientes.

2) Obligaciones de Alternativas o Facultativas.-

Según la manera de cumplir el deudor con el acreedor se clasifican: a) obligaciones alternativas y facultativas: “Se trata de obligaciones en el que el deudor está obligado a dos o más obligaciones, pero “queda liberado cumpliendo sólo una de ellas.” – Según Rubio Correa).

Obligaciones Alternativas

“Se producen cuando el obligado a dos o más de ellas, cumple con su obligación pagando sólo una de las deudas”². El adjetivo “alternativas”, señala la condición de elegir entre una u otra obligación.

Se trata de aquella condición en la cual el deudor tiene varias deudas, pero solo necesita cumplir una para cancelar la obligación; esto quiere decir que el deudor está obligado a cumplir una de las tantas deudas que tiene.

En el Código Civil las obligaciones alternativas se encuentran reguladas como “Prestaciones alternativas”, en el siguiente precepto: “**Artículo 1161.**- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas”.

Obligaciones Facultativas

“Son aquellas en las que una obligación es principal y la otra accesoria, de tal manera que si la obligación principal no se cumple, no hay obligación de cumplir la accesoria.”³. Rubio explica: “Ejemplo, viaje en avión. Si el pasajero no viaja la empresa no está obligada a llevar el equipaje.: “El transporte del pasajero es la obligación principal, y el transporte de las maletas es la obligación accesoria.”.

² RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 54.

³ RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 54.

3) Obligaciones divisibles e indivisibles.-

Clasificación de las obligaciones en Divisibles e Indivisible: Se trata en los casos en que existen varios acreedores o deudores:

a) Obligaciones Divisibles:

“Las obligaciones *divisibles* son aquellas susceptibles de cumplimientos parciales y en ellas, (...) cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda.”⁴;

b) Obligaciones Indivisibles:

“La obligación *indivisible*, (...), es aquella que no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial, bien porque lo manda la ley, bien por la naturaleza de la presentación, bien por el modo en que fue considerada la obligación al constituirse. Según el artículo 1176, cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible, y el deudor quedará liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.”⁵

4) Obligaciones mancomunadas y solidarias.-

Las obligaciones pueden también ser clasificadas en 1) Obligaciones mancomunadas y solidarias, “Es desde la

⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 55.

⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 55.

obligación de cancelar todo o parte de la deuda cuando son varios , o a cobrar el íntegro o solo parte del crédito”; **1.- Obligaciones mancomunadas:** “La Obligación *mancomunada* es aquella en la cual cada uno de varios deudores sólo está obligado a una parte determinada de la obligación y, por consiguiente, no se le puede cobrar toda ella; también lo es esa obligación en la cual cada uno de varios acreedores sólo puede cobrar su cuota del crédito y no todo él.”⁶ ; **2.- Obligación solidaria:** “Es aquella en la que cada uno de los varios deudores está obligado por el íntegro de la deuda; o en el que cada uno de los varios acreedores puede cobrar el íntegro del crédito.”⁷.

VI.- EL CONCEPTO DE CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.-

Ahora bien, de acuerdo con el ordenamiento jurídico civil peruano el contrato se encuentra regulado en el artículo 1351 del Código Civil, que taxativamente prescribe: “Noción de contrato.- Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. De donde se desprenden los siguientes elementos: a) Acuerdo entre dos o más partes; b) Regulación de una relación jurídica patrimonial. Por la primera se entiende que el acuerdo es la expresión de la “voluntad” para realizar un determinado acto; pero esta voluntad debe estar “concordada” con la voluntad del otro u otros contratantes. Es decir, las partes

⁶ RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 56.

⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 56.

contratantes deben expresar indudablemente su “voluntad” para realizar un determinado acuerdo, para someterse a derechos y obligaciones uno respecto del otro u otros. La voluntad en este caso es el asentimiento de las partes. La voluntad es el elemento que legitima, da validez a la relación que se está formando. Por la voluntad se crea una “relación intersubjetiva”, que antes de esta no está, no existía. A esta voluntad que acepta, se le denomina “consentimiento”, o “aceptación”, de obligarse mutuamente. Sin embargo, la voluntad mutua no es suficiente para que algo sea un contrato, sino que este tiene que ser legal, lícito, es decir, el “objeto del contrato” tiene que ser definido previamente por el consentimiento y voluntad de las partes a contratar, y este objeto contractual debe ser algo lícito. El contrato es aquel acto por el cual dos o más partes se ponen de acuerdo a través de su voluntad, dan el consentimiento a través de electivos medios, como la palabra, un documento escrito, creando con ello una relación -algo que relaciona a las partes-, que son derechos y obligaciones distintas de las personales y sólo existentes por medio de esa condición de “relación”; esta relación es respecto de un determinado objeto patrimonial. El contrato no puede pactar disposición de derechos indisponibles (como la vida, la salud, la renuncia al trabajo, la renuncia a ciertos cargos políticos, etc.).

Según Marcial Rubio Correa, citando el Código Civil (1984) precisa: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, entonces, “Lo que define al contrato, por consiguiente, son dos cosas: a) El ser un

acuerdo entre dos o más partes y, b) El referirse a obligaciones dentro de una relación jurídica patrimonial, creándolas, regulándolas, modificándolas o extinguiéndolas”; de esta forma “Para ser válidos y exigibles, los contratos tienen que estar perfeccionados, es decir, totalmente concluidos y con sus formalidades debidamente llenadas. Dos normas son importantes al respecto: 1) No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria (..); 2) Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. Asimismo pueden existir ciertos impedimentos para la contratación; como 1.— Impedimentos convencionales, 2.— Impedimentos legales. (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 49).

VII.- EL CONTENIDO DE LA INSTITUCION DEL CONTRATO.-

Marcial Rubio Correa escribe un pequeño libro titulado “Derecho Civil”, en el cual presenta resumidamente esta disciplina, y en la parte de los contratos explica respecto a los contratos consensuales, que sería: ““Los contratos que se perfeccionan por el consentimiento de las partes se llaman *consensuales*. Otros Requieren figurar por escrito, o por escritura pública, o que se cumpla alguna formalidad adicional para que lleguen a tener validez.”⁸. Asimismo, se clasifica a las etapas de la celebración de los contratos en a) oferta; b) aceptación; se explica sobre los contratos de adhesión, describiendo que en

⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 49, 50.

estos últimos hay “cláusulas generales de contratación”, que resguarda los derechos de los contratantes adheridos. Se explica también cuáles son los elementos de la definición del contrato, aduciendo que son: 1) Acuerdo de dos o más partes; 2) Partes o personas físicas o naturales; 3) Consecuencias jurídicas.

Además, se enuncia las clases de contratos: 1.- Contratos nominados: a) Compra-Venta; b) Permuta; c) Suministro; d) Donación; e) El Mutuo; f) El Hospedaje; g) El Comodato o Préstamo de Uso; h) Contratos de Prestación de Servicios; i) Locación de Servicios, j) Contrato de Obra; k) Mandato; l) Depósito; m) Secuestro; n) La Fianza; ñ) El Arrendamiento. 2.- Contratos innominados: a) Leasing; b) Factura Conformada; c) Otros. Siendo que por su parte Manuel Miranda Canales reseña su propia clasificación de contratos: 1.- Contratos con prestaciones correlativas o recíprocas y contratos con prestaciones unilaterales: a) Contratos con prestaciones recíprocas; b) Contratos con prestaciones unilaterales; c) Contratos sinalagmáticos o bilaterales imperfectos; 2.- Contratos principales y accesorios; 3.- Contratos onerosos y gratuitos; 4.- Contratos aleatorios y conmutativos; 5.- Contratos Reales, Solemnes y Consensuales: a) Contratos Reales; b) Contratos Solemnes; c) Contratos Consensuales; 6.- Contratos Constitutivos, Modificativos y Liquidativos; 7.- Contratos de traslación de dominio; 8.- Contratos de ejecución única, escalonada y periódica; 9.- Contratos individuales y colectivos; 10.- Contratos de libre discusión y de adhesión.

La doctrina también define los elementos del contrato para que sean válidos, que serían los siguientes: 1.- Elementos esenciales, para la validez del contrato: a) La capacidad; b) El consentimiento; 2.- Elementos Naturales; 3.- Elementos Accidentales.

Respecto a las formas de contratación se establece que estas son: 1.- Consensuales; 2.- Reales; 3.- Literales: a) Literales Ad solemnitatem; b) Literales Ad Probationem.

Asimismo, se reseña los impedimentos para la contratación, que serían: 1.- Impedimentos convencionales; 2.- Impedimentos legales.

Se reseñan los efectos de los contratos, y, por último, se definen lo correspondiente a la extinción del contrato: 1.- Extinción por causas naturales; 2.- Extinción por causas violentas: a) Extinción por Rescisión (vicio existente); b) Extinción del Contrato por Resolución (vicio sobreviniente al contrato).

VIII.- JURISPRUDENCIA Y CONCORDANCIAS SOBRE CONTRATOS EN GENERAL.-

De acuerdo con la obra publicada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, denominada: “Decreto Legislativo N° 295 Código Civil”, Décimo sexta edición oficial, pág.477, se inserta como concordancia la siguiente jurisprudencia:

1) Sentencia recaída en el Expediente N° 07320-2005-AA/TC, de fecha 23 de febrero de 2006, del Tribunal

Constitucional. (Fj. 47) (Autonomía privada - Derecho a la libre contratación);

2) Sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, del Tribunal Constitucional. (Fj. 2.1.3.5) (Autonomía privada - Negocio jurídico- Contrato);

3) Sentencia recaída en el Expediente N° 2185-2002-AA/TC, de fecha 4 de agosto de 2004, del Tribunal Constitucional. (Fj. 1 y 2) (Doble contenido de la autonomía privada: libertad de conclusión y libertad de configuración interna);

4) Sentencia recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC, de fecha 30 de enero de 2004, del Tribunal Constitucional. (Fj. 3d) (Límite a la autonomía privada);

5) Sentencia recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, de fecha 24 de marzo de 2004, del Tribunal Constitucional. (Fj. 21 y 22) (Relaciones de asimetría e igualdad en las cláusulas generales de contratación y el efecto horizontal de los derechos fundamentales);

6) Sentencia recaída en el Expediente N° 02049-2007-PA/TC, de fecha 14 de octubre de 2008, del Tribunal Constitucional. (Fj. 3) (Efecto horizontal de los derechos fundamentales);

7) Casación N° 1675-2007-LIMA, del 26 de junio de 2007, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerando 7) (Principio de buena fe);

8) Acuerdo Plenario del Tribunal Registral, en el LXXXIII Pleno, del 2 de febrero de 2012 (En los títulos relativos a escrituras públicas otorgadas por el juez en rebeldía del obligado no será necesario insertar el contrato privado que motivó el respectivo proceso judicial de otorgamiento de escritura pública, cuando la minuta firmada por el juez contenga los elementos esenciales del acto [negocio] jurídico);

9) Casación N° 2118-2005-CONO NORTE DE LIMA, del 21 de noviembre de 2006, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 y 6) (Interpretación de los contratos);

10) Casación N° 2875-2012-UCAYALI, del 19 de julio de 2013, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 8 al 10 y 13) (Finalidad y clases de interpretación de los contratos – Promesa de venta);

11) Resolución N° 0216-2014/SPC-INDECOPI, de fecha 27 de enero de 2014, de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (Punto 11 al 13) (No es cláusula abusiva la que faculta a una empresa inmobiliaria a no devolver monto por separación de departamento);

12) Casación N° 4600-2006-LIMA, del 10 de julio de 2007, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerando 3) (Cesión de

posición contractual alcanza a garantías siempre que ello se haya pactado expresamente);

13) Casación N° 4573-2013-JUNIN, del 2 de diciembre de 2013, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 8 al 12, 16 y 17) (Diferencia entre cesión de posición contractual y transmisión de empresa por reorganización simple);

14) Casación N° 1894-2006-LIMA, del 6 de diciembre de 2006, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 y 6) (Cuota inicial no puede reputarse como arras confirmatorias)

15) Casación N° 5566-2007-LIMA, del 26 de noviembre de 2008, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 9, 10 y 12 al 14) (Excepción de incumplimiento);

16) Casación N° 1131-2007-LIMA, del 31 de mayo de 2007, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 al 7) (Diferencia entre cláusula resolutoria expresa y condición resolutoria);

17) Casación N° 1896-2003-LIMA, del 13 de abril de 2004, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 8 y 9) (Efectos de la resolución);

18) Casación N° 1609-2007-LIMA, del 5 de julio de 2002, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema

de Justicia de la República. (Considerandos 8 y 9) (Efectos de la resolución);

19) Casación N° 3752-2002-LIMA, del 23 de mayo de 2003, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerando 3) (Saneamiento por evicción);

20) Casación N° 3528-2007-LIMA, del 1 de setiembre de 2008, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 al 7) (No se exige que el ejercicio de la acción de rescisión por lesión sea hecha por un acreedor que tenga deuda judicialmente reconocida a su favor respecto de su deudor);

21) Casación N° 4216-2007-LIMA, del 24 de noviembre de 2008, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5, 6 y 8) (Por el principio del consensualismo, para exigir el cumplimiento o resolución del contrato no se requiere que conste en documento);

22) Casación N° 3473-2009-LIMA, del 23 de marzo de 2010, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 10 y 11) (Diferencias entre rescisión y anulabilidad);

23) Casación N° 250-2010-LIMA, del 26 de noviembre de 2010, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 al 7) (Cláusula resolutoria expresa);

24) Casación N° 210-2007-SANTA, del 22 de agosto de 2007, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 al 9) (Formas de resolución del contrato por incumplimiento);

25) Casación N° 2634-2011-LIMA, del 28 de mayo de 2012, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 7 y 8) (Resolución por cláusula resolutoria expresa conlleva a que el comprador sea poseedor precario);

26) Casación N° 3332-2006-LIMA, del 16 de mayo de 2007, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 7 al 9) (Responsabilidad precontractual);

27) Casación N° 3333-2006-ICA, del 26 de octubre de 2006, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerandos 5 al 9) (Es imprescriptible el derecho de exigir otorgamiento de escritura pública);

28) Casación N° 2985-2010-LIMA, del 14 de agosto de 2012, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Considerando 6) (Requisitos para la resolución por intimación).