

de comerciantes, protectores y justicieros:  
algunos comentarios al

# CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

**EDUARDO BENAVIDES TORRES**

Abogado. Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Lima  
Pontificia Universidad Católica del Perú

*A mis Ex-Alumnos del curso  
de Contratos II, Ciclo 89-I,  
en la Universidad de Lima,  
por su aliento y amistad.*

## I. UNAS PALABRAS PREVIAS

La noticia del relanzamiento de "Advocatus" es una excelente buena nueva para la comunidad jurídica. En su primera etapa, Advocatus dejó profunda huella y congregó en torno a la Revista a un tan empeñoso como prometedor grupo de estudiantes que animaron notablemente la escena académica de fines de los ochenta y comienzos de los noventa.

Para mí es un doble motivo de satisfacción poder colaborar con la primera entrega de la revista en su segunda etapa. La primera etapa de Advocatus coincidió con mi ingreso a la docencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, allá por 1988. Guardo un recuerdo imborrable de aquellos primeros años y aunque muchas son las promociones con las que he compartido una relación de preocupaciones comunes, investigación, debate intenso y amistad, me he permitido dedicar este artículo a mis antiguos alumnos del curso de Contratos Típicos en el primer semestre de 1989, promoción con la cual compartimos intensas jornadas de discusiones académicas, dentro y fuera de las aulas, momentos de tertulia y confraternidad y una amistad que se mantiene al paso de los años. Ese gru-

po ha efectuado además notables aportes al mundo del Derecho: muchos son brillantes profesionales de destacada trayectoria, profesores que prestigian a varias de nuestras Facultades de Derecho, investigadores que han sido honrados con becas de postgrado, etc.

Aquel antiguo grupo de inquietos y revoltosos muchachos tiene una buena dosis de responsabilidad en este artículo. Recuerdo que uno de los primeros temas que traté en clase con mis alumnos de aquella promoción fue el del Suministro. Para mi sorpresa, lo que había previsto sería tema de una clase se convirtió en intensa materia de discusión durante semanas. Con ese audaz e incisivo sentido crítico que la Universidad de Lima fomentaba en sus estudiantes, los alumnos no se contentaron con una visión panorámica del tema y, por el contrario, me exigieron profundizar en el análisis de los artículos del Código. A partir de ese momento y en los ciclos siguientes, el suministro se volvió uno de los temas populares en las clases del curso de Contratos II hasta que, hace unos años, la reforma curricular consideró que este contrato debía ser tratado, mas bien, en un curso posterior, el curso de Contratos Mercantiles y Bancarios.

Adicionalmente, la gentil invitación del Comité Editor de "Advocatus" me permite saldar una vieja deuda. Durante la primera etapa de la Revista, fui invitado en repetidas oportunidades por mis ex-alumnos, y por entonces responsables de la publicación, Adrián Simons y Renzo Chiri, a preparar y enviarles un artículo sobre algún tema contractual para su publicación. A pesar de repetidas promesas, firmes propósitos y anuncios de una pronta entrega de un artículo para el próximo número, la deuda quedó por muchos años impaga. La generosidad y paciencia de los miembros de "Advocatus" me ha permitido pues, aunque con pequeñísimo retraso, saldar dicha deuda y curar mi mora.

## 2. PROBLEMÁTICA DEL SUMINISTRO

Uno se preguntará el por qué pudiera haber tanto debate sobre esta figura. Ciertamente, no creemos que el problema venga planteado por el lado de si el suministro debe estar o no regulado. El Código Civil Peruano de 1984 ha regulado de manera amplia el Contrato de Suministro y consideramos que ello es un acierto. Aún cuando son pocos los Códigos Civiles modernos que han recogido este contrato - aquellos sistemas que le han dado tratamiento legal (Colombia, Guatemala, Honduras, El Salvador,...) lo han hecho casi siempre mas bien en el Código de Comercio - nuestro Código ha seguido en esta materia el ejemplo del Código Civil Italiano, haciendo justicia a una relación jurídica que por su trascendencia, utilidad y relevancia ameritaba tener un tratamiento particular en nuestra legislación contractual.

Lejos están los días en que se catalogaba al suministro apenas como una variedad de la compra-venta, considerándose que en las entregas periódicas del suministrante había apenas una modalidad pactada, el plazo, que no modificaba la naturaleza jurídica del contrato de compra-venta. Su partida de autonomía en el derecho contractual no está hoy en día en discusión pues queda claro que el factor tiempo del que se nutre la relación creada por el suministro no es un factor añadido, accidental, no es una modalidad agregada al contrato sin variar su sustancia, sino que es un elemento esencial del contrato, vivificante. El desenvolvimiento de la ejecución a través del tiempo es lo que le da sentido al vínculo obligacional y lo que contribuye a la satisfacción de la finalidad contractual.

Al darse acogida al suministro en el Código Civil Peruano, se ha reconocido también que estamos ante un contrato que cumple una importantísima función económica y social, que es utilizado recurrentemente

en el campo comercial y que los particulares -sobre todo las empresas- requieren encontrar en nuestro ordenamiento contractual reglas que les faciliten el establecimiento de relaciones de suministro tan seguras como flexibles.

Consideramos, en cambio, que la problemática se presenta en el tratamiento legal que, con muy buena intención, nuestro Código Civil ha dispensado al que podríamos catalogar como el más mercantil de entre todos los contratos que nuestro Código ha regulado. Dicho tratamiento, como veremos en las siguientes líneas, lejos de posibilitar lo que había sido objetivo del legislador, alentar la creación de relaciones de suministro, ha oscurecido los contornos de la institución y dificultado su aplicación y libre desarrollo.

Tanto es esto así que cuando, durante 1997, con ocasión de los trabajos de la Comisión de Reforma del Código Civil, se realizó la primera reunión de la Sub-Comisión, de Contratos Especiales, todos sus miembros, entre los que se encontraban juristas de la talla de Manuel de la Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber y Fernando Vidal, coincidieron en que los artículos relativos a suministro requerían de urgentes modificaciones. El propio, Max Arias Schreiber, el ilustre Presidente de la Sub-Comisión y, al mismo tiempo, quien sustentara la respectiva ponencia en el seno de la Comisión Reformadora que produjo el Código Civil de 1984, reconoció en aquella oportunidad su insatisfacción con el tratamiento de este contrato en nuestro Código y adelantó su intención de presentar una propuesta de enmienda al articulado.

## 3. EL CONCEPTO DE SUMINISTRO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

La llave de entrada a los problemas de nuestro Código Civil con el contrato de suministro está en la propia definición de este contrato, contenida en el artículo 1604 del Código.

El artículo 1604 del Código Civil Peruano define al Suministro de la siguiente manera:

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

Dice Max Arias Schreiber que el suministro ha sido definido como el "acuerdo por el cual un sujeto, denominado suministrante, se obliga a efectuar en favor de otro, llamado suministrado, prestaciones de bienes que pueden ser de carácter periódico o continuado."

Agrega el maestro Arias Schreiber que "De esta definición fluye que se trata de un contrato de prestaciones recíprocas y diferidas; que produce la transmisión del dominio en la medida que el objeto sea consumible y que esta traslación no se da cuando se proporciona una cosa en uso o goce. El contrato, generalmente oneroso, puede pactarse a título gratuito sin quedar por ello desnaturalizado."<sup>1</sup>

Son varias las observaciones y preguntas que en forma inmediata nos suscita esta definición y a las mismas dedicaremos las siguientes líneas:

a) En primer lugar, la definición no hace mención alguna a la contraprestación del suministrado. Como bien sabemos, en el suministro la prestación del suministrante de entregar bienes al suministrado es a cambio de una contraprestación del suministrado de pagarle al suministrante un precio por dichos bienes. Sin embargo, no hay mención en dicho artículo al precio del suministro.

b) En segundo lugar, del artículo bajo comentario no aparece con la debida claridad cuál es el contenido de la prestación a cargo del suministrante. No es extraño, por ello, que entre los comentaristas del Código haya quienes se pronuncien porque esta prestación consistiría en la entrega de bienes en propiedad, en tanto que otros opinen que dicha entrega de bienes también podría ser en algunas ocasiones en uso y que, finalmente, algunas opiniones se inclinan por admitir que también los servicios podrían ser materia de la prestación del suministrante.

c) Luego, tampoco queda claro cuáles son los bienes que pueden ser materia de suministro (bienes muebles, inmuebles, consumibles, bienes ciertos, bienes inmateriales, etc.).

d) Por último, la definición pareciera sugerir que el suministrante debe satisfacer no una sino varias "prestaciones de bienes." Ello resulta explicable en los casos de prestaciones periódicas, donde cada entrega es independiente de la siguiente, pero no entendemos cómo se aplicaría esto cuando la prestación es una sola pero de ejecución continuada.

Analícemos con mayor detenimiento, los problemas derivados de esta imprecisión en el concepto de suministro:

#### a) El Suministro como Contrato Bilateral Oneroso.-

El supuesto olvido del legislador en relación a la contraprestación del suministrado en el artículo 1604 en realidad no es tal.

En la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, Arias Schreiber señala que "Conceptualmente, el suministro constituye el acuerdo de voluntades destinado a la entrega de bienes materiales en forma de tracto sucesivo y contra el pago de un precio."<sup>2</sup> Reconociendo que el suministro es un contrato en el cual hay cambio de bienes por precio, Arias Schreiber, sin embargo, se corrige luego para precisar que este contrato "es oneroso, en principio, pues la contraprestación está representada por el pago del precio" pero que "no existe impedimento para que se constituya a título gratuito."<sup>3</sup>

En su "Exégesis del Código Civil Peruano", el maestro Arias Schreiber intenta afinar la definición arriba mencionada sosteniendo que este contrato está "destinado a la entrega de bienes materiales (y también de servicios cuando la ley lo dispone) en forma de tracto sucesivo (continuado o intermitente) y contra el pago de un precio, salvo que se haya celebrado a título gratuito."<sup>4</sup> Y añade el ilustre jurista, "Además si bien ordinariamente se conviene a título oneroso, nada impide que se pacte gratuitamente - lo que no es normal - sin quedar por ello desnaturalizado."<sup>5</sup>

No estamos, pues, ante una omisión involuntaria como se aprecia, para mayor claridad, en el segundo párrafo del artículo 1605 que impone la forma escrita, como formalidad *ad solemnitatem* en el suministro a título gratuito. El legislador peruano, en cambio, ha considerado que no había razón alguna para mantener los caracteres tradicionales del suministro en su desarrollo a través de la práctica comercial y los trabajos de la doctrina como contrato bilateral y oneroso.

El Código Civil Italiano de 1942, que sirvió de inspiración a nuestro Código y cuya regulación del suministro ha sido la fuente directa de los artículos respectivos en nuestro Código, desarrolló, en cambio, una concepción del contrato de suministro como contrato bilateral de prestaciones recíprocas:

<sup>1</sup> Arias Schreiber, Max: "Exposición de Motivos y Comentarios al Contrato de Suministro" EN: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios", Tomo VI, pag. 260.

<sup>2</sup> Arias Schreiber, Max: OP. CIT. pag. 256.

<sup>3</sup> Arias Schreiber, Max: OP. CIT. pag. 257.

<sup>4</sup> Arias Schreiber, Max: "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo II, pag. 174.

<sup>5</sup> Arias Schreiber, Max: OP. CIT. pag. 183.

"Artículo 1559.- El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a realizar en favor de la otra prestaciones periódicas o continuadas de cosas."

Los autores italianos aceptan uniformemente que el suministro es un contrato bilateral de prestaciones recíprocas, es decir, que frente a la prestación del suministrante de entregar bienes se encuentra siempre la del suministrado de pagar por ellos y que entre ambas prestaciones existe una relación de reciprocidad. Más aún, no hay ninguna duda que, a tenor de lo dispuesto por el Código Civil Italiano, el contrato de suministro es entendido como un contrato oneroso: entre las dos prestaciones, la de entregar bienes y la de pagar el precio, debe existir equivalencia, pues es una a cambio de la otra.<sup>6</sup>

El Anteproyecto de Reforma de los Contratos en el Código Civil, de 1980 de Max Arias Schreiber, en lo relativo al contrato de suministro, repeta casi textualmente la definición del Código Italiano:

"Artículo 1.- Por el suministro el suministrante se obliga a ejecutar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de cosas, a cambio de un precio."<sup>7</sup>

La propuesta de Arias Schreiber, en relación a la definición del contrato de suministro, fue repetida sin mayores cambios por el Proyecto de la Comisión Reformadora, en su artículo 1636.

En cambio, el artículo 1567 del Proyecto de la Comisión Revisora, que se convertiría en el definitivo artículo 1604 del Código Civil, suprimió la frase "a cambio de un precio", con lo cual alegremente al suministro se le cercenó unos de sus caracteres fundamentales, quedando convertido en un contrato que podría ser tanto bilateral como unilateral.

Con tan lamentable amputación, el legislador ha pensado haber enriquecido la definición de suministro que tomó prestada del Código Civil Italiano. Se ha creído, citando a Rubén de Marina y Borregó, que lo esencial en el concepto de suministro es la provisión para un fin o para satisfacer determinada necesidad y que, por lo tanto, ninguna razón impediría que dicho contrato pueda celebrarse a título oneroso o gratuito. Se ha creído que lo importante es la prestación del suministrante y que la contraprestación es indiferente, pues puede o no presentarse.

A primera vista, pareciera que la ingeniosa innovación del legislador peruano sería cuando no útil al

menos inofensiva. Después de todo ¿por qué no permitir, en aplicación del principio de autonomía privada y libertad de contratación, que las partes puedan pactar libremente si la prestación del suministrante de proveer los bienes tendrá o no una contrapartida monetaria?

Consideramos que ese no es el problema. No discutimos la posibilidad de celebrar un contrato de provisión de bienes a título oneroso o gratuito. Lo que debemos preguntarnos es si la regulación del Código Civil en relación al suministro debe hacerse sobre la base del suministro tal como lo conocemos, tal como se presenta en la realidad, tal como resulta de la práctica comercial y del desarrollo de las últimas décadas o si, mas bien, debe efectuarse buscando un paradigma abstracto.

Probablemente no resulte suficientemente convincente citar, a tal efecto, las autorizadas opiniones de la doctrina contractual, para la cual la onerosidad y bilateralidad son caracteres típicos del suministro. Tampoco esgrimiremos razones de tradición jurídica, de estirpe y abolengo a las que siempre hemos tachado de insuficientes para decidir el cómo se debe legislar sobre un tipo contractual. Consideramos, en cambio, indispensable, al regular la figura, tener claridad sobre la situación jurídica regulada, los intereses en juego y la función económica y social del contrato. Esto nos lleva a la pregunta de para qué sirve el suministro, qué función cumple dentro de una economía de mercado, cuales son los intereses que se debe regular o tutelar.

La respuesta se encuentra probablemente bastante cerca de los orígenes de este dinámico contrato. Si bien sus raíces parecen remontarse a la Edad Media, la gran importancia del suministro, y el momento en el cual se cobra consciencia de que estamos ante un contrato que cumple una función distinta de aquella de la compra-venta, viene luego de la revolución industrial, con el surgimiento de la gran industria. Con la producción en serie, la industrialización de las economías y la manufactura en gran escala, las industrias necesitan garantizar su adecuado abastecimiento durante períodos más prolongados. Es ahí donde se descubre la función y la gran utilidad del suministro. El suministro es, ante todo, un contrato de abastecimiento de bienes. El interés que se busca satisfacer es el de las empresas de estar debidamente abastecidas durante un cierto período de tiempo que tiene relación con el desarrollo de sus operaciones.

<sup>6</sup> Belmonte, De Simone, Fiorentino, Guarino y Mirabeli: "El Nuevo Código Civil Comentado" Tomo II, Pág. 86.

<sup>7</sup> PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU: "Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil", Tomo II, Pág. 865.

Así, una empresa industrial procurará establecer relaciones de suministro que le garanticen un debido, adecuado y oportuno abastecimiento de las materias primas, insumos y productos intermedios que intervienen en su ciclo de producción. Una empresa comercial podría celebrar contratos de suministro en relación a la mercadería que tiene planificado comprar para revender pero probablemente mucho más útil le resulte celebrar un contrato de distribución porque en este caso la función que está detrás y el interés del acreedor no se dirigen tanto al abastecimiento sino a la comercialización, que es una función enteramente distinta. Pero la empresa comercializadora también tiene necesidades de abastecimiento para poder desarrollar sus actividades - requiere material de oficina, energía eléctrica, combustible para sus camiones y vehículos, equipos de seguridad, materiales de almacén, envases, etiquetas, material de empaque, material de publicidad y promoción, etc. - y para satisfacer dichas necesidades es el suministro el vehículo adecuado para la regulación de los intereses de las partes. Lo mismo resulta de aplicación en lo referente a las necesidades de abastecimiento de empresas de servicios, negocios agrícolas, empresas constructoras, mineras, hoteleras y de cualquier otra actividad.

Hay quienes podrían objetar que nada en el concepto de suministro permite concluir que su campo de aplicación está limitado al ámbito empresarial y a las relaciones entre empresarios, en las cuales, obviamente, la onerosidad estará presente a través de un precio que el suministrado paga por el suministro de los bienes. Es cierto, pero también las necesidades de abastecimiento de los ciudadanos comunes y corrientes - por ejemplo, de energía eléctrica y agua potable para nuestras viviendas, de combustibles para uso doméstico, etc. - resultan eficientemente cubiertas a través de relaciones de suministro en las cuales el suministrado paga un precio a cambio de recibir ciertos bienes en forma continuada o periódica.

En cualquier de las situaciones planteadas, sin embargo, la lógica detrás del contrato es la misma y la función de abastecimiento es el motor. En cambio, imaginar un contrato de suministro en el que la conducta de proveer de bienes al suministrado se presta a título gratuito conlleva introducir en la relación un elemento totalmente ajeno al suministro: el espíritu de liberalidad. Con ello, no creo estar sugiriendo que el suministro sea confundible con la donación pues los actos de liberalidad constituyen una categoría extensa que engloba muchos contratos y actos jurídicos de disposición en los que el propósito de favorecer al beneficiario es el signo distintivo. Es claro que en un suministro

a título gratuito, distinto de la donación porque la relación obligacional es de duración y no de ejecución instantánea, pero emparentados por el "animus donandi", hay de por medio una función, una finalidad y un juego de intereses que no son los del suministro oneroso. Un contrato mediante el cual una persona caritativa, animada de espíritu filantrópico, se obliga a entregar gratuita y semanalmente a un hogar de niños pobres determinada cantidad de raciones de alimentos durante el plazo de un año no cumple la misma función económica y social ni satisface los mismos intereses que el contrato que celebra una empresa minera para proveer regularmente a una siderúrgica o a una fundición o a una refinería de los minerales o metales necesarios para sus operaciones, a cambio de la respectiva contraprestación dineraria.

Con lo dicho no estamos propugnando se impida la celebración de contratos de suministro unilateral gratuito. Sostenemos, en cambio, que la definición de suministro debe ser modificada a fin de dibujar con toda claridad los ribetes de un contrato que tiene como característica del tipo contractual la onerosidad. Que el Código regule el tipo contractual económica y socialmente trascendente, el del suministro oneroso con prestaciones recíprocas, no impide que las partes puedan celebrar suministros atípicos a título gratuito como tampoco nada obstaría para que las partes en un suministro bilateral renunciaren a la reciprocidad de prestaciones para pactar prestaciones autónomas, en cuyo caso estaríamos ante un suministro atípico de prestaciones autónomas. Como tampoco nada impediría que las partes pudieran pactar que alguna de las prestaciones, o ambas, será ejecutada a favor de un tercero. Ello es así, en virtud del principio de libertad de configuración interna del contenido del contrato. El Código Civil Peruano reconoce ampliamente, en sus artículos 1353 y 1354, el derecho de los particulares a celebrar contratos atípicos y a pactar libremente el contenido de sus contratos.

#### **b) La Prestación del Suministrante.-**

Según el artículo 1604 del Código, el suministrante tiene a su cargo "prestaciones continuadas o periódicas de bienes." El legislador ha traducido así la parte final del artículo 1559 del Codice ("...prestazioni periodiche o continuative di cose.")

La primera pregunta que nos haríamos no puede ser más natural e inmediata. Sabemos que las prestaciones continuadas son aquellas que se ejecutan ininterrumpidamente en el tiempo y que las prestaciones periódicas son las que se ejecutan intermitentemente, en períodos pre-establecidos, es decir, escalonadamen-

te. Pero, ¿cuáles son estas prestaciones del suministrante que según el artículo 1604 tienen por contenido bienes? Porque a nosotros se nos ha enseñado que las prestaciones tienen siempre por contenido una conducta de dar, hacer o no hacer. El artículo 1604, habla de prestaciones de bienes sin precisar si se trata de dar bienes en propiedad o dar bienes solamente en uso o realizar algún otro tipo de conducta (un "hacer") en relación a estos bienes (por ejemplo, repararlos, darles mantenimiento, fabricarlos, demolerlos, etc.) o si se trata, mas bien, de una abstención (un "no hacer") en relación a dichos bienes.

### b-1) Suministros en Uso.-

Ciertamente, podríamos sospechar que ha sido intención del legislador dar a entender que la prestación del suministrante es una de entregar bienes. Sin embargo, frente a ello, la siguiente duda es si esta entrega se hace en propiedad o si podría también entregarse los bienes únicamente en uso, con obligación del suministrado de devolver los bienes una vez usados.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, Arias Schreiber confiesa que su intención ha sido recoger el régimen intermedio, entendiendo que la prestación del suministrante puede ser la de entregar bienes en propiedad o en uso o goce.<sup>8</sup> "Se trata de bienes generalmente consumibles, que pasan a ser propiedad del suministrado aunque puede suceder, como ya se explicara, que la prestación consista en el uso o goce de un bien no consumible, como sucede con el aprovisionamiento reiterado de trajes y muebles destinados a la actividad teatral (suministro de uso o goce)."<sup>9</sup>

En su Exégesis, comentando el artículo 1604, dice el notable tratadista que de la definición del suministro fluye que este contrato "conduce a la traslación de dominio del objeto de la prestación si es consumible y que puede darse también la posibilidad de que sólo se proporcione un bien en uso o goce y que al finalizar el contrato sea devuelto a su dueño."<sup>10</sup> Arias Schreiber parecería seguir en esta opinión a Messineo, quien sostenía que en ocasiones la utilización del bien consiste en el goce de la cosa por un periodo determinado sin que la propiedad de la cosa salga del patrimonio del suministrante y cita, a tal efecto, el uso de ropa y de medios de locomoción.<sup>11</sup>

La opción del legislador parece confirmarse de la lectura del artículo 1609 que alude al "suministro de bienes en propiedad", dando a entender que cabría otras modalidades de suministro en las que la entrega de los bienes no se realice "en propiedad."

Discrepamos respetuosa y cordialmente de nuestro querido maestro. En este tema, como en el del carácter oneroso del suministro, consideramos que debemos tener clara la función y utilidad del contrato. Si la función que se pretende garantizar y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar a través de este contrato está vinculado al abastecimiento del suministrado, dicho abastecimiento demanda la adquisición de los bienes materia de suministro en propiedad. La energía, los combustibles, las materias primas, los insumos — son requeridos por el suministrado con carácter definitivo y no para ser devueltos posteriormente.

Cuando el suministrado requiere de bienes para ser usados y luego devueltos a su propietario - por ejemplo, una máquina, un grupo electrógeno, etc.- la función que se tiene por delante es otra. El usuario requiere la utilización del bien por un periodo y para determinada finalidad, función para la cual nuestro derecho contractual nos da otros instrumentos jurídicos impecables: el contrato de arrendamiento, y el contrato de comodato.

Según el artículo 1666 del Código Civil, "Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida."

Tomemos el caso citado repetidamente por Max Arias Schreiber como prototipo del suministro en uso: una compañía teatral contrata con una tienda para que le suministre trajes que serán usados en cada función y luego devueltos. El maestro se adelanta a nuestros reparos sosteniendo: "Desde luego no podemos desconocer la posibilidad de que el contrato sea uno de arrendamiento, dada su potencial similitud y, en definitiva, habría que estar a lo que ha sido la común intención de las partes (artículo 1363 del Código Civil)."<sup>12</sup>

En efecto, cuando una compañía de teatro contrata para que se le entregue trajes que podrá usar y luego devolver a cambio de una renta nos encontra-

<sup>8</sup> Arias Schreiber, Max: "Exposición de Motivos y Comentarios al Contrato de Suministro" EN: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios", Tomo VI, pag. 258.

<sup>9</sup> Arias Schreiber, Max: O.P.CIT. Pag. 258.

<sup>10</sup> Arias Schreiber, Max: "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo II, pag. 183.

<sup>11</sup> Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial" Tomo V, Pag. 151.

<sup>12</sup> Arias Schreiber, Max: O.P.CIT. Pag. 184.

mos en realidad ante una relación de arrendamiento y resulta forzado sostener que esta pudiese catalogarse de suministro. Si, como sugiere Arias Schreiber, debiéramos atenernos a la intención de las partes, no es acaso cierto que cuando las partes pretenden crear una relación de uso temporal de un bien que luego será devuelto a su propietario, a cambio de una renta, asumen normalmente que se están moviendo en los predios del alquiler y no en los del suministro. Sin ir más lejos, ¿no es acaso cierto que las partes para el caso de requerir trajes de gala para un baile, disfraces para una fiesta de carnavales, trajes de baño para nadar en una piscina, etc. entenderán que están celebrando un alquiler de prendas de vestir y no un suministro?

¿Qué razón podía haber, por tanto, para que el Código pretendiese una doble regulación, una superposición de figuras jurídicas? No creemos que el resultado sea positivo en términos de claridad. Por el contrario, los particulares podrían caer en confusión sobre cuál sería la estructura correcta a adoptar.

Hay quienes han sostenido que la distinción entre uno y otro contrato se presenta en relación a la intermitencia propia del suministro. Así, ¿podría acaso sostenerse razonablemente que si uno alquila un bote para pescar todos los días domingo, durante 3 meses, el contrato es de suministro y no de arrendamiento? ¿O sería sostenible en términos prácticos que si se alquila una raqueta de tenis, o unos palos de golf, o un caballo de paseo, una hora a la semana, a lo largo de un mes, estaremos ante un suministro en uso y no ante un alquiler? Obviamente, no se altera el elemento esencial del plazo del arrendamiento ni su carácter continuo si se establecen intervalos y modalidades en relación al uso del bien arrendado. Como, por ejemplo, cuando el viajero alquila varios vehículos por tramos escalonados conforme se va moviendo de una ciudad a otra.

Por su parte, el profesor Víctor Raúl Ramírez sostiene que en el suministro se debe tener incertidumbre respecto de la cantidad de bienes sobre los cuales se va a permitir su uso. "Una vez más, insistimos, si el objeto de la obligación de quien va a dar algo a otro para que lo use no está determinado en cuanto a su cantidad, se puede decir que estamos frente a un contrato de suministro."<sup>13</sup> Dice Ramírez que en el contrato de arrendamiento los bienes deben encontrarse determinados en cantidad y especie al momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, si, por ejemplo, el dueño del circo contrata para que los sábados y

domingos se le entregue 30 bicicletas para ser utilizadas por los malabaristas del circo durante las funciones, a cambio de una contraprestación, el contrato sería de arrendamiento si se celebra a un plazo de doce meses y sería en cambio de suministro si se celebra a plazo indeterminado, pues, en este último caso, asumiendo que se entregan distintas 30 bicicletas cada día, la cantidad de bienes a entregar sería indeterminada y, por lo tanto, no podría tratarse de un arrendamiento.

Al criterio esbozado por el autor podríamos aplicar aquella terrible frase que Kafka pone en boca de su personaje de "El Proceso", "¿Qué sutilezas tiene el Derecho!" No nos parece sólido el argumento de que la distinción entre suministro y arrendamiento pudiera depender de si el contrato es o no celebrado a plazo determinado. Más aún, nuestro Código ha adoptado en materia contractual el régimen de que los contratos tienen efectos obligacionales y que en relación a las prestaciones materia de contrato basta con que estas sean posibles, lícitas y determinadas o determinables. Lo que interesará a las partes, por supuesto, es que la cantidad de bienes a entregar quede determinada al momento de la ejecución. No entendemos por qué, en consecuencia, no podría celebrarse un contrato de arrendamiento sobre bien determinable en cantidad y calidad. ¿No es posible acaso tomar en alquiler una cantidad de lugares de parqueo que será determinado en función del número de asistentes a una reunión social?

En conclusión, proponemos que la definición de suministro en el Código Civil sea modificada a fin de precisar que la prestación del suministrante es la de entregar bienes en propiedad, eliminando posibles confusiones con el contrato de arrendamiento, y el contrato de comodato.

#### b-2) Suministro de Servicios.-

\* Pero la ambigüedad y falta de precisión del concepto de suministro en nuestro Código Civil no termina ahí. Es tal la generosa vaguedad del artículo 1604, que hay quienes han sugerido que una amplia interpretación del mismo podría dar cabida a prestaciones de servicio.

El propio Arias Schreiber, si bien arguye que el Código ha descartado la tesis amplia, que considera aplicable el suministro a "bienes, usos, goces y servicios", por resultar similar a la locación de servicios, afirma que en materia de cláusulas generales de con-

<sup>13</sup> Ramírez Vázquez, Víctor Raúl: "Contrato de Suministro" EN: De la Puente y Lavalle, Manuel y Muffiz, Jorge: "Temas de Derecho Contractual" Pág.336.

tratación, por los artículos 1394 y 1396 del Código Civil, si se puede celebrar contratos de suministro de servicios.<sup>14</sup>

Una lectura cuidadosa de los artículos 1394 y 1396 del Código Civil permite concluir que no hay en ellos consagración alguna del suministro de servicios.

El artículo 1394 indica que el Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente. Si bien este artículo alude a la "provisión de bienes y servicios", el término "provisión" no ha sido utilizado técnicamente como sinónimo de suministro sino en su sentido más amplio, como resultado de la acción *prover*, es decir, prevenir las cosas necesarias para un fin. Como lo da a entender Manuel de la Puente y Lavalle, la referencia a contratación sobre bienes y servicios que pueden ser materia de provisión es genérica y no está limitada solo a aquellos bienes y servicios que pudieren contratarse a través de un suministro.<sup>15</sup> La intención ha sido, por el contrario, aludir a bienes y servicios que por su vinculación con razores de utilidad pública (servicios básicos, prestaciones de salud de emergencia, servicios educativos, transporte público, etc.) deben ser contratados necesaria y obligatoriamente mediante contratos que incorporen cláusulas generales aprobadas, y, por lo tanto, filtradas a fin de evitar abusos, por la autoridad administrativa, independientemente de que los bienes y servicios sean contratados vía compra-venta, locación de servicios, suministro, etc.

Tampoco en el artículo 1396 podemos descubrir algún atisbo del suministro de servicios:

"Art. 1396.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aún cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.

En modo alguno podríamos interpretar este artículo en el sentido que el término "utilización del servicio" pueda entenderse referido al suministro de ser-

vicios. Por el contrario, nuestro Código ha regulado cinco modalidades de contratos de prestación de servicios, amén de los contratos de "doy para que hagas" y "hago para que des", y de la existencia de tantos contratos atípicos de servicios, por lo que mal podría asociarse dicha expresión al suministro de servicios. En su comentario a este artículo, el gran maestro Manuel de la Puente y Lavalle, inspirador de esta norma, refiere que la fórmula de este artículo comprende "a quienes obtienen bienes y servicios mediante su intervención en contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa"<sup>16</sup> sin vincularlo en absoluto al suministro.

Un sector de la doctrina sostiene que el contrato de suministro podría aplicarse también a los servicios. El artículo 968 del Código de Comercio de Colombia y el artículo 707 del Código de Comercio de Guatemala han incluido también a los servicios como contenido de la prestación del suministrante. Buena parte de la doctrina mexicana conviene también en ello. Díaz Bravo menciona como casos de suministro de servicios los contratos con Teléfonos de México, televisión por cable, telex, buscapersonas, etc.<sup>17</sup> y Messineo llega a comprender dentro del suministro la utilización de ciertos medios de locomoción.<sup>18</sup>

La doctrina italiana, en cambio, sostiene que el suministro se distingue claramente del contrato de empresa ("appalto") pues este tiene por objeto prestaciones de dar cosas y el segundo prestar un servicio o realizar una obra.<sup>19</sup>

Entre nosotros, las opiniones mayoritarias parecieran estar a favor de la alternativa de incluir a los servicios dentro del territorio del suministro.

Así, cuando Max Arias Schreiber, junto con Manuel de la Puente uno de nuestros más insignes tratadistas en derecho contractual, presentó a la Sub-Comisión de Contratos Especiales su Ponencia para la Modificación del Régimen del Contrato de Suministro, manifestó tener "serias dudas sobre el alcance que debe tener el artículo 1604 cuando se refiere exclusivamente a los bienes" y, corrigiendo la opinión expresada líneas

<sup>14</sup> Arias Schreiber, Max: "Exposición de Motivos y Comentarios al Contrato de Suministro" EN: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios" Tomo VI, pag. 258-259. "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo II, pag. 182.

<sup>15</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel: "El Contrato en General" Vol XI- Tomo II, Pag. 157.

<sup>16</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel: "El Contrato en General" Vol XI- Tomo II, Pag. 174.

<sup>17</sup> Díaz Bravo, Arturo: "Contratos Mercantiles" Pag. 84.

<sup>18</sup> Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial" Tomo V, Pag. 151.

<sup>19</sup> Trabucchi, Alberto: "Instituciones de Derecho Civil" II, Pag. 292.

arriba concluyó que no debía haber inconveniente para que el suministro se extienda a los servicios, sustentando su opinión en el siguiente ejemplo:

"Por ejemplo, nada impediría que una empresa se comprometa a proporcionar en forma regular y desplazada en el tiempo, personal especializado en efectuar reparaciones de cierto tipo de maquinarias de propiedad de otra empresa. El contrato importaría una prestación combinada de dar y hacer y por cada operación se pagaría como contraprestación determinada cantidad de dinero."<sup>20</sup>

En la misma línea, en su propuesta del 4 de Agosto de 1992, presentada a la Comisión convocada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Lima para preparar un Proyecto de Enmienda al Código Civil Peruano, el profesor Nelson Ramírez Jiménez se mostró contrario a la exclusión de los servicios del concepto de suministro recogido en el artículo 1604: "Creo que nada impide considerar a estos."

Anibal Torres conviene en que nuestro Código ha excluido a los servicios del ámbito de aplicación del suministro pero considera que "esto no es tan conforme con nuestra realidad social" en la cual se presentaría el suministro de servicios no personales, por ejemplo, suministro de personal de trabajo.<sup>21</sup>

Por su parte, Víctor Raúl Ramírez aprovecha la generalidad del término "prestaciones de bienes" en el artículo 1604 para concluir que dichas prestaciones pueden ser de dar o hacer, recurriendo además a una interpretación extensiva del concepto de "bien" que comprendería los bienes muebles, inmuebles y servicios.<sup>22</sup>

Tal concepto de bienes resulta antojadizamente genérico e impreciso. Como ocurriría a propósito de la superposición entre suministro de bienes en uso y arrendamiento, el suministro de servicios compartiría el mismo campo de actuación que los contratos de prestación de servicios. Ciertamente, no encontramos razonable explicación para el por qué construir una figura distinta para regular una relación jurídica regulada ya desde hace muchos años por una institución ampliamente conocida y popular en nuestros medio como es la de los contratos de servicios.

No nos parece razonable afirmar, como lo hace el profesor Ramírez Vásquez, que el suministro de servicios serviría para regular relaciones de servicios en las que estos no se prestarán ni por cierto tiempo ni para un trabajo determinado, las dos alternativas de la definición de locación de servicios, según el artículo 1764.<sup>23</sup> El ejemplo citado, el médico contratado por la clínica para prestar servicios cuando se presente un paciente con una enfermedad compleja, sin que se pacte un plazo,<sup>24</sup> no es un caso de suministro de servicios sino de locación de servicios o si se quiere, como sostienen algunos, un contrato de prestaciones médicas. Las deficiencias de la rígida y estrecha definición de locación de servicios en el artículo 1764 del Código Civil, fruto de los temores de una época en la que no se tenía mucha claridad sobre las diferencias entre locación de servicios y contrato de trabajo y en la que existían miradas de desconfianza hacia aquella, no son argumento para atribuirle al suministro el papel de regulador de situaciones que, aún cuando parecieran no cubiertas por la locación de servicios, definitivamente sí lo están por la categoría general de los contratos de prestación de servicios, según el artículo 1755 del Código Civil.

En cuanto a los ejemplos citados por Arias Schreiber y por Anibal Torres, existe en nuestro país una abundante práctica comercial en relación a los llamados contratos de provisión de personal, manpower, service, leasing de servicios, outsourcing o subcontratación de servicios, práctica comercial acicateada por la rigidez del régimen laboral peruano en los años setenta y ochenta y por las necesidades de ajuste y reducción de costos fijos en las empresas a lo largo de varias décadas de crisis económica y adaptación a cambios constantes. Ni en la regulación de los contratos de servicios temporales y complementarios en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ni en la práctica comercial vigente, ni en las necesidades en juego en este tipo de contratos, ni mucho menos en la intención de los contratantes, en particular las empresas dedicadas a prestar este tipo de servicios, encontramos indicio alguno de la presencia de un suministro de servicios. Podríamos sí discutir que no nos encontramos ante una locación de servicios personales sino ante relaciones comerciales con caracteres dis-

<sup>20</sup> Arias Schreiber, Max: "Ponencia sobre el Contrato de Suministro" 07.03.97.

<sup>21</sup> Torres Vásquez, Anibal: "El Contrato de Suministro" Pág. 125.

<sup>22</sup> Ramírez Vásquez, Víctor Raúl: "Contrato de Suministro" EN: De la Puente y Lavalle, Manuel y Muñoz, Jorge: "Temas de Derecho Contractual" Pág. 300 y 322.

<sup>23</sup> Ramírez Vásquez, Víctor Raúl: OP.CIT. Pág. 324, 336-339.

<sup>24</sup> Ramírez Vásquez, Víctor Raúl: OP.CIT. Pág. 338.

tintos pero ello nos lleva al campo de los contratos de prestación de servicios que, sin estar sometidos a ninguna de las cinco modalidades reguladas por el Código - locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito y secuestro -, si forman parte de la categoría general, categoría que por supuesto no se agota en las cinco versiones mencionadas, como lo evidencian los artículos 1755 y 1757 del Código Civil. Podríamos discutir, también, si a lo mejor dichas modalidades de la prestación de servicios (outsourcing y otros) ameritan o no tener una regulación específica, como se ha discutido a propósito de tan diversos contratos de servicios como los contratos de excursión turística, de espectáculo, de servicios fúnebres, de servicios informáticos, de prestaciones médicas, etc. Pero lo que no nos parece aceptable plantear es el trasplante de un contrato de servicios de su hábitat natural a los territorios inhóspitos de un contrato que cumple una función distinta.

En conclusión, debe quedar claro que el suministro tiene por objeto crear una relación de provisión de bienes y no de servicios, pues estos son materia de una categoría contractual distinta, los contratos de prestación de servicios. Por ello, a la pregunta de Max Arias Schreiber, Nelson Ramírez y tantos otros distinguidos maestros de ¿y por qué no incluir a los servicios en el suministro? responderíamos en sentido inverso ¿y por qué sí?

### c) Bienes en Suministro.-

La doctrina ha discutido desde mucho tiempo atrás si todos los bienes pueden ser materia de suministro o si solo cierta categoría de bienes pueden ser contratados vía este contrato.

Arias Schreiber asevera que "ordinariamente los bienes que se compromete suministrar no son presentes sino futuros."<sup>25</sup> Similar es la opinión de Borja Soriano.<sup>26</sup> Aníbal Torres dice que "cualquier bien que sirva para la satisfacción de las necesidades del hombre puede ser objeto de la prestación del suministrante", aunque excluye a los bienes inmateriales.<sup>27</sup> Como ya hemos dicho, Ramírez Vázquez le da una acepción tan amplia al término "bienes" que inclusive abarca los servicios. Garrigues y Broseta opinan que los bienes a

ser suministrados deben ser muebles genéricos.<sup>28</sup> Para Messineo, ordinariamente los bienes materia de suministro son bienes consumibles.

En principio, no vemos razón alguna por la que deba excluirse del ámbito del suministro a los bienes presentes y a los no consumibles. Materia de suministro pueden ser bienes presentes o futuros y consumibles o no consumibles (por ejemplo, vestido, calzado, armamento, etc.).

No creemos, sin embargo, que cualquier bien pueda ser materia de suministro. No por el hecho de haberse adoptado el término "bienes" debe entenderse que cualquier bien puede ser materia de esta relación. Siguiendo a la doctrina mercantil, consideramos que el bien suministrado debe reunir los siguientes caracteres:

A. Debe tratarse de bienes susceptibles de ser entregados en propiedad.

B. Debe tratarse de los mal llamados bienes genéricos, es decir, aquellos indicados por su especie y cantidad (aunque esta pudiere ser no solo determinada sino también determinable), a los cuales es preferible denominar bienes inciertos. Quedan excluidos, pues, los bienes ciertos. Compartimos al respecto, los abundantes argumentos explicados por Gabriel Correa<sup>29</sup> como es que los bienes ciertos, por su naturaleza, no son aptos para satisfacer necesidades duraderas, sino instantáneas, mucho menos para ser materia de prestaciones continuadas o periódicas, así como que en el caso de bienes ciertos el interés del acreedor se centra en la identidad del bien y en el caso del suministro en cambio la mira del suministrado está en el aprovisionamiento.

C. Concedemos que, de ordinario, los bienes materia de la prestación del suministrante son bienes muebles. Sería bastante raro que un bien inmueble pudiera ser materia de suministro ya que éste al mismo tiempo tendría que ser un bien incierto. Como ejercicio intelectual, podríamos si imaginar un contrato de suministro de parcelas agrícolas de cierta extensión en cierto valle a razón de, por ejemplo, 10 parcelas por temporada agrícola, o un suministro, como dice Correa, para la provisión de 10 lotes mensuales en un

<sup>25</sup> Arias Schreiber, Max: "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo II, pag. 180.

<sup>26</sup> Borja Soriano, Manuel: "Teoría General de la Obligaciones" Pag. 48.

<sup>27</sup> Torres Vázquez, Aníbal: "El Contrato de Suministro" Pag. 128.

<sup>28</sup> Garrigues, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil" Tomo II, Pag. 95. Broseta Pont, Manuel: "Manual de Derecho Mercantil" Pag. 385.

<sup>29</sup> Correa Arango, Gabriel: "De los Principales Contratos Mercantiles" Pag. 244-252.

cementerio, para la inhumación de cadáveres. Nos queda claro, sin embargo, que se trataría de contratos si bien posibles de celebrar pero con poca utilidad práctica, pues, para acceder a la inscripción de la transferencia de propiedad sobre los lotes en el Registro de Propiedad Inmueble, el suministrante y el suministrado requerirían otorgar una minuta y escritura pública de transferencia de propiedad en cada caso.

D. Si bien la doctrina mayoritaria se inclina a pensar que los bienes del suministro deben ser corporales, no encontramos razones para dicha exclusión en la medida que se trate de bienes inmateriales genéricos. Mas aún, la Comisión Reformadora sustituyó deliberadamente el término "cosas" que aparecía en el artículo-fuente en el Código Italiano, reproducido en el Ante-Proyecto de Arias Schreiber, por el término "bienes" precisamente para evitar que se entendiese circunscrito únicamente a bienes materiales. Un bien mueble inmateriale puede ser materia de entrega en propiedad y de ser aplicado por el suministrado a la satisfacción de su interés. El suministro, claro está, no podría recaer sobre bienes ciertos inmateriales, como una marca de fábrica o un derecho crediticio, pero no veo razón para que no pueda pactarse sobre bienes inmateriales inciertos. Pienso, por ejemplo, en un contrato de suministro de cierto tipo de información (por ejemplo, bursátil, crediticia, legal, etc.), con carácter periódico o continuo, utilizando ciertos medios apropiados. ¿Y no podría acaso celebrarse contrato, por ejemplo, sobre bienes intangibles, como una determinada cantidad de oxígeno, gas natural, energía, etc.?

#### d) Prestaciones Periódicas o Continuas.-

Cuando el artículo 1604 habla de "prestaciones periódicas o continuas de bienes", usando el plural, pareciera dar a entender que, tratándose de una prestación de ejecución continuada, por ejemplo, la de suministrar energía eléctrica, existiría no una sino varias prestaciones.

Es sabido que existen dos modalidades de suministro. La primera es el **suministro periódico**, en el cual, las prestaciones se ejecutan en períodos determinados o determinables, también llamado de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo. En las prestaciones de ejecución periódica o sucesiva, cada entrega es una prestación independiente, autónoma y distinta, lo que diferencia a las entregas del suministro periódico de las entregas de la compra-venta de ejecución diferida. En esta última, aunque se fraccione la prestación de entrega de los bienes en varias entregas parciales, ninguna de estas entregas tiene sentido en sí misma ni satisface un interés particular del acreedor. Se trata de

pagos a cuenta que no extinguen el cumplimiento de la prestación única, que es la entrega del bien. Esta solo queda cumplida cuando se entrega el íntegro de los bienes.

En la segunda modalidad, la **ejecución continuada**, en cambio, no hay varias prestaciones sino una sola que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo, como ocurre con el suministro de petróleo, de agua potable, etc.

Ambas modalidades de ejecución, periódica o continuada, siendo distintas, forman parte de la categoría de las llamadas relaciones jurídicas de duración, aquellas en las que el tiempo juega un papel esencial, en oposición a las relaciones de ejecución instantánea, en las que la ejecución se agota en un solo momento.

En consecuencia, el uso del plural en este artículo 1604 es correcto cuando se refiere a las prestaciones periódicas pero equivoco cuando se aplica a la ejecución continua, en la cual hay una sola prestación pero que al extenderse en el tiempo a lo largo del transcurso del mismo va satisfaciendo necesidades del acreedor.

Haciendo un resumen de nuestra crítica a la definición de suministro en el Código, nos permitimos sugerir una redacción para el artículo 1604 que permita rescatar en todo su valor al contrato de suministro, devolviéndole su espíritu y su utilidad:

*"Art. 1604.- Por el suministro, el suministrante se obliga a entregar periódica o continuamente bienes genéricos en propiedad al suministrado y este, a cambio, a pagar su precio en dinero."*

## 4. LA FUNCIÓN DEL SUMINISTRO Y EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Consideramos que, ante la posibilidad de introducir modificaciones en el articulado del Código, en relación al suministro, es necesario que todo análisis, crítica y propuesta se haga a la luz de la función y utilidad indiscutible del suministro y de su aplicación en nuestra realidad.

Las reglas del suministro deben ser reglas flexibles y prácticas que permitan el libre juego de los intereses de las partes y que satisfagan la función del contrato de garantizarle al suministrado un abastecimiento oportuno y adecuado de ciertos bienes, de acuerdo a sus necesidades. Muchas veces, al momento de celebrarse el contrato de suministro las partes no están en la posibilidad de calcular con exactitud la fecha de cada entrega, la distancia de tiempo entre una entrega y la siguiente, el volumen total a suministrar para un pe-

riodo de tiempo y/o el monto o cantidad de cada entrega, así como otros factores: lugar de entrega, mix de productos, envases, etc.<sup>30</sup> Las partes si tienen en cambio perfectamente claro que quieren celebrar el contrato y que la finalidad de dicho contrato es que el suministrado pueda estar debidamente abastecido, por ejemplo, de colorantes para telas y que en la aplicación de los mismos pueda obtener un acabado de alta calidad. En la medida que nuestro Derecho pueda proporcionar a los particulares reglas flexibles y seguras que les permitan contar con un instrumento dúctil para la regulación de una relación de aprovisionamiento de bienes de largo aliento, estaremos reduciendo costos de transacción, contribuyendo a optimizar los sistemas de adquisiciones y abastecimiento de los agentes económicos y facilitando el tráfico de bienes y las operaciones comerciales.

Por ello, proponemos, entre otras, las siguientes modificaciones:

1) Artículos como el 1606, 1607 y 1608 deben ser modificados para reconocer el papel de los usos y costumbres comerciales por encima de las reglas establecidas por el Código para los supuestos de suministro con volumen abierto y periodicidad indeterminada, suministro con límite mínimo y máximo, y pago del precio en el suministro periódico.

2) La redacción del artículo 1606 debería además ser ampliada para aplicar el supuesto de este artículo a los casos de suministro en el que no se ha fijado el monto de cada entrega, y no solo el volumen global, y a aquellos en los que no se ha fijado la fecha u oportunidad de las entregas, y no solo su periodicidad. Las partes podrían haber fijado el volumen anual del suministro pero no las cantidades mensuales y/o podrían haber señalado la periodicidad del mismo, una vez al mes, pero no qué día del mes se debe entregar. En tales supuestos, se debería aplicar los usos comerciales y, en defecto de estos, el criterio de las necesidades del suministrado.

3) También en relación al citado artículo 1606, no entendemos por qué han de ser las necesidades del suministrado al momento de celebrarse el contrato las que sean tomadas en cuenta. ¿No es acaso el contrato de suministro un acto de previsión en el que se toman en cuenta las necesidades futuras del suministrado? ¿Qué sentido tendría tener en cuenta las necesi-

dades de un fabricante de harina de pescado en Enero, mas de celebración del contrato, cuando la temporada de pesca se inicia recién en Junio? ¿De qué serviría partir de los requerimientos del suministrado al momento de celebrarse el contrato cuando este recién iniciará operaciones meses después o cuando uno de los presupuestos del contrato es un incremento futuro de la demanda del suministrado? Por ello, sugerimos que la frase final "determinadas al momento de la celebración del contrato" sea eliminada.

4) El artículo 1613 debería eliminarse por innecesario y redundante. La misma regla, sobre la posibilidad de resolver un contrato a plazo indeterminado con un pre-aviso de 30 días, se encuentra contenida en el artículo 1365, supuesto general aplicable a todos los contratos. Lo que sí sería recomendable es que el 1365 se amplie a todos los contratos de duración, es decir, tanto a aquellos con prestaciones de ejecución continuada como a los de ejecución periódica.

## 5. EL ARTÍCULO 1612 DEL CÓDIGO CIVIL

Una mención especial merece el artículo 1612 del Código Civil Peruano. La protección que el artículo 1612 otorga al suministrante es totalmente contradictoria con la función y utilidad del suministro.

Recordemos que el texto de este artículo establece que:

*"Art. 1612.- Cuando el beneficiario del suministro tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, debe comunicar su fecha al suministrante con un aviso previo no menor de siete días."*

Tal restricción no podía ser más absurda. Cuando las partes en el suministro pactan que el suministrado tendrá la facultad de señalar la fecha en la que desea se le entregue los bienes, lo que las partes están buscando es flexibilidad tanto en la periodicidad como en la oportunidad de la entrega. El negocio tiene sentido en función precisamente de dicho valor.

Cuando el Código, en cambio, impone un pre-aviso de siete días para proteger al suministrante de supuestos pedidos excesivos o abusivos por lo inmediato o pronto de la entrega, pedidos que el suministrante podría no estar en capacidad de atender, el legislador le otorga al suministrante una protección que no

<sup>30</sup> La indeterminación del volumen es algo que queda a discreción de las partes según su interés. El profesor Miguel Torres Méndez propuso a la Sub-Comisión de Contratos Especiales de la Comisión de Reforma que en el artículo 1604 se estableciera como un elemento del suministro la indeterminación del volumen, propuesta que no fue aceptada. Nada impide que, de acuerdo, a su interés las partes puedan pactar un suministro con volumen determinado, por ejemplo 1000 toneladas anuales.

ha pedido e introduce en la relación de suministro, gobernada por la confianza y la colaboración, la lógica de la desconfianza, la mala fe y el aprovechamiento. En lugar de tratar a las partes como iguales, el Código trata al suministrante como parte débil y al suministrado como parte fuerte. El Código se olvida que si el suministrante ha aceptado una cláusula de entrega inmediata no lo ha hecho en un arranque de locura, sin razón y sin sentido. Lo ha hecho libre y voluntariamente, lo ha hecho porque esa cláusula tiene sentido dentro de la estructura del negocio. Si el suministrante está en capacidad de responder inmediatamente (porque los volúmenes son pequeños, porque tiene stock suficiente, porque puede fabricar muy rápidamente, porque puede despachar al instante, etc.) a los pedidos del suministrado, ¿por qué no dejamos que lo haga? Aún si el suministrante podría estar tomando riesgos considerables, evidentemente esa es su elección. Los beneficios que obtiene a cambio (precio, valor agregado de su producto, diferenciarse de la competencia, etc.) serán lo suficientemente atractivos como para que se justifique su decisión. Porque recordemos que el suministrante estaba en libertad de poder haber negociado un pre-aviso, un plazo de gracias u otras cláusulas de protección si es que no quería asumir el riesgo de no cumplimiento ante la eventual dificultad de entregar a tiempo dentro de un plazo, para el legislador, tan breve. Y si finalmente, el suministrante se equivocó, no es la función del Código proteger a los particulares contra sus equivocaciones y relevarlos de la consiguiente responsabilidad. El Código, precisamente cuando las partes están reclamando flexibilidad y manos libres para manejar una materia netamente comercial, adopta la visión de la rigidez y la inflexión.

Hoy en día, cuando las empresas pretenden manejar sus inventarios con métodos tan eficientes como el "Just in Time", conocido en Estados Unidos como el "sistema Toyota", sistema que permite reducir los costos de producción y operación sobre la base de la entrega de los suministros en el momento exacto en que se requiere utilizar las materias primas e insumos y no antes ni después, el Código se coloca de espaldas a la realidad y al futuro. Hoy en día, cuando lo conveniente para las empresas peruanas, para reducir sus costos, mejorar sus márgenes y satisfacer a los clientes del suministrado, sería utilizar sistemas de suministros tan avanzados y modernos como el "JIT", sistema al que se le atribuye el enorme éxito de la industria automotriz japonesa en lograr automóviles de bajo

costo y muy alta calidad, sistemas que podrían mejorar enormemente la competitividad de la industria nacional, nuestro Código, el Código del Siglo XXI, nos dice que esos sistemas no pueden aplicarse porque primero hay que avisar con siete días de anticipación al suministrante. Si pudiéramos ponerle un título a esta absurda restricción, podríamos, parafraseando un best-seller de hace unos años, llamarla "el subdesarrollo está en las leyes."

Para el citado artículo no nos atrevemos a proponer mejor suerte que su tan pronta como firme derogación.

## 6.- PACTOS ESPECIALES

En los artículos 1614 al 1618 se regula ampliamente los pactos de preferencia, de exclusividad y de promoción, pactos que pueden ser introducidos por las partes libremente en sus contratos. El tratamiento dispensado a dichos pactos merece, igualmente, algunos comentarios:

1) Si el artículo 1614 ha puesto un límite de 5 años al pacto de preferencia, y no al pacto de exclusividad que, en cambio, es más severo, Arias Schreiber postula la reducción del plazo máximo de la preferencia a dos años, "pues de otro modo se estaría poniendo frenos al tráfico contractual"<sup>31</sup>, y propone se introduzca un plazo máximo al pacto de exclusividad: diez años cuando es a favor del suministrante y dos cuando es a favor del suministrado. En nuestra modesta opinión, muy por el contrario, dichos plazos máximos deberían eliminarse. Son las partes las que deben decidir libremente la vigencia de dichos pactos. Salvo la prohibición del artículo 882 y aquellas incluidas en leyes especiales, como la Ley General de Sociedades, las partes deben estar en posibilidad de celebrar acuerdos de no competencia y otros que las restrinjan a hacer negocios, o a darle preferencia al contratante con el que han establecido una relación de especial confianza. Si esa posibilidad está abierta en otros contratos, como la compra-venta o los contratos de servicios, ¿por qué debería estar limitada en un contrato en el que la cooperación recíproca, lealtad y comunidad de intereses justifican que las partes se hagan concesiones especiales?

2) La interpretación de Arias Schreiber que el pacto de preferencia del artículo 1614 debe entenderse referido a los contratos con exclusividad<sup>32</sup> no nos parece justificada. Entendemos que la preferencia tiene un

<sup>31</sup> Arias Schreiber, Max: "Ponencia sobre el Suministro" 07.03.97.

<sup>32</sup> Arias Schreiber, Max: "Eségesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo II, Pág. 180.

mayor sentido precisamente en la medida que no haya exclusividad pues cuando se tiene la protección de la exclusividad la contraparte no puede celebrar contratos con terceros.

3) La referencia del artículo 1615 a la "parte que tenga la preferencia", como lo ha demostrado Mario Castillo<sup>33</sup>, es equívoca y debe entenderse referida más bien a la parte que "soporta la preferencia" o "vinculada por la preferencia." No creemos, en cambio, que esta cláusula resulte aplicable solo a favor del suministrado pues el pacto de preferencia puede pactarse en favor de cualquiera de las partes o de ambas.

4) No nos satisface la imprecisión del término "no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza", en el artículo 1616, aplicada al compromiso de exclusividad del suministrado, ya que no queda claro si se trata de prestaciones de suministro de los mismos bienes o se incluye también cualquier prestación de entrega de dichos bienes aunque provenga de un contrato de distinta naturaleza (compra-venta, distribución, ...), aún cuando fuere a título gratuito, o del cumplimiento de alguna otra obligación con similar contenido aunque distinto origen. Similar crítica merece el artículo 1617 cuando la referencia se traslada al compromiso del suministrante de no efectuar "prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato".

5) Coincidimos con Arias Schreiber<sup>34</sup> en la inconveniencia de haber establecido, en el artículo 1617, que la limitación impuesta al suministrante en el pacto de exclusividad a favor del suministrado sea ilimitada: "en ningún otro lugar." Si bien las partes pueden fijar libremente la extensión en el espacio de esta obligación de exclusividad, de no hacerlo lo normal y conforme con la intención común de las partes y la práctica comercial es que se entienda que han querido que la exclusividad comprenda los territorios en que desarrollan sus operaciones o negocios.

6) No entendemos, finalmente, por qué el supuesto del artículo 1618 se debe aplicar al pacto de promoción de los bienes únicamente cuando también hay exclusividad, cuando dicho pacto (el de promoción de la venta de bienes) podría incorporarse al suministro y tendría sentido aunque no hubiera exclusividad a favor del suministrado.

Consideramos, en conclusión, que en materia de suministro, el legislador debe completar la loable idea de recoger tan importante contrato en nuestra legislación civil con una indispensable modificación de los artículos respectivos, sin el temor de poner la pica y el barreno donde fuere necesario. Las grietas profundas tapadas con maquillaje de alta calidad podrán esconder durante algún tiempo los problemas estructurales pero no evitarán el derrumbe del edificio contractual con mucho más lamentables consecuencias.

<sup>33</sup> Castillo Freyre, Mario: "Instituciones del Derecho Civil Peruano" Tomo III, Pág. 2058.

<sup>34</sup> Arias Schreiber, Max: "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo II, Pág. 183.