

Algunas notas a considerar para la lectura del Código Civil en materia de Suministro



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Lima.
Miembro del Consejo Consultivo de la Asociación Civil **ADV Editores**.

SUMARIO:

- I. Breve Nota Introductoria.
- II. Primera Nota, tipo contractual: artículo 1604.
- III. Segunda Nota, duración indeterminada: artículo 1613.
- IV. Tercera Nota, Preferencia: artículos 1614 y 1615.
- V. Cuarta Nota, Promoción de Venta: artículo 1618.
- VI. Nota Final.



"Lo importante es no dejar de hacerse preguntas"

Albert Einstein

I. BREVE NOTA INTRODUCTORIA

El presente ensayo ha sido elaborado sobre la base de lo que es materia de debate y propuesta en el aula universitaria sobre distintos aspectos del contrato de suministro, negocio respecto del cual son contados los estudios en nuestra literatura jurídica, a diferencia por ejemplo de la compraventa o del arrendamiento, por lo que representa una suerte de "contrato olvidado" –categoría en la que me atrevo a incorporar al contrato de hospedaje–. Mi agradecimiento al Comité de Edición de la revista **ADVOCATUS** que me extiende la oportunidad de compartir algunos comentarios tratándose de esta modalidad contractual. Al igual que en ocasiones anteriores y más allá de sus inocultables limitaciones, confío en que el presente trabajo pueda generar el interés crítico del lector.

Si bien existen diversos aspectos del contrato de suministro susceptibles de ser comentados, por razones de tiempo y espacio me limitaré a cuatro temas puntuales sobre su regulación legislativa, en función de lo que estimo como materias de especial relevancia.

No puedo dejar de considerar en esta breve nota introductoria y para fines de apreciar los alcances de la regulación legislativa sobre el suministro, al proceso de unificación de las obligaciones civiles y comerciales en el cual se adscribiría la dación del Código Civil de 1984, proceso que explica –por ejemplo– los alcances de su artículo 2112, el mismo que derogó las disposiciones del Código de Comercio tratándose de los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito

y fianza, de manera que aquéllos quedaron regulados por las normas del Código Civil, más allá que correspondan a un acto comercial y de los efectos que se desprenderían de dicha situación. Y es que, conforme ha expresado BENAVIDES en un lúcido trabajo sobre el suministro publicado en esta misma revista¹, este contrato es definitivamente el más "mercantil" de los diversos contratos regulados en el Código Civil², lo cual debería ser necesariamente considerado al momento de postularse interpretaciones sobre su regulación "civil", por cuanto no debería haber un desfase entre la realidad negocial, propia del intercambio o tráfico económico –que define los tipos contractuales sociales– y la regulación legislativa que reconoce a los tipos contractuales sociales –tipicidad legislativa–.

Por último, dejo constancia que algunos temas del presente trabajo fueron ya expuestos con ocasión del Seminario de Derecho Civil Patrimonial "*¿Nuevas tendencias contractuales o clásicos remedios?*", organizado por **ADVOCATUS** y desarrollado en julio de 2007 en la Universidad de Lima. Habiendo transcurrido en un abrir y cerrar de ojos más de cinco años, en los cuales ha proseguido la actividad de intercambiar ideas e impresiones sobre el particular, persisto temerariamente en las lecturas propuestas tratándose de los alcances de los pactos especiales relacionados al suministro, aunque también reconozco que dichas propuestas no dejan de generar interrogantes.

II. PRIMERA NOTA, TIPO CONTRACTUAL: ARTÍCULO 1604

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

1. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *De comerciantes, protectores y justicieros: Algunos comentarios al contrato de suministro en el Código Civil peruano*. Artículo publicado en: **ADVOCATUS** Nueva Época – revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, primera entrega, Lima, 1998.
2. Es más, me atrevo a afirmar que de no haber habido el señalado movimiento de unificación de obligaciones, la tipificación legislativa del suministro hubiese correspondido probablemente a la competencia comercial antes que a la civil, pero no fue así por el progresivo proceso que afecta la subsistencia misma del Código de Comercio, cuerpo legislativo que ha sido superado –vía derogaciones parciales– por un amplísimo número de leyes especiales en función a las necesidades negociales.

1. El contenido de este artículo ya ha generado críticas formales a las cuales me remito.³ Resulta cierto que lo más adecuado hubiese sido expresar que el suministrante se obliga frente al suministrado –y no, en general, frente a “otra persona”– a entregarle bienes de manera periódica o continua, pero la redacción actual del artículo bajo comentario –que se refiere a la ejecución de prestaciones, lo cual es aplicable –por su generalidad– a todo contrato en función a su objeto obligacional sancionado en el artículo 1402 del Código Civil– puede ser interpretada adecuadamente sin mayor complicación, considerándose que el lenguaje legislativo no es necesariamente tan preciso como el académico, de manera que debe distinguirse entre lo que es criticable en función de forma de aquello que lo es por razones de fondo. Lo que ocurre es que si la fuente legislativa italiana se refiere a la ejecución prestacional de una persona –suministrante– en beneficio de otra –suministrada–, no es lo más apropiado “mejorar” dicha redacción y consignar que se trata de la ejecución prestacional a cargo del suministrante en favor de otra persona, o se les designa a ambas partes con la denominación contractual que les corresponde o no, pero no puede “mejorarse” la redacción a medias.

Estimo que hay dos grandes temas –relacionados a la delimitación del tipo contractual del suministro, esto es, a su identidad negocial– que requieren ser considerados.

El primero de ellos radica en determinar si el suministro se asocia o no con cualesquiera “bienes” en general, y el segundo consiste en

determinar si el suministro puede ser celebrado indistintamente a título oneroso o gratuito.

1.1. Los bienes –en palabras de CASTAÑEDA⁴– corresponden a un concepto jurídico no sólo más moderno sino además más amplio que el de cosas, representando una categoría omnicompreensiva.

Las cosas son objetos corporales o materiales; los bienes no sólo son cosas, sino que pueden también poseer naturaleza incorporal o inmaterial, esto es, incluyen a los derechos –en el sentido más amplio del término–, comprendiendo créditos, derechos relativos a la propiedad intelectual, intangibles, etc.⁵ Nuestro Código Civil, en materia general de tipificación contractual, ha sustituido el término “cosas” por “bienes”, ya que esto último corresponde finalmente a todo aquello susceptible de valoración patrimonial en función a su utilidad destinada a satisfacer necesidades humanas, de manera que el intercambio económico voluntario pueda realizarse sin mayores restricciones, privilegiándose lo que podría denominarse como una función sistémica de la contratación.⁶

Los bienes –como objeto de tráfico económico– se contraponen a los servicios, más allá que los señalados bienes sean materiales o no. Si bien en todo intercambio la actuación humana tiene un rol innegable porque es finalmente una manifestación de cooperación, la contratación sobre servicios incide en que la actuación humana es fundamental y que el interés del acreedor se estructura en función de ella.

3. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos*, tomo I, *El contrato de suministro – El contrato de donación*. En: Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XIX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

4. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*, cuarta edición, s/indicación editorial. Lima, 1973, p.19.

5. ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*, segunda edición comentada, tomo I, s/indicación editorial. Lima, s/fecha, p. 22.

6. Esta función sistémica surge por el hecho que en el ámbito del derecho civil patrimonial la voluntad ha dejado ser progresivamente su eje medular, privilegiándose una visión social de las respectivas instituciones comprometidas, en el sentido que la propiedad, la contratación y la responsabilidad civil se aprecian y se estructuran funcionalmente considerando un determinado impacto económico en el tráfico jurídico de bienes y servicios, al estimarse que dichas instituciones sirven también para satisfacer mediatamente intereses que trascienden de los individuales comprometidos directamente.

Nuestro Código Civil adscribe al suministro dentro de la categoría de contratos relacionados al intercambio sobre bienes, no sobre servicios, siendo que estos últimos son regulados bajo el régimen de "prestaciones de servicios" – en cualquiera de sus modalidades –. Por lo tanto, aplicando los criterios lógicos de "calificación jurídica" de un determinado negocio contractual⁷, esto es, la determinación de la disciplina aplicable al contrastar el contenido concreto con el tipo abstracto definido normativamente, no resulta posible en nuestro medio calificar como suministro a un contrato en el cual una de las partes se compromete esencialmente a cierta conducta –por más que concluya en la entrega de bienes–, dado que la naturaleza de este último acuerdo corresponderá al de una prestación de servicios, siendo que en Derecho valen los contenidos antes que las denominaciones. Sobre el particular, merece destacarse que los tipos contractuales son inderogables por su propia naturaleza, de manera que la autonomía privada permite someterse a un determinado régimen contractual, pero sobre la base que el negocio – concreto – celebrado calce con su descripción, identidad o tipo – abstracto – normativo. En cualquier caso, no debe olvidarse que el hecho que un determinado contrato no coincida con cierta tipificación –sea social –contratos nominados– o legislativa –contratos típicos– no afecta su existencia ni eficacia en función a la libertad de configuración inherente a la autonomía privada y a la finalidad práctica perseguida finalmente, sin perjuicio que existen límites de maniobra para dicha autonomía y que están representados por las normas que interesan al ámbito de lo imperativo, así como al orden público y buenas costumbres.

Conforme a lo expuesto, en nuestro sistema legal no hay suministro sobre servicios, por más que este último corresponda a lo que puede ser calificado doctrinariamente como la noción "amplia" del suministro, esto es, al contrato que pueda recaer no sólo sobre cosas –sean para consumo o para uso– sino inclusive sobre servicios, conforme explica FERNÁNDEZ DEL MORAL.⁸ Estamos sujetos a una determinada opción legislativa, opción que evita una innecesaria duplicidad de figuras contractuales –suministro y prestaciones– para regular a un mismo negocio.⁹

La cuestión radica en que la noción de "bienes" –por ser omnicompreensiva– es amplia por naturaleza, por lo que cabe cuestionarse si todos los bienes, conforme están clasificados en los artículos 885 y 886 del Código Civil, son susceptibles de incorporarse al objeto de un contrato de suministro, máxime cuando su tipo se refiere a una entrega periódica o continua. ¿Puede acordarse un suministro sobre signos distintivos asociados a la propiedad intelectual, o un suministro que recaiga sobre créditos?, o ¿puede convenirse un suministro inmobiliario, de carácter predial, o que recaiga, por ejemplo, sobre concesiones mineras que, conforme a su propia legislación, representan un bien inmueble distinto al predio en el cual se ubican?

Respuesta puntual y concreta: no.

Aunque la categoría "bienes" incorpora las nociones de cosas y derechos, y excluye la de servicios, estimo que para fines del suministro la mención legislativa a "bienes" debería interpretarse, en principio, como referida a las cosas –bienes materiales, corpóreos, esto es, tangibles–, conforme está previsto en el Código

7. ROPPO, Vincenzo. *El contrato* –traducción a cura de Eugenia Ariano–. Gaceta Jurídica S.A., primera edición peruana, Lima, 2009, pp. 401 y 402.

8. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes. *El contrato de suministro. El incumplimiento*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1992, pp. 199 y 200.

9. Este tema de "evitar las duplicidades" es un criterio constante al pretenderse delimitar el ámbito de aplicación del suministro, para identificarlo negocialmente, conforme se tratará más adelante en lo que concierne a la distinción entre suministro en propiedad –consumo– y en uso –goce–.

Civil italiano de 1942¹⁰, el mismo que representa la fuente legislativa en la cual se “inspiró” el legislador nacional. Y es que, ¿cómo puede haber propiamente entrega de aquello que es inmaterial?¹¹

El suministro se asocia a una determinada actividad, abastecimiento: entregas a realizarse por el suministrante en función a las necesidades operativas del suministrado sostenidas en el tiempo.¹²

De otro lado, el hecho que el suministro sea una modalidad comercial que deriva de la compraventa y, de manera específica de la compraventa mobiliaria sobre cosas de carácter fungible por lo general –sin dejar de destacar su carácter consumible o perecible, conforme se destacará más adelante–¹³, no es un aspecto que puede ser obviado en el análisis bajo comentario. El suministro no sólo es ajeno a bienes de naturaleza inmaterial o incorpórea, sino que tampoco puede referirse a bienes inmuebles, por cuanto se trata de un contrato orientado a satisfacer determinada necesidad, el abastecimiento operativo –sea de consumo o de uso– sostenido en el tiempo. Y es que tratándose de los bienes incorporales se advierte que los mismos no son propiamente susceptibles de entrega material, de un “dar”. Y en lo referente a los inmuebles, aunque poseen ciertamente de corporeidad, carecen de las notas de fungibilidad y perecibilidad, por lo que resulta forzado asumir que

son susceptibles de entregas periódicas o continuadas por parte de un suministrante para fines de satisfacer una necesidad de abastecimiento sostenida en el tiempo.

Sin perjuicio de lo señalado, debo referirme al tema de las fuerzas o energías –que poseen carácter mobiliario conforme al artículo 886 del Código Civil– respecto de las cuales, de alguna manera, podría sostenerse que tienen un elemento de materialidad al ser tangibles o perceptibles sensorialmente.¹⁴

MESSINEO estima¹⁵, por ejemplo, que las fuerzas o energías –luz, agua, gas, etc. – pueden ser materia de suministro, lo cual puede generar ciertas dudas, dado que el régimen de la prestación de servicios podría estimarse probablemente como el mecanismo contractual más apropiado para fines de su aprovisionamiento ya que éste demanda de una determinada actividad fundamental a desarrollarse como obligación de resultado. Empero, si por cosa entendemos aquello que es apropiable en sentido lato, distinguiendo inclusive lo que es tangible de lo material o corpóreo en sí, no habría objeción para considerar como tal a las fuerzas o energías, dado que lo cierto es que estas últimas no calzan con la noción de derechos –dentro de la categoría general de bienes– al estar desprovistos estos últimos de toda materialidad o corporeidad, siendo que las fuerzas o energías se ponen finalmente a disposición del beneficiario para su

10. El artículo 1559 del *Codice* establece lo siguiente: *La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose.* Conforme se aprecia, las entregas comprometidas son respecto de cosas y no a bienes en general.
11. Queda descartada la invocación de una tradición o entrega sucedánea o ficta, por cuanto conforme se desprende de los artículos 902 y 903 del Código Civil, respectivamente, las mismas presuponen materialidad de lo que en principio bien podría entregarse real o físicamente.
12. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos Parte Especial*, tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, págs. 199 y 200.
13. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, Lourdes. *Op. Cit.*, pp. 194 y ss.
14. ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro. *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática.* Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, colección jurídica; Palestra Editores S.A.C., Lima, 2009, p. 41.
15. MESSINEO, Francesca. *Manual de Derecho Civil y Comercial* –traducción de Santiago Sentis–, tomo V –Relaciones obligatorias singulares–. Ediciones Jurídicas Europa–América, Buenos Aires, 1979, p. 151.

uso, siendo que su existencia y su entrega son perceptibles.

Aunque nuestro Código Civil no señala un ápice sobre estos temas, lo comentado está orientado a tratar de delimitar el ámbito de aplicación del suministro, atendiendo a lo que se desprende no sólo de la doctrina¹⁶ y de la legislación comparada sino del intercambio mismo. No debe olvidarse, y esto se constata o debiera constatar-se en el ejercicio profesional, que las categorías jurídicas y las regulaciones legislativas deben tener arraigo en la realidad, de lo contrario pierden sentido y utilidad.

Pero tampoco se trata de sostener que el suministro recae sobre cualquier cosa mueble, sino que su objeto es sólo relativo a la entrega de cierta clase de cosas muebles.

Si bien suministrar puede significar, desde la perspectiva del idioma, proveer a alguien de algo que necesita, esto es, dar o entregar; no es lo mismo proporcionar –dentro de la categoría general de bienes muebles materiales– insumos o bienes intermedios para un proceso de elaboración que proporcionar bienes finales, manufacturados o terminados.

En rigor, como bien sostiene BENAVIDES, el suministro se asociaría de hecho a la señalada primera clase de bienes, siendo que en el caso de bienes finales, manufacturados o terminados, la distribución sería probablemente la modalidad comercial pertinente, por más que aquéllos puedan ser –al igual que los insumos o bienes intermedios, fungibles.¹⁷ Resulta pertinente reiterar que el suministro se conviene para satisfacer necesidades operativas del suministrado en el tiempo, para asegurarle un aprovisionamiento mediante la celebración de un solo negocio,

evitándose celebrar sendos contratos según sea el número de entregas que se requieran en el tiempo, por lo que se trata de un contrato de tracto único estructurado en función al interés del suministrado, garantizándose lo que bien podría llamarse un “flujo” de entregas en el tiempo. En cambio, el contrato de distribución se celebra para repartir o comercializar bienes, cosas, conviniéndose en función del interés comercial del distribuido, quien utiliza o emplea al distribuidor –quien actúa por su propio nombre y cuenta– como uno de sus canales de comercialización, por más que también exista un interés económico de este último por los beneficios que le pueda representar el ejercicio de la indicada actividad.¹⁸ De no haber tal diferencia, los contratos de suministro y distribución se identificarían de hecho, careciendo de sentido que hubiesen adquirido autonomía conceptual y negocial. Recordemos la conveniencia de evitar innecesarias duplicidades.

Admito que podría sostenerse, con mayor aparente razón al no haber restricción de carácter legislativo en la regulación del respectivo tipo contractual, que nada impide que un bien final, manufacturado o terminado pueda ser objeto material de entrega en un suministro, en particular –más no de manera única– de un suministro de uso. La cuestión radica en que allí podría generarse una duplicidad de fin práctico con el contrato de arrendamiento. En nuestro medio, ARIAS-SCHREIBER manifiesta que no hay tal duplicidad porque existen diferencias entre un contrato de suministro en uso –goce– y un arrendamiento¹⁹, las mismas que radican en la reiteración de las entregas –lo cual es manifiesto en el suministro de ejecución periódica– y en la singularidad de las prestaciones –aunque esto último es inherente al tracto sucesivo, que

16. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, pp. 150 y 151.

17. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 104 y 105.

18. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. Cit.*, pp. 257 a 261.

19. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*, tomo II –*Compraventa / permuta / suministro / donación / mutuo / arrendamiento*–, con la colaboración de CARDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTÍNEZ COCO, Elvira. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1998, p. 178.

es uno de los caracteres jurídicos comunes entre ambas modalidades negociales-. Ante ello, BENAVIDES postula la tesis conforme a la cual el suministro debería ser un contrato conceptualizado, en rigor, como de consumo o en propiedad, ya que para fines de tomar cosas en uso -para restituir las luego- existen otras figuras contractuales que resulten pertinentes²⁰, por más que el modelo legislativo italiano haya considerado la posibilidad de pactar un suministro en uso -o goce-.²¹

Sobre el particular, creo que hay que introducir algunas precisiones, y para ello me remito al mutuo, contrato que recae no sólo sobre dinero sino sobre bienes muebles corpóreos, fungibles y consumibles -que acabamos de identificar como ámbito material y natural del suministro-, por lo que también se le denomina préstamo de consumo -con la consiguiente transferencia de propiedad- a diferencia del préstamo en uso -goce- que corresponde al comodato.

La diferencia entre los préstamos de consumo y de uso radica en la identidad del bien -cosa- que corresponde a su objeto material.

Si el bien es consumible se está en el ámbito del mutuo -que conlleva una transferencia de propiedad que me atrevo a calificar como meramente circunstancial, al explicarse por la naturaleza del bien comprometido, dado que no puede olvidarse que se está ante un préstamo, temporal por naturaleza-, por lo que en su momento sólo habrá devolución a través de otro bien equivalente en especie, cantidad y calidad -fungibilidad-. En cambio, si el bien no es consumible, el préstamo -temporal por naturaleza -reitero-, ya no conlleva -no justifica- transferencia de propiedad -implica que ese mismo bien deberá restituirse -identidad-. Así, en el mutuo podemos referirnos estrictamente a una devolución, en cambio en el comodato -y en el arrendamiento- a una restitución -el mismo bien, no uno similar en especie, cantidad

y calidad, aunque incorporando obviamente el desgaste por el uso-.

Los conceptos anteriores pueden aplicarse a las modalidades de suministro en consumo y en uso.

El tema no radica sólo en diferenciar si el bien es un insumo o no, excluyéndose por consiguiente del suministro a los bienes finales, manufacturados o terminados. La diferencia se estructura en la naturaleza consumible o no consumible de la cosa mueble comprometida, sobre la base que sea fungible. Un suministro de consumo parte de la premisa que la cosa sobre la cual recae es consumible -de manera que perecerá o se transformará como consecuencia de su uso ordinario-, por lo que se explica perfectamente que se adquiera su propiedad -y se pague por ello, conforme se desarrollará luego-, siendo emblemático el caso de los bienes insumos, careciendo de relevancia la fungibilidad para estos efectos, dado que la misma es obvia -conforme también luego se destacará-, siendo que los bienes suministrados no se devuelven. Bajo esta premisa se encuentra también el suministro de fuerzas o energías. En cambio, el suministro de uso parte más bien de otra premisa porque pone el acento en que la cosa es fungible, aunque no sea consumible, por lo que en su oportunidad se devolverá al suministrante, no se restituirá porque carece de identidad propia.

Conforme a lo anterior, no habría duplicidad negocial entre el suministro en uso -goce- y el arrendamiento -extensivo además inclusive al comodato- porque estos últimos contratos se estructuran en función de la regla según la cual el bien materia del negocio carece de naturaleza consumible y, de tenerla -excepcionalmente-, se incorpora un pacto de "no hacer", en el sentido que se devolverá sin consumirse, siendo que en cualquiera de dichos casos, el bien no es fungible, dado que el arrendamiento -al igual que el comodato- implica restitución

20. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 100 y 101.

21. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, p. 151.

del mismo bien entregado –identidad que no es posible cuando el compromiso de devolución opera por otro bien de la misma especie, cantidad y calidad–.

No obstante, uno debe cuestionarse si dicha diferencia –de admitirse que sea efectivamente tal– no es sino una exquisitez de detalle, ajena a la realidad. Uno debe cuestionarse si desde la óptica comercial resulta clara y manifiesta la distinción entre un suministro oneroso en uso y un arrendamiento, porque de no ser así hay un problema por resolver. Si el suministro es un contrato orientado a satisfacer las necesidades operativas del suministrado que se generen en el tiempo, ¿tiene sentido celebrar un suministro de uso conforme al cual se reciben bienes –los mismos bienes– para luego devolverlos, y así sucesivamente?, ¿no sería ello una suerte de convenio marco de arrendamiento?, ¿resulta satisfactoria la explicación que la diferencia radica en la reiteración de entregas, o que en el caso del suministro en uso hay devolución pero en el caso del arrendamiento se debe la restitución?

De acuerdo a lo expuesto, para fines de la calificación contractual, bien podría concluirse que tratándose de bienes muebles tangibles no consumibles las modalidades contractuales relacionadas a su uso temporal serían las de arrendamiento y comodato –aplicables también en caso se pacte la modalidad a “sola exhibición”, cuando se trate de bienes consumibles–, contratos que presuponen infungibilidad del bien porque éste deba restituirse, y no devolverse simplemente. En cambio, tratándose de bienes muebles tangibles consumibles y fungibles, la modalidad relacionada a su uso temporal sería la de mutuo, siendo que de mediar una efectiva transferencia de propiedad, se estaría ante el suministro en propiedad o consumo. Y en caso

que el respectivo bien mueble tangible fuese fungible más no consumible: suministro en uso.

Sobre este tema de identidad negocial, la definición contenida en el artículo 1604 del Código Civil poco o nada ayuda a esclarecer la cuestión.

De otro lado, manteniéndonos en el análisis de la clase de bienes sobre los que versa el objeto material del contrato de suministro, por tratarse de un aprovisionamiento de cosas, proyectado en una sola operación negocial en el tiempo –en ello radica propiamente su característica de tracto sucesivo–, resulta manifiesto que el suministro no sólo recae sobre bienes muebles tangibles, sino que los mismos son ordinariamente futuros, en el sentido que no requieren existir a la fecha de celebración del contrato, ya que resulta suficiente que sean susceptibles de existencia –probabilidad antes que una mera posibilidad, lo cual explica la determinación del suministrado de contratar, asegurándose el “flujo” de las futuras entregas para fines de sus necesidades operativas–, existencia que será bajo las mismas condiciones de identidad, lo cual representa a mi entender un mayor argumento para destacar la característica de fungibilidad de los bienes que sean objeto material del suministro.

Conforme a ello, si bien la contratación sobre bienes futuros admite dos modalidades²²: cosa esperada y esperanza incierta, siendo que la primera se presume legal y relativamente, mientras que la segunda demanda de pacto expreso por las consecuencias que se desprenden del riesgo asumido, resulta manifiesto que en materia de suministro –por la naturaleza de las cosas, entendiéndose como tal al interés comprometido– sólo correspondería celebrarlo bajo la modalidad de cosa esperada, lo cual implica que no

22. Me remito a los artículos 1409 –“La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: 1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley. 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.”– y 1410 –“Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio. Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley.”– del Código Civil.

se asume riesgo de existencia, encontrándonos frente a un contrato conmutativo, descartándose toda aleatoriedad ya que al suministrado –en cuyo interés se celebra el contrato– pretende asegurarse un abastecimiento de cosas en el tiempo, encontrándose dispuesto a realizar el sacrificio patrimonial a su cargo –pago de la contraprestación– en la medida que las entregas sean finalmente una realidad, más allá que el pago se realice por adelantado o no.

En síntesis, cuando el Código Civil en su artículo 1604 se refiere a la ejecución de prestaciones de bienes, las entregas que representan dicha ejecución prestacional sólo pueden entenderse respecto de bienes muebles, materiales o corpóreos –cosas–, tangibles en sentido general, de carácter fungible y que –proyectados en el elemento temporal– poseen futuridad. Dicha categorización tiene además estrecha relación con la naturaleza del suministro, esto es, si es un contrato asociado a la transferencia de propiedad o al uso de bienes, clasificación que corresponde a las nociones de suministro de consumo y de uso, respectivamente; categorización que debe además tenerse presente para conceptualizar al suministro de manera restrictiva –contrato que conlleva necesariamente transferencia de propiedad por la naturaleza de los bienes –cosas– sobre los que recae, consumibles–, intermedia –contrato que no implica necesariamente transferencia en propiedad, porque puede serlo sólo para fines de uso, en función a que el bien no sea consumible– o amplia –contrato que no sólo recae sobre bienes muebles, consumibles o no, sino que se extiende a servicios, aunque

esta posición –conforme he destacado– ha sido descartada por el legislador nacional–.

1.2. Y el segundo gran tema relacionado a la tipificación del contrato de suministro radica en determinar si se trata o no de un negocio oneroso.

De acuerdo a ARIAS-SCHREIBER²³, si bien el suministro es oneroso en principio, no existe impedimento para pactar su carácter gratuito, de manera que puede corresponder a una liberalidad.²⁴ Al respecto, el legislador nacional, de manera concreta en la última etapa del proceso de elaboración del Código Civil vigente –a nivel de la denominada “Comisión Revisora”– se apartó del modelo legislativo italiano que reconoce la onerosidad del suministro y sancionó expresamente –al regular lo concerniente a la forma del contrato– la posibilidad de su gratuidad. El argumento que pretendería justificar la “innovación” radica en la necesidad de promover el poder negocial de las partes –una suerte de “empoderamiento” jurídico–, el mismo que no puede estar limitado por una determinada tipología, de manera que sean las propias partes las que decidan si el suministro es oneroso o no.

No obstante dicha explicación, el señalado jurista expresa que en la práctica no ha tenido oportunidad de tener a la vista un contrato de suministro gratuito.

Coincido con BENAVIDES²⁵ en el sentido que la ausencia del requisito de onerosidad en el tipo legislativo del suministro es un desacierto,

23. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. Cit.*, p. 180.

24. Llama la atención la extraña sinonimia entre gratuidad y liberalidad, ya que en rigor no son lo mismo. La gratuidad –contrapuesta a la onerosidad– se asocia a las ventajas o desventajas que se desprenden objetivamente del intercambio derivado de la celebración de un contrato, la gratuidad implica que una de las partes sólo obtiene beneficios sin realizar sacrificio alguno en su patrimonio. La liberalidad es una categoría que va más allá de los contratos y se asocia a la intención o espíritu que explica determinado acto o negocio en general, por lo que corresponde al *animus de querer beneficiar* –afectación patrimonial– sin que preexista compromiso alguno y, por consiguiente, sin pretender la exigibilidad de ventaja alguna –llámese o no contraprestación–: intercambio altruista, como comenta ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, pág. 351. Si bien toda liberalidad como antecedente de una celebración contractual deriva en una gratuidad, no toda gratuidad presupone liberalidad, de allí que correspondan a nociones distintas.

25. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 98 y 99.

siendo que el tipo legislativo no se identifica con el social, ya que lo normado no se condice finalmente con la realidad comercial.

El suministro no es sino una derivación del contrato de compraventa, siendo inclusive que el análisis de esta figura es realizado por diversos autores dentro del practicado al contrato de compraventa²⁶ –lo cual se explica al no haber sido tipificado legislativamente el suministro en su respectivo país, aunque en los usos y costumbres ya se haya producido la respectiva desmembración conceptual con la consiguiente adquisición de autonomía negocial–. Siendo el contrato de compraventa de carácter oneroso, el suministro debería seguir igual regla. En todo caso, así como el contrato que deriva en la transferencia gratuita de propiedad representa un tipo negocial distinto al de la compraventa, igual criterio debió ser considerado para fines del suministro.

Conforme a lo expuesto, así como no existe compraventa gratuita, un suministro gratuito no sería realmente un suministro, al margen que las reglas de este contrato puedan aplicársele en cierta medida por analogía. Se estaría ante un contrato atípico.

De otro lado, la invocación de la autonomía privada y del poder negocial de las partes de regu-

lar los términos y condiciones del intercambio económico en función a sus intereses concretos, no justifica la necesidad de modificar el tipo o descripción contractual de carácter abstracto, no sólo por una cuestión principista, conforme a la cual los tipos contractuales –tipicidad legislativa– no los crea el legislador –según su saber y entender– sino que corresponden al reconocimiento de la realidad negocial misma –tipicidad social– que identifica las reglas aplicables, sino porque la necesaria onerosidad del suministro no impide que las partes puedan convenir un contrato con la misma finalidad práctica pero con carácter gratuito que sería un atípico. Conforme a esto último, podemos referirnos al caso de la locación de servicios, contrato que es definido legislativamente como oneroso pero sin que ello impida que pueda convenirse una prestación de servicios gratuita –conforme se aprecia en los hechos–, sólo que la misma no es ni será estrictamente una locación de servicios –ya que los tipos contractuales legislativos son inderogables²⁷–, aunque se le aplicará finalmente –en función a su orientación práctica– en gran medida el mismo régimen por analogía, sin perjuicio de la aplicación general del régimen de prestaciones de servicios.

Además, sobre la base que el suministro es un contrato de índole comercial por naturaleza, resultaría extraña una relación de gratuidad²⁸

26. Así ocurre, por ejemplo, con URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., vigésimo cuarta edición, Madrid, 1997, pp. 672 y 673.

27. Resulta pertinente destacar que en materia de tipificación contractual, la misma puede ser graduada en cuanto su rigurosidad para calificar la naturaleza concreta de un determinado contrato. Hay tipificaciones de contenido amplio, intermedio y reducido. La compraventa es un contrato de tipificación reducida porque el artículo 1529 del Código Civil lo define como uno de cambio relativo a la transferencia de propiedad, oneroso y cuyo precio se paga necesariamente en dinero –o con algo de dinero, como bien sabemos, atendiendo a la figura del denominado “precio mixto”–. El arrendamiento está sujeto a tipificación intermedia porque del artículo 1666 del Código Civil no se desprende el contenido de la renta –como sí ocurre tratándose del precio– como contraprestación por la cesión temporal en uso de un bien, de manera que puede ser dineraria o no, total o parcialmente, siendo posible inclusive que corresponda a una prestación distinta a un dar. Y el mandato es un contrato de tipificación amplia, porque la identidad del mismo no se afecta si el negocio se celebra a título oneroso –presumido relativamente– o gratuito, conforme a los artículos 1790 y 1791 del Código Civil. Me remito nuevamente a ROPPO, Vincenzo. *Op. Cit.*, pp. 398 a 400.

28. En nuestro medio TORRES VÁSQUEZ, Anibal –*El Contrato de Suministro en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1988, pág. 84– afirma que el suministro constituido a título de liberalidad, gratuito, rara vez se da en la práctica, dado que lo común es que se acuerde a título oneroso, siendo que de haber cláusulas dudosas sobre el particular, la interpretación debería postular la onerosidad, en donde el sacrificio de cada parte esté compensado con la obtención de un beneficio.

porque ésta significaría que el suministrante es quien asumiría únicamente sacrificios patrimoniales, sin contraprestación alguna, situación que resulta ajena a las operaciones y negocios comerciales ya que éstos poseen ordinariamente una finalidad lucrativa, esto es, sus agentes buscan una utilidad o beneficio como consecuencia del intercambio económico, siendo que la contraprestación permite al menos reponer el valor de lo transferido, garantizándose de dicha manera la "fuente" del suministro.

En tal virtud, la posibilidad de convenirse un suministro gratuito resulta inconsistente con la realidad negocial, por lo que el tipo contractual legislativo no debió apartarse del social, siendo ilustrativa la opción legislativa italiana. En cualquier caso, no debe olvidarse que la posibilidad de concertar contratos atípicos es la mayor acreditación del principio de autonomía privada en su vertiente de libertad configurativa, siendo que dicha atipicidad no afecta el carácter vinculante del negocio, propio de toda contratación.

7.3. En función de lo expuesto en los dos subnumerales precedentes, estimo que el tipo legislativo del contrato de suministro resulta cuestionable, siendo que su eventual modificación –que en rigor no es apremiante ni indispensable, "ni urgente ni necesaria"– debería limitarse a precisar el tema de la onerosidad, lo cual significaría no sólo introducir dicho aspecto en el artículo 1604 del Código Civil, sino además derogar correlativamente al régimen de forma *ad solemnitatem* establecido en el segundo párrafo del artículo 1605 del mismo cuerpo normativo²⁹, de manera que el contrato de suministro quedaría regulado como uno de carácter oneroso y sujeto en cuanto a su perfeccionamiento constitutivo a la formación consensual relativa, privilegiándose al medio escrito –de haberse seguido– como forma probatoria, aunque esto

no deja de ser finalmente una opción legislativa de la misma manera como pudo establecerse una consensualidad absoluta. Me inclino en cualquier caso por esto último, de la misma manera como la compraventa es el contrato consensual por excelencia, y siguiendo además la orientación de los contratos mercantiles que se estructuran como sujetos al régimen de libertad de forma para su perfeccionamiento constitutivo, por lo que competirá a las partes generar los medios probatorios idóneos relativos a la acreditación de la celebración del suministro.

De acogerse esta propuesta, la misma concordaría plenamente con las reglas contenidas en los artículos 1608, 1609 y 1610 del Código Civil, estructuradas en función a la onerosidad del suministro, siendo sintomático que sobre el aspecto de la gratuidad no haya mayor referencia normativa que la comentada sobre la forma contractual a observarse.

Es más, admitiéndose que el suministro es necesariamente un contrato oneroso, en defecto de estipulación expresa sobre precio, estimo que resultaría aplicable la norma sobre "precio habitual" prevista en materia de compraventa, por más que no exista una disposición legislativa de remisión, en función al origen del contrato bajo comentario que no es históricamente sino una derivación de la compraventa, máxime cuando el "precio habitual" se asocia al vendedor que se dedica a actividad comercial, la misma que es precisamente el ámbito natural del contrato de suministro.

En ese orden de ideas, me atrevo a sostener que en materia de suministro existe una presunción legal, relativa e implícita de onerosidad, de tal manera que el carácter gratuito debería convenirse expresamente, no pudiéndose deducir tal gratuidad por el solo hecho que el acuerdo

29. Régimen que ya resulta inadecuadamente regulado desde el instante que el legislador se refiere al caso del suministro celebrado "a título de liberalidad" como si ello fuese sinónimo de gratuidad. Si bien la liberalidad puede ser la causa de un contrato, éste en rigor o es oneroso o es gratuito. La donación no sólo corresponde a una liberalidad, sino que la transferencia de propiedad que genera en ejecución del respectivo acuerdo es gratuita, ya que el donatario no debe, ni tiene, que realizar sacrificio patrimonial alguno correlativo al beneficio obtenido.

negocial conste por escrito –ya que dicha forma no es incompatible con una eventual onerosidad– o que en el acuerdo se haya omitido lo concerniente a la fijación del precio.

Si admitimos que el suministro es un contrato de sólida raigambre comercial, que la nota característica de esta actividad está representada por el *animus lucrandi*, y que estamos ante una derivación de la compraventa que ha adquirido identidad propia en función al elemento temporal y al tracto sucesivo, en caso de duda por falta de declaración expresa, debería concluirse en la onerosidad antes que en la gratuidad del negocio.

III. SEGUNDA NOTA, DURACIÓN INDETERMINADA: ARTÍCULO 1613

“Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días”.

1. Un primer aspecto a considerar es que, como bien es sabido, el Derecho no reconoce la existencia de perpetuidad para aquellos contratos de ejecución sostenida en el tiempo, esto es, para los contratos de duración y de tracto continuo o sucesivo, de manera que está previsto un mecanismo de liberación que permite extinguir el correspondiente vínculo obligacional: artículo 1365 del Código Civil.³⁰ Esta norma legal establece la posibilidad que cualquiera de las partes contratantes pueda poner término de manera legítima a un contrato de duración o ejecución sostenida con una anticipación no menor de treinta días, porque de lo contrario tendría que aceptarse que la terminación sólo puede desprenderse de una común voluntad.³¹ Al igual como ocurre en materia del pacto de

retroventa, la indicación legislativa –contenida en la parte final del artículo 1365 del Código Civil– sobre la generación de una resolución contractual no será precisamente lo más idónea, pero tampoco se trata del fin de los tiempos, dado que el lenguaje legislativo no es precisamente riguroso en sentido académico, por lo que debe entenderse que la “resolución” se refiere en sentido amplio a una terminación, a una extinción del contrato.

2. En función de lo anterior, el tema radica en determinar si la regla bajo comentario se justifica normativamente o no.

De la lectura del artículo 1613 del Código Civil surge la cuestión de determinar si el criterio del legislador respecto a la terminación del suministro a plazo indeterminado es el mismo criterio considerado para fines del artículo 1365 del indicado cuerpo normativo, dado que admite que al suministro a plazo indeterminado se le puede poner término mediante aviso cursado con la anticipación convenida –primera regla: se está a lo pactado– y, en su defecto, con un preaviso no menor de treinta días –segunda regla, subsidiaria: aplicación supletoria de la ley–. Conforme a ello, se estimaría que a diferencia de cualquier otro contrato de duración, de tracto sucesivo, las partes pueden convenir la extensión temporal del preaviso, la cual puede ser menor, igual o mayor a la establecida legalmente; sólo en defecto de estipulación, operaría el plazo legal: preaviso no menor de treinta días, lo cual si sería coincidente con lo sancionado en el artículo 1365 del Código Civil.

¿El régimen del artículo bajo comentario es realmente distinto al previsto en el artículo 1365 del Código Civil?, ¿se está ante una norma particular frente a otra de alcances generales?

30. El artículo 1365 del Código Civil dispone lo siguiente: “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho”.

31. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general – Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, primera parte – Artículos 1351 a 1413–*, tomo II. En: Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 137.

3. De acuerdo al artículo 1365 del Código Civil, el preaviso de terminación contractual no debe ser inferior a treinta días. Podría sostenerse que al menos hay dos formas distintas de leer la norma: de un lado, que son las partes las que fijan la extensión temporal del preaviso, en función de las reglas sobre supletoriedad legislativa contenidas en los artículos 1354 y 1356 del Código Civil³² –lo cual implica postular implícitamente que el artículo 1365 del Código Civil carece de naturaleza imperativa en lo que concierne al plazo mínimo del preaviso– y, de otro lado, que no hay mayor cuestión que interpretar porque el texto legislativo es claro y puntual en el sentido que el preaviso no debe ser inferior a treinta días, de manera que la autonomía privada es la que define una extensión mayor, pero no puede establecer una menor.

Me inclino definitivamente por la primera lectura propuesta. En materia de contratación regulada por el Código Civil, la regla general es que las partes definen los contenidos, siendo que en esa definición –el denominado *autorreglamento* de intereses– el límite natural, auténtico *non plus ultra*, está representado por las normas imperativas –mandatarias o prohibitorias, según corresponda–, y aquellas que interesan al orden público y buenas costumbres. Conforme a ello, ¿corresponde el artículo 1365 del Código Civil a una disposición que compromete al orden público o a las buenas costumbres, o tiene un contenido imperativo?

Lo que establece la norma en cuestión es que en los contratos de duración, de tracto sucesivo, si alguna de las partes pretende ponerle término lo puede hacer siempre y cuando lo prevenga, y para ello establece la necesidad de un preaviso

mínimo de treinta días. Nada más. Esto es, en caso se vaya a actuar en función a dicha previsión legislativa, no se puede dejar de realizar el señalado preaviso y con la mínima extensión referida, otra cosa será que el interesado considere la pertinencia de un plazo mayor.

Pero no podemos olvidar la regla general contractual, la ley se aplica supletoriamente, por lo que primero se está a lo pactado, a lo definido por las propias partes –en la medida que no se vulnere el orden público, las buenas costumbres y las reglas imperativas–. Conforme a ello, si las partes hubiesen acordado un determinado régimen para que cualquiera de ellas pueda poner término al respectivo contrato, dicho régimen debería tener prevalencia porque se debe asumir para todo efecto que corresponde al interés de las propias partes; en consecuencia, resulta válido pactar un plazo distinto al legal –que sólo opera en defecto de pacto– o, simplemente, acordar que cualquiera de ellas podrá ponerle fin al negocio sin necesidad inclusive de preaviso –que conlleva la concesión de un plazo–, siendo suficiente una simple comunicación –lo cual significaría un acuerdo similar a uno de arrepentimiento o receso, aunque entendemos que este último opera más bien para contratos sujetos a plazo determinado–, considerando para esto último el carácter recepticio de todas las comunicaciones contractuales³³, a lo cual se refiere el artículo 1374 del Código Civil.³⁴

Sólo en la medida que no hubiese pactado sobre la materia, se aplicaría el artículo 1365 del Código Civil, cuya naturaleza es supletoria; pero que una vez que resulta aplicable, debe observarse rigurosamente en su contenido, de allí que el preaviso de terminación no puede

32. El artículo 1354 del Código Civil dispone lo siguiente: *“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”; por su parte, el artículo 1356 del mismo establece: “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.*

33. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. Cit.*, pp. 276 a 278.

34. El artículo 1374 del Código Civil dispone lo siguiente: *“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza...”.*

estar sujeto a la discrecionalidad absoluta de la parte interesada, la que debe cumplir con un determinado plazo mínimo. Otra cosa será que la terminación contractual no sea unilateral y que provenga de un mutuo disenso.

La interpretación anterior está además corroborada por la realidad negocial misma.

Más de uno debe haber leído algún instrumento contractual que contiene una cláusula que no guardaría aparente consistencia con lo sancionado en el artículo 1365 del Código Civil, en cuanto establece que cualquiera de las partes podrá poner término al contrato con un preaviso inferior a los treinta días previstos legalmente, por ejemplo, con siete días de antelación. ¿Debe asumirse que dicha estipulación es nula, de conformidad con el artículo 210, inciso 3, del Código Civil, concordado con el artículo 224 del mismo cuerpo legislativo?, ¿debe asumirse que, de ser nula la señalada estipulación, el ejercicio del respectivo derecho potestativo no genera los efectos extintivos perseguidos y que, en consecuencia, el contrato sigue vigente aún cuando las partes asuman la extinción del contrato?, ¿debe entenderse que el pacto corresponde a un derecho de arrepentimiento o receso, a pesar que el contrato no haya estado sujeto a plazo determinado?, ¿o se está finalmente ante un mutuo acuerdo implícito sobre terminación contractual? No hay necesidad de generar tantas preguntas y, sobre todo de desconocer la realidad y proponer lecturas "creativas" de los hechos, cuando se parte de la premisa que el artículo 1365 del Código Civil no corresponde a una norma imperativa, por lo que son las propias partes las que definen el libreto contractual –en principio, al menos–, libreto que se estructura en el momento de celebración del contrato. Lo que sí se debe tener muy presente es que, en defecto de pacto, el artículo 1365 del Código Civil es de ineludible cumplimiento para llenar la respectiva "laguna contractual", aplicación supletoria que integra lo que en su momento –celebración– fue declarado.

4. Atendiendo a los comentarios precedentes, retomamos la cuestión inicial, ¿el régimen del artículo bajo comentario, en materia de

suministro de duración, a plazo indeterminado, es realmente uno privativo, distinto al previsto en el artículo 1365 del Código Civil?, ¿estamos ante una norma particular frente a una de alcances generales?

En alguna oportunidad he escuchado el argumento conforme al cual las reglas contenidas en los artículos 1365 y 1613 del Código Civil corresponden finalmente al mismo régimen, porque la posibilidad que las partes puedan pactar el plazo aplicable al preaviso de terminación sólo opera en la medida que se respete el plazo mínimo legal. De ser así, debería también concluirse que no se justificaría la existencia del artículo 1613 del Código Civil, ya que la regla de su artículo 1365 sería más que suficiente.

Dicha lectura debe reconsiderarse en lo que se refiere al plazo mínimo como inderogable.

Ya se ha determinado que son las partes las que definen el mecanismo o procedimiento para poner término al contrato de tracto sucesivo sujeto a duración indeterminada, pero sin que ello implique obviar los alcances del artículo 1374 del Código Civil.

5. Atendiendo a que el artículo 1613 del Código Civil –al autorizar de manera general que las partes pueden convenir la extensión del preaviso para la terminación contractual– no establece limitante alguna en cuanto la extensión de dicho preaviso y que, en defecto de pacto, aquél no puede ser menor de treinta días, resulta manifiesto que puede acordarse irrestrictamente un preaviso por plazo menor o mayor, siendo que el régimen de terminación del contrato de suministro sujeto a duración o plazo indeterminado es exactamente el mismo que el establecido para cualquier contrato a plazo indeterminado, de tracto sucesivo. En consecuencia, bien puede concluirse que, de manera estricta, no se justifica la existencia de la norma en cuestión por repetitiva, ya que de no ser así también habría que haber incorporado una semejante tratándose del contrato de arrendamiento. Las disposiciones en Contratos Parte Especial sobre temas que ya hubiesen sido regulados en Contratos Parte General sólo se justifican a mi entender, en esas

circunstancias, cuando la norma especial tiene una singularidad que permite precisamente establecer su prevalencia; de lo contrario, se está ante una simple repetición.

No obstante lo anterior, no puede olvidarse que, conforme ha sido precedentemente destacado, el contrato de suministro se celebra para satisfacer necesidades operativas del suministrado en el tiempo, quien pretende asegurarse un aprovisionamiento mediante la celebración de un solo negocio, evitándose celebrar sendos contratos según sea el número de entregas que requiera en el tiempo, por lo que se trata de un contrato estructurado en función al interés del suministrado, garantizándose lo que bien podría llamarse un “flujo” de entregas, encontrándonos ante un contrato de duración.

La previsión legal en el sentido que cualquiera de las partes –suministrado o suministrante– tiene la posibilidad de poner fin al contrato mediante el respectivo preaviso, de la manera y en la oportunidad que hubiese sido convenida, siendo inclusive que dicho preaviso puede representar un plazo muy inferior al mínimo legal, o ser inclusive de eficacia inmediata, implica que el interés de aprovisionamiento por parte del suministrado no es concluyente, porque a través de un pacto expreso ambas partes contratantes acuerdan un régimen de terminación del contrato –más allá de quien tome la iniciativa– que puede afectar las expectativas del suministrado. Bajo la premisa que el suministro se estructura a favor del suministrado, en función de sus necesidades, lo razonablemente negocialmente sería seguramente pactar un contrato a plazo determinado, o acordar que el preaviso será inclusive por plazo mayor al mínimo legal supletorio, o en todo caso someterse al respectivo plazo legal. Pero desde el instante en que las partes acuerdan que el preaviso puede ser menor al establecido legalmente, están admitiendo que las necesidades del suministrado no son lo que estructuran concluyentemente al respectivo contrato.

IV. TERCERA NOTA, PREFERENCIA: ARTÍCULOS 1614 Y 1615

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

“En el caso previsto en el artículo 1614, la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia”.

1. Cláusula no es sinónimo de pacto. La preferencia es un pacto que forma parte de un determinado contrato, los pactos son acuerdos contractuales específicos, más allá que sean relativos o no al objeto mismo del contrato al cual se adscriben. La cláusula es simplemente un elemento o división formal de determinado documento convencional. Sin embargo, como bien se expresa en doctrina el contrato no es sólo norma –autorreglamento de intereses dignos de tutela y protección jurídica– sino hecho –acuerdo de voluntades que pone término a un proceso formativo, al menos tratándose de los paritarios–, siendo que también se entiende como contrato al documento que lo contiene. De ser así esto último, se entendería que los pactos están incorporados en las cláusulas del respectivo documento; pareciera que el legislador se hubiese colocado ante esta última acepción.

2. El hecho que la preferencia sea objeto de regulación legislativa en materia de suministro no significa que no pueda pactarse en un contrato de naturaleza diferente. En función al principio de autonomía privada, las partes deciden si contratan, con quién contratan y bajo qué términos contratan, siendo que en el caso de esto último –que corresponde a la libertad contractual o de configuración– deben observarse las reglas ya comentadas contenidas en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil así como en los artículos 1354 y 1356 del indicado cuerpo normativo, en el sentido que los parámetros del contenido contractual están delimitados por las normas que interesan al orden público, a las

buenas costumbres y a las de carácter imperativo, siendo supletoria la aplicación de la ley. Así, nada impide que pueda convenirse un pacto de preferencia en un contrato de arrendamiento o en uno de locación de servicios, aunque ello no esté legislativamente previsto, porque lo importante es que no esté prohibido –como sí ocurre en materia de compraventa– artículo 1582, inciso 2, del Código Civil—, de conformidad con la previsión constitucional conforme a la cual “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.³⁵

3. Lo cierto es que, siguiendo el modelo legislativo italiano –con ciertas variantes³⁶–, el Código Civil de 1984 regula expresamente lo relativo al pacto de preferencia en materia de suministro y lo hace, en mi opinión³⁷, de manera imprecisa, ya que de la lectura de las normas anteriormente reproducidas surgen una serie de cuestiones, tales como, ¿se trata de un pacto cuya existencia se justifica independientemente del pacto de exclusividad?, ¿se trata de un pacto que puede ser ejercido durante o concluida la vigencia del respectivo contrato de suministro del cual forma parte?, ¿se trata propiamente de un pacto o posee autonomía respecto al suministro del cual formaría parte?, ¿se trata de un pacto sujeto efectivamente a un plazo máximo de vigencia?, ¿qué ocurre si se vulnera dicho pacto, esto es, si se inobservan sus alcances? No pretendo dar respuesta a estas u otras interrogantes en el presente trabajo, dado que el propósito es simplemente compartir reflexiones relativas a las inquietudes que hay detrás de dichas cuestiones y proponer una determinada lectura sobre los alcances de los artículos 1614 y 1615 del Código Civil.

Si leemos con atención el artículo 1615 del Código Civil, advertiremos que el ejercicio de la preferencia deriva en que se pueda celebrar finalmente un nuevo contrato –distinto al cual se adscribe el pacto bajo comentario³⁸– en función de las condiciones propuestas por terceros. Y es que la preferencia no es otra cosa, como bien se entiende en nuestro idioma, que la primacía que tiene alguien o algo con relación a otra persona o cosa; se trata de una prevalencia en la hipótesis de un concurso o concurrencia. Preferencia es prelación, conforme expresa MESSINEO³⁹, un mejor derecho. En precisas palabras de CASTILLO⁴⁰, “La cláusula de preferencia supone la existencia de un contrato de suministro en donde las partes contratantes hayan incorporado un pacto por el cual uno –sic– de ellos –sic– otorga al otro –sic– la preferencia para la futura celebración de un nuevo contrato de suministro” –Lo subrayado es nuestro–.

En función a lo anterior, de dicho concepto se desprenden ciertas consecuencias jurídicas puntuales, interesando en este momento destacar la relación entre preferencia y terceros, destacando –nuevamente– que el suministro es un contrato que está orientado a satisfacer temporalmente las necesidades de aprovisionamiento del suministrado, contrato al cual pueden incorporarse dos pactos específicos –entre otros–: exclusividad y preferencia. La tesis asumida para este trabajo es que el pacto de exclusividad es el soporte material del acuerdo de preferencia, por lo que una preferencia sin exclusividad carece de racionalidad económica y, por consiguiente, no se justificaría, pero nada impide negocialmente una exclusividad sin ulterior preferencia.

35. Artículo 2, inciso 24, literal a– de la Constitución Política del Perú del año 1993.

36. En el Código Civil italiano, la preferencia ha sido prevista a favor del suministrante, de manera que el suministrado debe informarle de las condiciones propuestas por terceros; nuestro Código Civil hace extensiva la preferencia a favor de cualquiera de las partes.

37. El profesor Mario Castillo pareciera tener una lectura distinta ya que, según estima, los alcances del artículo 1614 del Código Civil no ofrecen “mayores problemas en su comprensión y alcance”. Ver: CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. Cit.*, p. 91.

38. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, p. 152.

39. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, p. 152.

40. CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. Cit.*, p. 90.

4. Resulta, por ende, inevitable referirnos al pacto de exclusividad en el suministro.

La exclusividad, regulada en los artículos 1616 y 1617 del Código Civil, corresponde a un acuerdo que podríamos denominar de no concurrencia, dado que una de las partes del contrato de suministro –o ambas de ser el caso– demanda que su contraparte –durante la vigencia del contrato– no pueda celebrar –ni mantener– contratos similares con terceros, con terceros que no son sino su competencia.

TORRES⁴¹ es acertado cuando expresa que la exclusividad defiende al beneficiario de la posible concurrencia en el curso del contrato, a diferencia de la preferencia que aplica postcontractualmente. Así, si la exclusividad ha sido pactada a favor del suministrado, ello significa que durante la vigencia del respectivo suministro, el suministrante no podrá proveer a terceros de los bienes materia del aprovisionamiento, dado que sólo puede suministrarlos a su contraparte –aunque nada impide que ésta, el suministrado, pueda celebrar operaciones de suministro con otros proveedores–. Hay de por medio una restricción convencional a la disposición de bienes, que opera temporalmente, lo cual es un mayor argumento para destacar que el artículo 882 del Código Civil se refiere a las restricciones o limitaciones perpetuas o ilimitadas. Y si la exclusividad ha sido acordada a favor del suministrante, dicho pacto implica que durante la vigencia del contrato, el suministrado sólo podrá adquirir de aquél los respectivos bienes, no de terceros –aunque nada impide que el suministrante pueda concertar otras operaciones de suministro con terceros suministrados–.

Cuando el acuerdo de exclusividad es a favor del suministrado, el mismo presupondría que los bienes sobre los que recae el intercambio sólo pueden ser entregados por el suministrante al suministrado, de manera que el pacto está orientado de hecho –como herramienta co-

mercial– a impedir que terceros puedan adquirirlos, ¿por qué?, porque los terceros son nada menos que la competencia del suministrado, de manera que a éste le interesa excluir, impedir, restringir su acceso a los referidos bienes, asegurándose por esta vía una determinada presencia cuantitativa o cualitativa en el mercado. Esa situación genera, a mi entender, toda una cuestión sobre la licitud de semejante acuerdo, ya que podría considerarse que representa una práctica restrictiva de la libre competencia y, conforme a ello, calificarse como una actuación contraria al normal desenvolvimiento del mercado, con el correlativo perjuicio para la sociedad. Resulta pertinente destacar, por ejemplo, que en la experiencia legislativa colombiana, la regulación del pacto de exclusividad a favor del suministrante –advirtase la regulación conforme al modelo italiano–, contemplada inicialmente en los artículos 975 –alcances– y 976 –plazo– del Código de Comercio de 1971 –en términos muy semejantes a los considerados en nuestra legislación bajo comentario, salvo que ésta contempla la preferencia inclusive a favor del suministrado– fue finalmente derogada mediante Ley 256 del año 1996, al considerarse que correspondía a una “competencia desleal”. Este tema es particularmente sensible en nuestro medio, por cuanto ya existen pronunciamientos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI sobre la validez de los pactos de exclusividad –por giro de negocio–, aunque es cierto que se han generado respecto a contratos de arrendamiento de locales comerciales en centros comerciales, lo cual amerita de por sí un trabajo especialmente dedicado para analizar sus implicancias, habiéndose postulado la tesis que dichos pactos son atentatorios a la libre competencia.

Resulta manifiesto que, al tratarse la exclusividad a favor del suministrado de un pacto restrictivo que afecta la posibilidad de disposición del suministrante, el mismo debería estar compen-

41. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Comentario al artículo 1614 del Código Civil*. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VIII, Contratos Nominados – Primera Parte, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2006, p. 467.

sado adecuadamente a través de la respectiva estructura de precio aplicable al suministro, ya que el suministrado debería absorber toda la elaboración o producción del suministrante, sea materialmente o por sustituto dinerario. Y cuando el acuerdo de exclusividad sea a favor del suministrante –sustentado en el interés de éste de excluir a su competencia, acordando que el suministrado sólo podrá adquirir los respectivos bienes –bajo cualquier título– de él–, al igual que en el caso anterior, debería entenderse que esta restricción a la posibilidad de adquisición por parte del suministrado –respecto a otras fuentes de aprovisionamiento temporal–, también deberá estar adecuadamente compensada, de manera que los precios o las condiciones de pago sean más que competitivas.

5. Desde la perspectiva enunciada, dado que se trata de excluir a la competencia porque su participación generaría un efecto adverso al interés del suministrado y/o del suministrante, lo lógico es que las partes se representen que es lo que ocurriría cuando finalice –la situación *ex post* referida por TORRES– el contrato de suministro que los vincula –que es precisamente el título jurídico que sustenta la exclusividad–, sea por vencimiento del plazo determinado establecido en su oportunidad, o en función a lo establecido en el artículo 1613 del Código Civil –comentado anteriormente–. Y es que, representando finalmente la exclusividad una obligación con contenido prestacional de no hacer, dicho vínculo se habría extinguido con la terminación temporal del contrato y cada parte habría readquirido plena libertad para contratar con terceros en los términos y condiciones más convenientes para sus propios intereses, esto es, el suministrante para proveer a terceros –la competencia directa del suministrado– y el suministrado para adquirir los bienes de terceros –la competencia directa del suministrante–. Conforme a ello, ¿cómo “evitar” dicha contratación si es que representa la afectación sobreviniente del interés de la parte a cuyo favor se pactó la exclusividad? Respuesta propuesta: recurriéndose al pacto de preferencia.

Debe retomarse, en consecuencia, la lectura del artículo 1615 del Código Civil; el ejercicio de la

preferencia deriva en que se pueda celebrar finalmente un nuevo contrato en función de las condiciones propuestas, ofertadas, por terceros, lo cual se explica cuando existe y se mantiene un interés en excluir a dichos terceros.

Por ello estimo que la preferencia sólo se explica comercialmente en función a un acuerdo de suministro exclusivo, ya que de lo contrario no habría propiamente un interés relevante que es lo que ampara propiamente la legitimidad de los contenidos contractuales establecidos en función de la libertad contractual como manifestación de la autonomía privada. En efecto, de no haber exclusividad, ni a favor del suministrado ni a favor del suministrante, las respectivas contrapartes podrían contratar libremente, sea de manera simultánea o posterior, con terceros sobre la misma materia u objeto del suministro. Así, por ejemplo, dado que el suministrante carece de exclusividad, durante la vigencia del respectivo contrato el suministrado bien podría haber negociado y contratado con terceros suministradores; en ese orden de ideas, ¿qué justificaría un acuerdo de preferencia que se “activa” cuando finaliza la relación a la cual se adscribe?, ¿por qué limitar la posibilidad de contratar con terceros, una vez finalizado el suministro, cuando durante su vigencia no aplicaba restricción alguna?

Alguna vez se ha planteado en el aula la hipótesis de trabajo en el sentido que el pacto de preferencia podría justificarse para incrementar los volúmenes del suministro manteniendo las condiciones del contrato ya celebrado, de manera que, por ejemplo, si el suministrante se propusiera contratar con tercero, tendría que comunicarlo al suministrado para que este último “active” la preferencia establecida a su favor y, de ser el caso, la oponga. El problema radica en que la preferencia implica, conforme he destacado precedentemente, una prioridad ante un escenario de concurso, siendo que su ejercicio no conlleva una ampliación o una renovación del contrato en el cual fue pactada, sino la celebración de un nuevo contrato al menos en las mismas condiciones propuestas por terceros, que no se identifican necesariamente con las vigentes o las que hubiesen estado vigentes.

La preferencia deriva en la celebración de otro contrato, por más que exista identidad entre las partes contratantes y que los bienes materia del contrato sean los mismos.

Dicha hipótesis es la que propone en nuestra literatura jurídica el profesor TORRES⁴² cuando establece que la preferencia no tiene por qué estar necesariamente ligada a la exclusividad del suministro, dado que podría estar referida únicamente al volumen y calidad de los bienes comprometidos.

Creo que nada impide, de no haber pacto de exclusividad, que las partes puedan negociar y acordar en cualquier momento una ampliación del contrato en cuanto al volumen del suministro, debiendo recordarse que un contrato no sólo constituye relaciones jurídico-patrimoniales de carácter obligacional sino que también puede modificarlas. En atención a ello, resultaría innecesario pactar previamente una preferencia si el propósito es ampliar el volumen del suministro, máxime cuando se ha podido pactar desde un inicio parámetros de volúmenes de entrega, considerando además que la preferencia no obliga a contratar. No debe olvidarse que un pacto de preferencia se asocia a la celebración de un nuevo contrato sobre la base que la parte sometida a la preferencia ha recibido de tercera persona una oferta –la misma que, como bien sabemos, debe ser autosuficiente por definición, esto es, debe contener todos los términos y negocios del negocio propuesto–, siendo que el titular de la preferencia debe actuar en función de esos términos y condiciones –los mismos que le han sido comunicados, trasladados, por quien está sujeto a la preferencia–, a pesar de que dichos términos y condiciones no correspondan a los del contrato inicialmente celebrado. De no haber exclusividad, y de postularse que sólo se pretende “mejorar” las condiciones del suministro vigente, ¿no sería lo lógico que el interesado –supuesto beneficiario de la preferencia– ejerza

su poder negocial y dirija una oferta, su propia oferta, a su contraparte o, en todo caso, le formule una invitación a ofrecer?, ¿por qué limitarse a términos y condicione ajenos, que al menos debería igualar para ser preferido? En cambio, cosa distinta ocurre cuando la preferencia se asocia a la exclusividad, ya que el propósito de ser preferido radica en la necesidad de mantener una determinada relación comercial, aun cuando sea en condiciones distintas a las del contrato original, ya que se trata finalmente de excluir a terceros, a la competencia. Eso, no puede perderse de vista, al menos a mi entender.

Como bien destaca el propio profesor TORRES, en nuestro medio la tesis de la necesaria vinculación entre preferencia y exclusividad es postulada por ARIAS SCHREIBER⁴³, quien expresa que *“Tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto, la preferencia estaba vinculada con un contrato con cláusula de exclusividad, en forma implícita –artículo 13 del Anteproyecto– o explícita –artículo 1647 del Proyecto–. En caso contrario y como lo señala con acierto Patricia Bueno Chocano, dicha obligación carecería de toda lógica, pues el suministrante es generalmente un proveedor o fabricante que continuamente está contratando con personas distintas del suministrado para la entrega de los mismos bienes de los que provee a este último”. Conceptuamos que aun cuando la redacción final del artículo 1614 no es ciertamente feliz, la Comisión Revisora consideró implícita la cláusula de exclusividad –tal como se hizo en el Anteproyecto–, pues no tendría sentido que el plazo de cinco años estuviese referido al plazo de preferencia. Este pacto, por su misma naturaleza, sólo puede ser breve, pues de otro modo se estaría obstaculizando el tráfico contractual”.*

Sin embargo, ante la “imprecisión” legislativa e invocándose inclusive razones como las expresadas en párrafos anteriores, admito que al no haberse asociado legislativamente la preferencia con la exclusividad, nada “impediría”

42. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. El Contrato de Suministro en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1988, Op. Cit., pp. 153 y 154.

43. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. Cit., p. 191.

–invocando la autonomía privada– pactar un derecho de preferencia sin que haya mediado un acuerdo de suministro exclusivo. Así como nada impediría pactar un suministro gratuito, conforme ya hemos examinado. Sin embargo, insisto, si durante la vigencia del suministro no existía limitación para las partes en contratar concomitante con terceros operaciones de suministro, ¿qué sentido tendría restringir ello a futuro –mediante un acuerdo de preferencia– y una vez finalizado el suministro, máxime cuando no podrían afectarse las operaciones de suministro en ejecución al desprenderse de contratos celebrados en su oportunidad de manera plenamente legítima? La respuesta va a depender de nuestra personal concepción de lo que entendemos por lo legislado en materia de contratos.

Se trata finalmente de aportarnos de la tentación de limitar la aplicación del Derecho de Contratos de lo que se exprese o no se exprese en un texto legislativo, atendiendo a que el Derecho es más que el texto del Código Civil; hay reglas implícitas, hay presupuestos de las normas que no deberían ser obviados.

Pero no es menos cierto que en Derecho no siempre hay la dicotomía blanco o negro, hay temas opinables.

6. Otro tema relativo a la preferencia es su temporalidad.

Ya se ha reproducido la opinión de ARIAS SCHREIBER en el sentido que el plazo de la preferencia, por su propia naturaleza, debe ser breve. Coincido con dicho autor. Es más, en realidad no veo la necesidad que el Código Civil regule un plazo máximo, porque la limitante temporal la genera, y debe generarla, el propio dinamismo del mercado.⁴⁴ El suministro presupone necesidades comerciales que atender, de manera que la preferencia se agota cuando quien deba observarla recibe la propuesta de un tercero y la participa al beneficiario del pacto para que

éste –dentro de un plazo perentorio– declare si la ejerce o no. Si se ejerce la preferencia y se llega a celebrar un nuevo contrato, con ello se extingue el derecho generado en su momento. De no ejercerse, igual fenece el derecho, dado que se estaría manifestando –en el contexto de la exclusividad referida anteriormente– que al beneficiario de la preferencia ya no le afecta concurrir eventualmente con terceros. Queda entendido que, en función a la autonomía privada, nada impide que las partes acuerden un determinado régimen sobre el significado del silencio, o si la preferencia no se extingue en caso que el beneficiario no la ejerza y el sometido a ella no llegue a aceptar la oferta del tercero.

En tal virtud, no debería sostenerse que el plazo quinquenal sancionado en el artículo 1614 del Código Civil corresponde a la vigencia del pacto de preferencia y que, como consecuencia de ello, la preferencia se mantendrá dentro de los cinco años siguientes de extinguido el contrato del cual proviene. Me explico. Si partimos de la premisa ya expuesta de asociar la preferencia con la exclusividad, la redacción del señalado artículo 1614: *“la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor”*, debería entenderse en el sentido que lo sometido al plazo máximo de duración es la exclusividad misma y, de ser el caso, el contrato mismo si es que la indicada exclusividad fuese medular. La “obligación” señalada en el artículo 1614 del Código Civil vendría a ser el vínculo contractual, el suministro al cual se adscribe el pacto de preferencia y que, presupone exclusividad. Conforme a ello, bien podría sostenerse que vencido el indicado plazo máximo legal, tratándose de un contrato de suministro exclusivo, permanece el vínculo sin exclusividad –de manera semejante a la figura del “poder irrevocable”–, o se extingue simplemente porque el acuerdo de exclusividad era sustancial. Y es que si la exclusividad es finalmente un acuerdo de no concurrencia, un acuerdo de dicha naturaleza no debería estar librado en su duración a la sola discrecionalidad

44. BENAVIDES, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 107.

dad de las partes, sino sujeto a una regulación considerando el efecto macrosistémico. Recordemos que las limitaciones a la enajenación de bienes –la regla general es que el suministro es un contrato de cambio, que representa el título que sustenta una transferencia en propiedad– deben ser relativas, limitadas en el tiempo, no absolutas, permanentes o definitivas, o sujetas a un plazo de suma duración, dado que a la sociedad le interesa finalmente la libre circulación de bienes y servicios.

Además, debe destacarse que el acuerdo de preferencia posee identidad propia, y si bien se trata de un “pacto” incorporado en un contrato de suministro, trasciende temporalmente a este último –sus efectos son *ex post*–, por lo que bien podría ser calificado como un contrato de carácter preparatorio –aunque no genera la obligación de contratar a futuro–, de tal manera que el “contrato” de suministro que lo incorpora es en realidad un documento que contiene un doble acuerdo, el de suministro y el de preferencia, siendo que este último sólo se activa cuando finaliza o concluye temporalmente el anterior, por lo que se está ante una suerte de ultractividad. En efecto, conforme se ha expresado, la preferencia se “activa” cuando la parte obligada a respetarlo se propone contratar con un tercero, de manera que debe participar de la oferta o propuesta recibida al titular de la preferencia, siendo que el ejercicio de la preferencia –una vez extinguido el contrato del cual proviene– permite la celebración de un nuevo contrato de suministro, bajo los términos y condiciones que corresponden a lo que en su momento fueron ofertados por el tercero, respecto de los cuales el beneficiario de la preferencia debió al menos igualarlos.

Otro tema, asociado a lo expuesto, es el procedimiento a seguir para fines del ejercicio mismo de la preferencia, lo cual no es materia de regulación legislativa, siendo que el artículo 1615 del Código Civil se limita a expresar que, una vez comunicada la propuesta –oferta– del

tercero “El beneficiado por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia”, de manera que corresponde a las partes establecer el plazo que dispone el beneficiario de la propuesta para formular su propia oferta, la misma que al menos debería igualar a la recibida del tercero por el que está sujeto a la preferencia. Hubiese sido conveniente una mayor flexibilidad legislativa, ya que la fórmula legal italiana se refiere al plazo pactado y, en su defecto, al que corresponda por las circunstancias o usos aplicables. No hay régimen supletorio sobre el particular en nuestra legislación. Hubiese sido conveniente adoptar uno –semejante, por ejemplo, al establecido en materia societaria tratándose del derecho de adquisición preferente de acciones–, pero el legislador civil no lo estimó, de manera que corresponde a las partes regular lo relativo a este derecho de preferencia. En cualquier caso, estimo que el plazo para ejercer –o no– la preferencia –sobre la base que se ha comunicado la propuesta del tercero– debe ser corto, por la naturaleza misma de las cosas, y ello es formalmente un tema distinto al plazo de la sujeción derivada de tener que respetar el derecho de preferencia.

Creo que ARIAS SCHREIBER –al referirse a la necesidad de un breve plazo con relación a la preferencia, para no entorpecer los negocios, esto es, para no obstaculizar el tráfico comercial⁴⁵– se representaba el plazo para ejercerla, antes que la duración misma del acuerdo, dado que es teóricamente incierto el momento en que un tercero puede proponer la celebración de una nueva relación de suministro, de allí que la preferencia se extiende como sujeción personal hasta dicho momento.

7. Para concluir cabe considerar que la inobservancia de la preferencia, el hecho de haber preterido el derecho del beneficiario de la misma, implica finalmente –en función que se trata de una sujeción de indole personal–

45. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Op. Cit.*, p. 191.

que la controversia se resuelva mediante una reparación por los daños y perjuicios soportados, considerando la pérdida de oportunidad de haberse podido cerrar un nuevo contrato de suministro, por lo que se está ante un daño reparable bajo ciertas circunstancias y contexto.

Y para ello debe considerarse que la preferencia no corresponde negocialmente a acuerdo preliminar alguno, dado que no hay propiamente la obligación de contratar a futuro –lo cual demandaría haber acordado los términos y condiciones de contrato definitivo, como si ocurre tratándose del compromiso de contratar o de la opción–, siendo que lo único convenido es la concesión de una prioridad para que, en su debido momento, la parte beneficiaria de la preferencia evalúe y determine si hace suyos –ofertando– o no los términos y condiciones propuestos por el tercero, habiéndose obligado la parte sometida a la preferencia a comunicarlo oportunamente –siendo que en ello radica el contenido contractual del acuerdo–. También debe considerarse que la parte sujeta a respetar la preferencia no formula propiamente a la beneficiario una oferta –por lo que no genera una sujeción específica–, sino que se compromete, obliga, a comunicar la propuesta u oferta recibida de un tercero⁴⁶, para que el beneficiario de la preferencia haga la propia –de estimarlo–, de manera que es finalmente la parte sujeta a respetar la preferencia la que decide si contrata o no contrata, aunque de optar por contratar, debe preferir –bajo responsabilidad contractual– la oferta recibida del beneficiario del pacto bajo comentario, siendo que en ello radica propiamente la prelación.

V. CUARTA NOTA, PROMOCIÓN DE VENTA: ARTÍCULO 1618

“El beneficiario del suministro que asume la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad responde de los daños y perjuicios si incumple esa obligación, aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada”.

1. Debo reconocer que los alcances de este pacto resultan difíciles de precisar si nos atenemos únicamente a lo expresado legislativamente. La norma se coloca en un determinado supuesto de hecho: se está ante un suministro exclusivo a favor del suministrado, de manera que en virtud de lo establecido en el artículo 1617 del Código Civil el suministrante se encuentra contractualmente impedido de aprovisionar, directa o indirectamente, a terceros de los mismos bienes que son materia del respectivo contrato. Y aunque el señalado artículo legal indica expresamente que el suministrante no puede ejecutar prestaciones semejantes *“en ningún otro lugar”*, esto último debería entenderse en el sentido que la obligación negativa se extiende a todo lugar en que pueda haber afectación del interés del suministrado, siendo lo usual que las partes cuiden de pactar expresamente la respectiva circunscripción geográfica o ámbito territorial de la exclusividad.

Ya hemos señalado que un contrato con tales alcances debe contener un régimen de condiciones económicas que permita *“compensar”* al suministrante por aquello que no puede ser absorbido por el suministrado, dado que en un esquema normal de contratación, ello sería de su libre disponibilidad y bien podría comercializarlo bajo cualquier título jurídico. La estructura de precios debería reflejar dicha situación.

Pero más allá de dicha reflexión encuentro cierto sin sentido a lo enunciado legislativamente. Si

46. En efecto, como bien manifiesta TORRES VÁSQUEZ, Anibal –Op. Cit., p. 155–: *“La comunicación deberá comprender todas las condiciones que los terceros hubieren ofrecido en cuanto a precios, plazos, modalidades del suministro y cuantas otras ventajas resulten para el que ha dado la preferencia, quien además debe hacer conocer a su cocontratante las condiciones del contrato proyectado con la anticipación suficiente, por lo que su obligación es una de hacer, pero indudablemente existe también una de no hacer, consistente en que debe abstenerse en concluir el nuevo contrato sin hacer conocer previamente al titular de la preferencia las condiciones ofrecidas por terceros, a fin de que pueda hacer uso de su derecho de prioridad”.*

el contrato de suministro ha sido celebrado bajo exclusividad a favor del suministrado, ¿no resulta contradictorio que dicho suministrado se haya obligado a promover la venta de los bienes que tiene precisamente en exclusiva? Y es que si la exclusividad corresponde a un pacto de no concurrencia con la competencia del suministrado, ¿qué sentido tendría que el propio suministrado promueva que terceros –su competencia– adquieran los bienes que tiene en exclusividad?, ¿ante qué clase de exclusividad se está finalmente? Pareciera que en función al contenido del pacto el suministro adquiere caracteres propios de la distribución, a pesar que se trata de negocios que corresponden a intereses comerciales de distinta naturaleza, conforme ya ha sido expuesto.

2. Conforme se ha expresado en un inicio, nuestra literatura jurídica nacional es, por decirlo de alguna manera, muy concisa tratándose del análisis del contrato de suministro. Tratándose de la explicación proporcionada por ARIAS SCHREIBER a los alcances del artículo en cuestión⁴⁷ estimo que no contribuye significativamente a dilucidar la cuestión. TORRES⁴⁸ más bien propone interesantes hipótesis de trabajo respecto a los alcances de este pacto, debiéndose distinguir si con relación a la "venta de los bienes" el suministrado actúa por cuenta, nombre y riesgo propio o más bien del suministrante; en el primer caso, el suministro sería un contrato mixto, con elementos del mandato, agencia, concesión, etc., mientras que en el segundo caso se estaría frente a actos de representación. La cuestión radica, en que de admitirse que el negocio celebrado no es estrictamente un suministro sino un contrato mixto, ¿corresponde que se regule ello o debería quedar más bien librado a la autonomía privada, dado que la realidad comercial demuestra una presencia significativa de contratos atípicos?; en

cualquier caso, ¿cuál sería el sentido de adquirir bienes bajo un régimen de exclusividad para promocionar su venta frente a terceros?, ¿no correspondería ese contenido negocial más bien a una distribución exclusiva?

Estimo que, sin perjuicio de lo expresado por el profesor TORRES, resulta posible proponer una hipótesis adicional de trabajo.

Conforme se ha expuesto precedentemente, el suministro es un contrato cuyo objeto material bien puede recaer sobre bienes inciertos, de naturaleza fungible y, por lo general consumible, bienes categorizables como insumos o de carácter intermedio, dado que el suministrado pretende incorporarlos sostenidamente a un proceso de producción. Conforme ha sido tratado, no es que todos los bienes deban presentar dichas características, pero tampoco pueden negarse.

Se admite que el pacto de promoción de venta viene a ser una suerte de "compensación" respecto a la exclusividad, de manera que el suministrante pueda "colocar" –a través del compromiso asumido por el suministrado– los bienes que finalmente no son requeridos por el beneficiario de la exclusividad⁴⁹. Si bien dicha noción colisiona con el concepto mismo del interés protegido por la exclusividad, conforme ya ha sido manifestado, creo que hay cierto aspecto que puede rescatarse: es una suerte de "compensación". Tomando dicha idea y el contenido de algunos negocios apreciados en su momento, postulo que el pacto debe entenderse en el sentido que el suministrado debe promover la venta de los bienes finales o elaborados que contienen los que han sido suministrados –insumos e intermedios– en su momento, de manera que ello derive en un incremento de su demanda, solicitando

47. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Op. Cit.*, pp. 194 y 195.

48. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Comentario al artículo 1618 del Código Civil*, en: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VIII, Contratos Nominados – Primera Parte, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2006, pp. 499 a 502.

49. MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, p. 153.

progresivamente mayor volumen de entrega de los bienes suministrados, en el escenario que el contrato de suministro se haya convenido con parámetros mínimos o máximos de entrega, o sólo con uno mínimo. Conforme a ello, la singularidad del negocio radicaría en que más allá que el suministrado bajo exclusividad cumple con requerir las cantidades mínimas pactadas, se trata que los respectivos volúmenes se incrementen para beneficio de ambas partes, pero sin que ello implique que el suministrado adquiera la condición de agente o distribuidor del suministrante. Así, por ejemplo, si el suministro exclusivo en beneficio del suministrado recae sobre cacao, y este último sólo está obligado a adquirir los mínimos acordados, nada impide que las partes acuerden que el suministrado se obliga a publicitar, en su propia campaña de ventas, que los chocolates son elaborados con determinado cacao, comprometiéndose a incrementar en el tiempo su producción de chocolates, sus ventas, para generar correlativamente una mayor demanda de insumos a ser suministrados, beneficiando con ello al interés del suministrante que, en razón de la exclusividad, no puede colocar su propia producción respecto de terceros. No obstante, la viabilidad comercial de este tipo de pactos depende finalmente de los términos económicos del intercambio, ya que conforme ha sido expresado precedentemente, tratándose de un suministro bajo exclusividad a favor

del suministrado lo que corresponde es que los precios se estructuren conforme a ello, tomándose las previsiones del caso en caso que el suministrado tenga la discrecionalidad de solicitar la entrega de volúmenes mínimos y/o en razón de una periodicidad mínima, ya que el suministrante debe representarse las consecuencias patrimoniales de su producción no absorbida finalmente por el suministrado, siendo que la pérdida debe ser trasladada.

VI. NOTA FINAL

Como en otros trabajos, con ocasión de comentar determinados artículos del Código Civil, se ha compartido ciertas inquietudes y propuesto algunos enfoques interpretativos. No habría mayor satisfacción que ello permitiese generar una eficaz confrontación de ideas para esclarecer el sentido de la regulación normativa en materia de suministro, más allá de concluir finalmente en la necesidad o conveniencia de introducir modificaciones legislativas.

Consciente que en Derecho no hay una lectura, sino lecturas, no por ello puede admitirse un relativismo absoluto; se trata de sumar esfuerzos para generar coincidencias sobre cómo entender ciertas normas del Código Civil en función a la realidad comercial que se pretende representar, ya que el Derecho no puede estar alejado a esa realidad.