

**PRESENTACIÓN DEL LIBRO *CONTRATOS MODERNOS*,
ESCRITO POR ALFREDO SORIA AGUILAR Y MADELEINE
OSTERLING LETTS**

*Mario Castillo Freyre**

Señora doctora Milagros Morgan, Vice-Rectora de
Servicios Universitarios de la Universidad Peruana de
Ciencias Aplicadas,

Señor doctor Luis García Corrochano, Decano de la
Facultad de Derecho,

Señor Jorge Bossio Montes de Oca, Director de Gestión
del Conocimiento,

Distinguidas autoridades universitarias,

Señora doctora Madeleine Osterling Letts y señor doctor
Alfredo Soria Aguilar, autores de la obra que hoy
presentamos,

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

Señor doctor Juan Ramón Balcells Olivero, Secretario General de Telefónica del Perú,

Señores profesores,

Estimados amigos,

Hace algunas semanas, Alfredo y Madeleine me solicitaron prologar el libro que han escrito titulado *Contratos modernos. Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*.

Para mí fue muy grato que se me formulara este pedido, el mismo que acepté inmediatamente, dada mi amistad con los autores.

Conozco a Madeleine desde hace más de veintiún años, desde que empecé a escribir con su padre, el doctor Felipe Osterling Parodi sobre Derecho de Obligaciones, tiempo desde el cual Madeleine y yo nos hicimos buenos amigos.

Es más, resulta muy grato para mí constatar que Madeleine ejerce la docencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en la cátedra correspondiente al

curso de Contratos; pero debo contar algo que seguramente pocos saben y es que en el año 1995, cuando yo dictaba en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y era Decana de la misma la doctora Gabriela Aranibar Fernández Dávila, la invitamos, precisamente, a dictar el curso de Derecho de Contratos, en una cátedra que compartió con otra joven profesora.

Desde aquellos tiempos, Madeleine ya mostraba su vocación docente, la misma que corre por sus venas al ser hija de un ilustre maestro de tantas generaciones como lo fue su padre.

En ese sentido, me alegra sobremanera el que Madeleine haya retomado la cátedra universitaria, y no sólo eso, sino que lo esté haciendo con brillo y se encuentre profundizando investigaciones sobre aquellos temas que son fruto tanto de su experiencia académica como de su vasta y muy rica vida profesional.

Pero esta obra también es del profesor Alfredo Soria Aguilar, quien desde hace muchos años ejerce la docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú,

casa de estudios en la cual tanto los autores como quien hace uso de la palabra, estudiamos Derecho.

Alfredo, al igual que Madeleine es catedrático de Derecho de Contratos en la UPC.

Conocí a Alfredo en la Universidad Católica y siempre hemos tenido la más cordial y respetuosa relación.

Alfredo es una persona cuyo carácter ha contribuido mucho a que mantenga buenos términos con todos los profesores del área de Derecho Civil, la misma que, creo que por nuestra propia naturaleza, se torna muchas veces conflictiva y no exenta de celos académicos y profesionales. Creo que voy a pedirle a Alfredo que me diga cuál es el secreto.

Como hemos dicho, la obra se titula *Contratos Modernos* y está prologada por el doctor Felipe Osterling, en un muy preciso prólogo en el que describe su contenido, el cual constituye una de sus últimas producciones académicas, pues —como todos sabemos— falleció pocas semanas después de haberlo redactado.

Por otra parte confieso que he disfrutado mucho con la lectura de esta obra, por las razones que voy a describir seguidamente.

En primer lugar, porque se trata de un libro escrito de manera bastante ágil y accesible no sólo para quienes somos abogados e investigadores del Derecho, sino también para el alumno universitario.

No me cabe duda de que *Contratos Modernos* es un texto muy logrado, que contiene las ideas precisas, que cita lo necesario y que adopta los conceptos más claros que busca un lector ávido de conocimientos sobre la materia.

Podríamos decir que *Contratos Modernos* está dividida en dos partes muy marcadas, una que se extiende hasta la página 51, en donde desarrolla el capítulo I sobre los *contratos típicos y atípicos*, en tanto que entre las páginas 53 y 251 se estudia los contratos de *know-how*, *franchising*, agencia comercial, distribución, concesión privada, estimatorio, *hosting* y *advergaming*.

En cada uno de estos contratos, Osterling y Soria se encargan de resaltar sus elementos esenciales, su

contenido mínimo negocial, los pactos que se suelen incorporar en ellos, las obligaciones de las partes; así como las reglas aplicables al contrato, ya sea por los métodos analógico, de absorción o de combinación.

De igual manera, se encargan de señalar las diferencias entre cada uno de estos contratos y otras figuras con las que guardan ciertas semejanzas.

El esquema descrito, que es reiterado, en mayor o menor grado en cada uno de los ocho contratos, resulta de mucha utilidad, en la medida de que tratándose de negocios que no revisten regulación legislativa, es indispensable la labor de la doctrina —en este caso representada por Soria y Osterling— para delimitar sus verdaderos alcances.

Debo precisar que no resulta frecuente una obra que verse sobre contratos atípicos, en la medida de que la atipicidad legal de un contrato constituye un indicio importante de que el mismo no es de uso masivo en la sociedad.

Ello no significa que tal contrato no se emplee cotidianamente, sino que quienes terminan siendo sus

usuarios, es decir quienes contratan bajo esta forma jurídica son un grupo reducido de personas, en comparación con aquellos sectores de la población que lo hacen masivamente bajo otros esquemas negociales.

No hay duda de que por cada contrato de *know-how* o de concesión privada que se celebre en el Perú, existe un millón de contratos de compraventa.

Este indicador nos ilustra de manera muy clara cuál es la razón que explica por qué se escribe más acerca de los contratos típicos y menos sobre los contratos atípicos; y, como correlato, por qué la demanda de lectura de temas relativos a contratos típicos es mayor que aquélla referida a contratos atípicos.

Pero aquí también radica el valor de la obra de Madeleine y Alfredo, ya que han emprendido la tarea de escribir sobre aquellos contratos sobre los que es más difícil hacerlo.

La mayor parte de mi obra en materia de contratos radica en el estudio de los contratos típicos y en ese caso el problema no se basa ni en la falta de bibliografía, ni en la escasez de materiales, ni en la tipicidad reiterada de la

experiencia vivida, pues sobre ellos se han escrito y se siguen escribiendo centenares de libros.

Cuando se escribe acerca de un contrato típico, la dificultad radica en poder decir algo nuevo sobre ese contrato y tratar de sistematizar, de la mejor manera que sea posible, las ideas y conceptos vertidos por la doctrina.

Sin duda, no es una labor fácil, pero de lo que un autor no se podrá quejar es de la falta de apoyo teórico sobre la materia.

En cambio, cuando se escribe sobre contratos atípicos, el reto es distinto, dado que los autores que deseen abordar estos temas, no contarán con mucha bibliografía, pero aquélla que les sirva de base para escribir, no podrá ser contrastada con la legislación nacional en vigencia.

En otras palabras, si se quiere escribir sobre un contrato típico, podrá realizarse un estudio de su articulado en el Código Civil o en alguna ley especial, en tanto que si se deseara escribir sobre un contrato atípico, la primera dificultad radicará en que no existe legislación

peruana alguna que comentar y, lo más probable, es que tampoco exista legislación sobre la materia en muchos otros países del mundo.

Esto obligará a los autores, como de hecho debe haber obligado a Madeleine y a Alfredo, a desarrollar cada uno de los contratos, fundamentalmente contrastando el marco teórico y doctrinario existente sobre los mismos, con la intensa práctica profesional de los propios autores.

No sé si sea posible escribir un buen libro sobre contratos típicos sin tener una rica experiencia en el ejercicio de la profesión de abogado, pero de lo que estoy seguro es de que resulta absolutamente imposible escribir una buena obra sobre contratos atípicos sin tener una vasta experiencia en la materia.

No voy a referirme a cada uno de los contratos estudiados por Madeleine y Alfredo, pues ello no corresponde a un acto de presentación de la obra como éste, pero sí voy a formular algunas reflexiones generales relativas tanto a los contratos modernos como a la tipicidad y a la atipicidad.

En primer término, tendríamos que preguntarnos qué debemos entender por contratos modernos, y la respuesta no sería sencilla, pues se definirían por oposición, en el sentido de que contratos modernos son, precisamente, aquéllos que no revisten notoria antigüedad.

En este último rubro se encuentran todos los contratos cuya configuración conocemos, prácticamente desde el Derecho romano e incluso desde mucho antes.

Si bien es difícil conocer cuál es el contrato más antiguo, es muy probable que estemos hablando de la permuta, pues el mismo se basa en el intercambio de propiedad de cosas, que ambos permutantes necesitan para satisfacer sus necesidades recíprocas.

Nótese, además, que la permuta es —por naturaleza— mucho más antigua que la compraventa, la misma que aparece sólo después de la existencia del dinero.

Pero más allá de estas consideraciones históricas, ambos contratos tienen antigüedad inmemorial.

Lo propio podemos decir de la donación, del mutuo, del comodato y de los contratos de prestación de servicios, acerca de los cuales tratan todos los códigos civiles de la tradición jurídica romano germánica.

Pero eso no sólo significa que únicamente los contratos de muy antigua data tengan regulación legislativa, pues es evidente que otros negocios de más reciente configuración ya han alcanzado tipicidad legal.

Voy a limitarme a citar cuatro ejemplos concretos.

El primero de ellos es el suministro, el mismo que obtuvo tipicidad legal en el Código Civil italiano de 1942 y en el Perú con el Código Civil de 1984.

No cabe duda de que el suministro es un contrato de antigua data, pero el mismo —por lo general— era apreciado como una modalidad más del contrato de compraventa.

Otro contrato civil que pasó a tener tipicidad legislativa en el Código, es el arrendamiento venta o alquiler venta, el mismo que se halla regulado, aunque de

manera muy escueta, por el artículo 1585 de este cuerpo normativo.

Saliendo del ámbito civil, en 1979 se publica el Decreto Ley n.º 22738, que marca el inicio de la regulación del leasing o arrendamiento financiero, momento desde el cual este contrato pasó a tener tipicidad legislativa en el Perú; así como en el año 1996, la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, introdujo la regulación del fideicomiso.

Nótese que de estos cuatro contratos citados, los dos últimos son de naturaleza claramente mercantil y bancaria, respectivamente.

Quiero precisar que no necesariamente será la presencia masiva de un nuevo contrato en la sociedad, aquello que le otorgará en el futuro esa carta de ciudadanía llamada tipicidad legal, pues podemos encontrarnos con contratos de escasa o muy escasa celebración que ya hayan merecido regulación legal específica.

Es verdad que la situación inversa resulta prácticamente imposible de presentarse; y me refiero a aquélla en la cual nos encontremos en presencia de un contrato típico social, nominado y de reiterada celebración en la sociedad, que con el paso de los años y teniendo en cuenta estas características, no haya merecido regulación legislativa.

Esto nos demuestra que pueden ser otras las razones que conduzcan a que el legislador tome la opción de legislar acerca de un determinado contrato.

Muchas veces esa decisión se basa en razones de seguridad jurídica cuando se quiere que esos contratos revistan determinadas formalidades específicas o cuando se busca que determinados aspectos de su estructura negocial se encuentren necesariamente legislados y con carácter de normas de orden público, a efectos de que los particulares no puedan sustraerse de su aplicación, porque ese apartamiento sería considerado de alto riesgo por el Derecho.

Otra pregunta que debemos formularnos es la relativa a dónde regular aquellos contratos modernos sobre los cuales se estime necesario legislar.

Y la primera respuesta que se nos viene a la mente es la de incluirlos en el Código Civil.

Recuerdo que esta fue la tesis del doctor Max Arias Schreiber-Pezet cuando escribió sobre la materia hace más de veinte años. Incluso, haciendo memoria, viene a mi mente un anteproyecto sobre contratos modernos que el propio Arias-Schreiber hizo circular entre varios profesores de Derecho de Contratos de aquella época, a efectos de que opináramos sobre el particular.

Mi opinión fue negativa, en la medida de que se trataba de una cantidad muy numerosa de contratos modernos, la misma que superaba la veintena.

Esto, de por sí, ya hubiera acarreado un problema serio con respecto al Código Civil, habida cuenta de que se hubiese adoptado un número mucho mayor de contratos de aquellos que el propio Código regula.

Pero más allá de ese problema —que de por sí iba a deformar el propio Código—, había otro que era el principal obstáculo para tal propósito. Se trataba de cuáles debían ser los elementos esenciales de cada uno de estos contratos y cuáles debían ser las obligaciones, también esenciales, que la ley estableciera para cada una de las partes.

Allí radicaba el mayor problema.

El tema fue discutido extensamente en el año 1993 en una Comisión que sesionó en el Colegio de Abogados de Lima y que conformamos el doctor Arias-Schreiber, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle y yo, descartándose la inclusión de tales contratos en el Código Civil, pues en buena cuenta, no hubiésemos sabido qué legislar ni cómo hacerlo.

Esta anécdota, con más de veinte años de antigüedad, tiene plena vigencia y se relaciona directamente con este magnífico libro de Madeleine y Alfredo, pues ellos han hecho un notable esfuerzo para darle rostro definido a aquellas figuras negociales atípicas cuya exacta identidad no siempre se conoce.

Y aquí correspondería preguntarnos cuándo es que en verdad se conoce por completo la identidad de un contrato atípico.

Dar respuesta a esta pregunta no es sencillo, pero podríamos afirmar que, en definitiva, ese rostro sólo estará delimitado con absoluta claridad, cuando tales contratos encuentren regulación en la ley.

Con esto no quiero decir que no se conozcan en la vida real cuáles son los elementos que los integran y cuáles las obligaciones a las que se comprometen las partes; ya que es evidente que cuando celebran tales actos su identidad es conocida a grandes rasgos y la práctica jurídica cotidiana les da ese rostro que la ley todavía no reconoce de manera oficial.

No obstante, encontrándonos frente a un Derecho netamente positivista, es claro que los contratos típicos son lo que la ley dice que son; en tanto que los contratos atípicos son lo que la práctica enseña.

Así, siendo la práctica muy variada y llena de matices, muchas veces resulta difícil conocer con

exactitud el rostro e identidad de tales contratos, a los cuales la doctrina está en la obligación de aproximarse.

En ese sentido, Madeleine y Alfredo han hecho un excelente trabajo de aproximación para que el medio jurídico conozca de la manera más cercana y certera posible las características de ocho importantes contratos modernos.

Y, mejor aún, es que los autores han anunciado en su libro, que van a seguir escribiendo sobre esta materia, de modo tal que lo más probable sea que en el próximo año tengamos un segundo tomo de *Contratos Modernos*, con la misma calidad, dedicación y precisión conceptual que caracterizan a esta obra.

Por lo demás, me alegra mucho que los autores hayan expresado en el libro, que el mismo constituye un homenaje que se enmarca dentro de las celebraciones por los primeros treinta años de vigencia del Código Civil peruano de 1984.

Madeleine y Alfredo han optado por el camino más difícil que tiene por delante cualquier profesor de Derecho y que consiste en estudiar a profundidad las

instituciones jurídicas, contrastando la doctrina con la experiencia vivida, pues esta obra no hubiese podido ser escrita si los autores no fuesen tan sólidos académicos y excelentes abogados.

Por último, debo agradecer que ambos sean tan buenos amigos míos, al permitirme escribir y pronunciar estas palabras.

Felicito también a la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, en la persona de su Decano, mi amigo el doctor Luis García Corrochano, por publicar una obra tan importante, dada su enorme trascendencia dentro y fuera de las aulas universitarias.

Muchas gracias.