



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

La intervención del Estado en la prórroga del plazo de pago en los contratos de arrendamiento celebrados entre privados. A propósito del Proyecto de Ley 5004/2020-CR

Tesis para optar el Título de
Abogado

Jorge Luis Diaz Flores

Asesor(es):
Dra. Patricia Anahí Lescano Feria

Piura, julio de 2022



Aprobación

Tesis titulada “La intervención del Estado en la prórroga del plazo del pago en los contratos de arrendamiento celebrados entre privados. A propósito del Proyecto de Ley 5004/2020-CR”, presentada por el Bachiller Jorge Luis Diaz Flores en cumplimiento a los requisitos para optar el título de Abogado fue aprobada por la directora de tesis Dra. Patricia Anahí Lescano Feria.



Dra. Patricia Anahí Lescano Feria
Directora de Tesis





Dedicatoria

A Carolina y Javier, mis padres, por el amor, la educación, los valores y por procurar siempre hacer de mí un gran profesional y mejor persona.

A Marleny, mi segunda madre, por ser una mujer noble, amorosa y aguerrida; y sobretodo, por ser la pieza clave de mi rompecabezas, por nunca soltar mi mano ni dejarme solo, por tener esa sonrisa y alegría inigualable cuando las cosas marchan bien y ese cálido y reconfortante abrazo cuando no tanto. Gracias por amarme incesantemente a diario, Dios se ha lucido al darme una abuela como tú.

A Clarita, Rosita, Elvisiño y Coco. Me hubiese encantado tenerlos aquí para festejar este gran paso en mi vida profesional, no obstante, me reconforta saber que desde allá arriba están orgullosos de mí.

A Antonella, el amor de mis vidas y la mujer de mis sueños; por su amor puro y sincero, su consejo e impulso constante a cumplir mis anhelos y por permitirme idealizar una vida juntos.

A Fernando y José Enrique, mis mejores amigos, por demostrarme que la familia va más allá que simples vínculos sanguíneos. Gracias por su amistad, perpetua e incondicional.

A mis demás familiares y amigos, especialmente a aquellos que de una u otra forma me han animado y expresado sus mejores deseos a lo largo de este proceso.

De corazón, muchas gracias.



Agradecimientos

A la Dra. Patricia Anahí Lescano Fera, por aceptar desde un primer momento ser mi asesora, así como por guiarme en este trabajo con paciencia y comprensión.





Resumen

Sobre el contrato de arrendamiento, se debe señalar que es el acuerdo de voluntades entre una persona que tiene capacidad de contratar y de otorgar en alquiler la posesión de un bien por un determinado tiempo, y otra que también debe tener capacidad de contratar y, además, la voluntad de recibir el bien en alquiler, comprometiéndose al pago de una merced conductiva.

En el Código Civil Peruano, a las personas intervinientes en este tipo de contrato, se las identifica como arrendador -quien alquila el bien- y arrendatario -quien lo recibe en alquiler. Además, se especifica que, como contraprestación del uso del bien, el arrendatario debe pagar al arrendador, una suma de dinero específica, que será fijada de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta la ubicación y áreas del bien, su distribución, la condición en que se encuentra, las especificaciones del contrato, y cuanto deseen pactar sobre el objeto del contrato. Las obligaciones de las partes contratantes en el arrendamiento, se encuentran recogidas en los capítulos Tercero y Cuarto del Título VI del Código Civil.

Ninguna norma resuelve el problema de incumplimiento contractual por razones de pandemia; por lo que no se cuenta con una normativa que ampare el derecho de uno y otro. Existe un Proyecto de Ley que es analizado en la presente investigación; donde se proponían medidas complementarias a favor de los arrendatarios que estuvieran en situación de vulnerabilidad como consecuencia del estado de emergencia por el brote de la pandemia, también lo es que ha generado muchos cuestionamientos debido a las diversas carencias que posee. La intervención estatal en los contratos de arrendamiento celebrados entre privados, tal y como lo plantea el Proyecto, devendría en inconstitucional. No porque se considere que existe una santidad contractual que impida tajantemente al Estado intervenir y/o modificar dichos contratos, sino porque su aprobación implicaría una intromisión que no obedece en estricto a un interés general y, por el contrario, resulta parcializado, favoreciendo únicamente a una de las partes que conforman la relación contractual y perjudicando a la otra.

La vulneración constitucional que dicho Proyecto de Ley causaría al derecho fundamental de la libertad contractual, atentaría específicamente contra la libertad de configuración interna y no contra la libertad de conclusión, esto debido a que el contrato de arrendamiento habría sido celebrado previamente de manera libre y voluntaria por las partes, y la injerencia estatal, de aprobarse el Proyecto tal cual ha sido presentado al Congreso, modificaría indebidamente los términos que rigen dicho acuerdo.



Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 La noción del contrato en general.....	15
1.1 Definición de contrato	15
1.2 Antecedentes.....	16
1.3 Elementos del contrato.....	19
1.4 Principios contractuales	21
1.4.1 Principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad.....	22
1.4.2 El principio del consensualismo	22
1.4.3 El principio de la buena fe contractual.....	23
1.4.4 El principio pacta sunt servanda, de fuerza obligatoria o vinculante.....	23
1.4.5 El principio del efecto relativo de los contratos.....	24
1.4.6 Principio de la causa concreta.....	24
1.4.7 Principio de sociabilidad/solidaridad.....	25
1.4.8 Principio de inalterabilidad.....	25
1.4.9 Principio de eficiencia.....	25
1.5 Clasificación	25
1.6 Regulación en el Código Civil Peruano.....	27
Capítulo 2 El contrato de arrendamiento	29
2.1 Concepto	29
2.2 Antecedentes.....	30
2.3 Naturaleza jurídica.....	31
2.3.1 El arrendamiento como contrato de naturaleza real.....	31
2.3.2 El arrendamiento como contrato de naturaleza personal	32
2.4 Características.....	33
2.4.1 Es un contrato consensual.....	33
2.4.2 Contrato informal.....	34
2.4.3 Contrato con prestaciones recíprocas.....	34
2.4.4 Contrato oneroso	34
2.4.5 Contrato conmutativo.....	34
2.4.6 Contrato de tracto sucesivo.....	34
2.4.7 Contrato típico	35
2.4.8 Contrato principal	35
2.4.9 Contrato nominado.....	35

2.5	Regulación	35
2.5.1	Regulación en el Código Civil Peruano.....	35
2.5.2	Regulación del contrato de arrendamiento en el derecho comparado: España, Francia e Italia.....	43
Capítulo 3 Derecho fundamental a la libertad contractual.....		45
3.1	Definición y alcances.....	45
3.2	Regulación en el ordenamiento peruano.....	47
3.3	Análisis del artículo 62° de la Constitución Política del Perú	48
3.4	Límites a la libertad contractual.....	52
3.4.1	Las normas legales de carácter imperativo	53
3.4.2	El orden público.....	54
3.4.3	Las buenas costumbres.....	56
3.4.4	El principio de la buena fe	58
3.4.5	El abuso del derecho.....	60
3.4.6	Fraude a la Ley.....	64
3.4.7	Fraude a los acreedores.....	67
3.4.8	Otros derechos fundamentales	70
3.5	Análisis del artículo 1355° del Código Civil Peruano.....	71
3.6	Contratos forzosos	74
Capítulo 4 Intervención del Estado en materia contractual		77
4.1	El modelo de Estado Peruano	77
4.2	Proyecto de Ley 5004/2020-CR: Medidas a favor de los arrendatarios por la emergencia.....	80
4.2.1	Antecedentes	80
4.2.2	Opiniones de juristas sobre el Proyecto de Ley 5004/2020-CR.	82
4.2.3	Discusión de Resultados	90
Conclusiones		99
Lista de referencias		101

Introducción

Los contratos de arrendamiento se encuentran regulados en forma genérica por disposiciones establecidas en el Código Civil Peruano, con lo que queda al libre albedrío de las partes contratantes el establecimiento de las regulaciones específicas, haciendo ejercicio de su libertad de contratación y su derecho a la libre manifestación de su voluntad, la que expresan según sus intereses y posibilidades.

A partir de marzo del 2020, los acuerdos establecidos en los contratos de arrendamiento ocasionaron problemas para los contratantes al encontrarse con serias dificultades para su cumplimiento. Problemas que tuvieron su origen en la cuarentena que estableció el Gobierno Peruano a raíz del brote del Coronavirus en el país y la pandemia que comenzó a generar estragos en la vida de los peruanos y en sus economías. Es por tal situación que, en muchos casos, los arrendatarios tuvieron dificultades para lograr los ingresos económicos que les permitiera cumplir con el pago de la renta mensual convenida en sus contratos; a la par que los arrendadores dejaron de percibirlos ingresos derivados del alquiler de sus propiedades o los recibieron en forma exigua.

En la normatividad establecida en el Código Civil Peruano respecto a los contratos de arrendamiento no se previó una situación como la originada por la pandemia, por lo que, a las partes que sufrieron los problemas económicos derivados de las restricciones propias de la emergencia nacional, solo les quedaba concertar con su contraparte, lo que no siempre debía generar resultados positivos, o acogerse a otras normas del Código Civil Peruano, concordantes con las correspondientes al contrato de arrendamiento.

La preocupación ante esta situación, generó la presentación de proyectos normativos para intentar eliminar o minimizar la problemática. Los intentos fueron fallidos, pues no lograron su consolidación en leyes. El escollo para una determinación legal estuvo en la dicotomía jurídica planteada por posible colusión respecto a la aplicación de las normas; especialmente las que establecían el derecho a la libre contratación sin que la normatividad la limitara, excepto con las salvedades ya establecidas, y el derecho de normativización del Estado teniendo en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos y pueden ser limitados por el ordenamiento legal. Por lo que tampoco hubo solución ajena a las partes contratantes.

La situación descrita justificó plenamente el desarrollo de la presente investigación, cuya estructura se describe a continuación. En el primer capítulo se presenta los principales contenidos teóricos y normativos del contrato en forma general, teniendo en cuenta la realidad jurídica peruana; en el segundo capítulo se define y desarrolla los aspectos más importantes del contrato de arrendamiento, como son su naturaleza jurídica, sus características y la

normatividad tanto peruana como del derecho comparado; en el tercer capítulo se ha tratado el tema de la libertad contractual, considerado como un derecho fundamental, con el fin de tener presente sus contenidos para un mejor análisis del Proyecto de Ley que se desarrolla en el capítulo cuarto. Es conforme a estos contenidos que se ha podido establecer las conclusiones que constan al final del trabajo.



Capítulo 1

La noción del contrato en general

1.1 Definición de contrato

La persona humana, ser social por naturaleza, siempre ha sido agente de una serie de relaciones interpersonales vinculándose con otras personas en función de sus necesidades, intereses, actividades, etc. Producto de estas relaciones suelen surgir acuerdos o convenios destinados a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial entre las partes que los celebran, quienes se sujetan a sus propios acuerdos y a las normas del ordenamiento jurídico nacional. Lo expuesto se sustenta en lo dispuesto en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución. Norma constitucional concordante con el artículo 62° de la misma Carta Magna que precisa la libertad de las personas para formular acuerdos, los que serán válidos y obligatorios, en cuanto cumplan lo dispuesto en las normas legales. Es evidente que conforme, a dichas normas, los contratos se constituyen en fuente de obligaciones (Libro VII del Código Civil Peruano).

La Real Academia Española (en adelante RAE) define etimológicamente al contrato precisando que proviene del latín *contractus* y tiene dos formas de entenderse; como pacto o convenio (oral o escrito – aunque erróneamente hay personas que consideran que el contrato es válido solo cuando consta por escrito-), que obligan a las partes respecto a lo hayan acordado; y otra como documento en el que constan dichos acuerdos y las condiciones de los mismos. Por ende, se infiere que debe existir más de una parte para poder realizar este pacto o convenio.

Fernández de Buján (2007) dice que proviene de la expresión sustantivada del verbo latino *contrahere* que equivale a *contraer* y cuyo participio es “*contraído*”, del cual surgiría la palabra “*contrato*”.

De la Puente (1998), coincide con la primera forma expresada precisando que se refiere a una declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes, pero que sus acuerdos deben estar acordes con lo permitido por el ordenamiento jurídico y tienen por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial. En esta definición se resalta la importancia de la manifestación de voluntad de las partes; es más, es necesaria una coincidencia de por lo menos dos voluntades para que nazca el contrato; es decir, debe haber pluralidad de partes. Adicionalmente, el autor especifica que las obligaciones, cuyos efectos se ha citado, han de ser lícitas y susceptibles de apreciación económica.

Arias-Schreiber (1998), en términos generales, precisa que el contrato es el acuerdo relacionado con un objeto de interés jurídico y que se establece entre dos o más partes y

constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia; coincide con De La Puente en que su finalidad es crear, modificar, regular o extinguir obligaciones con contenido patrimonial.

En tanto que Messineo (1948) considera que el contrato puede entenderse desde tres distintas perspectivas, (todas ellas jurídicas): a) como un complejo de reglas, b) como un documento y c) como un negocio jurídico bilateral. Por lo que se aprecia cierta coincidencia con la segunda definición de la RAE. También coincide con los autores citados, en cuanto a la bilateralidad o pluralidad que debe tener todo contrato (al menos dos partes contratantes).

Para Torres (2007), el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral, en el que se toma en cuenta la aceptación por cada una de las partes respecto a los planteamientos u ofertas que formule la otra parte, quienes regulan sus derechos patrimoniales y no patrimoniales (estos últimos siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria).

Bajo similar criterio, Díez-Picazo (2001), precisa que se constituye por una conjunción de consentimientos con la finalidad de generar obligaciones entre los contratantes.

En el ámbito civil, los contratos es un acto jurídico que requiere, por lo tanto, de la manifestación de voluntad en la que coinciden y se comprometen las partes, arribando a un acuerdo, sea en forma verbal (por ejemplo, el contrato laboral entre un empleador y el trabajador que no consta por escrito, o la donación de bienes muebles -artículo 1623 del Código Civil Peruano-) o escrita (por ejemplo, un contrato laboral a plazo fijo o un contrato de mutuo hipotecario). Cualquiera de estas dos formas, produce efectos jurídicos con fuerza de ley para las partes, quienes quedan obligadas entre sí para su debido cumplimiento.

Es así que, por ejemplo, se puede constituir un contrato de arrendamiento, por el cual quien tiene derecho a alquilar un determinado bien puede convenir con otra persona que adquiere el derecho de poseer el bien a cambio del pago de una merced conductiva, como se detallará más adelante.

1.2 Antecedentes

Independientemente de los planteamientos etimológicos, los conceptos citados han quedado plasmados después de pasar por distintas etapas a lo largo de la historia.

Simental (2008), asegura que la figura del contrato ha experimentado una constante evolución y que fueron los romanos quienes lo avizoraron no solo como un acto jurídico fuente de obligaciones, sino también como una norma jurídica individualizada.

Por su parte, Sarría (2011), agrega que, en el Derecho Romano, el conventio (contrato) aparecía como una manera de acuerdo (convención) nacido del consentimiento sobre el contenido y condiciones relativas a un derecho o a una obligación. Explica que el “contractus” es una de las partes conformantes de esta “convención” formada por el pactum (acuerdo) y el

contractus (denominación y contenido del acuerdo). A lo que Ojeda (2001), complementa detallando que la diferencia entre estos dos términos está en que el pacto no tiene un nombre ni una causa mientras que el contrato sí (surgiendo la idea de los contratos nominados).

La mayoría de los contratos que existieron durante la etapa del Derecho Romano fueron regulados de manera casuística, dado que, frente a hechos y decisiones similares y al no existir una norma específica, se trataba de evitar la incertidumbre respecto a posibles abusos o a la disparidad de decisiones, otorgándose una garantía y predictibilidad a los ciudadanos. Criterio que, en épocas posteriores (anglosajonas) fueron constituyendo el common law, y que generó la expresión: “stare decisis et quia non movere” (estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido), concordante con el adagio: “adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas.”

Reyes (2012), estudiosa de los contratos en el tiempo de la Roma de antaño, expresó que estos se dividían básicamente en dos grupos: nominados e innominados.

Los contratos nominados (poseen un “nomen iuris”) y son llamados así por tener un nombre específico y una connotación jurídica obligacional. Pueden ser verbales (verbis), en los que se tenía que especificar determinados vocablos para obtener la solemnidad y firmeza obligacional para las partes; o escritos (litteris) lo que generaba la obligación era el contenido concretado en un documento. Si su formalización estaba condicionada a la entrega del objeto y con esta se perfeccionaba la obligación, se les denominaba contratos reales; y si para su formalización bastaba con el simple acuerdo de las partes sin ninguna otra formalidad ni mucho menos la entrega del objeto, se les denominaba contratos consensuales.

A su vez los contratos innominados constituyen la esencia, causa, raíz o fuente de las obligaciones y permiten la exigibilidad de la conducta. Es por eso que el Código Civil Peruano de 1984 ha incorporado a los contratos en las dos primeras secciones del Libro VII: Fuentes de las obligaciones y los regula teniendo en cuenta las categorías establecidas desde el derecho Romano: Do ut des (Doy para que des), conforme a la cual una parte debe dar una cosa a la otra, para que esta última realice una acción similar a favor de la primera; Do ut facias (doy para que hagas) por la cual una de las partes se compromete a dar una determinada cosa, mientras que la otra deberá retribuirle prestándole un servicio específico; Facio ut des (hago para que des) ya que una parte se compromete a prestar algún servicio a la otra y la otra parte deberá entregarle una cosa ya precisada en el acuerdo en calidad de contraprestación; y Facio ut facias (hago para que hagas), que hace referencia al intercambio de prestación de servicios, ya que las partes quienes se prestan recíprocamente un determinado servicio, aunque no necesariamente sea del mismo tipo o forma (intercambio de servicios).

Sarría (2011) menciona que el Derecho Canónico ejerció una significativa influencia en la formación del concepto moderno de contrato y al valor relevante del consenso, al considerar que la voluntad es la fuente de la obligación; para lo cual tuvo como sustento los preceptos religiosos de aquel entonces, como la fidelidad a la palabra dada y la obligación moral de ser veraces en lo que se pacta; es por eso que considera a la buena fe contractual como la matriz de los principios que forman parte del actual ordenamiento jurídico peruano.

Quezada (2001) también considera que muchas materias concernientes a las obligaciones y a los contratos fueron condensadas en los "Manuales de Confesores"¹ se daba especial valor al consenso y a la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación, desligándola del rígido formalismo romano. En ellos se encontraba una serie de motivaciones éticas y religiosas (como las que imponen la fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad), de las que se deriva la obligación de cumplir adecuadamente con lo acordado; consideraban que la persona que faltaba a una promesa incurría en engaño y, por ende, en pecado, haciéndose merecedor de ser reprimido (lo que actualmente implicaría un incumplimiento de contrato que podría generar el pago de indemnizaciones a favor de quien resulte perjudicado). Permitieron la incorporación al orden jurídico privado de la bona fides (buena fe; presunción que se encuentra establecida en el artículo 1362 del Código Civil Peruano²), el principio humanitas, el de espiritualización de los conceptos, el de aequitas (equidad) y la noción del justo equilibrio de las prestaciones (justicia contractual entre la afectación patrimonial y los beneficios de las partes).

Zegarra (2017) manifiesta que en la Edad Media se dejaron de lado o se redujeron algunas formalidades para concretar un acuerdo inter partes. Por ejemplo, en el contrato de cambio (trueque) y del tráfico jurídico-económico.

Posteriormente, en la Edad Moderna, a decir de Sarría (2011), en el Derecho Natural se comprendió a la voluntad como fuente de obligaciones, siempre y cuando sea expresada en forma libre y voluntaria³.

Con la "Ilustración" o "Siglo de las luces" (pensamiento cultural e intelectual nacido en Francia) y las contribuciones de Jean-Jacques Rousseau, se reconoció el valor de principios fundamentales como la libertad y la igualdad; que en la época de la Revolución Francesa (1789)

¹ Fuentes del derecho Canónico que contenían instrucciones, principios y preceptos que se centraban en casos concretos, para la dirección espiritual de los sacerdotes y feligreses; incluían penitencias para quienes incumplían sus preceptos. Uno de ellos fue el publicado en Valladolid el año 1545 por el franciscano Dueñas.

² Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

³ Voluntarismo jurídico, que es una categoría contractual caracterizada por sustentarse en la voluntad de obligarse, sin exigencia de formalidades, con mayor afianzamiento del ejercicio de las libertades individuales.

se incrementaron con el de fraternidad y sirvieron de sustento para enriquecer los criterios jurídicos relativos a la voluntad como fuente de derecho. Tan es así que la Asamblea Nacional Constituyente Francesa, aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la que se otorgó a los ciudadanos una serie de libertades como los derechos a expresar su voluntad y a la inviolabilidad de la propiedad; afianzando el libre ejercicio de las libertades individuales y la libertad contractual⁴ como manifestaciones primordiales de la libertad ciudadana.

De lo antedicho surgió el establecimiento y sustento de tres claros presupuestos: la economía liberal, la igualdad de los contratantes y la autonomía de la voluntad; los que también sirvió de base jurídica para la regulación de los contratos de arrendamiento, ya que por la economía liberal se procura la menor intervención posible del estado en la regulación de los actos privados; es decir, el ejercicio del mercado libre sin intervención estatal, posibilitando el libre ejercicio del derecho de contratación entre propietario e inquilino (arrendador y arrendatario) teniendo en cuenta los vaivenes económicos de la oferta y la demanda. De similar forma se efectiviza la igualdad de los contratantes, ya que para el contrato de arrendamiento será necesario que las dos partes se pongan en el mismo nivel de posibilidades para discutir y acordar o no las regulaciones que consideren pertinente a su vinculación jurídica. Asimismo, con el ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden aceptar o no la integridad o cualquier estipulación que deseen establecer en su contrato, solo con la limitación de que ninguno de sus acuerdos sea contrario al ordenamiento jurídico nacional.

1.3 Elementos del contrato

Los elementos del contrato son: los sujetos, el objeto, la causa o finalidad del contrato, la declaración de voluntad y la forma -que se debe cumplir solo si hay prescripción legal que la exija o las partes la hayan acordado-. Estos elementos preexisten a la celebración del contrato y son requisitos que deben ser cumplidos para considerar la validez del mismo.

Los sujetos conforman la relación contractual como partes de la misma y se obligan mutuamente de conformidad con lo que acuerden o pacten. En Perú, para que un sujeto pueda contratar formal y legalmente, debe poseer plena capacidad de ejercicio de conformidad con lo establecido en la normatividad jurídica peruana, pues solo así su manifestación de voluntad será válida y exigible en lo que corresponda. Así, en el contrato de arrendamiento, los sujetos intervinientes en la relación contractual son el arrendador y el arrendatario (artículo 1666 del Código Civil Peruano en el cual se precisa que estas partes son el arrendador y el arrendatario).

⁴ Libertad contractual: Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

En cuanto al objeto del contrato, debe estar referido principalmente a la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; sin embargo, en esencia y como ya se ha manifestado, el contrato es una fuente creadora de obligaciones (que pueden ser de dar, de hacer y de no hacer).

Rodríguez (1998), detalla que el objeto debe ser lícito ya que si la obligación que se constituye mediante el acuerdo fuera contraria al orden público, las buenas costumbres y/o a la ley, no tendría validez⁵. Adicionalmente, dicho objeto también debe ser física y jurídicamente posible. Sobre esto, a entender de Flores (2018), lo “jurídicamente posible” hace alusión a la legalidad o licitud del acuerdo; mientras que la expresión jurídica “físicamente posible” se refiere a aquello que el agente puede realizar u obtener. Criterio que se sustenta en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil Peruano.

En lo que respecta a la causa o fin del contrato, Vidal (1989) indica que consiste en la orientación que surge de la manifestación de la voluntad para que genere los efectos jurídicos deseados y acordados; estos son los ya enunciados y referidos a la creación, regulación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas; tan es así que en el contrato de arrendamiento las partes se ponen de acuerdo para regular las condiciones en que se ha de celebrar el contrato, como ser la de entregar el uso de un inmueble a cambio de una renta por tal uso⁶; y esa es la causa por la que se celebra este tipo de contrato. Pero esta debe ser cierta y correcta para evitar su nulidad; tan es así que la Corte Suprema, en la sentencia recaída en la casación N° 890-2017 precisó que una de las partes contratantes (vendedor) actuó con la finalidad de evadir el cumplimiento de su obligación crediticia y que los compradores tenían la posibilidad de conocer esa situación, por lo que la compraventa devenía en nula.

El siguiente elemento es la declaración de voluntad; al respecto, Rubio (2014) considera que el contrato es fuente de derecho porque lo que acuerdan las partes (manifestación intersubjetiva) constituye una norma de connotación jurídica (“ley entre las partes”); por tanto, tiene carácter obligatorio, diferente de una mera opinión o declaración. Adicionalmente, De la Puente (1998) adiciona a dicho contenido que la manifestación de voluntad, debe ser libre (presupuesto) sin presión, intimidación, amenaza o coacción de ninguna de la partes; es decir, que debe ser enteramente voluntaria. Si no es expresada bajo estos parámetros debe ser

⁵ Concordante con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil Peruano que establece: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

⁶ Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

considerada nula de conformidad con lo que establece el artículo 219 del Código Civil Peruano⁷.

Por último y no menos importante es la forma; puede o no ser exigida para que un contrato sea válido, según lo establezca la ley. Si la forma es ad probationem, no es exigible que se emita bajo una determinada formalidad; en tanto que, si es solemne (ad solemnitatem), es exigible como requisito para que el contrato sea jurídicamente válido; pues si no se cumple la formalidad exigida, podría declararse su nulidad. Al respecto cabe anotar que el contrato de arrendamiento tendría la forma ad probationem, ya que las partes pueden elegir la forma que consideren conveniente de acuerdo a sus intereses; la ley no exige que el contrato deba ser escrito, primando el principio de libertad y como señala Peralta (2005) implica que las partes pueden elegir la forma que deseen, pese a que se recomienda que se celebre por escrito.

1.4 Principios contractuales

Toda institución jurídica obedece a ciertos principios que orientan y/o regulan la forma o el fondo de la misma para su debido establecimiento. En materia contractual, dichos principios son presupuestos o reglas previas que se debe tener en cuenta para la celebración del contrato. En concordancia con estos criterios, Osterling (2012) considera que algunos principios contractuales son aplicables a cualquier forma de contratación, aunque hay otros que tienen naturaleza específica según el tipo de contrato que se establezca, aunque no dejan de prevalecer los principios generales del Derecho y más concretamente los principios de la Administración de Justicia (Inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú) aplicables a los contratos, como es el caso de los contratos de arrendamiento que deben ser analizados en estricta sujeción a estos últimos especialmente cuando se presentan situaciones de emergencia (como es el caso de la fuerza mayor) y no existe una norma concreta que permita una solución basada en norma jurídica.

Efectivamente es así y ello ha salido a la luz justamente ante la emergencia que se ha producido a raíz de la pandemia del Coronavirus, dado que generó un severo conflicto de intereses tanto para el arrendador (acreedor) como para el arrendatario (deudor) por incumplimientos en el pago de la merced conductiva; situación problemática que debió y aún debe ser analizada a la luz de los principios generales del derecho.

Según dicho autor (Osterling), con quien coincide Soto (2010), entre los principios contractuales se encuentran los siguientes: autonomía de la voluntad privada o, simplemente, autonomía de la voluntad; consensualismo; buena fe contractual; así como el principio de la

⁷ Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

fuerza obligatoria o vinculante, el aforisma latino *pacta sunt servanda*; el principio del efecto relativo de los contratos; el de la causa concreta; el de solidaridad o sociabilidad; el de inalterabilidad; y el de eficiencia.

1.4.1 Principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad

Está ligado íntimamente con el presupuesto contractual de la manifestación de voluntad, ya que ambos están referidos a la forma en que las personas deben manifestar su voluntad de contratar; esto es, que deben hacerlo de manera libre y voluntaria; es decir, sin estar bajo amenaza o coacción; en consecuencia son libres de obligarse a cumplir ese pacto, ya que una vez acordado, este será de obligatorio cumplimiento y las partes deberán afrontar las consecuencias jurídicas pertinentes; en tanto que si la voluntad se ha expresado bajo amenaza, presión o coacción, el acuerdo será pasible de nulidad.

Sin embargo, en los contratos de arrendamiento es necesario tener en cuenta que suelen corresponder al tipo contractual de adhesión; contratos en los que una de las partes (el arrendatario) acepta determinadas cláusulas redactadas previamente por el arrendador. *prima facie*, pareciera que la autonomía de la voluntad está siendo manejada unilateralmente por quien ya tenía el contrato redactado con anticipación y que la otra parte no ha manifestado su voluntad; no obstante, aunque dicho contrato haya sido elaborado con anticipación por el propietario del inmueble, la otra parte tiene absoluta libertad de aceptar o no los términos allí planteados; si los acepta y suscribe el contrato, estará manifestando su voluntad, consistente en su conformidad con todas y cada una de las estipulaciones que contenga el mismo; lo que no quita su derecho a sugerir modificaciones a las cláusulas contractuales y si estas son aceptadas, serán incluidas en el contrato.

Josserand (1952) así lo sostiene manifestando que estos contratos son verdaderos y válidos pues la ley no exige que el acuerdo contractual sea precedido de una libre discusión o exhaustivo trato en la génesis del contrato; solo se exige que ambos interesados consientan y exista acuerdo entre ellos, para que nazcan las obligaciones.

1.4.2 El principio del consensualismo

Para un mejor esclarecimiento del sentido de este principio, es conveniente tener presente lo prescrito en el artículo 1352 del Código Civil Peruano⁸. El legislador peruano ha sido claro en su intención de considerar al consentimiento como un requisito fundamental para que se perfeccione el contrato; habida cuenta que con dicho consentimiento se supone que las partes han comprendido y aceptado los contenidos del contrato y, por ende, se han obligado a

⁸ Artículo 1352: Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

cumplir en todo lo que haya sido estipulado en este. El consentimiento es bilateral pues es el resultado de la fusión de las voluntades de los contratantes.

1.4.3 *El principio de la buena fe contractual*

La buena fe es entendida o asimilada como lealtad, aunada a dos valores adicionales que son la honestidad y el respeto. La conjunción de estos tres elementos axiológicos involucra el hecho de que el comportamiento de los contratantes debe ser leal y honesto entre las partes; así, se tendrá seguridad en que exista una buena relación contractual entre las mismas; relación que, a su vez, estará impregnada por el debido respeto de cada uno de los contratantes. Según Soto (2010) también comprende a los deberes de información y confidencialidad, en el momento previo a la celebración del contrato y durante la ejecución de este, para que no haya posible aprovechamiento del estado de necesidad de alguna de las partes. El Código Civil Peruano ha regulado este principio en el artículo 1362, disponiendo expresamente: “Los contratos deben negociarse, concertarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

1.4.4 *El principio pacta sunt servanda, de fuerza obligatoria o vinculante*

Esta expresión latina por la cual se entiende que los pactos son para ser cumplidos; deben ser respetados y cumplirse recíprocamente, tal cual si se tratase de una norma o ley. Este principio, al igual que los anteriores, ha sido incorporado de manera explícita en el Código Civil Peruano, estrictamente en su artículo 1361.⁹

De la Puente (2007), ha considerado que la obligatoriedad puede ser entendida de dos maneras: como acto jurídico que genera obligaciones, distinto de otros actos jurídicos plurilaterales, como las convenciones, y la segunda como generador de un efecto obligatorio (atadura); pero de una u otra forma establece un vínculo entre las partes y la obligación de cumplimiento. Sobre este principio, Soto (2010) indica que también se encuentra recogido en Códigos Civiles de otros ordenamientos jurídicos, en los cuales se prescribe que el contrato posee fuerza de ley entre sus contratantes. Entre esos países están: Francia, Italia, Chile, Argentina, Uruguay, Bolivia, Colombia, Venezuela, Puerto Rico, Ecuador, entre otros.

Tras lo expuesto, es notoria la fuerza vinculante que tienen los contratos y esto también se da en los contratos de arrendamiento, puesto que, si las partes han celebrado un contrato, se supone que llegaron a un acuerdo y que han brindado consentimiento para someterse a los términos y condiciones particulares del mismo. Sin embargo, en muchas ocasiones hay

⁹ **Obligatoriedad de los contratos.** Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

incumplimientos que llegan hasta el Poder Judicial; tal es el caso de incumplimiento en el pago de la merced conductiva por parte del arrendatario y la excesiva penalidad que constaba en el contrato de arrendamiento; ante esta situación, la Corte Suprema de Justicia de Lima (Exp. 000801-2009) ante la pretensión del arrendador para hacer efectiva la penalidad, aplicó el artículo 1346 del Código Civil Peruano,¹⁰ teniendo en cuenta que el incumplimiento fue parcial, modificó el monto de la penalidad y la fijó prudencialmente.

1.4.5 *El principio del efecto relativo de los contratos*

Según este principio, los efectos producidos por el contrato sólo van a afectar a las partes que lo suscriben; es decir a quienes lo han celebrado. Podría entonces inferirse que aquellas personas ajenas a la relación contractual no tendrían por qué verse involucradas en dichos efectos. Mejor precisión se encuentra en lo prescrito en el Código Civil Peruano (artículo 1363¹¹).

Roppo (2009) ha expresado la aplicación de este principio no implica la inmunidad del tercero respecto a cualquier consecuencia de hecho que se derive del contrato celebrado entre otras personas, dado que también podría tener importantes consecuencias para el tercero. Tal es el caso, por ejemplo, que un deudor, mediante un contrato de donación, transfiera todos o parte de sus bienes con el fin de que su acreedor no los afecte en caso de incumplimiento de pago de la deuda; en este caso, dicho acreedor podría sufrir consecuencias relevantes, por lo que tiene el derecho de solicitar que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del mencionado deudor.

1.4.6 *Principio de la causa concreta*

Osterling (2012) afirma que todo contrato debe contener un sustento firme para justificar su creación; pues si este no existe no tendría sentido su celebración e incluso podría presumirse su invalidez, ya que los contratantes no pueden obligarse si no existe una causa o fin que así lo justifique, dado que la razón sustancial de la relación contractual es justamente la razón de constituirse y su legitimidad. Igual criterio es expuesto por Roppo (2009) quien expresa que los contratos privados sin causa, son injustificados, y no tienen justificación para su celebración.

¹⁰ **Reducción judicial de la pena.** Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

¹¹ **Efectos del contrato.** Artículo 1363.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

1.4.7 Principio de sociabilidad/solidaridad

El contrato encuentra sustento en el valor que se pretende garantizar en función del bienestar social; por lo cual en el ordenamiento jurídico nacional han quedado establecidos límites o restricciones para casos determinados, como ser el resguardo del orden público, la convivencia pacífica, el interés social, público o ético y las normas legales imperativas. En cuanto a ello, Mazeaud (2004) y Bourgeois (1998) sostienen que este solidarismo exige por conciencia cívica que quienes contratan actúen de acuerdo a lo que ellos mismos han concertado respetando sus propios intereses y sin atentar contra el bienestar general (ética contractual, altruismo, decencia, etc.). Esta solidaridad es un hecho natural y social, inherente al ser humano, individual y socialmente.

1.4.8 Principio de inalterabilidad

Lo acordado entre las partes no se altera ni se puede alterar, salvo lo ya expresado respecto a la intervención judicial. Se trata de un principio que implica el respeto debido a lo pactado entre las partes, siempre y cuando no sea contrario a las normas legales y a sus implicancias sociales. Así, este principio concuerda y se sustenta en el de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación.

Alpa (2003), dejando a salvo lo relativo al contenido contractual sobre lo que no está de acuerdo a ley, como en el caso ya comentado de la aplicación del artículo 1346 del Código Civil Peruano, explica que ni siquiera un juez puede modificar lo convenido por las partes ya que la voluntad de estas no puede ser modificada; el juzgador solo tiene la potestad de interpretarlo y calificarlo; de otra forma se estaría arrogando una cualidad que solo compete a los contratantes.

1.4.9 Principio de eficiencia

Este principio versa sobre la valoración de las prestaciones que las partes asumirán según sus propios acuerdos. Osterling (2012) manifiesta que los contenidos del contrato deben establecerse en procura de lograr el mejor y mayor resultado, con la menor cantidad posible de recursos; dicho de otra manera, lo que se pretende es lograr los mejores beneficios con mínima inversión o costo. Las explicaciones que emite Soto (2007), sobre este principio, complementa lo manifestado precisando que es necesario no generar ni aceptar costos de transacción elevados ya que ello generaría la ineficiencia contractual; por ende, la celebración del contrato y su respectivo cumplimiento deben implicar un costo mínimo y razonable.

1.5 Clasificación

Tomando como referencia a Rodríguez (1995), los contratos, de manera amplia, se clasifican según su: a) regulación, b) área, c) autonomía, d) estructura, e) prestación, f) valoración, g) forma, h) ejecución, i) formación, y j) riesgo:

Según su regulación, pueden ser: Típicos si se regulan especificando alguna de las disciplinas legales pertinentes; Atípicos si no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico; es decir, no se celebran conforme a una normatividad específica.

Teniendo en cuenta su área, existen contratos Civiles, si se fundamentan en normas del Código Civil Peruano; Comerciales, si están regulados por las normas del Código de Comercio; Bancarios, si se sustentan en el Derecho Bancario.

En cuanto a su autonomía, los contratos pueden ser Principales, en caso no tengan dependencia de ningún otro contrato o acuerdo para su celebración; Accesorios, si tienen dependencia de otro para poder existir, no tienen funcionalidad independiente, pues siguen la suerte del principal; Derivados, se desprenden de otro ya formulado previamente; se derivan de un contrato celebrado anteriormente, como sucede con el contrato de subarrendamiento o el subcontrato de obras.

En cuanto a su estructura, puede haber contratos Simples, si su contenido es sobre una sola materia y sin ningún condicionamiento o dificultad que impida su específica determinación; establecen acuerdo con suma concreción y sin complejidades; Complejos, en sentido contrario a los contratos simples, presentan diversos factores o distintas formas de establecer derechos u obligaciones, con la salvedad de que ello debe darse siempre dentro de un mismo contrato.

En atención a sus prestaciones, los contratos pueden ser de prestación unilateral, si generan obligaciones solo para una de las partes, o de prestaciones recíprocas, si las obligaciones son para ambas partes, y condicionan a que una de ellas cumpla su obligación, para que la otra parte también cumpla la suya. Alessandri (2009), los denomina como contratos unilaterales a los de prestación unipersonal y bilaterales a los de prestaciones recíprocas.

En cuanto a su valoración, los contratos pueden ser onerosos. Cuando las prestaciones o las contraprestaciones implican un pago o compensación dineraria; es decir, las partes pactan respecto a un provecho o beneficio económico; gratuitos, si no hay onerosidad para una de las partes, implica un nivel de desprendimiento económico de una parte a favor de la otra, por ejemplo, el contrato de donación.

Tomando como referencia la forma de los contratos, estos se subclasifican en consensuales, si con solo el consentimiento de las partes se perfecciona el contrato, no se exige ninguna formalidad o condición; reales, si se perfeccionan con la entrega del bien; literales, su términos y condiciones constan en forma específica; solemnes, cuando la validez de su celebración exige que el contrato adopte una determinada formalidad (ad solemnitatem) para su validez; dicha solemnidad puede ser establecida por ley -causal de nulidad en caso de

incumplimiento-, o por las mismas partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad; por libertad de forma, de conformidad con lo que acuerden la partes; inclusive pueden acordar que sea vía telefónica; una vez estipulada la forma, si se incumple en la celebración es pasible de nulidad.

De acuerdo con su ejecución, los contratos pueden ser de ejecución instantánea, si se agotan en el mismo acto (en un único momento) en que se ejecutan; de ejecución inmediata, cuando la eficacia surge desde el mismo momento en que se lleva a cabo su celebración; de ejecución diferida, en caso las partes convengan en que su eficacia se suspenderá hasta el momento en que una de las partes requiera a la otra el cumplimiento de los derechos y/o de las obligaciones especificadas en su acuerdo; de tracto sucesivo, en cuanto todas las obligaciones o prestaciones de las partes, o al menos alguna de ellas, deban cumplirse a lo largo de un determinado período; por ende implican una permanencia en tanto se vayan cumpliendo progresivamente los acuerdos.

Considerando su formación, pueden de negociación previa, si para su formalización o perfeccionamiento se requiere de una fase previa en la que las partes discuten los términos y condiciones sobre los que pretenden obligarse para luego expresar su consentimiento y celebrar el contrato; de adhesión, en lo que las cláusulas y términos que regirán ya han sido redactadas unilateralmente y de manera previa por una de las partes; lo que suele suceder con las entidades bancarias y las empresas de transporte (pasajes); están ya preparados para que la parte que los requiere los lea y, si está de acuerdo con lo allí estipulado, puede emitir su aceptación con lo que el contrato quedará perfeccionado.

Finalmente, en base a su riesgo, existirán contratos conmutativos, en los cuales los beneficios y/o las obligaciones o compromisos son pactadas incluso antes de la suscripción del acuerdo; los celebrantes deben discutir las condiciones que se regularán en el contrato para que queden debidamente expresadas en un documento; aleatorios, se rigen por el alea o suerte, ya que el resultado de la ejecución del contrato es un hecho totalmente incierto, una posibilidad de que una de las partes o ambas obtienen el beneficio o la pérdida derivada del contrato; implican un cierto nivel de riesgo; por ejemplo: la compra de un billete de lotería.

Los contratos de arrendamiento, por lo general, suelen ser contratos típicos, principales, simples, de prestaciones recíprocas, onerosos, consensuales, literales y libres de forma.

1.6 Regulación en el Código Civil Peruano

En Perú, los contratos son regulados en el Libro VII del Código Civil: “Fuentes de las obligaciones”, en dos secciones; la sección primera contiene las normas reguladoras de los

contratos en general, desde el artículo 1351 hasta el 1528; en tanto que la segunda sección detalla lo que corresponde a los contratos nominados, desde el artículo 1529 hasta el 1949.

Pese a ser inusual que los códigos brinden definiciones sobre las figuras jurídicas reguladas, en el artículo 1351 del Código Civil Peruano sí se ha definido a los contratos.¹² Es más, en el artículo 1352 se regula sobre la manera en que se perfeccionan los contratos¹³ (consentimiento -principio de consensualidad- y forma -según corresponda-).

En el artículo 1354 se prescribe sobre la libertad que tienen las partes para determinar libremente el contenido del contrato que pretenden celebrar, siempre y cuando no sea contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público (Concordancia: artículo 62 de la Constitución Política del Perú), y se cumpla los requisitos que son inherentes al acto jurídica (validez del acto jurídico: artículo 140 del Código Civil Peruano) que, por extensión, son aplicables a todo contrato. Entre estos requisitos está el de tener capacidad de ejercicio, objeto física y jurídicamente posible (por ejemplo, sobre la compraventa de un bien inmueble, la Corte Suprema ha expresado: “Resulta indudable que la venta de un bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero propietario del inmueble es un contrato contrario a las leyes que interesan al orden público.” (Cas. 1376-99-Huánuco); fin lícito (no deben contravenir las normas relativas al orden público o a las buenas costumbres); forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, se refiere a los actos jurídicos con formalidad ad solemnitatem.

¹² **Noción de contrato.** Artículo 1351: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

¹³ **Perfección de contratos.** Artículo 1352: Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Capítulo 2

El contrato de arrendamiento

2.1 Concepto

Es el acuerdo de voluntades entre una persona (arrendador) que tiene capacidad de contratar y de otorgar en alquiler la posesión de un bien por un determinado tiempo (aunque también puede ser de tiempo indefinido), y otra (arrendataria) que también debe tener capacidad de contratar y, además, la voluntad de recibir el bien en alquiler, comprometiéndose al pago de una merced conductiva.

Arias-Schreiber (1989) sostiene que cabría hablar de un contrato de arrendamiento, cuando el arrendador, se obliga a ceder al arrendatario, el uso de un determinado bien, durante un período de tiempo establecido en el contrato, en tanto que el arrendatario se obliga a pagar una suma de dinero por el uso de dicho bien (renta)

En el Código Civil Peruano (Art. 1666), a las personas intervinientes en este tipo de contrato, se las identifica como arrendador -quien alquila el bien- y arrendatario -quien lo recibe en alquiler (también identificado como inquilino)-. Asimismo, se determina que el bien, materia del arrendamiento, está siendo cedido por un tiempo determinado, si la vigencia se encuentra pactada en el contrato; caso contrario, será a requerimiento del arrendador.

Además, se especifica que, como contraprestación del uso del bien, el arrendatario debe pagar al arrendador, una suma de dinero específica (merced conductiva), que será fijada de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta la ubicación y áreas del bien, su distribución, la condición en que se encuentra, las especificaciones del contrato, y cuanto deseen pactar sobre el objeto del contrato.

Peralta (2005) especifica que este contrato implica la cesión temporal de un bien por parte de la persona que lo da en alquiler a otra, que será la beneficiaria respecto al uso del bien, siempre y cuando esta última cumpla con el pago de la renta convenida. Complementa este criterio Cuadros (1997) al expresar que en esta clase de contratos se conceden dos tipos de facultades (considera facultades a los derechos que emergen del acuerdo de voluntades), por un lado, al arrendatario para usar el bien y, por parte del arrendador a disfrutar de la renta convenida a su favor. En tanto que Castillo (2015) lo define como un acuerdo de voluntades emanado de dos partes: arrendador y arrendatario, quienes se obligan mutuamente; el primero a ceder temporalmente el uso del bien al segundo; y este a pagarle la renta que hayan convenido; lo que se deberá efectuar durante todo el tiempo establecido para el uso y disfrute del bien.

Conforme a lo citado y expresado, en un contrato de arrendamiento ambas partes adquieren derechos y se someten a determinadas obligaciones frente a la otra; dichos derechos

y obligaciones no son solo y exclusivamente los enunciados normativamente, sino que pueden abarcar otros más que surgen de los acuerdos que establezcan las partes y que constan en el contrato.

2.2 Antecedentes

Según González (1993), el contrato de arrendamiento tiene sus antecedentes más remotos en la antigua Roma, en el denominado *locatio conductio rei*, por el cual el locador entrega una cosa para el uso por parte del conductor. La contraprestación (renta) entregada por el bien alquilado, era conocida como *merces*, es por ello, que actualmente al pago de dinero que realiza el arrendatario por concepto de alquiler se le denomina como merced conductiva.

Inicialmente, la *locatio* se utilizaba solo respecto de animales y esclavos mas no de personas; posteriormente aparecería la figura de la renta de tierras, específicamente en el siglo II a.C. Tiempo después, con la llegada del Imperio como tal, se generó la construcción de diversas edificaciones, las mismas que tenían como una finalidad estrictamente comercial, ya que se planeaba alquilarlas como viviendas y habitaciones, concretándose la figura jurídica del arrendamiento. Los romanos utilizaron el arrendamiento, con mayor frecuencia, en sus explotaciones agrícolas, ya que ello suponía una gran fuente de ingresos económicos para las ciudades.

Sin embargo, la locación se establecía como un acuerdo mutuo por el cual una persona cedía a otra un bien mueble o inmueble para el uso o goce por parte de esta, por un determinado tiempo y a cambio de una renta o de un determinado precio. Lo que aún persiste en los ordenamientos jurídicos del derecho español, y del derecho francés.

En lo procesal, el arrendamiento se dilucidaba entre el arrendador y el arrendatario, pero no frente a terceros; lo cual originaba riesgo para el inquilino especialmente cuando el propietario vendía el bien arrendado a un tercero; este podía ejercer su derecho de propiedad exigiendo al arrendatario la entrega del bien, incluso pudiendo accionar para desalojarlo, ya que no se le podía exigir el respeto de convenios anteriores, en los cuales no había intervenido.

Peralta (2005) sostiene que esta figura jurídica es la fuente más antigua del contrato de arrendamiento y que surgió como producto de su expansión, sus conquistas, el progreso del comercio y el incremento poblacional. Así como por la emancipación de los esclavos y la integración de los foráneos a las urbes, quienes necesitaban de un lugar para establecerse; lo que generó la necesidad de una regulación ordenada e inmediata del arrendamiento, como así se hizo.

Posteriormente, en la época feudal medieval, el contrato de arrendamiento se solemnizó sobre fincas urbanas y rústicas siendo utilizado tanto para el uso de vivienda como para la

explotación agrícola. Al respecto, Castillo (2015) indica que dicha explotación suponía que el señor feudal tenía derecho vitalicio y dominio total del suelo, pudiéndolo entregar a sus siervos y colonos, para que pudieran trabajarlos para utilizar los frutos y productos que pudieran obtener, pero sin transmisión de la propiedad.

Ya en la edad moderna en el arrendamiento se puede comprender a diversos tipos de bienes (locales comerciales, departamentos, casas, habitaciones) y, en la sociedad actual, se ha expandido tanto que puede incluir figuras que ya no están comprendidas en la normatividad civil, como ser los contratos regulados por el derecho mercantil (*Leasing* o arrendamiento financiero), por ejemplo.

2.3 Naturaleza jurídica

Existen serias discrepancias respecto a la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento; la doctrina no ha llegado a ser uniforme sobre si dicho contrato tiene una naturaleza de tipo real o de tipo persona.

2.3.1 *El arrendamiento como contrato de naturaleza real*

Avendaño (2017) sostiene que el derecho real confiere dos atributos que son ajenos al derecho personal: el derecho de persecución y el derecho de preferencia. El primero permite al titular perseguir la cosa objeto de su derecho y recuperarla ejercitando acciones de naturaleza real; en tanto que el derecho de preferencia implica su prevalencia respecto a otros derechos de distinta naturaleza en caso de colisión de derechos.

Según este criterio, el arrendador posee estos atributos pues tiene los derechos de usar, disfrutar, disponer y reivindicar; en tanto que el arrendatario solo tiene los derechos de uso y disfrute que los ejerce desde el momento en que le es entregada la posesión del bien y mientras su contrato se encuentre vigente; pero no goza del derecho de disposición ni de reivindicación; lo cual no contradice la naturaleza del derecho real, pues los derechos de persecución y preferencia corresponden al arrendador.

En lo que se refiere al derecho de reivindicación corresponde solo al propietario; aunque si bien al arrendatario no le corresponde el derecho a la reivindicación, sí tiene la posibilidad de recuperar la posesión que le haya sido arrebatada, mediante el interdicto de recuperar o mediante las acciones posesorias, puesto que si es desposeído por tercera persona, puede ejercer el derecho a accionar para recuperar la posesión del bien arrendado que la ha sido entregado en arrendamiento, aunque el derecho a recuperar la posesión corresponde a un derecho personal y solo para exigir la restitución o recuperación del bien, pero no como el derecho real que corresponde al propietario, dado que este puede accionar contra el poseedor no propietario.

El derecho que tiene el arrendador, como cualquier otro poseedor legítimo, está regulado en el Código Civil Peruano como un derecho real principal (Arts. 896 al 922), e incluye la defensa posesoria que también la puede ejercer el arrendatario. (Arts. 920 y 921 del mencionado Código Civil), como poseedor del bien arrendado y con poder directo e inmediato para recuperar la posesión, sin requerir del apoyo, consentimiento o cooperación del arrendador.

No obstante, existen cuestionamientos respecto a considerar a la posesión como un derecho real a plenitud, considerando que el arrendatario no posee una titularidad que pueda ser ejercida como sí la tiene el dueño del bien (titular), pese a que la defensa de la posesión ha quedado establecida como un derecho de naturaleza real y que el arrendatario no goza del derecho de oponibilidad que es derecho que corresponde al propietario (oponibilidad frente a terceros); lo que está precisado en el inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil Peruano que establece la conclusión del arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, cuando el arrendador ha sido vencido en juicio sobre el derecho que tenía para arrendar; por tanto, el arrendatario no podrá oponer su contrato de arrendamiento contra dicho vencedor.

La limitación para oponer el contrato de arrendamiento contra terceros, también queda determinada con lo prescrito en el inciso 2 del artículo 1708 respecto al hecho de que el propietario haya enajenado el bien materia del arrendamiento a quien no es su inquilino, pues, en este caso, el arrendatario no tendrá facultad para oponer su contrato de arrendamiento al derecho del adquirente, salvo que haya asumido la obligación de respetar dicho contrato o que este haya sido inscrito en los registros públicos y se encuentra aún vigente, pues, en este caso, el comprador tendría que respetar dicho contrato, sin importar si el arrendatario se encuentra o no ejerciendo posesión sobre el bien en aquel momento.

2.3.2 *El arrendamiento como contrato de naturaleza personal*

Peralta (2005) considera al arrendamiento como un contrato de naturaleza personal, señalando que el derecho con el que cuenta el arrendatario es exclusivamente personal y que, precisamente por ello, es que el arrendador puede requerirle la devolución del bien alquilado, en caso incumpla con lo pactado, pese al derecho del arrendatario a no ser incomodado por el arrendador.

Bigio (1994) sostiene que este contrato es de naturaleza jurídica de tipo personal, pues se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, sin que se requiera la entrega del inmueble como condición constitutiva y el arrendatario; pero este ostenta los derechos a que se le haga entrega del bien contratado, a exigirle al propietario que lo mantenga en el uso del bien (obligación de hacer), y a no ser incomodado por el arrendador, siempre y cuando se encuentre ejerciendo un uso pacífico del bien y cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato.

En otros casos, el arrendatario necesitará el poder del arrendador para acciones que no han sido determinadas en el respectivo contrato, dado que, según este autor, el arrendatario no tiene un poder inmediato sobre la cosa arrendada; por lo que no puede oponer su contrato a terceros si no se le ha concedido tal facultad, pese a que en cuanto recibió el bien entra a asumir responsabilidad respecto al mismo. De igual manera, sostiene que no se puede ignorar que, pese a que el derecho del arrendatario es netamente de uso, este lo ejerce públicamente de tal forma que aparentemente estaría ejerciendo un derecho real, lo que da sustento a quienes defienden el criterio de la naturaleza real de este contrato.

Ante esta evidente contradicción de posturas y diversidad de pareceres se ha preconizado una postura intermedia que básicamente encuentra sustento jurídico en lo dispuesto en los artículos 1680 (inciso 1)¹⁴ y 1708 del Código Civil Peruano¹⁵

Conforme a lo dispuesto en el citado artículo 1680, el arrendamiento tendría naturaleza personal, por la obligación del arrendador sobre el uso del bien (relación obligacional), mientras que del artículo 1708, se podría interpretar que se trata de un contrato de naturaleza real ya que, como se ha expresado, si dicho contrato estuviera inscrito, el adquirente debe respetarlo, pero si no lo estuviera, se inervaría su facultad para darlo por concluido. Castillo (2015) defiende esta postura intermedia, considerando que entre los atributos que conceden las normas citadas al arrendatario, este goza de los derechos de uso y disfrute del bien; pero no puede disponer del mismo.

2.4 Características

El contrato de arrendamiento, al igual que otras figuras jurídicas, cuenta con una serie de características propias que, según Bigio (1994), son las siguientes:

2.4.1 Es un contrato consensual

Puesto que se constituye en base a los acuerdos a que arriben las partes contratantes. Las normas legales no establecen, por ejemplo, el bien sobre el que recae el acuerdo, el monto de la merced conductiva, el tiempo de vigencia del contrato, las condiciones que se estipulen, etc. Lo que las partes acuerden se torna en obligatorio para ellas de conformidad con el principio

¹⁴ Obligaciones adicionales al arrendador. Artículo 1680. También está obligado el arrendador:

1.- A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.

¹⁵ Enajenación del bien arrendado. Artículo 1708. En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:

1.- Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.

2.- Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.

3.- Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

Pacta sunt servanda y no por mandato de otra naturaleza. Es un contrato en el cual las partes han establecido y conocen con certeza que se están imponiendo obligaciones recíprocas que cada uno asumirá desde el momento inicial de su celebración. Situación que puede observarse de la lectura del artículo 1666 del Código Civil Peruano en el que consta la expresión: “se obliga”, puesto que las partes por sí mismas han decidido generarse una obligación, expresando su consentimiento.

2.4.2 Contrato informal

El arrendamiento, es un contrato para cuya celebración, no se ha establecido una formalidad específica; por ende, no es un contrato “solemne”. Así pues, las partes gozan de plena libertad para celebrar este contrato bajo la forma que ellos consideren más idónea; incluso puede ser verbal y no requiere la entrega del bien materia del contrato para su perfeccionamiento; bastará la manifestación de voluntad de ambas partes para obligarse conforme lo hayan concretado en común y voluntario acuerdo.

2.4.3 Contrato con prestaciones recíprocas

Con el acuerdo entre las partes se generan obligaciones que ambas deben cumplir: el arrendador se obliga a entregar el bien materia del contrato para su uso y disfrute por parte del arrendatario en tanto que este debe pagar la renta o merced conductiva en la fecha acordada. Es decir, hay obligaciones mutuas que evidencian la existencia de una prestación (la del arrendador de entregar el bien) y una contraprestación (la del arrendatario de pagar la merced conductiva).

2.4.4 Contrato oneroso

Onerosidad que puede evidenciarse con la obligación del arrendatario de pagar la renta.

2.4.5 Contrato conmutativo

Las condiciones y términos que rigen y obligan a las partes son establecidas desde un principio con carácter recíproco. Esto es que ambos tienen obligaciones que cumplir y cuyo incumplimiento de una parte exime a la otra de cumplir su respectiva obligación.

2.4.6 Contrato de tracto sucesivo

Dado que es continuado y fluyente, no existiendo la posibilidad de que pueda ser instantáneo, ya que la obligación del arrendador es proporcionar al arrendatario el uso de la cosa arrendada; obligación que se mantiene permanentemente durante toda la vigencia del contrato y sin perturbación alguna; a tal extremo que si el arrendador tomara o recuperara el bien en contra de la voluntad del arrendatario estaría incurriendo en el delito de usurpación. De similar forma, la obligación del arrendatario también es continua, permanente y fluyente, pues el pago de la renta deberá efectuarlo en el lapso y en el momento convenido en tanto esté en posesión del bien arrendado.

Peralta (2005), precisa dos características adicionales a las que se ha detallado:

2.4.7 Contrato típico

Es típico debido a que se encuentra nominado y regulado en el ordenamiento positivo peruano, es por ello que, tanto su régimen como su naturaleza, efectos y conclusión obran en su Código Civil.

2.4.8 Contrato principal

Porque no depende de un contrato de mayor envergadura que lo contenga ni es accesorio de otro; es autónomo e independiente (no depende de otros contratos para poderse concretar, contando con una especie de “vida propia”. Así ha sido determinado en el Código Civil Peruano de 1984 por ende, se trata de un contrato autónomo, lo que no impide que se pueda establecer modalidades específicas y/o convenciones accesorias como una cláusula de arrendamiento-venta o sub arrendamiento, que pueden o no condicionar las disposiciones establecidas en el contrato principal.

Del vigente Código Civil Peruano se puede establecer otra característica no especificada por los autores mencionados:

2.4.9 Contrato nominado

Conforme la estructura del Código Civil Peruano cuenta con un “*nomen iuris*” legal, con disposiciones específicas que lo regulan jurídicamente, diferenciándose de otros contratos nominados y de diferentes figuras jurídico-contractuales que existen.

2.5 Regulación

2.5.1 Regulación en el Código Civil Peruano

2.5.1.1 Disposiciones generales. Previamente a las regulaciones específicas para el contrato de arrendamiento, el Código establece una serie de disposiciones generales que son aplicables a todo tipo de contratos (nominados o no) y se encuentran establecidas en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones), Sección Primera (Contratos en General: Artículos 1351 a 1372).

Las disposiciones propias de este contrato están establecidas en el Capítulo Primero: Disposiciones Generales (Artículos 1666 a 1677), del Título VI (Arrendamiento, Artículos 1666 a 1712), Sección Segunda (Contratos Nominados) del mencionado Libro VII.

Como ya se ha precisado, en el artículo 1666 se establece las obligaciones de ambas partes y se complementa con el artículo 1667 del mismo cuerpo normativo en cuanto precisa solo podrá dar en alquiler quien posea esta facultad con relación a los bienes que administra. No obstante, mediante el artículo 1668 se expresa dos supuestos en los que las personas se ven impedidas de poder celebrar un contrato de arrendamiento: los administradores respecto a los

bienes que precisamente están encargados de administrar y quienes estén impedidos por ley para arrendar bienes específicos; sobre este segundo supuesto, en el artículo 1366 se especifica a las personas prohibidas de arrendar por mandato legal.

Tratándose de bienes que pertenecen a más de un propietario, el artículo 1669 es claro al indicar que el copropietario de un determinado bien indiviso, no puede darlo en arrendamiento sin el consentimiento de los demás participantes. Asimismo, establece que, si este lo hiciera, dicho contrato se tornará válido únicamente si es ratificado posteriormente por los otros copropietarios ya sea de manera expresa o tácita.

Para aquellos casos en que concurren dos o más arrendatarios, la regulación se encuentra establecida en el artículo 1670, precisando el orden de prelación o prioridad para dichos casos, teniendo primacía el arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito, de no haberse realizado dicha inscripción, se considerará a quien haya iniciado la posesión del bien. En el supuesto de que ninguno haya empezado a poseerlo, se preferirá a quien posea título de fecha anterior, con la excepción de que alguno de ellos tenga el contrato de arrendamiento con fecha cierta.

Para aquellas situaciones en las que el arrendatario contrate, sabiendo que el bien que estaba alquilando es ajeno, tendrá que someterse a las disposiciones contenidas en los artículos 1470, 1471 y 1472, de conformidad con la remisión normativa establecida en el artículo 1671. En dichas disposiciones se establece el pago de una indemnización por parte del promitente hacia el otro contratante, cuando el tercero no llega a cumplir el hecho prometido o a asumir la obligación. Asimismo, se establece que dicha indemnización tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero y que, el monto de la indemnización puede ser pactado con anterioridad.

En cuanto a la periodicidad para el pago de la renta, el artículo 1676 precisa que dicho pago puede ser pactado por períodos vencidos o por períodos adelantados. En caso no se llegue a estipular, se supondrá que se ha concertado por períodos vencidos.

Respecto a las innovaciones del bien materia del arrendamiento, el artículo 1672, impone una prohibición a los arrendadores respecto de no poder realizar innovaciones que puedan repercutir en la disminución del uso de dicho bien por parte del arrendatario o arrendatarios. Por otro lado, cuando de reparaciones se trata, en el artículo 1673 se sostiene, que si durante el curso de dicho contrato, se necesita realizar determinadas reparaciones al bien y estas no pueden postergarse hasta el fin de este, el arrendatario deberá tolerarlas incluso si implican la privación del uso de una parte de dicho bien.

La renta pactada en el contrato de arrendamiento puede ser materia de rebaja proporcional, si el arrendatario es impedido de usar parte del bien, lo que se podría efectivizar teniendo en cuenta el tiempo y la parte que se le impide usar en tanto dure la reparación; o, se podrá resolver el contrato (artículo 1674¹⁶) si el arrendatario así lo desea.

2.5.1.2 Obligaciones de las partes. Sin lugar a dudas, es de suma importancia determinar cuáles son las obligaciones de las partes contratantes en el arrendamiento, dichas obligaciones se encuentran recogidas en los capítulos Tercero (las del arrendador) y Cuarto (las del arrendatario) del mencionado Título VI.

Las obligaciones que corresponden al arrendador están reguladas en los artículos 1678, 1679 y 1680. El artículo 1678 refiere la obligación del arrendador de entregar al arrendatario el bien y sus accesorios, en la fecha, lugar y estado acordados; si no se pactó la entrega será donde se celebró el contrato salvo costumbre de realizarla en lugar o época distinta. Cabe añadir, que una vez que el bien ha sido entregado, se debe presumir que se ha entregado en condiciones de poder servir y con todo aquello que sea requerido para su uso (artículo 1679).

Adicionalmente, según el contenido del artículo 1680, existen dos obligaciones más para el arrendador; las cuales son la de mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo que se ha fijado en el contrato, así como a conservarlo en buen estado hasta el final de la vigencia estipulada en el mismo; y la de realizar todas las reparaciones necesarias durante el arrendamiento. No obstante, la misma norma establece que ello será en tanto no se haya pactado algo diferente o que el deterioro haya provenido del mal uso o del descuido imputable al arrendatario; en cuyo caso será este quien deberá efectuar las reparaciones necesarias con el fin de mantener el bien en buen estado de conservación, conforme lo recibió del arrendador.

Las obligaciones que le competen al arrendatario sobrepasan en cantidad a aquellas que le correspondían al arrendador y constan en el artículo 1681.¹⁷

¹⁶ **Resolución o rebaja de renta. Artículo 1674.-** Cuando para reparar el bien se impide al arrendatario que use una parte de él, éste tiene derecho a dar por resuelto el contrato o a la rebaja en la renta proporcional al tiempo y a la parte que no utiliza.

¹⁷ **Obligaciones del arrendatario. Artículo 1681.** El arrendatario está obligado:

- 1.- A recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias.
 - 2.- A pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio.
 - 3.- A pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan.
 - 4.- A dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien.
 - 5.- A permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días.
 - 6.- A efectuar las reparaciones que le correspondan conforme a la ley o al contrato.
 - 7.- A no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres.
- A no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador.

Adicionalmente, otra obligación del arrendatario se encuentra estipulada en el artículo 1682, que dispone que el arrendatario debe avisar inmediatamente al arrendador sobre las reparaciones que se deba hacer, quedando sujeto a adquirir responsabilidad respecto de cualquier daño o perjuicio que pueda producirse. Si dichas reparaciones fueran imperiosas, el arrendatario puede realizarlas por su cuenta, pudiendo posteriormente ser reembolsado por los gastos en los que ha incurrido; eso sí, es menester que, al mismo tiempo, se lo comunique al arrendador. Diferente es el caso de los gastos de conservación o de mantenimiento ordinario del bien, puesto que estos corren por cuenta del arrendatario, salvo se haya acordado algo diferente.

Con respecto a supuestos de pérdida o deterioro del bien, el artículo 1683 prescribe que el responsable será el arrendatario, siempre y cuando estos hechos hayan ocurrido dentro de la vigencia del contrato de arrendamiento; inclusive si son causados como consecuencia de un incendio (solo si el arrendatario no logra probar que se ha generado por causa no imputable a él). También ha de responder por aquellas pérdidas o deterioros que han sido producidas por causas imputables a las personas que este haya admitido para uso del bien arrendado, así sea de manera temporal. De existir más de un arrendatario, todos serán los responsables en relación al valor proporcional de la porción que habitan, salvo que se logre probar que la tragedia fue ocasionada en la parte del inmueble arrendado solo a uno de ellos, quien, de configurarse dicho supuesto, sería el único responsable tal como lo estipula el artículo 1685.

Finalmente, según el artículo 1686, existe la posibilidad de que el arrendador ocupe alguna parte del bien arrendado, por lo que se le considerará un arrendatario y su responsabilidad será la descrita anteriormente en el referido artículo 1685.

2.5.1.3 Duración. La duración del contrato de arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada; cuando el arrendamiento sea de duración determinada, el plazo máximo de vigencia será de diez años. Y si el bien arrendado pertenece a una entidad pública o a algún incapaz, dicho plazo se reducirá a seis años. Así se precisa en el artículo 1687, en concordancia con el artículo 1688.

De no existir acuerdo expreso entre las partes sobre la duración del arrendamiento, el artículo 1689 dispone que se ha de presumir que este es de duración determinada solo si se configuran las siguientes circunstancias: primero, cuando el arrendamiento cuente con una

9.- A no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador.

10.- A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

11.- A cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

finalidad específica, se deberá entender que se ha acordado por el tiempo necesario para llevar a cabo la misma; segundo, si el predio se encontrase ubicado en un lugar de temporada, el periodo de arrendamiento, será precisamente el que corresponda a la temporada.

En cuanto al arrendamiento de duración indeterminada, se considerará por meses u otro período, concordante con el que corresponde al pago de la renta, lo antes dicho se encuentra regulado en el artículo 1690.

Finalmente, en el artículo 1691 se regula la posibilidad de que el arrendamiento de duración determinada, sea celebrado por períodos forzosos y también por períodos voluntarios, los cuales pueden ser a favor de una o de ambas partes.

Tratándose de períodos voluntarios, se aplica el principio *pacta sunt servanda*; esto es, que deberá respetarse lo que acuerden las partes al momento de la celebración del contrato o en cualquier momento posterior, sin que se necesite aviso previo de ninguna de las partes, salvo pacto en contrario.

Cuando se trata de períodos forzosos, ambas partes se obligan a respetar los plazos establecidos de mutuo acuerdo, salvo que en el contrato se establezca la posibilidad de renovación y esta se concretice conforme a lo que se haya acordado; o que, en momento posterior a la celebración del contrato, se fije un nuevo acuerdo que lo modifique o anule.

Pero si se trata de períodos forzosos para ambas partes y voluntarios a opción de una de ellas, los períodos que se haya pactado como voluntarios se podrán convertir progresivamente en forzosos si la parte a la que se concedió la opción no avisa a la otra, con una anticipación no menor de dos meses, que el arrendamiento deberá concluir al finalizar los períodos forzosos o cada uno de los voluntarios. Prescripción normativa contenida en el artículo 1701. Y si se acordase períodos voluntarios para ambas partes, bastará que cualquiera de ellas avise por escrito a la otra parte (también con una anticipación no menor de dos meses) para que el arrendamiento concluya al finalizar los períodos forzosos (artículo 1702).

2.5.1.4 Subarrendamiento. Esta figura contractual se encuentra regulada en el artículo 1692 (Capítulo Quinto del Título VI); estableciendo que se debe entender como arrendamiento total o parcial del bien arrendado, a cargo del arrendatario y en favor de una tercera persona ajena al contrato principal; este tercero deberá pagar un concepto de renta al arrendatario a manera de contraprestación por la parte parcial o total del bien subarrendado. Para ello es imperativo que se cuente con el consentimiento escrito del arrendador. El arrendatario y el subarrendatario quedarán obligados solidariamente frente al arrendador respecto de dichas obligaciones (artículo 1693).

Respecto a la extinción del subarrendamiento, el artículo 1694 prescribe que, una vez concluido el arrendamiento, por extensión, se extinguen aquellos subarrendamientos que aún sigan en curso; sin embargo, se respeta el derecho del subarrendatario para poder reclamar una indemnización de parte del arrendatario. Cabe la posibilidad de que el subarrendamiento no culmine, lo cual acontecerá cuando este cesa por consolidación en la persona del arrendatario y del arrendador, tal y como se indica en el artículo 1695.

2.5.1.5 Rescisión y resolución del contrato. Independientemente del plazo que se haya podido fijar en el contrato de arrendamiento, la normatividad general sobre su rescisión o resolución establece que los efectos de la primera cesarán desde el momento mismo de su celebración, dado que se genera por vicio existente en dicho momento (artículos 1370 y 1372). En tanto que la resolución lo deja sin efecto desde la fecha en que se presente la causal y podrá ser determinada judicial o extrajudicialmente; esto es así pues se trata de un contrato válidamente celebrado, pero que por causal sobrevenida debe ser dejado sin efecto. En este último caso y de ser posible, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraban al momento de producirse la causal; si esto no fuera posible, deberán reembolsarse en dinero el valor que tenían en ese momento (artículos 1370 y 1372). También es de tenerse presente que las causales de resolución han quedado establecidas en el artículo 1697¹⁸.

Tanto en los casos de rescisión como de resolución cabe pactar en contra de lo establecido por la norma legal, pero sin perjudicar los derechos adquiridos de buena fe (artículo 1372, *in fine*). Sin embargo, hay contratos de arrendamiento que poseen regulación especial, como sucede si el bien materia de arrendamiento es una casa-habitación, por haber leyes especiales para la resolución por falta de pago de la renta que, en este caso, será necesario que haya transcurrido al menos dos meses y quince días de adeudo (artículo 1698).

Debido a que el contrato de arrendamiento se caracteriza por ser de prestaciones recíprocas, el artículo 1428 dispone que, si una de las partes, arrendador o arrendatario, incumple con su prestación, la otra parte estará facultada para exigir el cumplimiento de dicha obligación pendiente o la resolución del contrato; además, en uno u otro caso, procede el pago

¹⁸ **Causales de resolución. Artículo 1697.** El contrato de arrendamiento puede resolverse:

- 1.- Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.
- 2.- En los casos previstos en el inciso 1, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.
- 3.- Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.
- 4.- Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.
- 5.- Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones.

de una indemnización por concepto de daños y perjuicios que pudiese haber causado el incumplimiento. De realizarse una demanda de resolución, a partir de la fecha de citación de esta, la parte que ha sido demandada quedará impedida de cumplir con su prestación.

En tanto que el artículo 1429 dispone que la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra puede exigir, mediante carta notarial, que la parte deudora cumpla su prestación en un plazo no menor a quince días. De no suceder esto, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, quedando pendiente la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por cuenta del deudor.

Por otro lado, cuando la prestación correspondiente a alguna de las partes se torna imposible sin existir culpa de por medio, el contrato quedará resuelto de pleno derecho y el deudor liberado perderá el derecho a la contraprestación debiendo restituir lo que haya recibido (artículo 1431). Pero si la culpa es atribuible al deudor, el contrato definitivamente quedará resuelto de pleno derecho y el deudor se verá imposibilitado de reclamar la contraprestación, quedando sujeto a responder por daños y perjuicios (artículo 1432). Pero cuando es el acreedor quien tiene la culpa, el contrato también será resuelto de pleno derecho, y el acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole tanto los derechos como las acciones concernientes a la prestación.

Lo establecido por los dos artículos antes señalados (1431 y 1432), también podrá aplicarse a aquellas ocasiones en las cuales, debido a alguna imposibilidad, la prestación solo pueda cumplirse parcialmente, excepto que el acreedor manifieste al deudor su conformidad aceptando el cumplimiento parcial de su obligación, por lo cual deberá efectuarse un descuento en proporción a la prestación debida. De no ser posible dicho descuento, el contrato se resolvería tal como lo prescribe el artículo 1433.

En cuanto a la conclusión del arrendamiento sea por vencimiento del plazo o por otra razón legal o pactada, el artículo 1699, establece que, si se trata de un arrendamiento de duración determinada, este finalizará cuando culmine el plazo acordado por las partes y si el arrendatario continúa haciendo uso del bien arrendado no deberá entenderse que ha operado una renovación tácita, sino que se ha producido una simple continuación del contrato, bajo sus mismas estipulaciones, hasta el momento en que el arrendador le solicite la devolución del bien, acto que puede solicitar en cualquier oportunidad (artículo 1700). Por otro lado, conforme a lo regulado en el artículo 1703, si el arrendamiento es de duración indeterminada, se pondrá fin a este mediante un aviso judicial o extrajudicial al otro contratante. Adicionalmente, el artículo 1704 puntualiza que una vez que ha culminado el plazo del contrato, o enviado el aviso de conclusión del mismo, si el arrendatario no devuelve el bien, el arrendador estará facultado a

reclamar su devolución, así como a cobrar la penalidad acordada o, en su lugar, el pago de una prestación equivalente a la renta del período precedente, hasta su debida devolución.

Existe también la posibilidad de que el arrendamiento concluya sin que obre de por medio una declaración judicial; los supuestos para ello se encuentran establecidos en el artículo 1705¹⁹

En todos los casos de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario hubiese puesto el bien alquilado a disposición de su arrendador y este último no ha podido o querido recibirlo, en sintonía con lo regulado en el artículo 1706, dicho inquilino podrá consignarlo. El artículo 1707 complementa dicha disposición al precisar que el arrendatario queda excluido de responsabilidad por la renta, desde el día en que haya efectuado la consignación, salvo que el arrendador la hubiese impugnado y su recurso haya sido declarado fundado.

En lo referente a la enajenación del bien arrendado, es de estarse a lo regulado en el artículo 1708, ya detallado en el apartado correspondiente a la naturaleza jurídica de este tipo contractual; además, es de tenerse presente lo estipulado en el artículo 1709, respecto a la responsabilidad generada por el bien enajenado, ya que establece que si el arrendamiento ha concluido como consecuencia de la enajenación del bien materia del contrato, el arrendador resulta obligado a pagar una indemnización a su arrendatario por los daños y perjuicios originados.

La desocupación voluntaria del bien por parte del arrendatario, no se puede realizar libremente, dado que el artículo 1711²⁰ establece que para ello debe contar con una autorización previa y escrita por parte de su arrendador, o de la autoridad correspondiente; de desocupar el bien; sin dicha autorización deberá asumir la responsabilidad que corresponda.

Los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales se regirán supletoriamente por las normas referidas, dado que así ha sido establecido en el artículo 1712.

¹⁹ **Causales de conclusión extrajudicial. Artículo 1705.** Además, concluye el arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía.
- 2.- Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo.
- 3.- Por la destrucción total o pérdida del bien arrendado.
- 4.- En caso de expropiación.
- 5.- Si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán el contrato.

²⁰ **Autorización para desocupar bien arrendado. Artículo 1711.** Para desocupar el bien el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto, de la autoridad respectiva. Si el arrendatario desocupa el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable:

- 1.- De la renta y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación hasta que el arrendador tome posesión del bien.
- 2.- De los daños y perjuicios correspondientes.
- 3.- De que un tercero se introduzca en él.

2.5.2 Regulación del contrato de arrendamiento en el derecho comparado: España, Francia e Italia.

El Código Civil español (1889), en su artículo 1543, determina: “En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”. Bajo este contexto normativo, la obligación del arrendatario es pagar la renta, sea fijada como alquiler, merced conductiva, compensación, contraprestación, canon arrendaticio o cualquier otra denominación; este pago debe hacerse a favor del arrendador en contraprestación por la cesión del uso de un bien que debe ser en forma temporal. El monto de dicha renta debe ser cierto; es decir, debe ser determinado o, por lo menos, susceptible de determinación; de no haber sido pactado, el contrato de arrendamiento no estaría concretado, pues faltaría un elemento esencial para su celebración.

La Ley 29/1994 relativa a los arrendamientos de fincas urbanas regula el régimen de arrendamiento de inmuebles que se destinen básicamente a vivienda o a usos distintos, pero que estén ubicados en las zonas urbanas. Sus normas también se aplican “al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador.” (artículo 2, in fine).

El incumplimiento del pago de la merced conductiva o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario, da derecho al arrendador a exigir el cumplimiento o a promover la resolución del contrato sin perjuicio del derecho al resarcimiento de daños y al abono de los intereses a que hubiere lugar. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 1124 del Código Civil español.

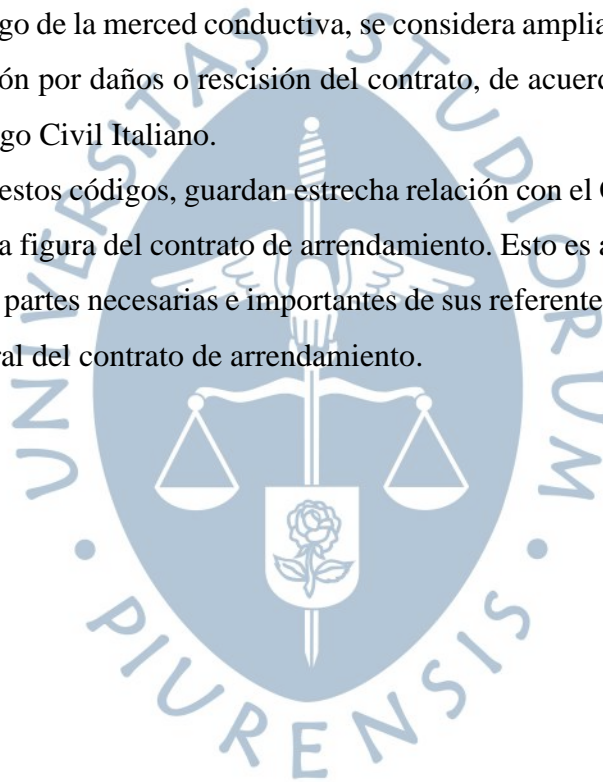
En cuanto al derecho a la resolución del contrato, por falta de pago de la renta o de cualquier cantidad exigible al arrendatario, ante la solicitud del arrendador para que se declare la resolución, el Tribunal competente decretará a su favor, siempre y cuando no haya causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Una de esas causas podría ser los problemas económicos derivados de la pandemia COVID 19. Para esto, el deudor podría acogerse a lo prescrito en el artículo 1105 del mismo Código, en el que se precisa que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”

En el “Code”, Código Napoleónico o Código Civil Francés (1804), se ha estipulado que por el contrato de arrendamiento de cosas “una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el disfrute de una cosa durante un determinado periodo de tiempo, mediando un determinado precio que esta última se obliga a pagarle.” (Artículo 1709). Define al arrendamiento (*locatio-conductio*) como el convenio por el cual una parte cede a la otra parte el uso o disfrute de una cosa, o de un trabajo, durante algún tiempo, y a cambio de un cierto precio.

Al que recibe el bien para su disfrute contra el pago de un alquiler se le denomina arrendatario o conductor; y el núcleo fundamental del contrato no es el bien que se entrega, sino la persona que paga (arrendatario o conductor) y la que cobra (propietario o *locator*); por ende, “Cuando alguien cobra por alquilar una casa, es porque es propietario de esa casa puesta en alquiler. El arrendador es la parte fuerte de la relación contractual: es el propietario.” (Scotto, 2020, p. 387)

El “*Código*” o Código Civil Italiano (1942), establece: “El arrendamiento es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a hacer que la otra, disfrute de un bien mueble o inmueble durante un período determinado, a cambio de una determinada contraprestación” (Artículo 1571). En caso de incumplimiento de la obligación, sobre todo en lo concerniente al incumplimiento del pago de la merced conductiva, se considera ampliamente que da lugar a dos remedios: compensación por daños o rescisión del contrato, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1455 del Código Civil Italiano.

Es notorio que estos códigos, guardan estrecha relación con el Código Civil Peruano, en cuanto a la noción de la figura del contrato de arrendamiento. Esto es así dado que el legislador peruano ha tomado las partes necesarias e importantes de sus referentes europeos para así llegar a una definición integral del contrato de arrendamiento.



Capítulo 3

Derecho fundamental a la libertad contractual

3.1 Definición y alcances

Conforme es de entenderse por lo expresado en los capítulos precedentes, la libertad contractual, es un derecho fundamental porque este tipo de derechos corresponden a todo ser humano, por el simple hecho de ser tal y de ostentar dicha naturaleza, y porque así se encuentra reconocido en el ordenamiento jurídico nacional.²¹ Además, justamente por ser uno de estos derechos, tiene como presupuesto ontológico la propia dignidad²² del ser humano; por tal razón, resulta indispensable reconocerla y entenderla en su contenido esencial y en su raigambre ética, incluso por encima de la materia que contiene el acto que se genera en virtud al ejercicio de la misma, pues está imbuida de valores superiores a lo estrictamente normativo.

Soto (2011) expresa que esta libertad se entiende bajo la concepción de la ya referida autonomía privada; también denominada como “autonomía contractual”, dado que nadie, en ejercicio de su libertad, puede ser sujeto de coacción de nada ni de nadie, excepto de las consideraciones éticas y legales amparadas por el ordenamiento jurídico peruano.

En tanto que Mendoza (2009), sostiene que la autonomía es la facultad de toda persona humana para realizar actos jurídicos y, por extensión, para contratar ya que estos son esencialmente actos jurídicos. Agrega que esta facultad se sustenta en la libertad que tienen las personas para realizarlos y radica en el derecho a la libertad contractual (artículo 62 de la Constitución Política del Perú), como expresión directa de lo que los contratantes desean o quieren para generar relaciones y situaciones jurídicas específicas, sin coacción ni expresión de voluntades ajenas a sí mismos.

Rubio (1999) agrega que no solo está comprendida bajo un sentido civilista patrimonial sino también en la libertad de concertación de una persona con otra, coincidiendo en sus voluntades para generar una convención sobre materia que es de mutuo interés, bastando que no se incurra en limitaciones que escapen a su calidad de derecho fundamental, a su raigambre ética ni a la calidad lícita de los fines y contenidos por los que se contrata, ni a las prohibiciones legales (especialmente si los acuerdos contravienen las leyes de orden público).

El Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente 00008-2003-PI, de fecha 11 de noviembre de 2003 expresa que el derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2° de la Constitución

²¹ Estipulado en la Constitución Política del Perú: Inciso 14 del artículo 2, Capítulo I: Derechos fundamentales de la persona, Título I: De la persona y de la sociedad

²² Consagrada en el Artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

(...) es el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.

Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. (Fundamento jurídico 26 b)

Al respecto Landa (2014) sostiene que el máximo intérprete de la Constitución Política Peruana, solo ha hecho referencia a la tutela en el sentido patrimonial del término, ya que el resultado del vínculo creado debe versar sobre bienes o intereses que puedan ser apreciados económicamente. También considera que el derecho a la libre contratación enmarca a los derechos económicos, pero se equipara más a los derechos de libertad, puesto que, si en principio requieren de reconocimiento estatal, primordialmente exigen que el Estado se abstenga de intervenir, permitiendo a las partes contratantes cierta discrecionalidad mediante la cual se asegura su amparo frente a las diferentes afectaciones que pudieran experimentar, sea por parte del Estado o de particulares.

Consecuentemente, se reconoce a los pactos o acuerdos celebrados entre las partes contratantes como vinculantes y obligatorios para las partes que los celebraron, concediéndoles tutela jurisdiccional. Por ende, el Estado concede a los particulares una zona restringida para su común acuerdo (Díez-Picazo y Ponce de León, 2004). Sin embargo, existen límites a dicha autonomía que deben ser respetados, habida cuenta que incluso los derechos humanos no son absolutos, ya que pueden ser limitados por diversas razones.

Bajo los criterios reseñados, la libertad contractual se entiende desde la perspectiva de dos acepciones, las cuales se encuentran incluidas en el mismo término; por un lado, la libertad o autonomía que posee toda persona para poder realizar y/o llevar a cabo la celebración de dicho acto jurídico, o la libertad que tiene para poder “contratar”. Los seres humanos no tienen una obligación o exigencia de llevar a cabo un contrato con nadie, si lo hacen, es precisamente porque cuentan con la “libertad” constitucionalmente otorgada, para ello; y, por otro lado, la libertad que poseen las personas para determinar libremente el contenido del contrato que celebrarán y sobre el cual se obligarán respectivamente.

Soto (2011), comenta que esta primera forma de entender la libertad contractual, es conocida como “libertad de conclusión”, y alude al hecho de que las partes contratantes, además de decidir libremente si contratan o no, también son libres de elegir con quién hacerlo; es decir, las personas contratan porque quieren, con quien quieren y cuando quieren.

Respecto a la segunda acepción, indica que la libertad contractual también garantiza a toda persona poder decidir los términos que regirán el contrato; es decir, las cláusulas, obligaciones, plazos (determinados, determinables o indefinidos) y demás reglas a las que se someterán las partes; inclusive, pueden decidir sobre el tipo de contrato que celebrarán, ya que lo han de hacer de acuerdo a sus necesidades específicas. Esta acepción es conocida como “libertad de configuración interna”.

3.2 Regulación en el ordenamiento peruano

Como ya se advirtió, la Constitución garantiza que el contratante pueda decidir qué, con quién, cuándo y dónde contratará, en cabal ejercicio de su voluntad y de sus derechos, precisamente porque es libre para ello.

Por tanto, el Estado o algún particular no podrían exigir a nadie que contrate porque estaría contraviniendo lo estipulado en las normas ya referenciadas; y, en cuanto a los límites especificados, la libertad contractual solo podrá ejercerse con fines lícitos; determinación que concuerda con la exigencia de la norma contenida en el artículo 140 inciso 3, del Código Civil del Perú (validez de los actos jurídicos).

Precisiones que el Tribunal Constitucional ha reiterado que las declaraciones de voluntad manifestadas con interés de parte constituyen normas de obligatorio cumplimiento para las partes pues son manifestación emanadas de sus propias relaciones coexistentes; en otras palabras tienen la capacidad de expresar su voluntad y de esta forma establecer normas de carácter jurídico que sean de interés de ellas mismas, a las que se someten con carácter obligatorio, pues producen efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo una o más relaciones jurídicas. (EXP. N° 005-2003-AI/TC)

El derecho de libertad contractual o libertad de configuración interna, se encuentra regulado en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.²³ Alude, pues, al derecho o libertad que faculta a las personas a regular ellas mismas el contenido del contrato del cual formarán parte. Derecho que encuentra sustentado en la autonomía de la voluntad que todo ciudadano posee.

Como se ha explicado respecto al artículo 2, inciso 14 y al artículo 62, de la Carta Magna, reseñan el derecho fundamental a la libertad contractual. Sobre lo cual, el Tribunal

²³ Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Constitucional en el fundamento jurídico 3 de la sentencia recaída en el Expediente 02670-2002-AA, de fecha 30 de enero de 2004, ha determinado que ambos artículos deben ser interpretados de manera conjunta y no separada; ya que, según el principio de unidad de la Constitución, se demanda una lectura sistemática de la misma.

En cuanto a su regulación infra constitucional, este derecho se encuentra regulado en el Código Civil del Perú, artículo 1354, que prescribe: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. La libertad así regulada detalla que el contrato debe contener lo que las partes decidan, con la salvedad de que dicho contenido no deberá contraponerse a una norma legal de carácter imperativo y vigente al momento que se concreta el contrato.

3.3 Análisis del artículo 62° de la Constitución Política del Perú

Según la redacción de este artículo, la libertad de contratar es asimilada como una garantía, cuya finalidad es asegurar que las partes que celebran el contrato pacten libremente los términos que lo regirán: cláusulas, condiciones, estipulaciones y demás acuerdos que dichas partes hayan incorporado y respecto de las cuales se están obligando. Sin embargo y como ya se ha precisado, esta facultad de las partes está condicionada por las normas legales para que sus acuerdos sean válidos. Para lograr dicha validez el acto jurídico ha de establecerse respetando y atendiendo las normas vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pese a libertad para pactar que poseen las personas, lo que determinen en sus contratos, por exigencias superiores basadas en la seguridad jurídica, estará condicionado a no estipular nada que contravenga la normativa que rija en el momento de la celebración del convenio; por ejemplo, una persona no puede celebrar un contrato según el cual se compromete y se obliga a asesinar a otra, debido a que ello indiscutiblemente implica cometer un homicidio (ilícito penal, tipificado en el artículo 106 del Código Penal Peruano).

Desde la perspectiva civil, esta norma constitucional se desarrolla al fijarse los elementos y presupuestos de validez de un acto jurídico (artículo 140 del Código Civil del Perú), imponiendo condiciones como ser que los contratantes tengan plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley, que su objeto física y jurídicamente posible, que se observe la forma prescrita bajo sanción de nulidad (para la celebración del contrato de arrendamiento no hay formalidad exigida por las normas legales), y que el fin del acto jurídico sea lícito.

En este artículo, también se menciona un criterio que ha sido y sigue siendo materia de mucha controversia: “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”; conforme a ello y *prima facie* se está dotando de una especie

de blindaje o máxima protección a la libertad contractual y a lo que se haya pactado en un contrato; se ha llegado a considerar que ello ha establecido una especie de “santidad contractual”; es decir, que bajo ningún supuesto, una ley o disposición de cualquier clase pueda modificar lo estipulado por las partes. Más aún si se tiene en cuenta que en el ordenamiento jurídico peruano se está aplicando la teoría de los hechos consumados. Por ende, si el contrato se celebró respetando las normas jurídicas vigentes, ya no sería pasible de revisión por la aplicación de una ley dada posteriormente a su celebración; pero para que pueda aplicarse dicha tutela al contenido de los contratos, tiene que haberse cumplido todos los requisitos establecidos, como ser el que el contrato se constituya conforme a las prescripciones establecidas para la validez del acto jurídico, por el cual las partes, haciendo uso de su autonomía privada, de forma libre y voluntaria, crean, regulan, modifican o extinguen obligaciones susceptibles de apreciación económica, obligándose a cumplir lo acordado por ellas mismas. Precisamente esta obligatoriedad cobra sentido porque las partes, sin presiones, amenazas y/o coacciones de otros, tal y como manda el principio de autonomía de la voluntad, han decidido libre y voluntariamente celebrar el contrato; y con ello, obligarse respecto a lo que expresen en su contenido.

Pero si, por ejemplo, el Estado, por ley u otra disposición, intenta o determina la alteración del contenido fijado por las partes, estas no tendrían por qué acatar dado que contravienen lo pactado en pleno ejercicio de su autonomía privada y de su derecho fundamental a la libertad contractual, bajo el sustento de lo prescrito constitucionalmente.

Frente a esta norma (artículo 62° de la Constitución Política del Perú), se suscitó una serie de controversias al efectuarse su análisis e interpretación en concordancia con el artículo 1355 del Código Civil Peruano (actualmente algunas autoridades lo consideran derogado²⁴), pese a que, tanto el Tribunal Constitucional²⁵ como la misma Corte Suprema²⁶ asumieron que este artículo sí se encuentra vigente. No obstante, frente a las posibles contradicciones e inconveniencias para su aplicación se debe recurrir a una interpretación adecuada relacionando el contenido de ambas normas y teniendo en cuenta los principios contractuales de consensualismo y de inalterabilidad de los contratos.

²⁴ Artículo 1355. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Mediante Oficio N° 970-2013-MP-FN-OAJ de fecha 24 de octubre de 2013, enviado por la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio Público, se indica que el presente artículo estaría derogado tácitamente en atención a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, al establecer que la libertad de contratar dentro del modelo económico actual, impide que los términos contractuales sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (Así consta en el SPIJ al 11 de junio del 2021)

²⁵ Expediente 2156-2003-AA/TC

²⁶ Casación 3418-2000-Ica

El primero de ambos, señalaba que las partes deben mostrar su consentimiento para que el contrato pueda nacer; es decir, que sin el consentimiento de estas no sería válido dicho acto. Esta reflexión se sustenta en el principio de la autonomía privada por el que las personas deben consentir, de manera libre y voluntaria, aquello a lo que se someten; más aún, cuando existen consecuencias jurídicas que podrían enfrentar de no hacerlo. Es por ello que, si una fuerza externa modifica el contrato, puede que alguna, o todas las partes que conforman la relación contractual, no estén de acuerdo y, por consiguiente, no estarían obligadas a acatar dichas modificaciones, pero bajo el riesgo de una decisión jurisdiccional contraria por incumplimiento de la norma legal.

En el segundo principio mencionado se establece que los contratos celebrados entre privados no deben ser alterados en cuanto a lo que primigeniamente se había pactado, salvo mutuo acuerdo entre las partes celebrantes, quienes sí podrán hacerlo si deciden agregar, suprimir o modificar algún tipo de acuerdo a lo originalmente pactado

En cuanto a las vías previstas por el artículo 62 en análisis, para resolver los conflictos que se pudieran derivar del contrato, estos deben solucionarse únicamente en vía judicial o arbitral de acuerdo a los mecanismos de protección estipulados en el mismo contrato o contenidos en la ley. Se descarta, así y en principio, que dichas controversias puedan solucionarse acudiendo a vías distintas a las señaladas, salvo que las partes hayan establecido en el contrato algún mecanismo de protección que sea de su preferencia; pero si esto no ha sucedido, necesariamente se deberá recurrir a lo establecido constitucionalmente; es decir, a la vía judicial o arbitral.

En concordancia con los criterios reseñados por el Tribunal Constitucional, respecto al artículo 62 de la Constitución Política del Perú, el jurista Pasco (2020), ha referido que la intangibilidad del contenido de los contratos, no debería ser interpretada de manera literal, ya que ello supone descartar tajantemente que el Estado pueda intervenir y modificar el contenido de los contratos, por suponer esto una contravención a lo prescrito por esta norma constitucional y con ello, generar un acto inconstitucional.

Sugiere que lo idóneo sería realizar una interpretación teniendo en cuenta el devenir histórico de esta norma, para poder determinar con mayor seguridad cuál fue la intención del legislador peruano al incluir el referido artículo en la Carta Magna. Menciona enfáticamente que, si se pusiera en práctica esta última forma de interpretar la norma aludida, y se revisaran las actas de debates de la comisión que tuvo a cargo la elaboración de la Constitución Política de 1993, resultaría muy sencillo darse cuenta de que sus miembros rechazaron casi de manera

unánime la idea de la antes señalada “santidad contractual” para los contratos celebrados entre privados.

También manifiesta que el Tribunal Constitucional ha descartado la “santidad contractual” para los contratos celebrados entre privados, para ello se sustenta en los fundamentos de la Sentencia de fecha 11 de abril del 2002, recaída en el Expediente N° 006-2000-AI/TC:

En cuanto a la Séptima Disposición complementaria y Transitoria de la Ley N° 27308, que impone la veda en la extracción de caoba y cedro por un plazo en lugares determinados, debe determinarse si tal veda puede imponerse -sin vulnerar la Constitución-, a las relaciones jurídicas pactadas entre particulares con anterioridad a la vigencia de la citada Ley N° 27308. (F. 1)

El principio constitucional de la libertad de contratar plasmado en el artículo 62° de la Constitución parecería indicar que la Ley N° 27308 sólo se aplica a los contratos celebrados durante su vigencia, y no a los que fueron celebrados con anterioridad (...)

En consecuencia, si bien el Congreso de la República, conforme al artículo 62° de la Constitución, no debe modificar a través de leyes posteriores los términos de un contrato entre particulares cuyo objeto pertenece al ámbito de la propiedad privada, debe interpretar, en cambio, que el Congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contrato son recursos naturales de propiedad de la Nación y sobre los cuales el Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general. (F. 2)

Por todo lo anterior, este Tribunal considera -como lo ha hecho en casos análogos- que la intangibilidad de los contratos no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que estos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, el cual, para el caso, se ve expresado en los fundamentos de las normas que se impugnan, las mismas que cumplen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad. (F. 9)

Así, este autor refiere que el Tribunal Constitucional expresamente ha admitido la posibilidad de una ley no debe sentar injerencia en un contrato privado que se encuentre en curso; lo que no es aplicable si se tratara de contratos que derivan de concesiones otorgadas por el Estado respecto de bienes cuya conservación y desarrollo son de interés público; supuesto de hecho establecido para que se justifiquen dichas intromisiones y siempre atendiendo a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Conforme a ello, es de entenderse que el derecho fundamental a la libertad contractual no es absoluto, como ningún derecho lo es; y que habrán supuestos en los cuales el interés general o el bien común demanden una determinada intervención en el contenido de los contratos. Intervenir en el contenido contractual implica vulnerar no solo el artículo 62, hecho que de por sí ya es muy delicado puesto que se está afectando un derecho recogido en el

compendio normativo de mayor jerarquía que posee el ordenamiento jurídico de Perú, sino también los principios de consensualismo, *pacta sunt servanda*, autonomía de la voluntad e inalterabilidad de los contratos, los cuales son de significativa importancia y suponen un soporte para todos los contratos en general, incluyendo al contrato de arrendamiento. Es pues evidente que, si un contrato ha nacido válidamente, respetando las exigencias legales, puede perder validez, y hasta convertir la pactada obligación en ilícita o prohibida por afectar el interés general. Ello, pese a lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política Peruana.

La opinión de dicho autor es contradicha por Villalobos (2020), quien ha manifestado expresamente su discordancia respecto de los extremos de dicha exclusividad para los contratos-ley, y de descarte para los contratos realizados entre particulares; este último autor, como prueba fidedigna de su postura asume que el máximo intérprete de la Carta Magna del Perú, ha resuelto diversas denuncias de vulneración al derecho fundamental a la libertad contractual por parte del Estado, señalando en su jurisprudencia, que dicha intangibilidad atañe a los contratos-ley, pero que también alcanza a los contratos celebrados entre privados, tal cual se ha detallado respecto a la sentencia recaída en el Expediente 005-2003-AI/TC.

3.4 Límites a la libertad contractual

Es cierto, que el mandato constitucional analizado otorga una serie de facultades a los individuos respecto de su autonomía privada, permitiéndoles contratar libremente con quienes gusten y en la forma que ellos decidan; sin embargo, como ya se ha expresado, existen ciertos límites en cuanto al ejercicio de este derecho; límites que las partes deben respetar, y sobre los cuales no podrán sobreponerse, dado que ningún derecho fundamental carece de límites, por muy fundamental que sea y por mucho que este regulado en la Constitución y en diversos tratados internacionales. Es más, las normas establecidas pueden y deben interpretarse según el contexto en el que fueron fijadas, los principios que le son inherentes, y las situaciones concretas en las que se estarían aplicando o inaplicando.

La doctrina ha sido constante en reconocer que la libertad contractual posee límites; por ejemplo se tiene a Soto (2011), quien manifiesta que dichos límites serían los siguientes: el contenido de las normas legales de carácter imperativo, el orden público, las buenas costumbres, el principio de buena fe, la proscripción del abuso del derecho, el fraude a la ley y el fraude a los acreedores; límites que son analizados líneas *infra*. Adicionalmente Landa (2014), agrega que los otros derechos fundamentales existentes, también suponen un límite para la libertad contractual.

3.4.1 *Las normas legales de carácter imperativo*

Soto (2011) manifiesta que la normativa legal, según su eficacia, puede clasificarse de dos formas: imperativas o dispositivas. Las primeras se caracterizan por dominar frente a la voluntad de las partes contratantes, esto es, que dichas normas deben ser obedecidas de forma obligatoria no existiendo opción a que medie un pacto contrario o se le dé un sentido distinto al dictado por la norma legal. Exigen o impiden conductas; a las que exigen una determinada conducta se las conoce como normas legales preceptivas, mientras que a las que las prohíben, se las denomina normas legales prohibitivas. Independientemente de estas denominaciones, se debe tener presente que ambas tienen carácter imperativo; condición que no podrán variar las partes con su voluntad, puesto que su cumplimiento es obligatorio; en consecuencia, los acuerdos que consten en el contrato, no deben establecerse prescindiendo de dichas normas, modificándolas o estableciendo pacto en contrario.

En adición a ello, Ferrand (2007) expresa que con el ordenamiento jurídico se tiene un marco de seguridad pues los ciudadanos están en la obligación de acatar (cumplir las leyes); pero, además, debe otorgar garantías a la autonomía de la voluntad individual de quienes están sujetos a dicho ordenamiento, resultando necesario que se establezca los límites que la ley imponga respecto a esta autonomía. Reconoce que se debe distinguir entre aquello que la ley regula y lo que queda bajo potestad de la persona humana, por lo que aquello que está bajo dicha potestad es de libre pacto; es decir, no queda restringida para decidir o actuar bajo su libre albedrío. “La autonomía privada o voluntad privada tiene como frontera lo que la ley prohíbe o manda imperativamente, y también lo que en virtud de la ley dispone el Estado jurisdiccionalmente.” (Ferrand, 2007, p. 81)

Por otro lado, las normas dispositivas, serán subsidiarias de la voluntad de las partes contratantes, por ende, solo se han de aplicar ante la ausencia de una declaración contractual; en otras palabras, rigen como accesorias primando la voluntad de quienes celebran el acto jurídico. A diferencia de las normas imperativas, que por su propia naturaleza de ser impositivas y de obligatorio cumplimiento, no cabe la posibilidad de que las partes establezcan un pacto en contrario o en sentido distinto.

A manera de ejemplificar esto último, figurativamente, las normas dispositivas podrían equipararse a los miembros suplentes de un determinado equipo, los mismos que deberán estar listos para reemplazar a sus titulares en caso así se decida; sin embargo, puede también suceder que esto nunca ocurra y no tengan chance de poder ocupar el lugar de algún miembro titular. Lo mismo acontece con las normas dispositivas, puesto que solo serán aplicadas a un contrato siempre que sus celebrantes no hayan establecido previamente la solución a una situación

específica porque si, por el contrario, ha existido pacto entre las partes, aquella norma dispositiva no será aplicada al contrato.

Landa (2014) precisa que, es crucial conocer si una norma legal es imperativa o dispositiva, esto se debe fundamentalmente a los efectos que supondrá una u otra posibilidad; es decir, si el intérprete considera que una norma es imperativa, los contratantes no tendrán más remedio que acordar conforme a lo preceptuado por la norma. Mientras que, si la norma es dispositiva, se permite a las partes pactar de forma contraria o diferente a lo dispuesto por esta. También manifiesta que no existe una guía legal o pautas para determinar de manera eficaz cuándo una norma legal es imperativa o dispositiva. No obstante, agrega, que la doctrina, ha señalado que usualmente, las normas legales imperativas contienen expresiones o términos como: deben, no deben, no podrán, tendrán, u otras palabras similares. En otras ocasiones, la norma castigará con nulidad el incumplimiento del mandato legal, recurriendo con frecuencia al uso de la fórmula “es nulo” o “bajo sanción de nulidad”. Pese a ello, determinar si una norma es imperativa o dispositiva es más complejo de lo que parece y en ocasiones demanda de mucho análisis al intérprete. Todo ello se condice y concuerda con los artículos 1354²⁷ y 1356²⁸ del Código Civil Peruano.

3.4.2 *El orden público*

Para abordar este tipo de límite de la libertad contractual, es menester, que se conozca primeramente su concepto, es decir qué es el orden público; lamentablemente, la doctrina no se ha mostrado uniforme sobre esto, existiendo diversas definiciones del mismo las cuales incluso en ocasiones son muy diferentes.

Sobre el orden público, Rubio (1999) manifiesta que se trata de un compendio de normas jurídicas que deben cumplirse insoslayablemente; de ellas no pueden evadirse las conductas de los organismos estatales ni de los ciudadanos, pues de hacerlo se someterían a la acción punitiva del Estado.

El **orden público** estaría conformado por el conjunto de **disposiciones imperativas** existentes dentro del sistema jurídico y de los principios subyacentes a tales normas, susceptibles de ser obtenidos mediante ciertos procedimientos de interpretación. En otras palabras, cuando el texto se refiere a “las leyes que interesan al orden público”, una interpretación literal nos remite a “las normas de carácter imperativo” (Rubio, 2008, p. 101)

²⁷ Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

²⁸ Artículo 1356.- Las disposiciones de la Ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

En tanto que Messineo (1971) sostiene que el orden público es entendido como un conjunto de principios fundamentales y de interés de la sociedad en general en los cuales se sustenta el ordenamiento jurídico del Estado, y que sirven para determinar la normativa que le permite ostentar su potestad coercitiva y coactiva y que incluye normas de carácter imperativo y/o de carácter prohibitivo. Mientras que para Díez-Picazo (2001) el orden público puede percibirse como un tipo de estructura general de la sociedad o como sus principios esenciales y rectores.

La Corte Suprema Peruana también brinda una definición de lo que, a criterio de sus magistrados, significa el orden público:

El orden público, debe entenderse conforme la doctrina imperante a aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre particulares. (Casación 2516-98, F. 3)

Zavaleta (2009) agrega que el orden público demanda un respeto hacía los principios y normas que constituyen el derecho positivo nacional peruano, motivo por el cual los actos privados no pueden dejar sin efecto o ser contrarios a las normas sustantivas por las que dicho derecho nacional está compuesto.

Landa (2014) considera que el orden público constituye un límite a la autonomía de los privados, conocida como libertad contractual; se alimenta primordialmente de la Constitución y se constituye como el mínimo indispensable exigido por el Estado mediante determinadas normas, para garantizar una convivencia de tipo pacífica y armoniosa para la sociedad. Normas que tienen carácter imperativo y que son formuladas por una voluntad catalogada como democrática (Poder Legislativo).

De esta forma, el orden público constitucional opera como una especie de “burbuja” que rodea la actuación de los privados y sirve como límite o frontera a sus actos. Tan es así que, en caso los individuos emitan un acto jurídico desatendiendo estos mandatos y vulnerando normas de carácter constitucional y/o legales, incurrirían en vicio que acarrea nulidad. Así se determina en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil Peruano²⁹. Consecuencia de esto sería que las normas de orden público constitucional están destinadas a moldear la actuación de los privados en base a los fines establecidos por el Estado.

²⁹ Artículo V: Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Landa (2014) también expresa que, si bien es cierto, el orden público supone un límite a la autonomía de los privados, también tiene sus límites ya que no puede, bajo ningún concepto, restringir de manera excesiva y desproporcionada los derechos fundamentales. Por tal razón es que si en nombre del orden público, se pretende vulnerar gravemente un derecho fundamental, ya sea por acción u omisión, dicho acto, deberá ser cuestionado por inconstitucional.

En tanto que el Tribunal Constitucional, lo precisa con mayor detalle:

“[...] es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. (Exp. 03283-2003-AA-TC, F. 28)

3.4.3 *Las buenas costumbres*

Otro de los límites a la libertad contractual son las buenas costumbres; este límite está estrechamente vinculado con el orden público; es más, suele ser común que, en muchas de las normas dictadas en el ordenamiento jurídico peruano, se les mencione conjuntamente. Parecería entonces, que no es factible hablar de orden público, sin recurrir seguidamente a las buenas costumbres; tal cual también se precisa en el ya citado artículo V del título preliminar del Código Civil Peruano.

Zavaleta (2009) considera que el término buenas costumbres, se debe entender en una de dos direcciones o vertientes, las cuales son: la moral pública y las buenas costumbres propiamente dichas.

La primera de ellas, hace alusión a la manera de ser de la comunidad en conjunto, sin atender a concepciones personales o particulares; conforme a dicha moral pública, la sociedad tratará de dirigir a todos sus individuos por el camino del bien, para así lograr formar personas que sirvan de modelo para los demás; cuando los hechos o las conductas escapan de los límites de lo que se considera correcto, son considerados como de “mala costumbre”, entre los cuales resaltan los actos que son identificados como actos de corrupción (peculado, malversación, concusión) o de incultura de las personas, tales como la prostitución, la delincuencia común, la drogadicción, los espectáculos públicos que conllevan a la destrucción y deterioro de los elementos requeridos para la convivencia pacífica añorada, etc. La segunda, primordialmente, se refiere al conjunto de reglas que fomentan, guían y definen la personalidad del ser humano con el objetivo de encamilarle hacia el triunfo definitivo en los diferentes contextos de la vida.

Comenta que las personas se juzgan entre sí bajo un criterio de moralidad pública, pero que en sí se trata de la costumbre de una determinada comunidad, según la cual la persona es identificada de una forma o de otra según las reglas costumbristas, mismas que cada persona va adquiriendo a través de su desarrollo personal; el que, a su vez, influye sobre los demás, especialmente en su familia, desde donde se va generalizando a otros grupos y, con el transcurrir del tiempo, esa conducta personal puede convertirse en conducta comunitaria dentro de un determinado espacio y tiempo; si, luego perdura por épocas constituirá una nueva parte de la costumbre social de esa comunidad.

En cuanto a las buenas costumbres, manifiesta que se las puede entender como los modos de comportamiento que poseen y muestran las personas en cualquier situación de su vida diaria. Agrega que también se refieren a las formas de ser de las personas dentro del contexto social en el que se ubican como distintas a las demás; precisa que se basan fundamentalmente en la armonía que todos deberían poseer con y entre sus semejantes, respetando los derechos de todas las personas y cooperando para que todos acaten sus obligaciones, procurando una coexistencia pacífica. Considera que tanto el orden público como las buenas costumbres, se sustentan en los valores alojados en el ámbito de la deontología.

Soto (2011) cuestiona la comprensión de las buenas costumbre en el mencionado artículo V, manifestando que es impropio que se refiera a las buenas costumbres, dado que no se encuentra codificada; es decir, no se encuentra establecida en el derecho positivo. Coincide con Rubio, en este sentido; es decir, que las buenas costumbres no están textualmente prescritas en ningún precepto legal; aunque ello no significa que sea una traba o un impedimento para su cumplimiento, por la autonomía formativa que posee en sí misma. Se verifica, entonces, que la intención del legislador ha sido equiparar a ambos límites (orden público y buenas costumbres), y precisarlas de tal forma que sean complementarias entre sí y asegurar y/o garantizar que el actuar de las personas se encuentre encaminado a respetar el orden público bajo cualquier circunstancia.

La moral es atribuida principalmente a las buenas costumbres considerando sus los elementos existenciales; pero debe tratarse de la moral entendida como “social”; dado que cada individuo puede manejar un concepto propio y personal de lo que es moral o inmoral; así pues, lo que para algunos es correcto moralmente, para otros será incorrecto. Complementa que, para evitarlo deberá prevalecer la moral social, la cual determina objetivamente lo bueno y lo malo, dejando así de lado los subjetivismos e ideas individuales, para centrarse en la idea que impera y que es aceptada como “normal” en una determinada civilización. Por ejemplo, un hecho

objetivamente inmoral es “matar”, sea justificado o no, *per se* es inmoral, y lo es a la luz de aquella idea generalmente aceptada como “normal” sobre lo que es moral.

De la Puente y Lavalle (2007) tiene una muy peculiar manera de cuestionar la denominación que ha recibido el término buenas costumbres, señalando que lo que realmente se procura mediante el ordenamiento jurídico en cuanto a las buenas costumbres es una forma de emitir disposiciones que justifiquen la reprobación por la misma sociedad de determinados actos que, siendo criticables, no han sido considerados como delitos o faltas sancionados por ley imperativa, incluyendo las correspondientes al orden público. Manifiesta que si no se hubieran dado estas disposiciones los jueces no podrían declarar la nulidad de actos que son rechazados por la sociedad dado que constituyen atentados contra los conceptos éticos y la conciencia moral de la misma.

Así, pues, las buenas costumbres, en sentido general, precisan el comportamiento considerado como adecuado y que los individuos deberían seguir ante cualquier situación cotidiana que se le les pueda presentar; esto es, permiten contar con una especie de formato preestablecido e impuesto por la misma sociedad sobre el que, de manera general, se acepta como “bueno según la costumbre”; esto debido a que la costumbre es generada precisamente por la repetición constante de determinados comportamientos por parte de la sociedad; los mismos que configuran, a su vez, un prototipo de actuación concebido como “bueno” en su forma “objetiva” y “general” por la mayoría de la sociedad; si logran estas características serán catalogados como una “buena costumbre”.

Lapalma (2004) comentó que la moral y las buenas costumbres constituyen un elemento fundamental e indispensable para que haya un orden adecuado de las conductas de toda la sociedad; lo que permitirá conformar una serie de principios como la paz, la seguridad social, la justicia social y la moral que, en conjunto conformarán el orden público.

3.4.4 *El principio de la buena fe*

Complementariamente a lo ya abordado anteriormente, es conveniente mencionar a Vidal (1989) quien sostiene que mediante este principio se crea una limitación de orden ético conforme a un estándar jurídico sostenido en el consentimiento social sobre lo justo, lo correcto y lo honesto; y que, si el titular de un derecho lo ejercita desmedidamente, generará un abuso del derecho y contrario a la buena fe.

De Trazegnies et al (2007) entienden a la buena fe como la representación que una parte contractual realiza de su propio punto de vista frente al de la otra y que es un ineludible principio general del Derecho aplicable a cualquier tipo de relación (formada o por formarse).

Schopf (2018), considera que no resulta del todo claro cuál es el contenido sustantivo de la buena fe contractual, ni cual es la forma jurídica que adopta, lo que, a su vez, produce incertidumbre sobre cuáles podrían ser las potestades y los espacios de discreción judicial que su aplicación presupone en una situación en concreto.

Este mismo autor también precisa que las obligaciones de comportamiento y demás consecuencias jurídicas que proceden de la buena fe en la conformación de la relación contractual son mayormente indeterminados e inciertos. Sin embargo, como la práctica legal requiere contar con normas concretas que coadyuven a la resolución de los conflictos de relevancia jurídica que puedan surgir entre los particulares, se genera la necesidad de contar con la buena fe contractual, concebida como aquello que los tribunales de justicia señalan usualmente como una forma correcta de actuar.

Por su lado, Jiménez-Vargas (2000) ha precisado que el principio de la buena fe, supone una vía mediante la cual se comunican y entrelazan el derecho, la moral y la ética; enfatiza, además, que es específicamente a través de esta última, que la disciplina legal logra dirigirse hacia sus metas más virtuosas. Expresa que la doctrina tiende a subdividir a la buena fe, en dos grandes clases o categorías, las cuales son, la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. Sin embargo, no precisa si ambas categorías son conceptos totalmente distantes y separados entre sí o si, por el contrario, poseen rasgos comunes y/o conexos. Pero sí manifiesta que los Códigos Civiles de diferentes países también reconocen y regulan a la buena fe desde ambas perspectivas, empero tampoco ayudan con la problemática de poder determinar si existe o no interrelación entre ambas clases de buena fe.

Por ejemplo, en cuanto a la buena fe subjetiva suele ser considerada como un deber, pero, en otros criterios, como un requisito para obtener o preservar un derecho; precisamente ello origina que al celebrar contratos se actúe conforme a las reglas impuestas por la buena fe.

Pese a que ambas categorías son distintas y se ven reflejadas en normas diferentes, ambas comparten una base o raíz, que esencialmente es su fundamento ético (la convicción de actuar conforme a Derecho); esto es, que el actuar humano siempre se debe ajustar a lo éticamente correcto, lo que se encuentra disciplinado por la ciencia legal. *Contrario sensu*, otros criterios consideran a la buena fe, como principio idóneo para cuando se trate de derechos; como en los casos en los que el poseedor ilegítimo, al actuar de buena fe adquiere el derecho de hacer suyos los frutos que genere el bien.

En el Derecho Positivo, la referencia legal de este principio se encuentra prescrito en el artículo 1362³⁰ del Código Civil Peruano

3.4.5 *El abuso del derecho*

“Se configura el abuso del derecho cuando el titular de ese derecho, lo ejercita de forma desmedida, abusiva, inadecuada, desconsiderada y antisocial.” (Soto, 2011, p. 65) Este mismo autor sostiene que se trata fundamentalmente de una conducta que, basada en un específico derecho subjetivo, se torna antisocial, dado que su ejercicio u omisión genera infracción al deber jurídico sobre el valor solidaridad.

Señala también, que el fundamento que posee el ordenamiento jurídico peruano para castigar y evitar el acto abusivo, encuentra residencia en el hecho de que ningún derecho es absoluto ni ilimitado; tiene limitaciones que, de no existir, sería imposible lograr el orden social, dado que, así como cada persona tiene determinados derechos, los demás también tienen los suyos; ello implica que existen deberes que todos deben respetar. De allí que, estas limitaciones, no solo se encuentran justificadas por el interés de la sociedad, sino también por el interés de cada persona por ser titular de un derecho subjetivo.

Opinión que coincide con la de Ordoqui (2010) quien sostiene que el abuso del derecho surge cuando un derecho subjetivo se desarrolla de forma anormal, irregular, irracional; “(...) en el abuso de derecho se actúa con derecho y se termina por transgredir el derecho objetivo.” (p. 96) Bajo este criterio sostiene que también es de considerarse el derecho objetivo; es decir, el conjunto de normas con las que se determina y regula dichas atribuciones o derechos subjetivos. Agrega que todo derecho subjetivo necesariamente debe tener su procedencia en un acto humano, debido a que solo el hombre es sujeto de derechos.

De allí que considera que este derecho objetivo tiene dos etapas, la primera es cuando se goza del mismo; es decir, su momento estático -no se ejecuta, simplemente está determinado normativamente-; en tanto que la segunda etapa, es el momento dinámico; o sea, cuando el derecho es ejercido y que es, justamente, cuando se puede presentar el abuso del derecho; dado que para que este se pueda configurar necesariamente debe haber ejecución del derecho.

El citado autor, coincidiendo con Cuentas (1997), adiciona que, el ejercicio de los derechos posee dos tipos de limitaciones, una objetiva y otra subjetiva. La objetiva, se refiere a la restricción de no exceder los límites establecidos expresamente por la ley; mientras que la subjetiva, exige que esos derechos sean ejercitados, en procura o cumplimiento de una finalidad

³⁰ Los contratos deben negociarse, concertarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

social o económica. Precisamente, si dichos límites no se respetan en la forma debida, es que indudablemente se incurrirá en abuso del derecho.

Señala también, que el fundamento que posee el ordenamiento jurídico peruano para castigar y evitar ese acto abusivo, reside en que ningún derecho es absoluto ni ilimitado, pues si no fuera así, se imposibilitaría el tan ansiado orden social, siendo lo normal y común que, así como los individuos adquieren derechos frente a sus semejantes, también existen deberes que están obligados a respetar. Es así como la limitación que tienen los derechos subjetivos, no solo es motivada por el interés de la civilización, sino, también, por el interés personal del titular de otro derecho subjetivo, quien, de igual forma, también merece el respeto de su derecho.

Solo se puede hablar de Abuso de Derecho cuando en su ejercicio se causa un daño a otro, a pesar de que ese ejercicio puede resultar impune en el derecho positivo por no aparecer limitado ese modo de ejercitar el derecho (Cuentas, 1997, p. 473)

La jurisprudencia y doctrina de los sistemas de tradición *civil law* identifican ciertos presupuestos necesarios para que sea posible alegar la existencia del abuso del derecho: (i) la ejecución de un hecho externa o aparentemente legal; (ii) la existencia de un daño; (iii) el daño no debe afectar a un derecho ajeno; y, (iv) el ejercicio del derecho debe ser contrario a su destino económico-social (Parraguez, 2015, pp. 216-217).

Y es que el derecho no es ni puede ser absoluto, ya que no se debe ejercitar causando daño a otra persona (solidaridad social), que también tiene sus derechos (consideración intersubjetiva). De allí que esta figura jurídica haya sido insertada en la legislación nacional peruana y se haya establecido en relación a otros principios y valores jurídicos, con significativas implicancias:

El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando – o no usando– de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica. (Fernández, 1992, p. 24)

En el Derecho Comparado, esta figura jurídica ha sido incorporada en diferentes países; por ejemplo, se tiene el denominado *Landrecht* Prusiano o Derecho Territorial de 1794, que lo incluye como abuso del derecho de propiedad y, más concretamente, respecto a quien ejerce un derecho cuando, según las circunstancias, eligió el que implicaba daño para otra persona; especialmente si lo hizo con la intención de perjudicarla.

En el Código Civil Suizo de 1907 también llamado Código Federal Suizo, en su artículo 11 incorporó la obligación de actuar con buena fe en el ejercicio de los derechos, expresando

objetivamente que el abuso manifiesto del derecho no goza de la protección de la ley y, por el contrario, está sujeto a la indemnización del caso; sigue este criterio el Código Civil de Venezuela de 1942 (artículo 1185) y el Código Civil de España de 1974 (artículo 7) los que exigen que los derechos deben ejercerse de acuerdo a las reglas de la buena fe dado que la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo.

En tanto que otras legislaciones incluyen básicamente la intención de dañar; así se tiene Código Civil Austríaco de 1916, que en su artículo 1295 establece una norma similar a la citada; es decir, cuando la persona ejerce su derecho causando intencionalmente un daño de forma tal que hiere las buenas costumbres. También se tiene, bajo la misma concepción, al Código Civil Italiano de 1942 (artículo 833) y el Código Polaco de las Obligaciones (artículo 137). Además, el Código Civil Ruso de 1923 incorpora el criterio del daño económico o social para que se incurra en abuso del derecho, habida cuenta del imperio doctrinario del materialismo histórico. En tanto que el Código Civil de México de 1932 incluye el derecho de propiedad, siguiendo los criterios jurídicos del siglo anterior.

En el Perú, la regulación legal del abuso del derecho consta de manera expresa en la Constitución Política del Perú, en cuanto a la normatividad relativa a la Función Legislativa; así se encuentra establecido en el segundo párrafo del artículo 103³¹ de la Carta Magna.

También ha sido incorporado en el artículo II³² del Título Preliminar del Código Civil Peruano, bajo la denominación: “Ejercicio Abusivo del Derecho”.

Jurisprudencialmente, el abuso del derecho ha sido aplicado tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional. En el primero de ellos, por ejemplo, se tiene la Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 043-2014-OS-CD que declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Empresa Eléctrica de Piura S.A. contra la Res. N° 016-2014-OS-CD. En esta Resolución se considera:

Que, la interpretación que efectúa la empresa del PR-42 es una interpretación incompleta del Contrato y contraria a derecho, que vulnera los Principios de Buena Fe, Principio de Verdad Material, Principio de Neutralidad, Principio de Imparcialidad, Principio de Subsidiariedad, Principio del Análisis de Decisiones Funcionales, entre otros, contemplados en la Ley N° 27444, Ley del

³¹ Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

³² Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

Procedimiento Administrativo General y el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM;

Que, asimismo, en el supuesto totalmente negado que la interpretación de la empresa fuera la correcta, implicaría un “ejercicio abusivo del derecho” (véase el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil), por la incongruencia en que sea la misma empresa quien finalmente decida el valor de su potencia remunerable. Más aún, por principio general del derecho, en un contrato cuando queda pendiente la determinación de una condición esencial, este aspecto no puede quedar a la libre discreción de la parte obligada. (Res. N° 016-2014-OS-CD)

A nivel jurisdiccional, se tiene la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0011-2013-PI-TC, en la que se declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 2 de la Ley N° 29947, de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados. En sus considerandos 57 y 90 expone algunos sustentos de su decisión considerando el ejercicio abusivo del derecho:

57. En este sentido, una concepción comprehensiva del contenido normativo de la libre contratación ha de tener en cuenta lo siguiente:

- (i) La libre contratación no autoriza perseguir intereses privados cuando estos se hallan reñidos con el bien común y el orden público;
- (ii) Debe garantizarse las condiciones de equidad entre usuario y empresa prestadora en la contratación de servicios públicos;
- (iii) La regulación estatal puede efectuarse cuando una de las partes ocupe una posición dominante, cuando existan prácticas restrictivas de la competencia o cuando se produzca un ejercicio abusivo del derecho.

90. Igualmente, y con el mismo propósito de determinar cuál es el grado de intervención sufrido por los bienes constitucionales que la disposición legal interviene, el Tribunal no puede perder de vista que:

- (...) (iii) Su ámbito de aplicación ha sido limitado a circunstancias excepcionales (en tanto no es admisible un ejercicio abusivo de este derecho) (Exp. N° 0011-2013-PI-TC)

De lo expresado, se puede entender objetivamente que el abuso del derecho supone un claro límite a la libertad contractual, fundamentalmente porque, pese a que las personas cuentan con el derecho subjetivo que les permite gozar de autonomía para contratar libremente, no lo pueden ejercer de una forma abusiva e irregular quebrantando tanto el interés de la comunidad como el de la otra parte contratante. Por el contrario, deben ejercer dicha libertad con buena fe, responsabilidad y solidaridad, evitando sobrepasar las fronteras de los derechos de los demás, respetando la palabra empeñada que adquiere fuerza vinculatoria y el debido equilibrio entre una prestación y una contraprestación. Del contenido de los acuerdos emanan derechos subjetivos que deben ser respetados por los contratantes sin causarse detrimento o perjuicio mutuo o de uno en contra del otro; pues de ser así, las convenciones expresadas en el contrato dejarán de ser razonables y legítimas deviniendo en arbitrarias y pasivas del reproche social.

3.4.6 *Fraude a la Ley*

Soto (2011) expresa que se trata de acto o hecho que produce un efecto opuesto o diferente a los supuestos de una norma jurídica (norma que ha sido defraudada), y que se ejecuta bajo el respaldo que le concede otra norma jurídica emitida para regular supuestos diferentes (normas de cobertura) logrando, dolosamente o con mala fe, una consecuencia que le favorece y que, aparentemente, es legal, pero que debe ser censurada y sancionada.

Esto es así porque existe una evidente relación entre lo que es el fraude a la ley, el abuso del derecho y la mala fe de quien incurre en él; más aún si se atenta contra una norma imperativa del ordenamiento jurídico (ante la cual se encontraba sujeto a acatamiento u obediencia) y se ocasiona daño a la otra parte o a terceros.

En palabras de Mansilla (2011), el fraude a la ley se configura como el no acatamiento de una norma legal que le es desfavorable, para actuar conforme a otra norma que sí le favorezca y con la cual pueda obtener una ventaja; algo así como servirse de un instrumento lícito para obtener un fin considerado ilícito.

Es por ello que al fraude a la ley se le considera como un acto de naturaleza ilícita, ejecutado en forma voluntaria y con mala intención (dolo). Pero también se le puede considerar como un mecanismo de autoprotección al burlar o incumplir una norma legal con el fin de obtener una disminución de lo que considera perjudicial o gravoso para sus propios intereses.

El Pleno del Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a las obligaciones de pagos tributarios que se pueden cumplir en un lugar en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero ya que se encuentran exceptuadas de usar los medios de pago previstos en las normas (artículo 5° de la Ley N° 28194); expresando que es plenamente justificado que haya exigencia de conjunción de requisitos ya que con ello se puede evitar posible evasión del pago del tributo o que puedan utilizar otros medios adecuados para quedar exceptuados de acudir a las entidades del sistema financiero y así evitar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De allí que consideró:

En efecto, por un lado, resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero, con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la administración pública. (Exp. N° 0004-2004-AI/TC y acumulados. F. 15)

El Perú no cuenta con una norma que contenga de manera expresa la tipificación del fraude a la ley. Sin embargo, el 09 de abril de 1980, ratificó la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, realizada en Montevideo, Uruguay, el 08 de mayo de 1979, en cuyo artículo 6 se prescribe: “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.”

Bartlett y Benavides (2016) sostienen que el fraude, en forma general, se produce cuando se realiza un acto tendente a eludir una norma jurídica ocasionando perjuicio al Estado o a un tercero; por lo que se encuentra tipificado como delito; el que se constituye, por ejemplo, cuando la persona encargada de vigilar que la ejecución de un determinado contrato con entidad pública, o con cualquier persona privada, se confabula para favorecer intereses opuestos.

Adicionalmente, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, que se ha venido trabajando desde marzo del 2016, se ha considerado incluir en su título preliminar el siguiente artículo II-B precisando que se incurre en fraude a la ley cuando se celebra un acto con el fin de eludir la aplicación de una norma imperativa amparándose en otra norma que no tiene la misma finalidad. “El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.”

El motivo principal de la comisión encargada de llevar a cabo dicho anteproyecto ha sido, sin lugar a dudas, el hecho de que dicha fórmula normativa no tiene precedente; es decir, que nunca ha estado regulada en este país. Sin embargo, se considera que no es necesaria esta disposición habida cuenta que el inciso 4 del Art. 219 del mismo Código Civil Peruano establece la nulidad del acto que se realice cuando se constituye con un fin ilícito (con fraude a la ley).

Asimismo, el Ministerio de Justicia, el año 2006, propuso la modificación del artículo 78 del Código Civil, en cuyo numeral 3 se establecería que, si se realizaran actos abusivos o fraudulentos con intervención de la persona jurídica, el juzgador, a solicitud de parte legitimada, excepcionalmente podrá desestimar su calidad de sujeto de derecho o disponer que no le sean aplicables los beneficios generados por dichos actos, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a quienes actuaron de esta forma abusiva o fraudulenta. Conforme a este criterio, el juez podría desestimar a la persona jurídica como sujeto de derecho o que no le sean aplicables los beneficios que se deriven de actos fraudulentos, lo cual podría desincentivar la formalidad de las empresas.

No obstante, sí existen normas que incluyen disposiciones con el término fraude; tal es el caso de las normas que lo precisan como el fraude procesal, o el fraude en la emisión de

contratos laborales a plazo fijo; así como otras que, en su contenido normativo implican la existencia del fraude como el delito de defraudación y el de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Sobre el fraude procesal está considerado como una conducta que lesiona la buena fe procesal, en base al engaño y con ánimo de lograr un beneficio ilícito, en perjuicio de un tercero, sea alterando los hechos que sustentan el proceso o un acto del mismo, o la indebida influencia ejercida sobre la voluntad de un órgano jurisdiccional, de la Fiscalía o de sus órganos auxiliares.

Es un delito tipificado en el artículo 416 del Código Penal y que ha sido materia de diversas ejecutorias como ser la recaída en el Exp. 2154-2001, Lima; en cuyo proceso se imputó al acusado haber inducido a error a un funcionario, al interponer una acción judicial de pago de dólares utilizando una letra de cambio falsa, en la cual la firma y sello que aparecían en el protesto no correspondía al notario.

En el campo del Derecho Laboral, el inciso d, artículo 77, del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR), también hace referencia al fraude a la ley estableciendo que, si los contratos de trabajo sujetos a modalidad son constituidos utilizando la simulación o fraude a las normas establecidas, serán declarados desnaturalizados y, en consecuencia, se les tendrá como contratos a plazo indeterminado. Ejemplo de ello se encuentra en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC, en cuya sentencia se precisa que los contratos de trabajo a plazo fijo o modales se consideran de duración indeterminada si el trabajador demuestra que se suscribió con simulación o fraude a las normas laborales.

También se considera el fraude en el delito de defraudación, modalidad de estelionato (Artículo 197 del Código Penal), al haberse establecido jurisprudencialmente que se trata de una variación de la estafa, dado que se consiste en un fraude caracterizado por el desarrollo de una conducta engañosa, astuta y artificiosa. Reátegui (2015) explica que se trata de un supuesto de defraudación genérico, que se configura como un supuesto especial de defraudación, en el cual deben estar presentes los elementos básicos de la estafa, por tratarse de la modalidad genérica de defraudación.

Sin embargo, el fraude a la ley desde el punto de vista civil, impone un límite claro a la libertad contractual, puesto que si alguna de las partes, en el ejercicio o actividad de su autonomía contractual, ha burlado una normativa legal imperativa de manera fraudulenta con la finalidad de eludir la aplicación de la misma, amparándose para ello, en otra norma distinta dictada con finalidad diferente, indiscutiblemente ha incurrido en un ilícito legal, por lo que dicho acto no será válido, más bien, todo lo contrario, será sancionado e inaplicado, buscándose que prime lo ordenado por la ley imperativa que este ha tratado de esquivar.

En la Normativa Internacional de Auditoría N° 240 se refiere al fraude como acto intencionalmente ejecutado por una o más personas de la administración, empleados o terceros haciendo uso del engaño para obtener una ventaja injusta o ilegal.

Se trata de una figura que, según Mansilla (2011) esencialmente pertenece al ámbito del Derecho Internacional Privado, pues con sus principios y sistemas se trata de dilucidar el caso cuando se trata, por ejemplo, de normas jurídicas de dos o más países que regulan una misma situación en forma distinta y hasta contradictoria, surgiendo la incertidumbre sobre a cuál se le otorgará preferencia para su aplicación al caso concreto.

Ante ello es de aplicarse el sistema conflictual tradicional; este sistema se refiere al método que permite la adecuada identificación del derecho que debe aplicarse ante una situación conflictiva como la descrita, en la cual podrían converger dos ordenamientos jurídicos distintos (conflicto de leyes), habiendo dificultad para la selección de la normativa legal a aplicarse para resolverla.

Por ejemplo, si en el Perú se admitiera que los extranjeros se rijan por la ley de su país de origen, en el cual un específico hecho no es considerado como fraude a la ley, pero en Perú sí se considerara tal hecho como fraude a la ley, se tendría un conflicto de leyes y la necesidad de acogerse al sistema conflictual tradicional, en el que se hace prevalecer la norma del país en el cual se ejecutó el hecho (en el ejemplo, la ley peruana, por lo que en este caso se aplicaría la norma nacional).

3.4.7 Fraude a los acreedores

Se trata de un comportamiento irregular, impropio o imperfecto del deudor en agravio del acreedor, mediante la realización de un acto jurídico realizado con las formalidades legales en lo relativo a la forma y estructura de su constitución, limitando sus posibilidades de solventar el crédito o la deuda contraída y procurando que sus bienes queden total o parcialmente fuera del alcance del acreedor; comportamiento efectuado con el intencional propósito de perjudicar al acreedor. En este tipo de fraude, la persona agraviada es el acreedor que se ve perjudicado cuando su deudor transfiere sus bienes solo con el fin de sustraerlos a una posible ejecución coactiva o judicial impidiendo, de esta forma, la cancelación de la obligación o del crédito que tuviera a favor del acreedor.

Pastrana (2018), afirma que se considera el fraude a los acreedores como fraude a la ley y que se ejecuta en los negocios jurídicos; sustenta su opinión en que se produce una violación de la norma legal que garantiza el derecho de crédito, por ende, se defrauda el orden jurídico y se afecta intereses generales; mientras que en el fraude a los acreedores se procura lo mismo pero de forma indirecta o mediata, afectando intereses de naturaleza privada o particular.

Considera que, para llevar a cabo la acción pauliana, debe existir la coincidencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. En cuanto al primero de ellos, también conocido como “*eventus damni*” (suceso o acontecimiento que causa daño), se entiende consumado este fraude desde el momento en que se genera el daño a raíz de un determinado acto de disposición, el cual genera la reducción patrimonial que efectúa el deudor para perjudicar la realización y goce del derecho de crédito de sus acreedores, por lo que directamente causa una repercusión en la esfera jurídica de estos.

El elemento subjetivo, comúnmente llamado “*consilium fraudis*” (voluntad de fraude) o “*scientia damni*” (conocimiento del daño), hace alusión a la intención o volición fraudulenta que ostenta el deudor a sabiendas del acto que realiza y de sus efectos perjudiciales sobre sus acreedores. También se puede entender como el conocimiento del perjuicio o posibilidad del mismo respecto de la garantía patrimonial. Pese a su gran problemática para probarlo, resulta indispensable hacerlo para demostrar que realmente ha existido un auténtico caso de fraude a los acreedores y con ello poder ejercer la acción pauliana en contra del deudor.

Este tipo de fraude se encuentra regulado en el artículo 195 del Código Civil (acción pauliana)³³, para contrarrestar o corregir la posibilidad de que los efectos del fraude al acreedor recaigan sobre este, perjudicándolo en forma tal que no pueda obtener la satisfacción de su crédito. Para ello, la norma permite que se declare la ineficacia de los actos que se consideran fraudulentos en contra del acreedor.

Con respecto a lo regulado en dicho artículo y según la opinión de Soto (2011), la sanción que el legislador peruano ha considerado pertinente para el caso de esta figura jurídica (Ineficacia del acto jurídico respecto del acreedor), no es la más conveniente, ya que debió haberse regulado una sanción mucho más adecuada como la inoponibilidad del contrato frente

³³ **Acción Pauliana.** Artículo 195.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1.- Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2.- Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.

a terceros que, en este caso, serían los compradores de un bien que les ha sido transferido por quien vendió con ánimo de no solventar un crédito.

Tras lo antes expuesto, no cabe discusión al respecto, de que el fraude a los acreedores supone un límite a la libertad contractual; en primer lugar, porque de una u otra manera se está cometiendo un fraude a la ley y es una acción pasible de la sanción que se encuentra expresamente tipificada en la norma referida a la acción pauliana; la cual, *per se*, supone un límite a dicha libertad contractual, por dos razones; la primera, por imponer un límite a la actuación del deudor tutelando el derecho de los acreedores y, en segundo lugar, porque la libertad contractual ejercida indebidamente, como en este caso, constituye un ilícito legal que no debe ser permitido.

Es importante recalcar que la autonomía con la que todo individuo cuenta no puede ni debe incidir o traspasar las fronteras de los derechos que las otras partes contractuales poseen, mucho menos ha de mediar el dolo y las acciones maliciosas que solo tiendan a obtener un beneficio a costas del detrimento de los derechos de otros, ya que ello iría totalmente en contra del verdadero sentido del derecho a contratar.

Sin embargo, es positivo que se tutele el derecho de los acreedores e imponga un límite a la actuación del deudor, no siempre las ventas de bienes efectuadas por un deudor están imbuidas de intencionalidad, pues realizada la venta, su patrimonio ha disminuido, pero no al nivel de ser insuficiente para solventar el crédito. También puede ser el caso de que la venta se haya ejecutado antes que se haya consolidado el crédito, pues si se realizó con anterioridad, será perfectamente válida.

Esto en razón de que para la aplicación de la norma establecida en el artículo 195 del Código Civil se requiere que el comprador haya conocido del perjuicio que se le podría estar ocasionando al acreedor y que el acto jurídico (contrato de compra venta) se haya realizado después de haberse concretado el crédito; por ejemplo, si el deudor obtuvo el préstamo o el crédito en tiempo posterior al de la compra venta no existirían suficientes razones para presumir que el comprador haya conocido del detrimento patrimonial de su vendedor, en perjuicio económico del futuro acreedor; pensar o juzgar en contrario, implicaría una evidente vulneración del principio de seguridad jurídica que garantiza la celebración de los actos o de los negocios jurídicos.³⁴

³⁴ Cfr. Casación N° 2101-2010- Junín, expedida el 19 de mayo del 2011.

3.4.8 *Otros derechos fundamentales*

Mendoza (2009) considera que los derechos fundamentales de las personas, así como los principios constitucionales, condicionan indubitablemente la validez material de los negocios jurídicos, sin importar si estos se encuentran expresados en contratos o en otro tipo de pactos. De lo antes acotado, se infiere que, si el contenido de los términos, cláusulas o estipulaciones que las partes de un contrato han fijado se contraponen con tales derechos y principios, dichos actos devendrán en inválidos o nulos.

Landa (2014) corrobora lo antedicho, precisando que supone un gran desafío el armonizar de la mejor manera, la autonomía privada y la libertad contractual con la protección de otros derechos fundamentales, ya que la labor de los intérpretes de la Carta Magna Peruana no se debe limitar al mejor derecho garantizado por dicho compendio normativo, sino que debe producirse una protección de ambos bienes jurídicos, evitando que uno resulte asimilado como excluyente del otro. Por ello, se debe definir los límites de ambos derechos en aras de que estos sean respetados en función de su máxima efectividad. Los límites han de efectuarse en cada supuesto concreto, y deben tener como sustento de apoyo primordial los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La razonabilidad implica que se decida teniendo en cuenta una justificación lógica para adoptar las decisiones y acuerdos a incluirse en el contrato, sin perjudicar ningún derecho fundamental; se debe analizar aplicando el test de proporcionalidad, a partir de los subprincipios que lo constituyen:

- 1) Subprincipio de idoneidad: Analizando su relevancia constitucional y la idoneidad para lograr tal fin. Para ello se debe distinguir entre el objetivo (estado de cosas o situación jurídica) y la finalidad de los hechos o de los actos, en cuanto al bien jurídico de relevancia constitucional que se debe proteger, así como la relación de causalidad, de medio a fin, entre lo acordado y el fin o propósito del hecho, de la omisión o de la acción. Se trata del análisis de una relación medio-fin.
- 2) Subprincipio de necesidad: Respecto a que una posible injerencia en los derechos fundamentales sea indispensable, sin que exista otra alternativa que revista similar o igual idoneidad para lograr el objetivo que se pretende y que, además, sea menos perjudicial o más benigno que el derecho afectado. "Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental" (F. 63 de la Sentencia 0034-2004-AI/TC).
- 3) Subprincipio de proporcionalidad: Para ponderar debidamente los derechos y principios en conflicto y, así, precisar y aplicar el que tenga mayor peso según las circunstancias

específicas como para que prevalezca sobre otro derecho fundamental, sin caer en arbitrariedad (principio de interdicción de la arbitrariedad).

Mendoza (2009) opina que para poder examinar la validez de los contratos y otros tipos de acuerdos, se ha de considerar los dos grandes criterios con los que cuenta el intérprete constitucional; en primer lugar, la paridad contractual para verificar si existe igualdad de oportunidades, conocimientos o circunstancias para contratar o si no existe por estar distorsionada o ser asimétrica entre las partes; esto es, si existe desigualdad entre las partes contratantes, por encontrarse una notable desproporción, a tal extremo que una de ellas pueda fácticamente determinar el contenido del contrato por sí sola. Pese a que dichas situaciones pueden llegar a acontecer, la actuación del intérprete requiere de una amplia cautela respecto del tratamiento que le brindará a este tipo de casos ya que, por razones de seguridad jurídica, un contrato no puede ser corregido o cuestionado posteriormente ante cada trastorno del equilibrio de negociación.

El segundo criterio, se basa en las cláusulas manifiestamente irrazonables, o visto de otro modo, en la auto-restricción de los derechos constitucionales; es decir, que por más que las personas posean una autonomía y libertad de determinar las cláusulas o acuerdos que se decida incorporar a sus contratos, no pueden ir en contra de los derechos fundamentales de la otra parte o de terceros; esto con el fin de evitar que dichos términos contractuales generen una afectación sumamente grave a los derechos de los demás.

Conforme a ello, se interpreta que los derechos fundamentales suponen un límite a la libertad contractual, ya que un contrato no debe vulnerar ni contravenir otros derechos fundamentales, dado que los derechos de todas y cada una de las personas merecen el debido respeto y una debida tutela por parte del Estado; por ende, en el contrato se debe respetar los criterios y derechos de ambas partes y no debe arribarse a acuerdos que perjudiquen los derechos de alguna de las partes ni de terceros. Tener en cuenta que los derechos de una persona tienen como límite los derechos de los demás: “Mis derechos terminan donde se inician los derechos de los demás”

3.5 Análisis del artículo 1355° del Código Civil Peruano

Del título de este dispositivo³⁵: Regla y límites de la contratación, se puede deducir que el legislador está considerando que el derecho fundamental a la libertad contractual posee límites, que no es absoluto. Al respecto, es de considerarse que el interés social guarda una estrecha relación con el orden público, ya que este último pretende salvaguardar los intereses

³⁵ **Regla y límites de la contratación.** Artículo 1355. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

comunes de los integrantes de una sociedad. Así es considerado en el numeral 29 de la respuesta que dio la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la consulta formulada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay respecto a la expresión "Leyes" en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuyo texto es el siguiente:

El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común". Concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad". (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 30).

Por otro lado, el artículo 1355 contiene una disposición que refleja la voluntad de positivación, ya que eleva a norma jurídica una de las facultades inherentes a la persona humana, relacionada con los valores de la convivencia social bajo un marco que tiende a concretarla como entidad jurídica del Estado de Derecho. Norma de convivencia que encuentra sustento en la solidaridad con miras al bienestar común.

Existen discrepancias respecto a la vigencia de esta norma, dado que se considera que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece la libertad contractual considerando que, dentro del modelo económico actual, impide que los términos contractuales sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase; sin embargo, el dispositivo del Código Civil al regular lo establecido constitucionalmente, lo modifica sustancialmente pues precisa que "por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos." Es así que pone límites al derecho establecido constitucionalmente. Por ende, hay quienes consideran que no resulta tan cierto que la norma constitucional haya derogado tácitamente la disposición civil in comento, como así se precisa en el Oficio N° 970-2013-MP-FN-OAJ de fecha 24 de octubre de 2013, de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio Público

No obstante, cabe precisar que no aceptar este criterio del Ministerio Público implicaría aceptar que una norma de inferior jerarquía sí puede establecer mayores restricciones que los que la Carta Magna, dado que la norma constitucional no establece límite alguno. Es preciso considerar que el Art. 51 de la Constitución Política del Perú, establece que sus normas prevalecen sobre cualquier otra norma legal; por lo tanto, toda la normativa infra constitucional debe darse en armonía y sin contravenir ningún precepto normativo constitucional.

Quienes opinan a favor de la vigencia de la norma contenida en el artículo 1355 del Código Civil Peruano se sustentan en que esta disposición rige con anterioridad a la norma constitucional; por ende, debe prevalecer frente al referido artículo 62; no obstante no se

considera que una ley posterior se impone frente a una ley anterior; precisamente, esto último se encuentra recogido de manera expresa bajo el nombre de “Abrogación de la ley” que consta en el artículo I del Título Preliminar del mismo Código Civil Peruano³⁶.

Siendo que el Código Civil Peruano vigente fue publicado el 25 de julio de 1984 y que la Constitución Política del Perú, fue promulgada el 29 de diciembre de 1993, entrando en vigencia el 01 de enero de 1994, la norma constitucional, debería sobreponerse por ser de fecha posterior de conformidad con lo estipulado en el mencionado artículo I. En realidad, este argumento no es tan convincente como el relativo a la supremacía de la Constitución.

Soto (2009), señala que hay un importante sector de estudiosos del Derecho que afirma que el artículo 1355 continua con plena vigencia y que no existe una incompatibilidad con el texto constitucional por lo que, de manera extraordinaria, se debe aplicar el artículo 1355 a aquellas situaciones advertidas en la norma, puesto que el Estado no puede ni debe renunciar al ius imperium que posee, el cual le permite dictar leyes con la finalidad de regular y ordenar las conductas de los sujetos.

Arias-Schreiber (1989) ha señalado que este precepto normativo encuentra su inspiración en el interés comunitario de las personas (social, público y ético) y que no se aplicará a las condiciones de validez y forma de aquellos contratos que hayan sido celebrados antes de la vigencia del Código Civil de 1984, ya que en caso contrario, se estaría claramente trasgrediendo lo señalado en la Constitución sobre irretroactividad de la ley, agrega que esto no significa que este Código no sea aplicado incluso a las consecuencias que deriven de los contratos en ejecución.

Por su parte, De la Puente y Lavallo (1998), en opinión diferente a la de Arias-Schreiber ha sostenido que la razón de este artículo es principalmente regular el intervencionismo del Estado y que las limitaciones establecidas en dicho artículo, deben ser aplicables a los contratos celebrados antes y después de dictarse la ley.

No obstante, el Tribunal Constitucional Peruano ha dejado claramente expresado que esta libertad “se concibe como el acuerdo o convención de voluntades (...) para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. (...) y debe versar sobre bienes o intereses que (...), tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público” (STC 7339-2006-PA/TC - F.47). Asimismo, al referirse a un artículo de la Ley de los Centros Educativos Privados, manifiesta que este únicamente “(...) se enmarca en el derecho a

³⁶ Artículo I.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

la libre contratación sin más limitación que no contravenir leyes de orden público (artículo 2º, inciso 14, de la Constitución)” (Exp. 02175-2011-PA/TC - F.18).³⁷

Este último criterio ha sido ratificado cuando el Tribunal Constitucional se pronunció respecto al derecho a la información: Sentencia del 19 de junio de 2018 Pleno, recaída en el Exp. 00005-2013-PI/TC, en cuyo Fundamento 28, determinó: “(...) el ejercicio del derecho fundamental (...) no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones (...) siempre que estas hayan sido expresamente previstas por ley.” Es decir, da fuerza vinculante al contenido del artículo 1355 del Código Civil Peruano; dejando claramente establecido, en abundante jurisprudencia, que los derechos fundamentales no son absolutos; lo importante es que las limitaciones a los mismos no sean arbitrarias.

3.6 Contratos forzosos

Como se ha analizado en los rubros precedentes, las personas poseen la libertad, constitucionalmente reconocida, para contratar con quienes deseen, así como para pactar el contenido de un contrato, siempre que sus acuerdos, convenios o pactos no contravengan alguno de los límites anteriormente expuestos o que estén prohibidos de efectuarlos para adquirir derechos reales, conforme lo dispuesto por el artículo 1366 del Código Civil Peruano; pero, adicionalmente a estos resulta conveniente analizar si es de recibo jurídico la posibilidad de que un contrato sea impuesto de manera obligatoria a las personas.

Se trata de la posibilidad jurídica de que se realicen contratos forzosos, puesto que estos, *prima facie*, suponen una excepción a la libertad contractual por tratarse de una forma de contratación impositiva (con carácter de obligatorio) para una de las partes a quien se le exige contratar forzosamente. Esta imposición de contratar es impuesta por el Estado en atención a determinadas razones, como ser el interés general y/o el bien común de las personas.

López (1978) manifiesta que estos contratos, también denominados contratos dictados, imperativos, necesarios, etc., son aquellos que el legislador obliga a celebrar o los tiene por celebrados; por lo que se entiende que se imponen relaciones obligacionales de carácter privado, celebrado entre particulares en cumplimiento de una norma legal, como es el caso del Seguro Obligatorio de Tránsito (en adelante SOAT). Adicionalmente, señala que existen dos clases de contratos forzosos, los ortodoxos y los heterodoxos.

En los primeros, existe una obligación legal de contratar, por lo que se presenta una afectación parcial a la libertad contractual, ya que pese a ser un contrato obligatorio celebrarlos, los contratantes tienen la libertad de discutir las cláusulas y términos que correspondan; es decir,

³⁷ Los resaltados y subrayados son míos.

no hay una afectación total a la libertad contractual, solamente a la primera acepción de esta, o sea a aquella regulada en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política Peruana (libertad de contratar) y no propiamente a la regulada en el artículo 62 del mismo cuerpo normativo respecto a los contratos-ley, ya que sí se otorga la posibilidad de pactar el contenido del contrato, aunque generalmente este tipo de contratos pueden limitar severamente la libertad de los contratantes, incluso hasta llegar al extremo de los contratos por adhesión (como los relativos a los pasajes en transporte de personas).

Según esto último, algunos contratos, además de ser forzosos, son considerados como contratos por adhesión, pues amén de la imposición legal para su celebración, las entidades con quienes se celebran imponen los contenidos de los mismos y el contratante particular solo debe suscribirlos tal cual están elaborados. Ejemplos de este tipo de contratos son el mencionado SOAT, los seguros de desgravamen en los créditos bancarios, los contratos sobre servicios públicos, etc., en los que existe casi total privación de la autonomía de la voluntad.

El ejemplo más conocido de contrato forzoso es, sin lugar a dudas, el mencionado SOAT, regulado por la Ley 27181, Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre, modificada por la Ley 28172, y cuyo Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo 033-2001-MTC; mismo que sufrió modificaciones que generó la necesidad de aprobar su Texto Único Ordenado, mediante Decreto Supremo 016-2009-MTC.

Todo propietario de algún vehículo automotor que circule por la vía terrestre estará obligado a contratar este seguro, con la finalidad de cubrir el riesgo de fallecimiento y de lesiones de todas las personas que se encuentren dentro o fuera del vehículo, en caso suceda un accidente de tránsito; su cobertura es extensiva para aquellos peatones que puedan resultar afectados por el accidente. Cuando se contrata este seguro, el comprobante del mismo es el certificado SOAT que entrega el representante de la aseguradora y en el cual se consigna el nombre del contratante, el de la aseguradora, el número de la póliza, y las características más significativas del vehículo coberturado; así como el inicio y el término de su vigencia.

Por ende, el contrato para la adquisición del SOAT, es un contrato forzoso que supone una restricción legal a la libertad contractual, ya que se está obligando a las personas a contratar dicho seguro y se les está imponiendo el contenido del contrato exigido. Sin embargo, si bien hay una obligación impuesta a todas las personas propietarias de un vehículo automotriz a contratar el SOAT, no pierden el derecho a decidir con que aseguradora contratarlo, lo que ya escapa a la regulación del contenido.

En cuanto a los contratos heterodoxos, sí hay absoluta afectación a la libertad contractual pues se produce la pérdida integral de la misma. En ellos se impone el vínculo, las

partes y el contenido, proviniendo claramente de un acto sometido a un poder externo a las partes y perteneciente al poder único del Estado; es claro que esta segunda clasificación afecta en conjunto a los dos artículos antes referidos y con ello a ambas facetas de la libertad contractual que poseen las personas. El legislador establece la relación jurídica en todos sus extremos y contenidos. Ejemplos de ellos no se han dado en forma explícita en el Perú, pero podrían considerarse como tales, los contratos de hipoteca legal, conforme a lo dispuesto en los artículos 1118 y 1119 del Código Civil Peruano. En Chile sí hay mayor cantidad de casos en que se ha establecido este tipo de contratación; así se tiene los concernientes al ámbito de las quiebras (decreto ley 1509 y Ley 18.175), para garantizar el adeudo de los adquirentes de bienes inmuebles y de determinados bienes muebles dados en prenda sin desplazamiento.

Por su parte, Díez-Picazo y Ponce de León (2004), expresan que tradicionalmente han sido las personas quienes, por iniciativa particular, regulaban sus relaciones privadas de tipo patrimonial, ya que es a quienes les compete regular su propio interés por ser estrictamente privado. Sin embargo, también indican que, en algunas ocasiones, por dicha libertad otorgada a los particulares, se podía afectar el interés público o el bien común; por lo que el Estado, como tutor de dicho interés, está en la obligación de intervenir, disponiendo y regulando las relaciones entre particulares; tan es así que los contratos forzosos (dictados o reglamentados) han originado una crisis respecto al principio de autonomía de la voluntad, dando primacía a un precepto de tipo público al permitirse la reglamentación de las relaciones particulares.

Estos autores, incluso precisan que, desde que existen leyes que regulan las relaciones interpersonales de los particulares, realmente las personas no han tenido una libertad propiamente dicha para reglamentar sus relaciones privadas; ya que estas siempre deben actuar y obligarse conforme lo determina el mandato legal. Pero ello no significa que no haya libertad de contratación, pues si las personas desean establecer un contrato entre ellas, pueden hacerlo libremente, con la única limitación de no arribar y establecer acuerdos contrarios a lo que la norma legal específicamente determina. Por ejemplo, en el caso de un contrato de arrendamiento, resultará obligatorio que se celebre de conformidad con lo que establecen las normas legales pertinentes, pues -como ya se ha sostenido- las relaciones privadas no tienen absoluta disposición de sus intereses y relaciones, ya que hay límites y precisiones establecidas por las normas legales; lo que no implica *per se* que haya afectación a su libre autodeterminación contractual, ni mucho menos al principio de autonomía privada de su voluntad, ya que el Perú es un Estado Constitucional de Derecho, que obliga a su población a someterse a la Constitución y, por ende, a todo el ordenamiento jurídico nacional.

Capítulo 4

Intervención del Estado en materia contractual

4.1 El modelo de Estado Peruano

De conformidad con el artículo 43 de la Constitución Política del Perú el Estado Peruano es una república democrática, social, independiente y soberana, caracterizado por ser un estado único e indivisible, con un gobierno unitario, representativo, descentralizado, y organizado bajo el principio de separación de poderes; siendo estos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Estado se constituye al consolidarse una relación social específica organizada en función de una relación de poderes y dentro un territorio debidamente delimitado; por ende, se encuentra dentro del ámbito de las esferas política y social. Conforme a esta última esfera se comprende a las relaciones existentes de diversas naciones o a la existencia de diversos grupos sociales. Bajo el ámbito de su organización y de su esfera política, la actividad de los habitantes está sometida, ya sea en forma directa o indirecta, al ordenamiento jurídico y al control del Estado, con el propósito de lograr el bien común, en pleno ejercicio de su soberanía.

Gonzáles (2003) explica que un estado social y democrático encuentra soporte en los principios fundamentales de la soberanía popular y en una correcta y sustantiva distribución de los derechos fundamentales; así como en la independencia de sus funciones supremas y en una adecuada supervisión constitucional. Sin embargo, este mismo autor afirma que es posible que exista una contradicción entre los conceptos de estado social y estado democrático, debido a que el contenido de estos proviene de distintos sistemas organizacionales en función de los fines que se persigue en cada uno de ellos.

El estado social procura la obtención del bien común; en tanto que el estado democrático dirige sus miras hacia fines tanto sociales como económicos y políticos, con sujeción y plena observancia del orden constitucional, de las leyes y de los reglamentos que constituyen el ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, en un estado social, como el Estado Peruano, prima la política económica que se encuentra estructurada en relación al bienestar común y a la satisfacción de las necesidades de la colectividad; en tanto que, en un estado democrático, el ejercicio del poder público se legitima por decisión del pueblo mediante una delegación de facultades que se otorga por la representación que se concede en los procesos electorales, tal cual sucede en Perú.

No obstante, el modelo estatal peruano por ser social y democrático procura la armonización de los principios democráticos, especialmente aquellos referidos a la participación del pueblo en la administración del Estado; esto es, que incorpora mecanismos democráticos en la toma de decisiones del poder, respetando la representación popular, que

debe provenir de la expresión de voluntad del pueblo y que deberá tener en cuenta la votación universal, la participación de los partidos políticos y la participación popular. Conforme a lo expresado, la fuente del poder político radica en la soberanía popular; de allí que los gobiernos deben establecer políticas y acciones conducentes a la satisfacción de las necesidades de la población y en procura del bien común y de la justicia social.

Así el Estado se caracteriza por encaminarse a conseguir la justicia social, en defensa prioritaria de la persona humana y el respeto de su dignidad que, como lo expresa el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. Para lograr este fin es menester que sus habitantes queden sujetos a las potestades de las autoridades públicas en estricto respeto de los principios, derechos y deberes establecidos en la Carta Magna Nacional. El presupuesto central sobre el que se construye dicho modelo social, es el de una relación permanente y adecuada entre las esferas del Estado y la sociedad, apuntando siempre hacia un interés general, sin distinciones, discriminaciones, ni inequidades.

Rubio y Bernales (1987) afirman que el ordenamiento constitucional debe expresar una particular relación social que abarque al Estado y a la sociedad, precisando contenidos, modos, y características, establecidos con miras a formalizar la debida interacción entre el Estado y la sociedad y organizados constitucionalmente, de tal forma que la Carta Magna no sea una abstracta proposición jurídica, sino una propuesta dirigida a la formalización de las aspiraciones del pueblo.

Perú, al adoptar este modelo, ha adquirido la obligación de asegurar a todos los habitantes de su territorio, las condiciones materiales mínimas de existencia, por lo que debe intervenir en la sociedad con la finalidad de cumplir los objetivos correspondientes a todo estado social y democrático. Bajo dicho marco, tanto el Estado como la sociedad, deben brindar a la persona humana un mínimo vital para que pueda tener una existencia digna; por lo que será necesario y hasta indispensable que el modelo social establecido permita crear e implementar las condiciones indispensables para lograrlo, procurando obtener y administrar debidamente los recursos. El modelo social, impone también al Estado la obligación de velar por los derechos sociales de las personas, tales como la salud, educación, vivienda, entre otros; de tal forma que sus habitantes logren un adecuado grado de realización, quienes, a su vez, deberán contribuir con su trabajo y solidaridad, sin pretender que el Estado sea el único responsable de lo que suceda con sus vidas; ello implica que los ciudadanos tienen la obligación de aprovechar al máximo los medios básicos que el Estado les brinde para trabajar y alcanzar su realización personal.

Ampliando lo manifestado sobre el estado democrático, es conveniente recalcar que la soberanía nacional reside en la población y que delega su representación en autoridades, mediante el sufragio en los procesos electorales; en los que deben participar todos los ciudadanos, sea como electores o como candidatos, sin distinción alguna y sin discriminación sea por origen, raza, religión, estatus económico, sexo, idioma, religión, opinión o de cualquier otra índole. De igual manera, un modelo democrático permite que puedan concurrir diferentes fuerzas políticas aun siendo totalmente contrarias, ya que lo que primará habrá de ser lo que el pueblo decida libre y democráticamente.

Es más, el Estado Peruano no solo es un estado social y democrático, como se ha detallado, sino que por denominación dada por la misma Constitución Política del Perú. es un Estado Democrático de Derecho. Y ello es así, dado que un estado de estas características debe incluir el respeto a los principios y derechos relativos a la igualdad ante la ley, la seguridad, la propiedad privada y la libertad; habida cuenta que son consustanciales a la calidad de ser humano íntimamente relacionado con la sociedad. Para que la libertad mencionada sea posible, es menester que se cuente con una serie de condiciones que deben ser estructuradas en base a principios jurídicos sólidos que permitan la adecuada organización, implementación y funcionamiento de las instituciones políticas.

Cabe precisar que este tema se ha desarrollado debido a lo conveniente que resulta entender por qué se justifica la intervención del Estado y cuál es la relación de esta intervención en relación al tema concreto de la libertad contractual. Precisamente, Gonzáles (2003) coincide en que el elemento más importante del modelo social y económico que asume el Estado se consagra jurídicamente en la Constitución Política del Perú (norma de máxima jerarquía del ordenamiento jurídico nacional) en la cual se regula el régimen económico, el derecho a la propiedad privada y el régimen económico nacional sustentado en la iniciativa privada, en la libertad de empresa y en la libertad de contratación (todos ellos elevados con rango constitucional).

El hecho de que el Estado posea un modelo social, implica necesariamente que el modelo económico que asume constituye elemento trascendental que debe ser garantizado mediante un correcto régimen económico sustentado constitucionalmente; en ese orden de ideas, para el régimen económico peruano resultará de significativa importancia la iniciativa privada que le sirve de sustento, conjuntamente con la libertad de empresa y con la libertad de contratación (que garantiza el derecho a contratar el arrendamiento de los bienes inmuebles); así es que a estas libertades se las ha dotado de rango constitucional y se las ha reconocido calidad de derechos fundamentales.

Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones. (Sentencia recaída en el Exp. 008-2003-AI/TC. F. 11)

Villalobos (2020), precisa que el Estado tiene una función promotora y subsidiaria pero también reguladora de los derechos fundamentales y, por tanto, debe estar vigilante, con mirada pluralista e integradora del cumplimiento debido por los obligados. También sostiene, concordando con el Tribunal Constitucional, que dichos derechos no son absolutos pues pueden ser limitados para el fiel cumplimiento de los fines estatales y siempre y cuando haya razones que lo justifiquen y sean taxativamente establecidas en el ordenamiento jurídico; a las cuales también se debe sujetar el contrato de arrendamiento en cuanto le sean aplicables.

4.2 Proyecto de Ley 5004/2020-CR: Medidas a favor de los arrendatarios por la emergencia

4.2.1 Antecedentes

El viernes 03 de abril del 2020, el congresista del partido político “Acción Popular” Paul Gabriel García Oviedo, presentó el Proyecto de Ley 5004/2020-CR³⁸, proponiendo nuevas medidas a favor de los arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en razón del estado de emergencia a que ha obligado la pandemia Covid-19.

El Proyecto, en cuanto al objeto de la Ley propuesta precisa que los contratos de arrendamiento, durante el período del Estado de Emergencia por Covid-19 y hasta dos meses de finalizado el período correspondiente a dicho estado, se deberá suspender el pago de la renta, de los intereses -sean legales o pactados libremente-, así como las moras y penalidades previstas a favor de los arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, salvo pacto de ambas partes sobre el aplazamiento o la condonación total o parcial de la renta.

Para gozar de los beneficios de la ley, en caso de aprobación, los arrendatarios deberán acreditar su estado de vulnerabilidad económica como consecuencia del brote de la pandemia; como ser el caso de haber quedado desempleado, o que se le hayan reducido las jornadas laborales y, consecuentemente, la remuneración que percibía hasta el mes anterior a la declaratoria del estado de emergencia. La moratoria aludida a favor de los arrendatarios también sería a favor de los trabajadores independientes que hayan sufrido una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída significativa (superior al 40%.) de sus ventas.

³⁸ Derecho a iniciativa legislativa: artículo 107 de la Constitución Política Peruana y artículos 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República.

En las Disposiciones Finales del Proyecto de Ley, se plantea la derogatoria o modificatoria, según corresponda, de las normales legales que se opongan a la nueva ley, que entraría en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario El Peruano.

En la respectiva exposición de motivos se precisa que el Proyecto ha sido propuesto por la enorme preocupación generada por los arrendatarios que, en la actualidad y debido al estado de emergencia, están desempleados o han sufrido una severa reducción de sus ingresos, sea porque las empresas en las que prestan o prestaban labores han reducido considerablemente sus actividades o las han cancelado; lo que ha originado evidente dificultad para pagar la renta fijada con el arrendador. También justifica lo relativo a los trabajadores independientes, ya que muchos han arrendado predios con la finalidad de vivir en ellos o de utilizarlos para llevar a cabo sus actividades comerciales.

Por tales razones es que considera la urgente necesidad de implementar acciones legislativas dirigidas a regular la moratoria surgida en el cumplimiento del pago de la renta respectiva a los contratos de arrendamiento ya que todo lo que está sucediendo tiene como origen una situación coyuntural ajena a la voluntad de los agentes contratantes, generando razón suficiente para esta iniciativa legislativa.

Fundamentando complementariamente a lo expresado, precisa que es importante conocer que, en el Perú, al menos un 73% de la población, realiza actividades informales sin recibir ningún tipo de apoyo por parte del estado, dependiendo exclusivamente de sus actividades económicas diarias, sean trabajadores dependientes o independientes, formales o informales, dado que la pandemia ha trastocado la regularidad de sus labores y la continuidad cuantitativa de sus ingresos. Situación que les podría originar la cancelación de autorizaciones o permisos que tengan, así como posibles denuncias tanto civiles como tributarias y penales a las que se enfrentarían como consecuencia de no cumplir las disposiciones impuestas por el Estado y/o por sus convenios.

Manifiesta que el Ejecutivo no ha demostrado la debida preocupación por el problema en mención, pues hasta el momento en que se presentó el Proyecto no ha determinado solución de ningún tipo para facilitar el pago de los períodos de renta adeudados. Precisa que, de no darse medidas legales, los arrendadores podrían interponer demandas de desalojo por incumplimiento de pago, lo que, a su vez, desencadenaría incremento de la carga judicial y perjuicio a la labor jurisdiccional.

Deja claramente sentado que con el Proyecto no se pretende eximir de obligaciones a los arrendatarios, sino solo prorrogar el pago de la renta, en tanto el Perú permanezca en estado de emergencia y hasta dos meses después de que este culmine. Estadísticamente sustenta su

propuesta en los datos emanados del Instituto Nacional de Estadística e Informática Peruano, en base a los censos nacionales del año 2017, entre los que consta que de las viviendas particulares desocupadas el 1,1% (63 mil 476) se encuentran en alquiler y que de las viviendas particulares ocupadas el 16,3% (1 millón 256 mil 520) son alquiladas y el 7,7% (589 mil 289) son viviendas cedidas por el centro de trabajo, por otro hogar o institución.

Finalmente, recalca que el Proyecto solo se encuentra dirigido a una parte de la ciudadanía que se encuentra en un estado de vulnerabilidad económica al haber disminuido sus ingresos o ventas en más del 40%, como secuela de no poder trabajar o realizar sus labores de manera habitual producto de la declaratoria del estado de emergencia, por lo que no se beneficia al íntegro de grupos económicos existentes sino a un sector en específico.

4.2.2 Opiniones de juristas sobre el Proyecto de Ley 5004/2020-CR.

Vergara (2020) comentó que este Proyecto es útil y necesario, pero debe ser analizado a la luz de lo establecido constitucionalmente en la legislación civil peruana y en la jurisprudencia, para verificar si existen mecanismos alternativos que permitan solucionar el problema suscitado sobre el arrendamiento.

Este jurista señala que, de acuerdo a la Casación 1277-2010, Lima, en lo establecido respecto a los contratos modernos se procura el equilibrio entre las partes contratantes, presuponiendo la existencia de la denominada paridad jurídica que, mediante la ley se concede igualdad a ambas partes; paridad que concuerda con el “principio de equidad contractual”. Asimismo, reconoce que es innegable que, con el establecimiento del estado de emergencia, los ciudadanos han sufrido una serie de problemas económicos, originando que muchas personas ya no estén en capacidad de cubrir sus necesidades y obligaciones, sobre todo si están comprendidas dentro de los sectores catalogados como los más vulnerables. Situación que ha generado gran cantidad de incumplimiento en el pago de la renta derivada de los contratos de arrendamiento; por lo que es razonable que se haya propuesto el mencionado Proyecto de Ley.

Sin embargo, es enfático al sostener que no es una solución definitiva puesto que el suspender el pago implica solo detenerlo o diferirlo por algún tiempo; para reiniciarlo en cuanto se declare el fin del Estado de Emergencia; pero que de todas formas dicha renta deberá ser pagada que no se proyecta una supresión o eliminación de la deuda originada en la suspensión del pago de la renta; siendo impredecible conocer a ciencia cierta lo que sucederá con la crisis sanitaria y con el comportamiento económico a futuro, tanto en el Perú como en el resto del mundo. En consecuencia, se considera que el Proyecto no es una solución óptima, principalmente porque solo pretende prorrogar la obligación existiendo un futuro incierto; lo cual, desde ya, es contraproducente y hasta quizá fuente de conflictos, por lo que se sugiere

buscar otras salidas que puedan resultar más adecuadas al tema con la ayuda de la normativa civil.

En su análisis, Vergara (2020) sostiene que, en el campo de la legislación civil hay una serie de alternativas que los arrendatarios podrían utilizar, como ser la imposibilidad parcial y la excesiva onerosidad sobreviniente en la contraprestación del arrendamiento (reguladas en los artículos 1433 y 1440 del Código Civil Peruano respectivamente). Ambas figuras jurídicas tendrían como soporte habilitante la crisis sanitaria aludida y podrían posibilitar una reducción proporcional de la renta, siempre que sea posible, teniendo en cuenta para ello factores como la naturaleza de la prestación y la voluntad de las partes.

En cuanto a la referida excesiva onerosidad, también se podría obtener una reducción en la renta pretendiendo se dé finalización a dicha excesiva onerosidad suscitada a raíz de la pandemia, que debe ser considerada como acontecimiento extraordinario e imprevisible. Cabe indicar que ambas posibles soluciones deberían ser solicitadas ante un juez civil.

Por otro lado, el mismo Vergara (2020) expresa que otra razón por la que no considera que la solución sea suspender el pago de la renta, es su implicancia negativa respecto al arrendador, quien podría ser una persona que tenga como único ingreso el producto del arrendamiento de su inmueble; sustenta su vida con tal ingreso, por lo que una suspensión del mismo, podría poner en riesgo su propia subsistencia y/o colocar en zozobra a su familia y a otros núcleos económicos.

Respecto a la constitucionalidad del Proyecto de Ley, considera que este no solo es inútil e innecesario, sino que además está viciado de inconstitucionalidad por ir en contra de lo señalado en el artículo 62 de la Carta Magna Peruana, debido a que vulneraría el derecho fundamental a la libertad contractual si se llegara a concretar la modificación del del contrato de arrendamiento.

Efectivamente de darse la ley y concretarse la modificación de los contenidos contractuales fijados libremente por las partes, habría contradicción con lo dispuesto por el mencionado artículo que expresamente establece que los contratos no pueden ser modificados por leyes. Adicionalmente, dicho autor opina que los juristas que se amparan en el artículo 1355 del Código Civil para justificar la intromisión del Estado en los contratos de arrendamiento celebrados entre privados, deberían tener presente que este artículo es un precepto legal de carácter infra constitucional, por lo que, jerárquicamente hablando y en atención con lo dispuesto por el artículo 51 de la Constitución Política del Perú, debe prevalecer la norma constitucional sobre la legal.

El autor mencionado, concluye su análisis indicando que una forma salomónica de resolver el conflicto suscitado entre arrendadores y arrendatarios es que sean las mismas partes quienes lleguen a un pacto o acuerdo sobre esta controvertida situación que a ambos involucra.

Ninamancco (2020) ha opinado sobre el Proyecto de Ley 5004/2020 manifestando que no es acertado por graves inconsistencias en su contenido. Expresa que en la Exposición de Motivos no se ha realizado ningún análisis sobre su constitucionalidad, siendo que es de elemental observancia el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que prohíbe alterar o modificar contratos mediante una ley (El Proyecto no alude en nada a esta norma constitucional). Tampoco se ha analizado otras figuras legales que sí podrían ser aplicables a determinados casos como el de arrendamiento de locales comerciales y que, por la pandemia, los arrendatarios han tenido que dejar de lado sus actividades comerciales configurándose una imposibilidad sobreviniente de la prestación del arrendador, que le imposibilita hacer uso del bien materia del contrato. Ergo, el comerciante no tendría por qué verse obligado a pagar la renta pactada, ya que el contrato que ha suscrito no puede ejecutarse, siendo atendible una petición de resolución de contrato conforme al artículo 1156 del Código Civil del Perú.

Por otro lado, plantea las siguientes interrogantes: ¿Qué sucede si las partes no llegan a un acuerdo y discrepan sobre el porcentaje de pérdida de ingresos? ¿Cómo podría un arrendatario cuyos ingresos provienen de actividades no formales acreditar las pérdidas en sus ingresos? ¿Qué ocurre si la subsistencia del arrendador depende del pago de esa renta? ¿Qué pasa si tanto arrendador como arrendatario ostentan una situación de vulnerabilidad? Preguntas que no encuentran respuesta ni asidero en la Exposición de Motivos ni en el contenido del mismo Proyecto.

Añade que el Proyecto de Ley, lo que procura en sí es regular imperativamente la suspensión del pago de la merced conductiva, incidiendo sobre intereses y penalidades sobrevinientes a la suspensión u omisión del pago de la renta, algo que puede interpretarse como una intrusión en el terreno de la renta en sí misma, indiscutible elemento de validez del contrato de arrendamiento, por lo que dicho Proyecto devendría en inconstitucional.

En mérito a estas apreciaciones, este autor concluye en que no es adecuado que se pretenda emitir leyes de emergencia sin un sustento apropiado, aunque sí es saludable la voluntad política de dar soluciones a los problemas derivados de la pandemia. No obstante, no debe olvidarse que tal voluntad es insuficiente si no cuenta con el respaldo técnico necesario. De hecho, el Proyecto no solo peca de insuficiencia, sino también puede llegar a ser pernicioso.

Pensamiento similar al anterior es el proporcionado por Meneses (2020), quien opina que el Proyecto no es adecuado por las circunstancias actuales. Sin embargo, considera que la

voluntad del legislador es buena por pretender de alguna manera reducir los impactos del estado de emergencia que se está viviendo como consecuencia del Covid-19.

Respecto al ámbito constitucional del aludido Proyecto de Ley, coincide en el argumento de que se pretenda la suspensión del pago de la renta en los contratos de arrendamiento mediante una ley, sin tener en cuenta que ello supondría una violación del artículo 62 de la Carta Magna Peruana que salvaguarda los términos contractuales pactados por las partes, protegiéndolos de cualquier modificación que se les pretenda hacer mediante una ley u otras disposiciones de cualquier clase. También considera que, si se aprueba este Proyecto, se obligaría al arrendatario a acreditar su estado de vulnerabilidad económica como, por ejemplo, demostrar que se encuentra desempleado o que haya sufrido una severa reducción de su jornada laboral y/o de su remuneración. Aspecto que sería contrario a las normas laborales que no se condicen con los supuestos del Proyecto.

Otra situación importante que anota este autor es que los trabajadores independientes que experimenten una pérdida de sus ingresos superiores al 40% tendrían dificultad de acreditarla. Por tanto, sugiere que cada contrato de arrendamiento por ser único y valedero entre las partes, debería ser analizado de manera particular; tratar de generalizar como pretende el Proyecto, no es correcto por la dificultad del tema y de los diversos factores que pueden existir en cada caso, como la actividad comercial, la utilización del inmueble, los términos acordados y otros que lógicamente impiden se pueda arribar a una única y general solución.

En lo respectivo a la posibilidad de acogerse a alguno de los mecanismos legales existentes en la legislación civil, Vergara (2020) opina que los arrendatarios pueden invocar la excesiva onerosidad de la prestación, así como la lesión y algunas otras figuras jurídicas que vienen siendo planteadas por diversos juristas, quienes han manifestado su voluntad de encontrar salida jurídica adecuada con diferentes alternativas de solución, en armonía con las normas vigentes.

Manifiesta que el proyecto de ley, no toma en cuenta a los arrendadores que viven únicamente de la renta que les genera el alquiler de su inmueble; por ende, pretender el favorecimiento de solo una de las partes sin analizar las consecuencias que podrían generar en la otra, vulneraría derechos; más aún en situaciones en las que el arrendador solo perciba la merced conductiva como único ingreso para poder subsistir. Indudablemente en lugar de una solución lo único que se estaría suscitando sería un enorme caos e inseguridad jurídica, similar a los tiempos en los que regía la ley del inquilinato.

Concluye resaltando la noble voluntad del legislador peruano para disipar los efectos negativos de la actual crisis sanitaria y económica que experimenta su país. Empero, exhorta a

hacerlo respetando siempre el marco constitucional y normativo vigente y teniendo en cuenta la dificultad del problema y el respeto a las partes que conforman la relación contractual en los contratos de arrendamiento.

Por su parte, Denegri (2020) ha centrado el análisis de este Proyecto en el intervencionismo del Estado Peruano respecto a los contratos de arrendamiento para tratar de dar solución a la problemática de alquileres generada por el Covid-19; considerando que se debe diferenciar la situación de las personas que se encuentran sujetas a contratos de arrendamiento y el uso del bien materia de dicho contrato, puesto que existen arrendatarios que no pueden utilizar el bien para los fines que lo arrendaron; esto debido a que lo utilizaban con fines comerciales y que, ante el actual estado de emergencia, no han podido continuar dándole el uso acostumbrado.

También refiere que hay personas que pese a estar poseyendo y usando el bien alquilado, lamentablemente no cuentan con los ingresos económicos suficientes para cubrir la renta. Por lo que sugiere fomentar la negociación entre las partes, para que procuren un acuerdo favorable para ambas, sin que nadie tenga que verse perjudicado, ya que la pandemia, de una u otra forma, ha golpeado a todos.

Se refiere a la cuestionable constitucionalidad de la intervención estatal en los contratos de arrendamiento, dado que la Constitución Política Peruana recoge y tutela la autonomía privada con la que cuentan las partes para llevar a cabo actos jurídicos; por lo que el Estado debe respetar e incluso tutelar que dichas partes respeten sus acuerdos, a los que ellas mismas se han comprometido a someterse, y no intervenir a favor de ninguna de las dos partes. El deber primordial del Estado es respetar los acuerdos al que han llegado las partes contratantes, siendo ideal que sean esos mismos agentes quienes determinen qué medidas tomar ante la situación problemática.

En cuanto a la posibilidad de suspender el plazo del pago de la renta, considera que no sería eficaz ya que produce notable incertidumbre al arrendador, en cuanto a la posibilidad de que no se le pague definitivamente. Adicionalmente, señala que el problema no se solucionaría con desalojos, ya que en lugar de solucionar agravaría el problema recayendo la parte más negativa de esta acción en el arrendatario desalojado; más aún si se tiene en cuenta que el Estado no está en la capacidad de conocer todos los contratos de arrendamiento que se han visto afectados, y que muchos arrendamientos carecen de formalidad puesto que no existe contrato escrito y solo se ha convenido verbalmente, complicando más la posible intervención estatal, al no existir medios de prueba suficientes para acreditar el contrato de arrendamiento.

Desde un punto de vista económico, expresa que el Estado no puede continuar haciéndose cargo de más costos generados por la pandemia, fundamentalmente porque la economía peruana aún está en desarrollo, es muy débil y se apoya en gran parte de otros países extranjeros con los que tiene diversas relaciones comerciales y económicas pero que muchos de ellos también se han visto afectados por el Covid-19 por lo que la situación se complica aún más.

Finalmente, el autor concluye sosteniendo que el Estado no debería actuar ni intervenir en los contratos de arrendamiento por un tema de seguridad jurídica; más bien reitera y alienta una negociación entre los sujetos contratantes, pensando en el bienestar tanto del arrendador como del arrendatario. Además, opina que no se debe pretender que el Estado asuma todas las cargas económicas de sus habitantes, dado que ello podría originar una crisis o el aumento de la deuda pública ya existente.

El jurista Pasco (2020), también se ha pronunciado respecto del Proyecto de Ley 5004/2020 precisando que dicho Proyecto prima facie, presenta algunas omisiones; una de ellas es que no se pronuncia sobre las personas jurídicas que, en un contrato de arrendamiento ostentan el rol de arrendatarias y que, al igual que las personas naturales, pueden estar teniendo dificultades para cumplir con el pago de la renta debido a la ya conocida problemática que vive tanto el Perú como gran parte del mundo por la pandemia.

Agrega, que para las personas jurídicas sí resultaría factible acreditar la disminución de sus ingresos económicos. Otra omisión que el autor apunta es que tampoco se menciona nada respecto de las personas que ejercen una posesión directa de los inmuebles (independientemente de si destinan estos para fines comerciales o de vivienda) mediante figuras jurídicas diferentes al arrendamiento, tal y como sucede con los derechos reales de usufructo, uso o habitación, criticando el que se haya limitado exclusivamente a los arrendamientos.

Adicionalmente, comenta que la suspensión del pago de la renta, no sería aplicada si los agentes que conforman el contrato de arrendamiento, ya han llegado a un trato respecto de dicha prórroga o de su condonación parcial o absoluta. Siendo esto así, de ser aprobado el Proyecto y entre en vigencia la ley, los arrendamientos que se renegocien posteriormente no se verán alcanzados por los efectos de esta. Sin embargo, habría incertidumbre respecto de renegociaciones celebradas antes de la vigencia de la ley; por ejemplo, en el caso de que hayan acordado una reducción del 20% de la renta y, que experimente un estado de vulnerabilidad económica una vez que la ley haya entrado en vigencia; el autor se pregunta si aquel arrendatario podría desconocer lo ya pactado y acogerse a la suspensión del pago de la renta.

Sobre la posibilidad de falsos estados de vulnerabilidad, comenta que sería óptimo que el Proyecto reserve a favor de los arrendadores su derecho de cuestionar a posteriori esa presunta condición de vulnerabilidad, por la que se permitió la suspensión del pago de la renta a favor de su deudor. Además, en caso de que esa supuesta vulnerabilidad haya sido ficticia, los arrendadores podrán exigir el pago de una indemnización como justa penalidad por la evidente demora, más los intereses legales que correspondan.

No obstante, sostiene que ningún arrendador querrá iniciar un proceso de desalojo contra sus deudores puesto que consideraría la presente coyuntura, la demora en los procesos judiciales y las dificultades para que otra persona alquile el bien por las consecuencias económicas de la pandemia. Opina que sería más beneficioso que las partes renegocien el contrato original, hecho que le convendría al arrendador para seguir percibiendo por lo menos un porcentaje de la renta. Es por estas razones que considera al Proyecto como inviable.

Respecto a las figuras del Código Civil Peruano comentadas por Vergara (2020), Ninamancco (2020) y Meneses (2020), Pasco (2020) sostiene que ninguna de ellas sería herramienta legal útil. Así lo considera porque la excesiva onerosidad permitiría al arrendatario obtener una disminución en la renta, empero, el arrendador podría negarse a la reducción y reconvenir demandando la resolución del contrato (artículo 1440 del mismo cuerpo normativo). Sobre la figura jurídica de la lesión (artículos 1370 y 1447 del Código Civil Peruano), posibilita al arrendatario plantear la rescisión contractual y liberarse del pago de la renta que considere desproporcional; situación que ocasionaría la entrega del inmueble al propietario. Acción que sería poco factible porque los contratos no suelen concretarse sobre un monto referencial que permita efectuar con objetividad el cálculo que se exige para considerar una posible lesión.

En cuanto a la “fuerza mayor” (artículos 1316 y 1426 del mismo Código), afirma que no sería exigible al inquilino el seguir pagando la renta ni el pago de penalidades y/o intereses generados por la demora en el pago; sin embargo, el arrendador estaría autorizado a suspender el cumplimiento de su obligación de mantener a su arrendatario en el uso del bien, situación perjudicial para el inquilino y contraria a los fines del Proyecto.

En lo referente a la imposibilidad sobrevenida, explica que la consecuencia directa de esta figura es la resolución del contrato de arrendamiento de pleno derecho, que beneficiaría al inquilino por la posible exoneración o disminución del pago de la renta; pero se le exigiría la restitución del bien.

Castañeda (2020), también ha opinado sobre este Proyecto manifestando que la intervención por parte del Estado en las relaciones contractuales privadas no es lo más conveniente y que lo mejor es que sean las partes quienes pacten y acuerden las soluciones a

sus problemas, que podría darse por conciliación antes de acudir a un proceso judicial. Además, justifica su opinión bajo los alcances del artículo 62 del máximo cuerpo normativo que posee el Perú, el cual prohíbe que los términos contractuales pactados por los agentes que celebran dicho acto, puedan ser modificados por ley ni por otra disposición de cualquier índole.

Adicionalmente, opina que si bien el artículo 1355 del Código Civil Peruano, posibilitaría que mediante una ley, por temas de interés social, se impongan límites y reglas al contenido de los contratos celebrados entre privados, este no debería ser el caso para su aplicación debido a que si bien por un lado el Proyecto beneficia a los arrendatarios, su aplicación causaría un detrimento económico en contra de los arrendadores (carga familiar y deudas que solventan con las rentas que perciben de sus bienes alquilados) y no se solucionaría el problema, se trasladaría del inquilino al arrendador.

También refiere sobre la temporalidad en la aplicación de las normas legales, aduciendo que el Código Civil vigente fue promulgado y publicado en 1984, mientras que la Constitución Política del Perú lo fue en 1993 por lo que, además de ostentar un rango jerárquico superior, es una norma posterior siendo así que tiene prioridad en concordancia con lo dispuesto por el artículo 51 de su propio cuerpo normativo. También se sustenta en que, mediante Oficio N° 970-2013-MP-FN-OAJ de fecha 24 de octubre de 2013 cursado por la oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio Público, en cumplimiento con el artículo 1 de la ley N° 27412 por el que se emite información sobre normas derogadas en forma tácita, se ha hecho de público conocimiento que el artículo 1355 del Código Civil Peruano habría sido derogado de manera tácita por el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, debido a que este último impide la intervención estatal que sí permitía el primero.

En lo concerniente a las soluciones que el Código Civil Peruano pueda brindar a los arrendatarios, coincide con Vergara (2020) y Ninamancco (2020) en cuanto a que la imposibilidad parcial de la prestación pueda ser invocada por los inquilinos. Sin embargo, difiere con Meneses (2020) respecto a que pueda aplicarse la excesiva onerosidad de la prestación; no la considera viable dado que el valor de las rentas no se ha elevado, siguen siendo las pactadas en el contrato y que la pandemia no ha modificado el precio del arrendamiento; lo que sucede es que la obligación de cumplir con el pago de la renta puede haberse tornado difícil como clara consecuencia de la realidad económica y laboral de los arrendatarios. Opina que dicha figura aplica más en casos de devaluación o inflación monetaria, en los que se modifica la suma de dinero acordada en su momento. Lo que sí podría ser usado es la condonación de la deuda, pero sujeta al desprendimiento, voluntad y necesidad del arrendador.

En cuanto al posible subsidio de la renta por parte del Estado Peruano, agrega que existe un obstáculo muy grande ya que hay arrendatarios que no cuentan con un contrato formalmente establecido y que supuestos arrendadores hagan figurar contratos de arrendamiento falsos; por ende, lo primero que debería hacerse es estudiar las posibilidades de contar con un fondo y determinar medidas para comprobar que los arrendamientos sean reales; propone que los arrendatarios presenten recibos de agua o luz en los que figure la misma dirección de domicilio y que estos a su vez sean legalizados. Sin embargo, es consciente de que dicha labor es muy ardua y requiere ser analizada con mucha sapiencia para ver si en efecto podría darse y qué montos podrían entregarse, sin crear con ello confusión en las personas.

Por otro lado, el autor afirma que cada contrato de arrendamiento es único y particular por lo que debe haber una solución distinta para cada caso; y si las partes llegan a algún tipo de acuerdo, este debe, expresarlo en forma escrita o por algún medio de difusión virtual y formalizado en una adenda al contrato principal, con firmas legalizadas ante un notario. Otra opción sería acudir a un centro de conciliación extrajudicial ya que allí también pueden formalizar lo pactado.

4.2.3 *Discusión de Resultados*

En lo relativo al Proyecto de Ley 5004/2020-CR, las ideas más importantes a considerar es que con la norma en proyecto se pretende una solución al problema que agobia a muchos inquilinos que, por efectos de la pandemia han sufrido merma en sus ingresos económicos y consecuente dificultad para cancelar la merced conductiva que acordaron antes de la enfermedad (COVID-19); sin embargo, habría que determinar si este propósito se justifica en relación a la normas constitucionales y legales respecto a los contratos y si la posible intervención del Estado en la prórroga del plazo de pago en los contratos de arrendamiento celebrados entre privados, es constitucional y/o adecuada para las partes que celebraron el contrato de arrendamiento.

En esencia, lo que se interpreta jurídicamente de los dispositivos propuestos en el Proyecto es que están dirigidos a lograr la intervención del Estado Peruano respecto a los contratos de arrendamientos celebrados entre particulares; dado que en ellos se denota la voluntad de que el Estado intervenga para que el arrendatario pueda suspender (moratoria legal) el pago de la renta, los intereses legales y pactados, así como las moras y penalidades previstas; todo ello en tanto dure el estado de emergencia sanitaria dictaminado por el Gobierno Peruano como consecuencia del brote de Covid-19 y hasta dos meses después de finalizada la emergencia sanitaria.

Este Proyecto expresamente señala que se procederá a favor de los arrendatarios; es decir, exclusivamente a favor de una de las partes que conforman la relación contractual en el contrato de arrendamiento; pero la moratoria legal propuesta no se otorgaría a favor de todos los arrendatarios; solo y exclusivamente se proyecta a favor del que se encuentre en situación de vulneración económica, generada por el período de la emergencia.

Precisa que las situaciones de vulnerabilidad económica deberán ser sustentadas teniendo en cuenta algunos casos específicos como ser el hecho de que el arrendatario haya quedado desempleado o sufrido la reducción de sus jornadas laborales y con ello la remuneración que solía percibir, reduciendo significativamente sus ingresos

También propone incluir en la moratoria a los trabajadores independientes que hayan sufrido un detrimento en sus ingresos o una caída en sus ventas superior al 40% (no precisa en base a qué se estimaría dicho porcentaje); los incluye por considerar que cualquiera de estas situaciones problemáticas imposibilita al independiente afrontar con normalidad el pago de la renta.

Conforme a lo expuesto por la mayoría de los juristas citados precedentemente y que se comparte en este trabajo, el Proyecto de Ley posee serias deficiencias e irregularidades. La primera de ellas, reposa en el hecho de que solo se limita a señalar a grandes rasgos que la suspensión del pago de la renta se realizará en los contratos de arrendamiento recogidos en el título VI del Código Civil Peruano, mas no menciona específicamente sobre qué tipos de arrendamiento serán pasibles de aplicación de la prórroga, algo que se considera fundamental debido a que son muy distintas las consideraciones que se han de tomar; por ejemplo, lo que corresponde a un arrendamiento de tipo comercial o a un arrendamiento de casa habitación. Siendo que cada uno de estos contratos posee sus propias características; se debe recordar que son las partes quienes finalmente configuran los términos y cláusulas que llevará su contrato; por lo que puede ser que un arrendamiento sea mucho más complejo que otro. Por ello, resulta inadecuado no ahondar con mayor precisión la situación que se está comentando.

Otra deficiencia del Proyecto, es que no indica de qué manera el arrendatario deberá cancelar la renta adeudada, ya que solamente especifica que la suspensión tendrá vigencia como máximo hasta dos meses después de culminado el estado de emergencia, entendiéndose que luego de ello el arrendatario deberá cumplir con su obligación de pagar la renta. Sin embargo, existe un vacío enorme al no precisar la forma exacta de satisfacer dicho pago, dejando la enorme duda de si este será ejecutado al contado o si por el contrario será prorrateado en armadas; más aún que el estado de emergencia sanitaria se sigue prolongando y no se sabe a ciencia cierta cuándo culminará definitivamente.

Resulta importante analizar este cuestionamiento ya que se podría generar gran confusión en las partes que hayan sido sujeto de aplicación de la norma, una vez aprobada. Y es que los arrendadores podrían solicitar el íntegro del monto adeudado como producto de la moratoria de los pagos, una vez fenecido el periodo de la suspensión; en tanto que los arrendatarios, por razones obvias, preferirían saldar su cuenta de manera fraccionada. No cabe duda de que se estaría en una situación muy controversial si se promulga la ley tal cual está proyectada, puesto que la acumulación de los periodos pendientes de pago podría implicar deuda en cantidad elevada que los inquilinos favorecidos, no estén en condiciones de hacerle frente; dejando de estar en condición de favorecidos para pasar a condición de perjudicados por tener una deuda que no puedan solventar.

Tampoco se ha considerado que esta moratoria, al favorecer a una de las partes del contrato de arrendamiento, originaría perjuicio a los arrendadores al privarles de percibir su renta en la oportunidad debida y postergando la obtención de los ingresos que venía percibiendo conforme al contrato de arrendamiento, además de las repercusiones que sobre él también han recaído como consecuencia de la pandemia.

La intervención del Estado, favorecería a una parte en detrimento de otra; lo que significaría un favorecimiento injusto e inadecuado para la realidad actual. Los contenidos de una norma deben denotar imparcialidad y no favorecer a una parte, beneficiándola en detrimento del derecho de la otra parte. Es de recordar la aseveración de Sartre: "Mi libertad se termina dónde empieza la de los demás"; de similar forma los derechos de una parte terminan cuando y en donde se inician los de la otra parte; por ende, la ley no puede ni debe favorecer a uno en perjuicio de otro.

Por otro lado, y como ya se ha expresado, el Proyecto exige a los arrendatarios acreditar una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída superior al 40% para poder sustentar que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica y con ello poder beneficiarse accediendo a la suspensión del pago de la renta. Sin embargo, en un país como el Perú, en donde la informalidad campea y alcanza cifras superiores al 73%, en una realidad en la que sus habitantes día tras día se ganan la vida realizando actividades cuyos ingresos no pueden acreditar (como el mismo congresista García ha expuesto en la Exposición de Motivos del Proyecto), ¿cómo podrían sustentar dicha merma en su economía? La respuesta es clara, simple y sencillamente no podrán hacerlo.

Asimismo, no se especifica quién o qué entidad u organización será la encargada de acreditar y/o corroborar aquel estado de vulnerabilidad económica necesario para poder ser beneficiado con esta potencial ley; y es que definitivamente se deberá designar a algún o

algunos encargados para que revisen los medios probatorios presentados por los arrendatarios en procura de acceder a la mencionada suspensión de la renta, y determinen si en efecto se encuentran o no en un estado de vulnerabilidad. Tampoco se precisa de qué manera se haría esto, es decir, si se implementará un proceso como tal, y de ser afirmativo, cuál sería la duración de este, teniendo en cuenta que el tiempo apremia y que tanto el proceso como la parte designada para revisar dicha vulnerabilidad brillan por su ausencia en el Proyecto de Ley.

Otro punto que cabe resaltar del contenido del Proyecto, en tanto establece que no será aplicado para aquellos casos en los que las partes hayan acordado el aplazamiento del pago de la renta, intereses legales y pactados, mora y penalidades o la condonación total o parcial de la renta. Sin embargo, ¿qué sucedería si pese a existir dicho acuerdo o dicha condonación, el arrendatario experimenta alguna situación que le impida cumplir ese acuerdo y se encuentra en la vulnerabilidad económica a la que alude el Proyecto? ¿Se respetaría el acuerdo primigenio, o se le permitiría acogerse a los beneficios de la nueva posible Ley, que claramente le serían favorables? Es evidente que al no delimitarse esto, podrían generarse muchos inconvenientes para la aplicación de la norma si se llegara a aprobar.

Se considera que en el Proyecto se incurre en un grave error al centrarse únicamente en velar por los intereses de las personas naturales que se han visto perjudicadas en sus ingresos económicos, dejando de lado a las personas jurídicas que también puedan estar pasando por la misma o mayor problemática y que figuran como parte arrendataria en uno o en varios contratos de arrendamiento. Lo ideal hubiera sido considerarlas, atendiendo sobre todo a aquellas pequeñas empresas que se encuentran iniciando actividades en el mercado, o las que llevan poco tiempo en el mismo y aún no logran consolidarse suficientemente sin tener un respaldo económico. No sucede lo mismo ni tendrían por qué ser incorporadas a los supuestos beneficios de este Proyecto las grandes empresas o multinacionales que, por lo general sí cuentan con dicho respaldo. Este criterio no implica una exclusión injusta o discriminadora por efectuar una diferenciación centrada en el tamaño de la empresa, puesto que no se trata de ello, sino de considerar si se podrían encontrar en una situación de vulnerabilidad económica o no.

Se entiende que la prioridad que se considera en este Proyecto es que las personas naturales no se queden sin un techo donde vivir; no obstante, ello no debe significar que se deje de lado a las personas jurídicas, más aún cuando en un gran porcentaje quien está detrás de estas son personas naturales. Inclusive, es de tenerse presente que muchas personas piensan que el término “empresa” significa ingente riqueza; criterio que no es absolutamente cierto y que debe ser desterrado de la mente debido a que hay muchas empresas que no cuentan con grandes activos ni utilidades significativas; es más, algunas incluso poseen más pasivos que activos.

Otros casos que no han sido considerados en el Proyecto son los relativos a los contratantes que se encuentran en proceso judicial por demanda de desalojo interpuesta por el arrendador en contra de su arrendatario a raíz de la falta del pago de la renta. De aprobarse el Proyecto los arrendatarios que se encuentren en estado de vulnerabilidad económica debidamente acreditado, se verían beneficiados con la suspensión del pago de la renta hasta por dos meses después de finalizado el estado de emergencia. ¿Qué pasaría con dichos procesos? ¿Deberían ser archivados? Y, si ya se expidió sentencia, ¿esta debería quedar sin efecto? Situación compleja porque por un lado con la demanda de desalojo se pretende que el contrato de arrendamiento quede resuelto por incumplimiento de pago de la merced conductiva, originando el desalojo del inquilino moroso y posibilitando que el inmueble retorne a posesión de su propietario; en tanto que, con la nueva Ley si se aprueba el Proyecto, se permitiría y toleraría la falta de pago de la renta. Es posible que con esta situación se habrían desperdiciado recursos públicos en cuanto a la labor jurisdiccional ya efectuada, puesto que dichos procesos podrían ser archivados.

En cuanto a las alternativas del Código Civil Peruano que han sido expuestas precedentemente y que podrían ser utilizadas por los arrendatarios como mecanismos de protección, está la figura de la imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes, comúnmente conocida como imposibilidad sobrevenida, la cual está regulada en el artículo 1156 disponiendo que en caso la prestación sobrevenga en imposible sin culpa de las partes, podrá quedar resuelta la obligación del deudor, quien debe devolver al acreedor lo que de él recibió en cumplimiento de la obligación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

Como puede apreciarse, el contrato quedaría resuelto de pleno derecho y si bien los inquilinos resultarían favorecidos con el no cumplimiento de su obligación (pago de la renta), al ser un contrato de prestaciones recíprocas, la obligación de la otra parte, también se extinguiría, por lo que los inquilinos deberían devolver la posesión del bien a su arrendador. Básicamente al utilizarse esta opción se produciría una ruptura del vínculo contractual entre las partes.

También podría ser la utilización de la extinción de la obligación por causas no imputables al deudor; es decir, cuando se presentan situaciones contempladas como caso fortuito o fuerza mayor que, conforme a lo regulado en el artículo 1316 del mismo texto legal, se produce la extinción de la obligación cuando esta no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Norma que concuerda con lo establecido en el artículo 1426 que faculta al arrendador a suspender su prestación; en el presente caso, a dejar de permitir la posesión del bien a su

inquilino por el incumplimiento producido, hasta que este satisfaga la contraprestación pendiente o se garantice su cumplimiento.

Con respecto a la constitucionalidad del Proyecto de Ley, es de entenderse que podría declararse inconstitucional puesto que vulnera lo prescrito en el artículo 62 de la Constitución Política Peruana. Esto no quiere decir que el derecho fundamental a la libertad contractual, amparado por dicho mandato constitucional sea absoluto o que exista una especie de santidad contractual en mérito al precepto constitucional, Tanto la doctrina como la jurisprudencia especifican y sustentan que los derechos fundamentales no son absolutos sino que pueden poseer límites establecidos por ley, en atención al interés general y/o al bien común, permitiéndose su delimitación, tal y como sucede con los contratos forzosos, puesto que las leyes, pese a estar subordinadas al cuerpo normativo de más alta jerarquía, son normas que son emitidas en aras de buscar lo mejor para todos y que, en consecuencia, deberán interpretarse y aplicarse en función del interés común y del bienestar general.

Sin embargo, ¿puede considerarse como interés general únicamente al que corresponde a los arrendatarios? No es así, y esto implicaría un factor de inconstitucionalidad de la ley que pudiera emerger en base al Proyecto, debido a que se procura un beneficio parcializado a favor de una de las partes que integran el contrato de arrendamiento (los arrendatarios), sin considerar debidamente la situación de los arrendadores, incurriéndose en un trato diferenciado que atentaría contra el derecho que corresponde a ambas partes de conformidad con lo acordado por ellas mismas, según sus intereses y posibilidades. De allí que resulta cuestionable considerar que la potencial ley persiga un interés general o bienestar común, pasible de ser recibida como una adecuada limitación a los derechos a la libertad contractual y a la intangibilidad de los acuerdos de las partes contratantes; por el contrario, se considera que podría ser rechazada mediante un proceso de inconstitucionalidad.

De igual manera, es de rechazo tajante la idea que tienen muchas personas, de que los arrendadores son la parte fuerte de la relación contractual en un contrato de arrendamiento, ya que dicho entendimiento no puede suponer una regla de presunción válida porque no siempre el propietario se encuentra en ventaja frente al inquilino; más aún que en el Perú, se protege suficientemente al arrendatario mediante leyes especiales que, en algunos casos, perjudican considerablemente los derechos de los propietarios que arriendan su propiedad.

El Proyecto no ha tenido en cuenta que existen muchas personas que viven exclusivamente de las rentas que sus inmuebles les generan, lo que es perfectamente válido y legal. Asimismo, no ha considerado que también pueden existir arrendadores que se han quedado sin trabajo o que han visto desplomarse sus ingresos en forma significativa y que

también han quedado en situación de vulnerabilidad económica; la que se incrementaría si este Proyecto genera la respectiva ley y se aplicara tal cual está propuesta.

Otro aspecto que este Proyecto ha pasado por alto es que, en ocasiones, el concepto que se paga por renta implica mucho más que el solo uso y disfrute del bien; son numerosos los arrendamientos en los que contractualmente se establece que al monto de la renta se le agregue el pago de los servicios: luz, agua, internet, incluso el mantenimiento del bien, y de los exteriores y áreas compartidas, sobre todo cuando se trata de alquiler de apartamentos o casas ubicadas dentro de bloques o condominios. Por ende, de aprobarse este Proyecto, al suspenderse el pago de la renta, los arrendadores no solo dejarían de percibirla, sino que también deberán pagar los servicios mencionados, algo que evidentemente supone una carga adicional excesiva e injusta para ellos.

A manera de ejemplo de este criterio y el entendimiento del mismo, se plantea la siguiente situación:

El 1 de enero del 2020, el arrendador (A), suscribe un contrato de arrendamiento con el arrendatario (B), respecto de un departamento de su propiedad ubicado en un exclusivo condominio de la ciudad de Piura en Perú; contrato con vigencia de un año. Entre los términos contractuales acordados por ambas partes, se dispuso que, dentro del monto pactado como concepto de renta, (S/3500.00 mensuales), estaban incluidos los servicios de agua, luz, internet y mantenimiento del bien (limpieza del exterior, seguridad, áreas comunes), comprometiéndose (B) a entregar cada fin de mes dicha cantidad a (A). Asimismo, se determinó la entrega anticipada de una garantía equivalente al valor de un mes de renta.

Desafortunadamente, a raíz de un virus letal de nombre “coronavirus”, el cual azota al mundo entero, el 16 de marzo del mismo año, el Gobierno Peruano, mediante decreto supremo, declaró al país en estado de emergencia. Como consecuencia del mismo, la empresa para la que (B) prestaba servicios, ha reducido sus jornadas laborales de manera significativa, recortándole su sueldo en un 70%, por lo que esta parte no podía cumplir con el pago normal de la renta del departamento alquilado; Ante esta situación (A) dispuso del monto de dinero que recibió en garantía del arrendamiento considerándolo como pago de dicho mes; y le advirtió a (B) que al ya no existir un respaldo económico que le soporte, no tolerará excusas para el pago de los próximos meses y que, de no cancelar la renta según lo acordado, iniciaría una demanda de desalajo en su contra. Cabe señalar que (A) es una persona jubilada que únicamente vive de sus rentas.

Pasan los días y se aprueba el Proyecto de Ley 5004/2020-CR permitiendo a favor de los arrendatarios que se encuentren en estado de vulnerabilidad como consecuencia del estado

de emergencia surgido por el brote del coronavirus, la suspensión del pago de la renta de sus respectivos contratos de arrendamiento hasta dos meses después de concluido el estado de emergencia. (B) cumple con los requisitos solicitados por la nueva ley por ser una persona en estado de vulnerabilidad, por lo que accede a este beneficio y puede seguir haciendo uso del bien sin que (A) le exija el pago de la renta o pretenda desalojarlo legalmente.

Según el ejemplo, el caso tiene un final feliz solamente para una de las partes (B). Definitivamente la aprobación del Proyecto de Ley supondría un enorme beneficio para (B), quien tendría la oportunidad de seguir usando el bien sin pagar la renta durante el tiempo establecido por la nueva ley; pero, en contrario, habrá un gran perjuicio para (A), quien indudablemente dejaría de percibir la renta de su departamento y, por si fuera poco, deberá hacer frente al pago de los servicios incluidos en el monto de la renta pactada; situación que, en su condición de persona jubilada que vive su día a día con los ingresos que sus rentas le generan, agrava más aún su problema. Cabe, pues, precisar que de ninguna manera el beneficio de los arrendatarios debe significar el detrimento sus arrendadores, en razón de que ello devendría en inconstitucional y se apartaría por completo del significado de la palabra justicia.

Queda entonces claro que, al no existir un interés general y beneficio común que permita limitar la aplicación del artículo 62 de la Carta Magna Peruana, el Proyecto de Ley bajo análisis, devendría en inconstitucional; en consecuencia, la intervención del Estado en los contratos de arrendamiento, además de su posible declaración de inconstitucionalidad, contravendría los principios de la autonomía privada, de la fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*) y del consensualismo e inalterabilidad de los contratos; principios que son de suma importancia ya que sirven como soporte de la institución jurídica de los contratos.

En mérito de lo analizado y expuesto, el Proyecto de Ley 5004/2020-CR, no debe ser aprobado ya que, más que crear una solución al problema suscitado entre arrendadores y arrendatarios, lo incrementa poniendo en peligro no solo a la institución jurídica de los contratos sino también a una gran parte de la población, a quienes no se les considera en absoluto en la propuesta.

Los motivos que sustentan esta afirmación pueden encontrarse leyendo cada una de las carencias, irregularidades, y deficiencias que el mismo posee y que han sido expuestos en los párrafos que anteceden al presente. No es dable que en el Perú se propongan leyes como esta, sin antes realizar un adecuado estudio de las posibles consecuencias que podrían acarrear, más aún en una situación de total incertidumbre como la que se vive hoy en día producto de este trágico brote del Covid-19.



Conclusiones

Primera. En la legislación peruana no existe una definición del contrato de arrendamiento congruente con los sustentos teóricos relativos a los contratos, a la libertad contractual y a la manifestación de voluntad de las partes; la definición recogida en el Código Civil Peruano (Art. 1666) solo precisa el carácter obligacional tanto del arrendador como del arrendatario, lo cual no se condice con la denominación dada al mencionado artículo: “Definición”.

Segunda. El Código Civil Peruano establece las regulaciones que deben ser respetadas por los sujetos que se relacionen como partes en un contrato de arrendamiento; normas que son de obligatorio cumplimiento; por ende, en el contrato no debe estipularse ninguna cláusula que las contravengan. Sin embargo, en dicho código ni en otra norma específica se ha regulado respecto a la situación de arrendadores y arrendatarios que hayan tenido contrato vigente durante el desarrollo de la pandemia originada por el coronavirus. Es más, el Proyecto de Ley N° 5004/2020-CR, presentado por el Congresista Paul Gabriel García Oviedo el 03 de abril del 2020, no ha sido aprobado por el Congreso de la República, hasta la fecha.

Tercera. Existe singular controversia jurídica entre el derecho fundamental: Libertad de contratar (Art. 62 de la Constitución Política del Perú), en cuanto dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase y el contenido normativo del artículo 1355° del Código Civil Peruano que sí permite imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos por interés social, público o ético. Se considera que el artículo 1355° estaría derogado tácitamente por el mencionado artículo 62 ya que es una norma de superior jerarquía y posterior a la del Código Civil Peruano; no obstante, el Tribunal Constitucional ha precisado que se trata de una regulación normativa que limita la libertad de contratar y que los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que pueden ser materia de limitación normativa. Esta controversia jurídica aún no está definitivamente dilucidada, pues se sigue emitiendo opiniones en uno u otro sentido. Pero ninguna de las dos normas se refiere ni resuelve el problema de incumplimiento contractual por razones de pandemia.

Cuarta. La principal problemática ha radicado en el hecho de que, por los problemas económicos derivados de la pandemia, los arrendadores no recibían el pago convenido por merced conductiva, sufriendo un detrimento en su economía; en tanto que los arrendatarios, también impactados en forma negativa por la misma razón y por las restricciones impuestas por el Ejecutivo, no obtenían los recursos necesarios y/o suficientes para el cumplimiento de su obligación, necesitando del aplazamiento, suspensión, reducción o condonación de

determinados meses de la renta pactada. Pero en ninguno de los dos casos, se contaba con una normativa que amparara el derecho de uno y otro.

Quinta. Si bien es cierto que en dicho Proyecto de Ley se proponían medidas complementarias a favor de los arrendatarios que estuvieran en situación de vulnerabilidad como consecuencia del estado de emergencia por el brote de la pandemia, también lo es que ha generado muchos cuestionamientos debido a las diversas carencias que posee.

Sexta. La intervención estatal en los contratos de arrendamiento celebrados entre privados, tal y como lo plantea el Proyecto, devendría en inconstitucional. No porque se considere que existe una santidad contractual que impida tajantemente al Estado intervenir y/o modificar dichos contratos, sino porque su aprobación implicaría una intromisión que no obedece en estricto a un interés general y, por el contrario, resulta parcializado, favoreciendo únicamente a una de las partes que conforman la relación contractual (arrendatarios) y perjudicando a la otra (arrendadores). Por ello, al no existir un sustento que permita flexibilizar lo dispuesto por el art. 62° de la Carta Magna Peruana y los principios contractuales de consensualismo, pacta sunt servanda, autonomía de la voluntad e inalterabilidad de los contratos, la controversia sigue pendiente y con ello se está demostrando un nivel de indolencia por parte de las autoridades al no establecer normas o criterios adecuados para solucionarla.

Séptima. La vulneración constitucional que el Proyecto causaría al derecho fundamental de la libertad contractual, atentaría específicamente contra la libertad de configuración interna y no contra la libertad de conclusión, esto debido a que el contrato de arrendamiento habría sido celebrado previamente de manera libre y voluntaria por las partes, y la injerencia estatal, de aprobarse el Proyecto tal cual ha sido presentado al Congreso, modificaría indebidamente los términos que rigen dicho acuerdo.

Lista de referencias

- Alessandri Rodríguez, A. (2009). *De los Contratos*. Editorial Jurídica de las Américas.
- Alpa, G. (2003). El Contrato en el Derecho Privado Italiano Actual.” En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Ara Editores.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1998). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. (1989). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984: Compraventa, Permuta, Suministro, Donación, Mutuo, Arrendamiento*. Ed. San Jerónimo.
- Avendaño, J. y Avendaño F. (2017). *Derechos reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Bigio Chrem, J. (1994). El Contrato de Arrendamiento. *THĒMIS-Revista de Derecho* 197–205.
- Bourgeois, L. (1998). *Solidarité*. Presses Universitaires du Septentrion.
- Castañeda D’ Brot, P. P. (2020). Los Arrendamientos en Tiempos de Coronavirus: Una Mirada Legal y Práctica para encontrar Soluciones. *Enfoque Derecho*. Retrieved August 25, 2020 (<https://www.enfoquederecho.com/2020/05/07/los-arrendamientos-en-tiempos-de-coronavirus-una-mirada-legal-y-practica-para-encontrar-soluciones/>).
- Castillo Castro, L. (2015). *El vencimiento del contrato de arrendamiento y la figura del ocupante precario* (Tesis de pregrado, Universidad Privada Antenor Orrego). Archivo digital. <https://hdl.handle.net/20.500.12759/1836>.
- Cuadros, C. (1997). *Derecho de Contratos*. FECAT.
- Cuentas, E. (1997). El Abuso del Derecho. *Derecho PUCP* (51): 463–84.
- De la Puente y Lavalle, M. (1998). *El Contrato en General*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2007). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I*. Palestra Editores.
- Denegri Primo, J. M. (2020). ¿Intervención del Estado o Solución entre las Partes?: Reflexiones frente a los Contratos de Arrendamiento en Tiempos de COVID. *IUS 360°*. Recuperado July 30, 2020 (<https://ius360.com/privado/civil/intervencion-del-estado-o-solucion-entre-las-partes-reflexiones-frente-a-los-contratos-de-arrendamiento-en-tiempos-de-covid/>).
- De Trazegnies et al. (2007). *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal*. Tomo III. Grijley.

- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2004). Contrato y Libertad Contractual. *THĒMIS-Revista de Derecho* (49):15–21.
- Díez-Picazo, L. y Gullón A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 2. Editorial Tecnos.
- Fernández, C. (1992). *Abuso del derecho*. Editorial Astrea.
- Fernández de Buján, F. 2007. *Sistema Contractual Romano*. 3rd ed. edited by Dykinson. Madrid.
- Ferrand, A. (2017). *El orden público en el Derecho Privado*. (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Archivo digital: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36899.pdf>.
- Flores Flores, P. (2018). El Contrato y el Acto Jurídico en el Código Civil Peruano. Repaso Sucinto de su Interconexión Jurídica. *LP*. Recuperado May 30, 2021 (https://lpderecho.pe/contrato-acto-juridico-codigo-civil-peruano-interconexion-juridica/#_ftnref1).
- González, J. (1993). El arrendamiento. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 78 (Año 1993). Archivo digital <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3133/3485>.
- González, M. (2003). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Derecho & Sociedad* (23):144–59.
- Jiménez-Vargas Machuca, R. (2000). Análisis sistemático del concepto de buena fe en el Código Civil de 1984. *Advocatus*, (002), 139-156. Archivo digital: <https://doi.org/10.26439/advocatus2000.n002.2240>.
- Josserand, L. (1952). *Derecho Civil, Tomo II, Volumen I*. EJEA y Bosch y Cía.
- Landa (2014). La Constitucionalización del Derecho Civil: El Derecho Fundamental a la Libertad Contractual. Sus Alcances y sus Límites. *THĒMIS-Revista de Derecho* (66): 309–27.
- Lapalma, J. C. (2004). *Moral y Buenas Costumbres: Un Límite Poco Delimitado*. Recuperado Junio 29, 2021. <http://www.saij.gob.ar/juan-carlos-lapalma-moral-buenas-costumbres-limite-poco-delimitado-dasf070038-2004-10/123456789-0abc-defg8300-70fsanirtcod>.
- López, J. (1978). *Obligaciones y contratos frente a la inflación*. Editorial Jurídica de Chile.
- Mansilla, M. (2011). Fraude a La Ley. En *Cultura Jurídica*. Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México 105–17.
- Mazeaud, D. (2004). Solidarisme Contractuel et Realisation Du Contrat.” Pp. 58–59 en *Le solidarisme contractuel*. Ed. Económica.

- Mendoza Escalante, M. (2009). *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Editorial Grijley.
- Meneses, A. (2020). ¿Es Conveniente Suspender Legalmente el Pago de los Arrendamientos? *Parthenon*. Recuperado Julio 30, 2020 (<http://www.parthenon.pe/esp/privado/civil-patrimonial/es-conveniente-suspender-legalmente-el-pago-de-los-arrendamientos/>).
- Messineo, F. (1948). *Dottrina generale del contratto*. MVLTA PAVCIS A. G.
(1971) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo V. Ediciones Jurídicas.
- Ninamancco, F. (2020). El Proyecto de Ley sobre Suspensión de Pago de Rentas de Alquileres no tiene Sustento Constitucional.” *LP*. Recuperado Junio 26, 2020 (<https://lpderecho.pe/fort-ninamancco-proyecto-ley-suspension-pago-alquileres-no-tiene-sustento-constitucional/>).
- Ojeda Rodriguez, et al. (2001). *Derecho de Contrato, Derecho General del Contrato*. Edición Digital <https://www.google.com/search?q=Ojeda+Rodriguez+derecho+de+contrato>
- Ordoqui, G. (2010). *Abuso de derecho*. Grupo Editorial Ibañez.
- Osterling Parodi, F. (2012). Principales Principios Contractuales. Pp. 125–42 En *Teoría General del Contrato. Homenaje al Profesor Doctor Ricardo L. Lorenzetti*. La Ley.
- Parraguez, L. (2015). *Régimen jurídico de los bienes*. Ediciones *Iuris dictio*.
- Pasco Arauco, A. (2020). ¿Es inconstitucional el proyecto de ley que suspende el pago de la renta en los contratos de arrendamiento? Parte 2 .” *LP*. Recuperado Julio 6, 2021 https://lpderecho.pe/inconstitucional-proyecto-suspension-pago-renta-contratos-arrendamiento-2/?fbclid=IwAR3MLKG9qaVptxs6Gin4bwZ1GtuBACOarG_JsGYvbmKK4u4Z8xdC10Vhv5I.
- (2020). Sí es necesario el Proyecto de Ley que suspende el Pago de Alquileres. Los Mecanismos de Tutela del Código Civil no son Útiles. *LP*. Recuperado Julio 30, 2021 <https://lpderecho.pe/si-es-necesario-el-proyecto-de-ley-que-suspende-el-pago-de-alquileres/>.
- Pastrana Espinal, F. (2018). ¿En qué consiste la Acción Pauliana? *LP* . Recuperado Julio 2, 2020 <https://lpderecho.pe/opera-fraude-acreedores/>.
- Peralta Andía, J. R. (2005). *Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil*. IDEMSA.
- Quezada Sánchez, A. J. (2001). Concepto de Contrato y Figuras Novedosas bajo su Manto. *Artículos Doctrinales: Derecho Civil. Noticias Jurídicas*.
- Real Academia Española. (2014). Inalterabilidad | Definición | Diccionario de La Lengua Española | RAE - ASALE. Recuperado Junio 7, 2021 <https://dle.rae.es/inalterabilidad>.
- Reátegui, J. (2015). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Instituto pacífico.

- Reyes, L. (2012). *Derecho Romero II*. Red Tercer Milenio.
- Rodríguez Velarde, J.G. (1995). *Contratos Bancarios Modernos*. Editorial Grijley.
- (1998). *Contratación Empresarial*. Rodhas.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- Rubio Correa, M. (2014). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Editorial PUCP
- (2008). *El Título Preliminar del Código Civil*. Lima: PUCP
- (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sarría Cruz, S. (2011). *La Contratación Económica en el Ministerio del Azúcar durante los últimos cinco años (Máster)*. Universidad de la Habana.
- Schopf Olea, A. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado* (31):109–53.
- Simental Franco, V. A. (2008). *Enfoque Actual de La Teoría General Del Contrato*. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 21.
- Scotto, P. (2020). El arrendamiento de obra e industria en el Código Civil francés. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección historia del derecho europeo] XLII Pp. 377-394.
- Soto Coaguila, C. (2011). La Libertad de Contratación: Ejercicio y Límites. En *Libertad de Contratar y Libertad Contractual: Estudios sobre el Código Europeo de Contratos*. Pp. 41-84. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez
- (2010). *Pacta Sunt Servanda*. En *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*. Vol. 1. Temis.
- (2009). *¿Puede el Estado dictar leyes para modificar los términos de un contrato?*
 Recuperado Julio 6, 2021
 (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogenericiaydesarrollo/2009/10/22/la-intervencion-del-estado-en-los-contratos/>).
- Soto Coaguila, C. A. et al. (2007). *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Tomo I. Grijley.
- Torres Vásquez, A. (2007). *El Acto Jurídico*. IDEMSA.
- Vásquez Olivera, S. (2002). *Derecho Civil. Definiciones*. Palestra Editores.
- Vergara Gil, A. (2020). *¿Es mejor reducir o suspender? A propósito del proyecto de ley 5004/2020/CR [Arrendamiento].* LP. Recuperado Junio 26, 2021
<https://lpderecho.pe/es-mejor-reducir-o-suspender-a-proposito-del-proyecto-de-ley-5004-2020-cr-arrendamiento/>.
- Vidal, F. (1989). *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. Cultural Cuzco S.A. Editores.

- Villalobos, V. (2020). *¿El Estado debe intervenir en las relaciones contractuales entre particulares? Algunas consideraciones constitucionales y civiles sobre la intangibilidad contractual*. Archivo digital: https://lpderecho.pe/estado-intervenir-relaciones-contractuales-particulares/#_ftnref7).
- Zavaleta, B. (2009). El orden público y las buenas costumbres. *Integración Derecho Civil y Procesal Civil*. Archivo digital: <http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995>.
- Zegarra Mulánovich, Á.M. (2017). *Notas de títulos valores. apuntes para el curso de Derecho Mercantil 3*.



Documentos legales

Normas:

Código Civil Español. 1889. *Código Civil Español*. Madrid: Gaceta de Madrid.

Código Civil Francés. 1804. *Código Civil Francés*. París.

Código Civil Italiano. 1942. *Código Civil Italiano*. Roma.

Código Civil Peruano. 1984. *Código Civil Peruano*. Lima.

