

LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

*Carlos Alberto Soto Coaguila**

RESUMEN

En el presente estudio, el autor aborda la fuerza obligatoria del contrato fundamentada en los principios de autonomía privada y buena fe. En detalle se refiere a aspectos como elementos y límites de la autonomía privada; plazos contractuales; prohibición de vender, entre otros. El marco legal que sirve de análisis es el Código Civil peruano de 1984. La hipótesis de la que parte consiste en determinar si el principio contractual de la autonomía privada o autonomía de la voluntad debe ser un principio absoluto e inmutable, o si por el contrario, su campo de acción debe estar limitado por el Estado con la finalidad de evitar el abuso en la contratación privada por parte de uno de los contratantes en perjuicio de la otra parte.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2003

* Abogado. Maestría en derecho con mención en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de derecho civil (contratos) en la Universidad de Lima, profesor de derecho civil (fuentes de las obligaciones y derecho civil patrimonial) en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, profesor de derecho civil (contratos, derecho civil patrimonial y derecho de daños) en la Universidad Privada San Pedro. Profesor del posgrado de derecho de daños y derecho de la empresa de las universidades de Buenos Aires y del Litoral de Santa Fe, Argentina. Profesor invitado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica de Salta, Universidad del Salvador, Universidad del Litoral de Santa Fe en Argentina; en la Universidad Aquino de Bolivia; y en la Universidad de Chile y Universidad de los Andes en Chile. Fue asesor de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República de Perú. Asesor y secretario de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil (Ley 26394), así como la encargada de elaborar el nuevo Código de Comercio (Ley 26595). Secretario ejecutivo del Consejo para la Unificación del Derecho Civil Latinoamericano. Miembro del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano con sede en Buenos Aires – Argentina. Abogado asociado senior y jefe del área de investigación legal del estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados. Expositor en congresos nacionales e internacionales. Autor de diversos trabajos sobre derecho civil publicados en Perú y el extranjero. Coordinador de la colección jurídica “Instituciones de derecho privado”.

Palabras clave: contratos; buena fe; autonomía de la voluntad; crisis del contrato.

ABSTRACT

In this paper, the author refers to the enforcement of contracts based on the principles of private autonomy and good faith. The author refers to aspects like elements and limits of private autonomy; contractual terms; prohibition of selling, according to the Peruvian Civil Code of 1984. The hypothesis consists on determine if the contractual principle of private autonomy is an absolute and unalterable principle, or if on the other hand its action field should be limited by the State with the purpose of avoiding the abuses.

Key words: *Contracts; Good faith; Private autonomy; Crisis of contract.*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA
3. EL PRINCIPIO CONTRACTUAL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA
4. ELEMENTOS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA
 - 4.1. La libertad de contratar
 - 4.2. Libertad contractual
 - 4.3. La libertad como objeto del contrato
5. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA PRIVADA
 - 5.1. Limitaciones legales
 - 5.2. Limitaciones del mercado
6. LAS LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984
 - 6.1. Constitución Política de 1993
 - 6.2. Código Civil de 1984

7. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS PLAZOS CONTRACTUALES ESTABLECIDOS POR LEY
 - 7.1. Plazos en los contratos preparatorios
 - 7.2. Plazo del contrato de arrendamiento
8. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PACTO DE PROHIBICIÓN DE VENDER O GRAVAR
9. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PACTO DE EJECUCIÓN Y VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO
10. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL
11. LA AUTONOMÍA PRIVADA FRENTE A LA LESIÓN Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN
12. LA DENOMINADA “CRISIS DEL CONTRATO”
13. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA BUENA FE: PILARES FUNDAMENTALES DEL CONTRATO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El *rol* del Estado, en el ámbito de la contratación, debe estar orientado a otorgar validez y eficacia a los contratos, brindar seguridad jurídica a las partes contratantes, garantizar el cumplimiento de los contratos —otorgando acción a las partes contratantes para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales—, respetar los acuerdos contractuales y reducir los costos de contratar.

En este sentido, creemos que el Estado debe respetar los contratos, o mejor dicho, los acuerdos contractuales, y abstenerse de intervenir —arbitrariamente— para modificar legislativa o judicialmente las relaciones contractuales celebradas válidamente entre personas naturales o jurídicas. Pero el Estado no sólo debe respetar los contratos, sino que, además, debe garantizar el cumplimiento de los acuerdos contractuales, el *pacta sunt servanda*.

El *pacta sunt servanda*, conocido también por la doctrina moderna como la fuerza obligatoria del contrato, se encuentra expresamente regulado en el artículo 1361° del Código Civil peruano al establecer que *los contratos son obligatorios en*

cuanto se haya expresado en ellos. Según este principio, los contratos son obligatorios y por lo tanto deben cumplirse.

De la citada norma peruana y del principio del *pacta sunt servanda* se desprende que lo expresado en el contrato es el fiel reflejo de la intención y la voluntad común de las partes y que, por lo tanto, atendiendo a su autonomía privada, como el poder de autorregulación de sus intereses, los contratantes —por regla general— no pueden negarse a cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato.

Como excepción del *pacta sunt servanda*, existen instituciones jurídicas dentro de los Códigos civiles que tienen por finalidad tutelar a la parte débil de una relación contractual frente al abuso del otro contratante, como es el caso de: la lesión, el principio del *favor debilis* en la contratación predispuesta, el abuso del derecho, entre otras.

Cabe precisar que un importante sector de la doctrina identifica a la parte débil con el deudor de una relación contractual, lo que —desde nuestro punto de vista— nos parece incorrecto, ya que si de parte débil quiere hablarse, ésta puede ser tanto el deudor como el acreedor.

Del mismo modo, existen otras figuras jurídicas como: la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad de la prestación, tendientes a equilibrar la relación jurídica contractual cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles han generado un desequilibrio entre las prestaciones de los contratantes, perjudicándose enormemente uno de ellos.

Como se puede apreciar, en el derecho civil peruano, así como en el derecho comparado, está permitida —excepcionalmente— la revisión de los contratos con la finalidad de salvaguardar los derechos de los contratantes perjudicados por los actos de contratantes deshonestos e inescrupulosos (lesión) o por razones de fuerza mayor o caso fortuito (excesiva onerosidad de la prestación).

En este ambiente de respeto a los acuerdos contractuales y de revisión de los contratos, un sector de la doctrina peruana ha expresado en distintos eventos académicos, con fundamentos económicos, que la autonomía privada de los contratantes no debe estar limitada y que el Estado no debe intervenir en las relaciones contractuales. En buena cuenta, el contrato no debe ser revisado judicialmente porque alguno de los contratantes dice que se encuentra lesionado por el contrato o porque circunstancias imprevisibles y extraordinarias han generado una alteración en las prestaciones de las partes contratantes. Para este sector, cuando las personas deciden contratar lo hacen libremente, como también, en forma libre, determinan el contenido de los contratos, encontrándose,

por lo tanto, cada una de ellas en la situación de poder prever las posibles contingencias de un posible incumplimiento por cualquiera de ellas, para lo cual pueden incorporar, al contrato, instituciones que refuercen su cumplimiento, como podría ser una cláusula penal, arras penales, causales de resolución expresa, mora automática, intereses, etc. En consecuencia, para este sector académico, figuras como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, la reducción de las cláusulas penales, la invalidez de cláusulas limitativas de responsabilidad o cláusulas abusivas, u otras afines, son incongruentes con el principio de la autonomía privada y el *pacta sunt servanda*, ya que perturban la seguridad jurídica y obstaculizan el tráfico patrimonial. Por lo tanto, tales instituciones, deben ser eliminadas del ordenamiento jurídico.

Nuestra preocupación, en el presente trabajo, consiste en determinar si el principio contractual de la autonomía privada o autonomía de la voluntad debe ser un principio absoluto e inmutable, o si por el contrario su campo de acción debe estar limitado por el Estado con la finalidad de evitar el abuso en la contratación privada por parte de uno de los contratantes en perjuicio de la otra parte, abuso que puede ser consecuencia de diversos factores como la evidente desigualdad económica y social de las personas o la información asimétrica en que se encuentran las personas al momento de contratar. Paralelamente a este análisis, replantaremos la esencia de la obligatoriedad del contrato, pues consideramos que ella no reposa única y exclusivamente en la autonomía privada de las personas, sino también en otro principio de capital importancia para la contratación privada, nos referimos a la buena fe contractual. En buena cuenta, creemos que los contratos serán obligatorios para los contratantes en la medida que hayan sido celebrados libre y voluntariamente, pero además conforme al principio de la buena fe que impone a los contratantes el deber de comportarse leal y honestamente durante toda la formación del contractual (negociación, celebración y ejecución).

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Desde hace más de una década que el modelo económico imperante en nuestro país es el de una economía de libre mercado. Recordemos que este modelo liberal se encuentra construido, esencialmente, sobre la base de dos presupuestos: la libre competencia y la no-intervención del Estado en las relaciones privadas.

Coincidente con esta política económica, la Constitución del Perú de 1993 en su artículo 61° establece que el Estado debe facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite, así como los abusos de posiciones dominantes o monopólicas, y, prohibiendo la concertación de monopolios.

Completando este enunciado, en el artículo 62° el constituyente peruano ha regulado lo que en doctrina se conoce como el “*principio de la inmutabilidad o santidad de los contratos*”, al prescribir que los términos contractuales pactados válidamente por las personas, naturales o jurídicas, no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, como ordenanzas, resoluciones, entre otras normas legales.

Ahora, para que las personas se vinculen jurídicamente y asuman derechos y obligaciones con la finalidad de satisfacer sus necesidades requieren de una institución debidamente reconocida y regulada por el ordenamiento jurídico. Este vehículo es el contrato. Técnicamente, el contrato es el acto jurídico plurilateral que mediante el consentimiento (declaración conjunta de las voluntades) de los contratantes crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial.

En consecuencia, mediante los contratos, las personas, naturales o jurídicas, buscan obtener una finalidad que el derecho les permite alcanzar. Por lo tanto, el tráfico patrimonial de bienes y derechos tiene como vehículo más idóneo al contrato. El contrato es, pues, el fruto del libre consentimiento de las partes contratantes, siendo la voluntad de ellas fuente generadora de obligaciones por delegación expresa de la ley¹.

En este orden de ideas, la *Constitución* peruana ha dispuesto en el inciso 14) de su artículo 2°, que todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, pudiendo, en virtud de la libertad contractual contemplada en el artículo 1354° del *Código Civil*, determinar libremente el contenido del contrato sobre la base de la autonomía privada. Por su parte, el *Código Civil*, en el artículo 1356°, establece que las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, en cuyo caso se incorporan automáticamente al contrato.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1355° del *Código Civil*, el Estado a través del legislador, por consideraciones de interés social, público o ético, podía imponer reglas o limitaciones al contenido de los contratos; empero, con la dación de la *Constitución Política* en 1993, este precepto se encuentra derogado tácitamente por el artículo 62° del texto constitucional, que consagra el principio de la

1 Debemos precisar, coincidentemente con el doctor MANUEL DE LA PUENTE, que la ley es la única fuente de las obligaciones, pues no se concibe obligación que no tenga, directa o indirectamente, su origen en la ley. En esta medida, el contrato, como acuerdo de voluntades, sólo podrá ser considerado como fuente de las obligaciones en la medida que la ley le conceda la virtualidad necesaria para ello. (Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, t. I, págs. 20-24).

inmutabilidad del contrato, por lo que MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE ha señalado que existiendo una clara contradicción entre la *Constitución Política* y el *Código Civil*, debe derogarse el artículo 1355².

En conclusión, actualmente en el Perú la autonomía privada no es absoluta, sino que por el contrario se encuentra limitada.

3. EL PRINCIPIO CONTRACTUAL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Este principio contractual también es conocido como de la autonomía de la voluntad, pues siguiendo la doctrina de la teoría de la voluntad, la formación del contrato reposa en la voluntad humana. Nosotros utilizaremos la expresión de autonomía privada, pues la sola voluntad no crea nada; es el Estado que en ejercicio del *ius imperium* concedido por el pueblo faculta luego a que los particulares puedan darse sus propias normas privadas, es decir, contraten y se vinculen jurídicamente³.

Siguiendo a MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, diremos que la

“autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas obligatorias entre sí”⁴.

La autonomía privada, entonces, es una facultad que el ordenamiento jurídico le concede a las personas, para que en ejercicio de su libertad, puedan contratar y

2 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “Contratos en general”, en: *El Código Civil del Siglo XXI. (Perú y Argentina)*, coordinada por MUÑOZ ZICHES, JORGE; ALTERINI, Atilio Anibal y SOTO, CARLOS ALBERTO, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, t. I, pág. 755.

3 En primer lugar debemos advertir que el término autonomía privada no es uniforme, pues un sector importante de la doctrina prefiere denominarla autonomía de la voluntad, y ello, según explica el doctor MANUEL DE LA PUENTE, porque la potestad de autorregularse que tienen los particulares se confiere a la voluntad humana (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, t. I, pág. 262). Para LUIGI FERRI, las dos expresiones que a primera vista podrían parecer sinónimas, no lo son, pues los partidarios de la autonomía de la voluntad dan relieve a la voluntad real y psicológica de los sujetos, siendo ella la raíz o causa de los efectos jurídicos (Cfr. FERRI, LUIGI, *La autonomía privada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 5). No olvidemos que con el auge de la teoría de la voluntad se atribuyó a la voluntad la categoría de principio rector de las relaciones humanas. Sin embargo, con el surgimiento de la teoría de la declaración, se percibió que el contrato podía ser válido aun cuando no represente la voluntad del otorgante. En este sentido, el contrato se forma con el consentimiento pleno de los contratantes, es decir, con sus declaraciones coincidentes, pese a que estas declaraciones no exterioricen sus respectivas voluntades. De allí que el elemento que daba lugar a la existencia del acto jurídico, según el doctor MANUEL DE LA PUENTE, “no era necesariamente la voluntad sino el poderío privado de crear (regular modificar o extinguir) relaciones jurídicas, cualquiera que fuera el criterio que hiciera efectivo ese poderío. Por ello, se consideró más apropiada la expresión “autonomía privada” (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. I, págs. 260-261).

4 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. I, pág. 262.

determinar libremente el contenido de su contrato, creando relaciones contractuales válidas. No le falta razón a FEDERICO DE CASTRO cuando advierte que la autonomía privada es el

“poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁵.

Pero el campo de acción, es decir, la amplitud de la autonomía privada no ha sido uniforme en el tiempo, un breve recuento histórico nos permitirá comprenderla mejor.

El derecho romano, eminentemente formalista, reconoció el principio de la autonomía privada, pero subordinado al cumplimiento de determinadas formalidades, como la *stipulatio*. Por su parte, el derecho canónico concedió respeto a la palabra empeñada, pero matizada por los principios de la buena fe y la caridad.

Fueron los filósofos del siglo XVIII los que sostuvieron que la voluntad era la fuente de las obligaciones y le atribuyeron un valor moral. Así, el recordado maestro GUILLERMO BORDA ha escrito que el siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder jurígeno⁶, y según MANUEL DE LA PUENTE, el contrato fue considerado como la expresión de la libertad individual más absoluta⁷. En el siglo XIX, era muy conocida la frase de FOUILLE: “Quién dice contractual, dice justo”. En el mismo sentido, los postulados de la revolución francesa concibieron una sociedad compuesta por hombres libres e iguales que regulaban sus intereses con absoluta libertad, por lo tanto toda intervención del Estado aparecía como altamente dañosa. En consecuencia, el contrato libremente discutido era necesariamente justo y equitativo, y toda intervención del legislador implicaba una injusticia por desnaturalizar ese equilibrio. Sobre la base de estos ideales de libertad e igualdad, y el pensamiento de los juristas franceses DOMAT y POTHIER, se edificó el gran *Código Civil* francés, cuya filosofía se extendió luego a los demás códigos civiles decimonónicos.

5 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, pág. 12.

6 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Manual de contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 14.

7 Cfr. DE LA PUENTE LAVALLE, MANUEL, *Estudios del contrato privado*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1983, t. I, pág. 50.

El *Código* francés en el artículo 1101 estableció que:

“El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”;

y en el artículo 1134, que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre las partes que lo han celebrado.

Como podemos observar, el contrato no sólo es considerado como un acuerdo de voluntades, fruto de la autonomía privada y del consentimiento de los contratantes, sino que además es elevado a la categoría de ley privada.

El concepto del contrato, como el acuerdo de voluntades por medio del cual las personas se obligan, tiene su fundamento en presupuestos ideológicos y sociológicos imperantes en esa época. Siguiendo a LUIS DIEZ-PICAZO, el primero de los presupuestos es el económico, que en una economía liberal se funda en el lema: “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” (dejar hacer, dejar pasar, el mundo marcha por sí solo) y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual, actuando en el propio interés son —en palabras de ADAM SMITH— los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo presupuesto se encuentra en la idea sustancial de la igualdad de las partes contratantes, donde el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados porque es la obra común de dos contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, es un arreglo entre iguales. Y por último, el tercer presupuesto ideológico y socioeconómico se encuentra en la exaltación de la libertad individual⁸.

No obstante, la exaltación de la libertad individual y la igualdad jurídica de las personas, el *Código Civil* francés limitó la autonomía privada, al establecer en el artículo 6º, que no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público y a la moral. Los MAZEAUD, irónicamente han escrito que si bien los fanáticos de la escuela liberal sostienen que la libertad de contratar no debe tener barreras, “ningún sistema jurídico ha consagrado jamás esa posición utópica”⁹.

Vemos pues, que el reconocimiento de la autonomía privada como absoluta, sin restricciones, no ha existido legislativamente. Desde su plasmación positiva, en el

8 Cfr. DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción – Teoría del contrato*, 5ª edición, vol. 1º, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 121-122.

9 Véanse MAZEAUD, HENRI, LEÓN Y JEAN, *Lecciones de derecho civil, Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral*, vol. I, parte segunda, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pág. 130.

Code francés de 1804, estuvo limitada por el orden público y la moral (hoy denominada buenas costumbres).

A fines del siglo XIX con la evolución del capitalismo y la concentración de los capitales, la información se situó en manos de unos pocos, por lo cual el Estado, preocupado por el marcado desequilibrio de los contratantes y el abuso de los más fuertes, decide intervenir en las relaciones contractuales con la finalidad de equilibrar las prestaciones de los particulares. En este contexto, GUILLERMO BORDA expresaba que la

“igualdad y la libertad del consentimiento subsisten hoy en día en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en lo económico”¹⁰.

Así, la doctrina jurídica del siglo XX consideró necesario imponer severas limitaciones al principio de la autonomía privada con la finalidad de corregir el abuso en la contratación, producto de la desigualdad económica. En esta medida, la autonomía privada ya no impera soberanamente como en otrora, pues el Estado interviene en las relaciones contractuales, modificando sus cláusulas (dirigismo contractual y revisión judicial), forzando a veces a celebrarlos a pesar de la voluntad contraria de los contratantes (contratos forzosos), o dispensándolos en otras de ejecutar sus prestaciones.

Al respecto, MANUEL DE LA PUENTE ha señalado que al existir una desigualdad económica se generó un abuso de la contratación, por lo que el Estado ya no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, decidiendo intervenir más de cerca en la relación contractual para intentar equilibrar las posiciones, estrechando así el campo de la autonomía privada¹¹.

Por otro lado, en el campo jurídico, es imposible prever todas las formas de contratación, pues el progreso de la sociedad, el avance de la ciencia y la tecnología y la consecuente producción estandarizada de los bienes y servicios han generado que la contratación privada no sea única y uniforme en el tiempo. Desde hace varias décadas asistimos pues, a un nuevo sistema de contratación: *la contratación masiva*. En este sistema de contratación, los contratantes ya no elaboran el contenido del contrato, éste es predispuesto unilateralmente por una ellas con anticipación a la concertación del contrato. Por lo tanto, el contrato tradicional, que crea relaciones jurídicas contractuales, producto de un consentimiento libre entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe la participación de ambas en la

10 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Manual de contratos*, Editorial Perrot, Buenos aires, 1995, pág. 15.

11 Cfr. DE LA PUENTEY LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general, ob. cit.*, t. I, pág. 36.

elaboración del contenido contractual¹² es una forma de contratación excepcional, pues la regla es la contratación en masa; y con el auge del comercio electrónico, estaremos ante la presencia, siguiendo a ALVIN TOFFLER, de una cuarta ola, donde la contratación electrónica será la base del intercambio de bienes y servicios.

En definitiva, el contrato ya no es producto de la libertad individual de ambos contratantes, es la adhesión a la predisposición contractual de solamente uno de ellos. El contrato por negociación ha cedido el paso a la contratación predispuesta o estandarizada¹³.

El *Código Civil* peruano de 1984, “consciente” de los abusos que pueden presentarse en la contratación privada ha decidido limitar la autonomía privada y permitir la revisión judicial de los contratos en determinados supuestos. En materia de contratación predispuesta, tímidamente ha incorporado algunas normas en la parte destinada al *Consentimiento*, sobre los contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación y control de las cláusulas abusivas o vejatorias.

4. ELEMENTOS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

El principio contractual de la autonomía privada se encuentra estrechamente ligado al concepto de libertad y como tal supone el ejercicio de dos categorías de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. A ambas, FERNANDO DE TRAZEGNIES, ha agregado una tercera: la libertad como objeto del contrato¹⁴. Veamos cada una de ellas:

4.1. La libertad de contratar

Denominada también libertad de conclusión o de autodecisión. Esta libertad es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante. Por ello, SPOTA señala que se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea.

12 Este tipo contractual, denominado también paritario o discrecional, es el llamado contrato por negociación, producto de largas tratativas y conversaciones preliminares.

13 Sobre la transformación del contrato puede consultarse nuestro trabajo “Transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”, en *Instituciones de derecho privado*, dirigida por ALTERINI, DE LOS MOZOS Y SOTO, vol. I, Editorial Temis y Palestra Editores, Lima, 2000, págs. 369-438; y, “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en *Gaceta Jurídica*, t. 70-B, Lima, septiembre 1999, págs. 27-54.

14 Cfr. DE TRAZEGNIES, FERNANDO, *En el país de las colinas de arena*, vol. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pág. 246.

La libertad de contratar comprende a su vez dos libertades:

- a) libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y
- b) libertad de elegir al otro contratante.

La libertad de contratar es un derecho fundamental de la persona que se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el inciso 14) del artículo 2°. Esta norma señala que toda persona tiene derecho a:

“contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Entonces, nadie puede ser obligado a celebrar un contrato. La decisión de contratar es personal, salvo delegación expresa mediante apoderado, pero aun en este caso, existe la intención de contratar para sí mismo pero por intermedio de otra persona.

La libertad de elección del otro contratante es la facultad que se tiene para decidir con quién vamos a celebrar el contrato.

4.2. Libertad contractual

Conocida también como libertad de configuración interna o de autorregulación. La libertad contractual es la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato.

Mediante el ejercicio de esta libertad, las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar.

Esta libertad se encuentra recogida en el artículo 1354° de nuestro Código Civil al disponer:

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

La libertad contractual implica elegir:

- a) El tipo de contrato: típico o atípico.
- b) Las cláusulas, es decir, el contenido del contrato.

Esta libertad se encuentra limitada por el artículo V del título preliminar del *Código Civil* al sancionar con nulidad el acto jurídico contrario a la leyes que interesan al orden público o a la buenas costumbres y por el artículo 1354, cuando el contenido del contrato atente contra norma legal de carácter imperativo.

4.3. La libertad como objeto del contrato

Siguiendo a FERNANDO DE TRAZEGNIES, la

“libertad como objeto del contrato significa que en derecho moderno no se puede establecer ni aún por consenso una limitación grave de la libertad, en los aspectos de ésta que se consideran esenciales para el funcionamiento de una sociedad libre”¹⁵.

Esta tercera libertad impone limitaciones al libre acuerdo de la voluntad de las partes y al contenido determinado por las mismas, pues en el ejercicio de la libertad, como objeto del contrato, sólo se pueden celebrar contratos que sean válidos y exigibles. Así por ejemplo, aún cuando las partes estén de acuerdo (libertad de contratar) y el contenido del contrato haya sido determinado libremente por ambas (libertad contractual), no se puede establecer el arrendamiento (alquiler) de vientre o la esclavitud de una de ellas a la otra mediante el acuerdo (libertad como objeto del contrato).

En palabras de FERNANDO DE TRAZEGNIES, “mientras las dos primeras libertades son de carácter procedimental o subjetivo (se refieren al procedimiento para establecer el acuerdo de voluntades y a la disposición de las partes), la tercera es de carácter sustantivo u objetivo (se refiere al contenido mismo del acuerdo –que sea compatible con la noción de libertad– independientemente de la voluntad libre de las partes)”¹⁶.

5. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA PRIVADA

Las limitaciones en la autonomía privada pueden agruparse en dos categorías:

15 Cfr. DE TRAZEGNIES, FERNANDO, *En el país de las colinas de arena*, ob. cit., vol. II, pág. 247.

16 Cfr. DE TRAZEGNIES, FERNANDO, *En el país de las colinas de arena*, ob. Cit., vol. II, pág. 247.

- Limitaciones legales o impuestas por el Estado.
- Limitaciones del mercado: contratación masiva o *estandarizada*.

5.1. Limitaciones legales

Las limitaciones legales son aquellas que han sido impuestas por el Estado mediante normas legales de carácter imperativo. Es así como el Estado interviene a efecto de limitar la autonomía privada.

En primer lugar, el inciso 14) del artículo 2° de la *Constitución Política* limita la libertad de contratación al establecer que no se puede contravenir normas de orden público.

Por su parte, el *Código Civil* en el artículo V del Título Preliminar ha sancionado con nulidad absoluta los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres. En materia contractual, el artículo 1354° establece que no se puede celebrar contratos que atenten contra normas legales de carácter imperativo.

Conjugando las normas citadas, la autonomía privada se encuentra limitada por normas legales de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres. En este sentido, acertadamente la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984 ha aprobado un texto sustitutorio del título preliminar que a la letra dice:

“Son nulos, total o parcialmente, según sea el caso, los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres, salvo disposición legal distinta” (artículo VII del Proyecto)¹⁷.

Para una mejor comprensión de las limitaciones a la autonomía privada por las normas legales de carácter imperativo, es necesario referirnos a la definición de normas imperativas.

Las normas legales, de acuerdo a su eficacia, pueden ser: imperativas o dispositivas. Las normas legales de carácter imperativo son aquellas que se imponen a la voluntad de los particulares, de manera que deben ser acatadas necesariamente por ellos, no pudiendo sustituirlas ni alterarlas, pues no se admite pacto en

17 Sobre la reforma del título preliminar del Código Civil de 1984, puede verse al trabajo del autor intitulado “El título preliminar del Código Civil peruano: ¿reforma o enmiendas?, en *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)*”, *ob. cit.*, t. I, págs. 127-180.

contrario¹⁸. A su vez, las normas legales imperativas pueden ser: preceptivas, cuando ordenan o imponen el cumplimiento de determinadas conductas y prohibitivas cuando excluyen la posibilidad de realizar determinadas conductas.

No es fácil determinar cuándo una norma tiene carácter imperativo. Según GIORGI, las normas son imperativas:

“cuando acompañen a la disposición las palabras *bajo pena de nulidad* u otras equivalentes o conminatorias; cuando la proposición esté redactada con fórmula prohibitiva de lo contrario, por ejemplo, *no podrán*; y cuando la disposición contenga las expresiones *debe, deben, deberán*, o cualesquiera otras expresiones equivalentes para significar el precepto”¹⁹.

Como ejemplos de normas imperativas podemos citar el plazo máximo de 10 años para el contrato de arrendamiento (artículo 1688), la prohibición de los cónyuges de contratar entre sí sobre los bienes de la sociedad conyugal (artículo 312^o), entre otros supuestos normativos.

Las normas dispositivas son las que cumplen un carácter supletorio de la voluntad de las partes contratantes y son aplicables en ausencia de pacto o para integrar las lagunas de la manifestación de la voluntad²⁰. Así, el artículo 1356 del *Código Civil* establece que las disposiciones de la ley en materia contractual son supletorias de la voluntad de las partes, excepto las normas imperativas que son de ineludible cumplimiento.

La segunda categoría de limitaciones a la autonomía privada se encuentra en la contravención a las normas que interesan al orden público. ¿Qué entendemos por orden público? Según MARCIAL RUBIO,

“el *orden público* podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas”²¹.

18 Cfr. DE LA PUENTY LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general, ob. cit.*, t. I, pág. 277.

19 Cfr. GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones*, vol. I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, pág. 286.

20 Cfr. DE LA PUENTY LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general, ob. cit.*, t. I, pág. 279.

21 Cfr. RUBIO CORREA, MARCIAL, *Título preliminar*; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, pág. 105.

Por su parte, LUIS DíEZ-PICAZO, señala que el orden público es la organización general de la comunidad o del Estado y sus principios fundamentales y rectores²².

¿El orden público es sinónimo de normas imperativas? Creemos que no. Apoyándonos en FRANCESCO GALGANO²³, consideramos que el orden público está constituido por las normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento, a diferencia de las normas simplemente imperativas que tutelan los intereses generales.

MANUEL DE LA PUENTE sostiene que de conformidad con el artículo V del título preliminar

“El ordenamiento jurídico peruano acoge, pues, el sistema defendido por parte de la doctrina, que considera que el orden público, si bien es un criterio rector de la validez de los actos jurídicos, requiere objetivarse en leyes para cobrar, a través de ellas, efecto obligatorio”²⁴; por lo tanto, para que el orden público sea coactivo se requiere que se encuentre en una norma legal.

La tercera limitación a la autonomía privada proviene del respeto a las buenas costumbres. DíEZ-PICAZO comentando el artículo 1255 del *Código Civil* español (las partes son libres de pactar siempre que ellos “no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público”), señala que el texto legal entiende a las buenas costumbres como sinónimo de la moral y que por lo tanto son:

“el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica”²⁵.

Vemos pues, que las buenas costumbres se identifican con la moral, de allí que MARCIAL RUBIO considere que las buenas costumbres:

“son determinables a partir de la conciencia moral espacial o temporalmente ubicada”²⁶.

MANUEL DE LA PUENTE, cuestionando la denominación de buenas costumbres sostiene que,

22 Cfr. DíEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción – Teoría general del contrato*, Editorial Civitas, S.A., vol. I, Madrid, pág. 130.

23 Véase GALGANO, FRANCESCO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, pág. 273.

24 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. I, pág. 284.

25 Cfr. DíEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., vol. I, pág. 129.

26 Cfr. RUBIO CORREA, MARCIAL, *Título preliminar*, ob. cit., pág. 121.

“En realidad, lo que el ordenamiento jurídico busca con la referencia a las buenas costumbres es una especie de telón de fondo que justifique la reprobación de determinados actos que, siendo vituperables, no están sancionados por ninguna ley imperativa, incluyendo las que interesan al orden público. Si no existiera la noción de buenas costumbres los jueces se encontrarían impotentes para declarar la nulidad de actos que repugnan a los conceptos éticos de una sociedad pero que, precisamente por vulnerar principios ideales que más bien están vinculados a nuestra conciencia moral, no se han considerado propios de una censura expresa civil o penal”²⁷.

Coincidimos con MANUEL DE LA PUENTE, pues todos sabemos que son buenas costumbres, pero lo fundamental radica en determinar cuándo un acto jurídico atenta contra ellas. Esta es la labor del juez, que como operador del derecho tiene una valiosa herramienta que siendo prudentemente aplicada, en función de los fines del derecho como la justicia, la seguridad y el bien común, puede declarar la nulidad de los actos o contratos que alteren la pacífica y correcta convivencia de los ciudadanos.

5.2. Limitaciones del mercado

La libertad contractual también se ha visto limitada por la estandarización del tráfico patrimonial. En la contratación masiva las partes ya no negocian el contenido del contrato y por el contrario, una de ellas elabora, parcial o íntegramente, el contenido del contrato, limitándose la otra a aceptarlo o rechazarlo.

En este sistema de contratación la libertad contractual o de configuración interna del contrato se encuentra reducida o anulada en aras de la fluidez del intercambio de bienes y servicios a un menor costo, pues en la contratación masiva se reducen los costos que genera la contratación individual de cada contrato.

Como justificación de la estandarización contractual se afirma que la finalidad de la contratación masiva es agilizar el tráfico patrimonial y reducir los costos de contratar o de transacción.

Esta limitación a la autonomía privada ya no es impuesta por el Estado mediante normas legales, sino por los particulares que para un tráfico patrimonial fluido eliminan la etapa de la negociación del contrato.

27 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general, ob. cit.*, t. I, págs. 288-289.

6. LAS LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Actualmente la autonomía privada, regulada en la *Constitución Política* y el *Código Civil* no es absoluta, muy por el contrario se encuentra seriamente limitada. A continuación veremos cómo el Estado, a través del legislador, a lo largo de ambos textos fundamentales ha limitado la autonomía privada.

6.1. Constitución Política de 1993

En la *Constitución Política*, aprobada en medio de una larga discusión y cuestionamiento en 1993, de los 206 artículos y 16 disposiciones finales y transitorias que contiene, hay cinco artículos que atenúan la libertad y la autonomía privada de las personas.

a) Título I. De la persona y de la sociedad

Capítulo I. Derechos fundamentales de la persona

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

b) Capítulo II. De los derechos sociales y económicos

“Artículo 25. La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”.

c) Título III. Del régimen económico

Capítulo I. Principios generales

“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 contrato-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.”

d) Capítulo III. De la propiedad

“Artículo 70. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el poder judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

“Artículo 72. La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes”.

6.2. Código Civil de 1984

A continuación analizaremos algunas instituciones jurídicas reguladas en el *Código Civil* peruano de 1984 que limitan la autonomía privada de los particulares.

7. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS PLAZOS CONTRACTUALES ESTABLECIDOS POR LEY

Una fuerte crítica que se dirige contra el *Código Civil* de 1984 está referida a los plazos de duración de los contratos u otras figuras jurídicas, como el plazo para solicitar la prescripción adquisitiva de la propiedad, los cuales han sido fijados arbitrariamente por el legislador, pero que ha considerado idóneos atendiendo a los antecedentes legislativos, la legislación comparada, la doctrina y en algunos casos a la jurisprudencia y por supuesto, el propio ejercicio profesional. Sin embargo, en muchos casos los plazos establecidos por el legislador son muy estrechos y la realidad negocial exige plazos más largos. Esto ha generado que, por ejemplo en la nueva *Ley General de Sociedades* se amplíe la autonomía privada en una clara contradicción con el *Código Civil*.

En este trabajo, analizaremos los plazos de los contratos preparatorios y el plazo de duración del contrato de arrendamiento.

7.1. Plazos en los contratos preparatorios

Con fecha 7 de febrero de 2001 se publicó la Ley 27240 que modificó los plazos de contratos preparatorios, disponiendo que a partir de la fecha los contratantes pacten cualquier plazo y sólo a falta de pacto la ley prevé que el plazo de los contratos preparatorios (compromiso de contratar y contrato de opción) será de un año²⁸.

Los artículos derogados del *Código Civil* de 1984 referidos a los plazos de los contratos preparatorios —compromiso de contratar y contrato de opción— establecían:

“Artículo 1416. El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo”.

“Artículo 1423. Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite”.

Recordemos en primer lugar, qué se entiende por compromiso de contratar y qué por contrato de opción. El compromiso de contratar es el contrato por el cual una parte se obliga frente a la otra, o ambas se obligan recíprocamente, a celebrar en el futuro otro contrato llamado definitivo, que actualmente no quieren o no pueden celebrar, pero cuyos elementos, por lo menos los esenciales, se especifican al momento de celebrar el compromiso de contratar²⁹.

Por su parte, el contrato de opción es el convenio en virtud del cual una de las partes tiene el derecho de elegir entre celebrar o no el contrato definitivo³⁰.

Ahora bien, si las personas que desean celebrar contratos preparatorios y sobre la base de su autonomía privada tienen el poder para crear relaciones jurídicas, así

28 Al respecto puede revisarse el trabajo del autor intitulado “La libertad de contratación en los contratos preparatorios”, en *Revista Jurídica del Perú*, julio 2002, año LII, n° 36, págs. 91-95.

29 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para Leer el Código Civil, vol. XV, t. IV, Lima, 1993, pág. 51.

30 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general, ob. cit.*, vol. XV, t. IV, 1993, pág. 51.

como la libertad para determinar el contenido de lo que quieren crear³¹, entonces nadie mejor que las propias personas para saber cuándo es oportuno celebrar el contrato definitivo. En consecuencia, no es muy razonable limitar sus intereses y expectativas a un plazo preestablecido por ley. Desde luego, que tampoco puede existir un contrato preparatorio con plazo indeterminado, ya que una característica fundamental de los contratos preparatorios es su temporalidad. Lo idóneo es permitir que el plazo sea establecido en primer lugar por la autonomía privada a través de la declaración de la voluntad de los contratantes, y sólo a falta de acuerdo —en forma subsidiaria— aplicar el plazo establecido por ley. No olvidemos que la libertad de contratación está consagrada por la *Constitución Política* del Perú en el inciso 14) del artículo 2^o³² como un derecho fundamental de la persona, libertad que también es garantizada por el artículo 62³³.

Dentro de esta corriente, la *Ley General de Sociedades* desde diciembre de 1997 contempló en su artículo 41³⁴ la facultad de celebrar contratos preparatorios cualquiera sea su plazo³⁵. Es evidente que este precepto estaba en abierta oposición con las normas sobre contratos preparatorios del *Código Civil*, por lo cual era menester corregir esta contradicción, lo cual recién se realizó el 07 de febrero del año 2001.

Por otro lado, si la finalidad de la intervención del Estado, en la contratación es tutelar los derechos de las personas, garantizar la seguridad jurídica de sus transacciones y favorecer la circulación del tráfico patrimonial, no es lógico que tornemos más onerosas (de lo que normalmente son) las operaciones contractuales, obligando a quienes contratan bajo la modalidad de compromiso de contratar o contrato de opción a que estén renovando periódicamente el plazo para que no pierdan la oportunidad de concluir el contrato definitivo.

31 Cfr. SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, “La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998”, en: *Revista Jurídica La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, t. 1999-D.

32 Artículo 2. “Toda persona tiene derecho:
(...)”

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público (...).”

33 Artículo 62. “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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 (...).”

34 Artículo 41. “Los contratos preparatorios que celebren las sociedades reguladas por esta ley o los que tengan por objeto las acciones, participaciones o cualquier otro título emitido por ellas son válidos cualquiera sea su plazo, salvo cuando esta ley señale un plazo determinado”.

35 El *Anteproyecto de la Ley General de Sociedades* solamente contemplaba este caso para los contratos de opción. Fue el doctor JORGE MUÑOZ ZICHES, miembro de la Comisión Revisora, el que propuso se amplíe a todos los contratos preparatorios. Esta propuesta fue aprobada.

En este sentido, la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984 presentó un proyecto de ley de reformas urgentes al Código Civil para modificar los artículos 1416 y 1423 y adecuarlos con la *Ley General de Sociedades*, para que sean las personas las que determinen libremente el plazo de duración de los contratos preparatorios, y en su defecto, aplicar el plazo establecido por ley que será de un año.

Las propuestas de reforma a los artículos citados fueron las siguientes:

“Artículo 1416. El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera plazo, éste será de un año”.

“Artículo 1423. El plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera plazo, éste será de un año”.

Esta propuesta de reforma fue atendida por los legisladores y el 7 febrero de 2001 se publicó la Ley 27240 que modificaba los plazos de los contratos preparatorios en los términos propuestos por la Comisión de Reforma.

7.2. Plazo del contrato de arrendamiento

En cuanto al plazo de duración del contrato de arrendamiento nuestro *Código Civil* señala:

“Artículo 1688. El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.

Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos”.

En la *Exposición de motivos del Código Civil*³⁶ no se explica la razón de porqué el contrato de arrendamiento tiene un plazo no mayor de diez años. Sin embargo, se deja constancia de una clara contradicción entre el artículo 1688 y el artículo 538 (inciso 4) respecto de los bienes de incapaces. Dicha contradicción recae en el

36 Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY, DELIA (compiladora), *Exposición de motivos y Comentarios del Código Civil*, ob. cit., parte III, t. VI, pág. 365.

hecho de que los tutores están prohibidos de arrendar por más de tres años los bienes del menor. Agrega la citada *Exposición de motivos* que los incapaces, a que se refiere el artículo 1688, son tanto los sujetos a tutela como a curatela. Según el legislador, el artículo 1494 del *Código Civil* de 1936 era más preciso puesto que establecía que respecto a los menores e incapaces regía lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 528, es decir, que los tutores estaban prohibidos de arrendar los bienes del menor por más de seis años.

Nosotros consideramos que en este caso, al igual que en los plazos de los contratos preparatorios, es preciso que, en primer término, se deje librado al interés de las personas la determinación del plazo del contrato de arrendamiento, porque son ellos quienes mejor conocen sus intereses y como tal son capaces de determinar cuán rentable es arrendar y pagar la renta por el tiempo que a ellos les resulte más conveniente.

Para MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, uno de los redactores del *Código Civil* de 1984,

“(...) el plazo de diez años es de fantasía y pudo ser mayor o menor. Nada impide, por lo demás, renovar el arrendamiento a su vencimiento por otros diez años más y así sucesivamente, pero para ello, obviamente será indispensable que concurren las voluntades de ambas partes”³⁷.

La realidad actual y económica del mercado exige flexibilidad por parte de la ley para dejar a las personas en la libertad de disponer de la mejor manera de sus bienes. Por tanto, no somos partidarios de que, tal como ocurría en el *Código Civil* peruano de 1936, el contrato de arrendamiento no tenga plazo máximo, pues aquella experiencia se traducía en que se celebraban contratos de arrendamiento con plazos excesivamente largos y perjudiciales para las partes. Pero, por otro lado, el plazo máximo de diez años, establecido por el artículo 1688, ha traído en la práctica algunos inconvenientes, pues en las modernas transacciones comerciales donde se tienen que realizar grandes inversiones recuperables a largo plazo, los diez años, que establece el *Código Civil*, ha traído como consecuencia que se recurra a otras figuras como la superficie para lograr tal cometido.

Coincidimos pues con ARIAS-SCHREIBER PEZET cuando señala que el plazo pudo ser mayor o menor. También somos conscientes que el legislador muchas veces tiene que optar arbitrariamente cuando se trata de plazos, empero, nada impide que las nuevas exigencias de la sociedad y del tráfico patrimonial hagan que ese

37 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis, ob. cit.*, t. II, pág. 392.

plazo fijado inicialmente sea variado. Por lo expuesto, proponemos que el plazo de duración del arrendamiento sea determinado libremente por las partes, y a falta de plazo fijado por las partes, éste no sea superior a diez años.

Por su parte, la Comisión de Reforma del Código Civil en el Proyecto de Ley citado anteriormente ha aprobado que el artículo 1688 contenga el siguiente tenor:

“Artículo 1688. El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de veinticinco años, prorrogables, de común acuerdo entre las partes, por un plazo igual al inicial, por una sola vez.

Tratándose de bienes de propiedad de incapaces el plazo máximo será de seis años, pudiendo el juez autorizar un plazo mayor. Todo plazo o prórroga que exceda el previsto se entiende reducido a dicho plazo” (*sic*).

8. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PACTO DE PROHIBICIÓN DE VENDER O GRAVAR (LAS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDAD)

El vigente artículo 882 del Código Civil establece:

“Artículo 882. No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET sostiene que esta fórmula, presente también en el *Código Civil* de 1936,

“es excesivamente rigurosa” —y que el— “espíritu de la proscripción de las cláusulas de inalienabilidad estriba en evitar la paralización de la riqueza y la comisión de abusos”³⁸.

No obstante, el mismo jurista cuestiona la razonabilidad de esta solución al preguntarse si,

“¿Se justifica la posición radical de la legislación civil peruana en esta delicada materia?”.

Al respecto, señala que la respuesta no resulta fácil, pues:

“De un lado advertimos que la prohibición absoluta tiene la ventaja de su propia rigidez: nada se le escapa y en este sentido resulta sumamente segura. Por otra parte, no podemos

38 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis*, Gaceta Jurídica Editores, 1998, tomo IV, Lima, pág. 48.

desconocer la legítima justificación de ciertas cláusulas de inalienabilidad, dentro de las condiciones señaladas anteriormente por PLANIOL y RIPERT, SALVAT, LARROUMET, entre otros, y terminamos expresando que si bien nuestra realidad actual se concilia mejor con la prohibición absoluta existente, no puede descartarse que en el futuro se implante por ley excepciones a esta regla, siempre que sean claras y prudentes y que no constituyan un serio peligro para la libre circulación de la riqueza”³⁹ (sic).

Vemos que el propio legislador ya advertía de los inconvenientes de esta norma, por lo cual sostenía que podían existir excepciones legales a la regla si la realidad lo exigía.

En el derecho argentino se admiten los pactos de no enajenar la cosa vendida a persona alguna (artículo 1364 del *Código Civil argentino*)⁴⁰; igualmente el artículo 2613⁴¹ del mismo cuerpo legal y el artículo 51 de la Ley 14394 (Régimen de menores y de familia) señala que en los actos de disposición a título gratuito se autoriza una limitación temporaria al derecho de enajenar el bien que es de diez años⁴².

La doctrina no es unánime en sancionar la invalidez de las cláusulas de inalienabilidad de los bienes. Sin embargo, de acuerdo a lo sostenido por la doctrina nacional y extranjera, creemos que debemos observar detenidamente nuestra realidad. Quiénes mejor que las partes contratantes para incorporar los pactos que consideren convenientes para sus intereses en atención a su libertad de contratación.

Es sabido que la adquisición de los bienes puede ser a título gratuito u oneroso. Imaginemos el caso de una donación, un anticipo de legítima o herencia⁴³, mediante

39 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX. *Exégesis, ob. cit.*, t. IV, pág. 49.

40 Artículo 1364 del Código Civil Argentino: “Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; más no a una persona determinada”.

41 Artículo 2613 del Código Civil Argentino: “Los donantes o testadores no pueden prohibir a los donatarios o sucesores en sus derechos que enajenen los bienes muebles o inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años”.

42 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Manual de contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 232.

43 Utilizo estos términos por razones prácticas, pues los términos “anticipo de legítima” o “anticipo de herencia”, jurídicamente, son impropios, pues tales actos jurídicos son liberalidades y son no otra cosa que donaciones. Con la autoridad del caso, GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA ha escrito que: “La denominación de anticipo es confusa e inexacta, aunque sea cómoda. De antemano es menester señalar que, en paridad, es de lo más impropio calificar a las donaciones a favor de los legitimarios como anticipo. En verdad cuando se hace la liberalidad es solamente eso, bajo título de donación u otro, pero todavía (es decir, al momento de la liberalidad y mientras el donante no muera) no es anticipo de nada.

No es anticipo de herencia porque el legitimario donatario puede renunciar a ésta y no llegar nunca a ser heredero, de manera que lo recibido por donación nunca lo habrá recibido como anticipo de algo que perfectamente puede no llegar a ocurrir. En este caso, la donación no es anticipo de nada, ni se colacionará aunque no haya habido dispensa, y seguirá la misma suerte legal que tiene cualquier donación a extraños (...)” Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, GUILLERMO, *Derecho de sucesiones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, t. III, págs. 88-89.

el cual una persona decide beneficiar a otra, pero en el contrato se incluye una cláusula que prohíbe al beneficiario disponer el bien durante determinado lapso con la finalidad de evitar que despilfarre los bienes donados. De acuerdo a lo prescrito por el artículo 882, esta cláusula es nula. ¿Es razonable esta solución? Creemos que no, pues no hay razón suficiente para considerar que se impida, en ejercicio de la autonomía privada y la libertad de contratación, que las partes contratantes pacten la no-disposición de un bien.

Se discrepa con la incorporación de una norma que permita la no-disposición de los bienes argumentando que se paraliza la libre circulación de la riqueza y que inclusive consistiría en el retorno a la figura de las *manos muertas*. Creemos que ello implica una visión incompleta de la realidad, pues las personas o instituciones que deseen contratar con la posibilidad de incluir cláusulas de inalienabilidad, pero que encuentren conque ellas no son permitidas por nuestro *Código Civil*, van a recurrir a otras figuras o, peor aún, desistirán de contratar, obstaculizando el tráfico patrimonial. Así por ejemplo, el padre que sabe que su hijo, aún inmaduro, va a despilfarrar los bienes una vez que los reciba en anticipo de legítima optará por no anticiparle nada. El banco que desea asegurar sus créditos y solicita al propietario que no constituya gravámenes posteriores, al no poder hacerlo, va a exigirle mayores garantías. Y los ejemplos podrían ser muchísimos.

Cómo olvidar las antiguas adjudicaciones de lotes de terrenos a cargo de instituciones públicas, anteriores a COFOPRI, como el Ministerio de Vivienda y Construcción, SINAMOS, ENACE, las municipalidades provinciales y distritales, entre otras, que incorporaban en los contratos de adjudicación una cláusula de no-disposición del bien (lote de terreno) durante determinado tiempo con la finalidad de evitar el tráfico doloso de lotes terrenos.

A todo esto sumemos la posición de la nueva *Ley General de Sociedades* que ha incorporado en el artículo 101 la prohibición de transferir, gravar o afectar de cualquier manera las acciones, prohibición que no puede ser absoluta, sino que debe ser por un plazo determinado o determinable y que, en todo caso, no podrá exceder de diez años, pudiendo prorrogarse antes del vencimiento por períodos no mayores⁴⁴.

La vigencia de la norma societaria constituye una contradicción abierta con el artículo 882 del *Código Civil*, por lo que consideramos que resulta imperativo y urgente adecuar el texto civil con todo el ordenamiento jurídico, pero lo más importante, adecuarlo con la realidad.

44 Sobre el tema consultar: BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2002, págs. 249-252.

Por todo ello, coincidimos con la propuesta de la Comisión de Reforma del Código Civil que propone la reforma urgente del artículo 882 con el siguiente contenido:

“Artículo 882. Se puede establecer contractualmente o por testamento la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al límite indicado. Queda a salvo lo dispuesto por los artículos 733 y 736”.

9. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL PACTO DE EJECUCIÓN Y VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO

El artículo 1097 de nuestro *Código Civil* prescribe:

“Artículo 1097. Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

La *Exposición oficial de motivos*⁴⁵ del artículo 1097 del Código Civil enumera las notas características de la hipoteca y que resumiremos brevemente:

- a) La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles, con lo cual se descarta la hipoteca sobre bienes muebles sujetos a registro, como por ejemplo, los vehículos automotores.
- b) La hipoteca es un derecho real accesorio y como tal subsiste y se extingue con el crédito principal.
- c) La hipoteca puede ser constituida por el deudor o por un tercero, en efecto, nada impide que un tercero ajeno a la relación obligatoria afecte un bien de su propiedad en garantía del cumplimiento de una obligación asumida por otra persona⁴⁶.

45 Cfr. *Código Civil concordado*, Editora Normas Legales S.A., Trujillo, 1994, pág. 579 y sigs.

46 Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la responsabilidad de un tercero hipotecario (llamado también dador de hipoteca o hipotecante) es distinta respecto del acreedor. Así, el deudor hipotecario responde con todos sus bienes si el precio de realización del bien hipotecado no fuere suficiente; en tanto que la responsabilidad del dador hipotecario se limita sólo al bien que sirve de garantías.

- d) La hipoteca puede garantizar el cumplimiento de cualquier obligación presente, sin embargo, cabe la excepción de la constitución de hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual⁴⁷.
- e) La hipoteca es un derecho real, pero de naturaleza particular toda vez que no brinda ni la posesión ni el goce de ella.
- f) Otorga al acreedor el derecho de persecución.
- g) Confiere al acreedor el derecho de preferencia.
- h) Confiere al acreedor el derecho de solicitar *únicamente la venta judicial* del bien gravado.

Teniendo presente estas características, que distinguen a la hipoteca de otras figuras jurídicas y que amparan el interés del acreedor hipotecario, cabría preguntarse la razón de la no-inclusión, en sus prerrogativas, de la facultad de solicitar, también, la venta extrajudicial del bien que garantiza su crédito cuando ambas partes así lo han pactado en el contrato de hipoteca. Resulta limitativo que sus derechos se circunscriban a un pedido de carácter únicamente judicial. En todo caso, se debería permitir a las partes —en atención a su autonomía privada— que prevean la solución de posibles conflictos, sin la necesaria y obligatoria concurrencia ante el poder judicial.

Por otro lado, tengamos en cuenta que la circulación de los bienes debe ser más eficiente y ello se lograría en la medida que la viabilidad del acuerdo de las partes goce de plena seguridad tanto de carácter jurídico como personal, vale decir, que en estos casos nos parece importante dar mayor relevancia a la voluntad de las partes que intervienen en la celebración de un contrato con garantía hipotecaria. Obviamente, es indispensable —y necesario— que el pacto que contemple este acuerdo guarde las formalidades exigidas por ley y tenga por finalidad tutelar el derecho no sólo del acreedor hipotecario, sino también del deudor, y en caso de abusos de parte del acreedor hipotecario, imponerle severas sanciones.

No olvidemos que la modificación que proponemos ya ha sido contemplada por la *Ley de Hipoteca Popular* de 1988⁴⁸, en los artículos 32 al 37⁴⁹ donde

47 Artículo 1104 del Código Civil de 1984: “La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual”.

48 Promulgada mediante decreto legislativo 495 publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de noviembre de 1988.

49 La ejecución extrajudicial de la hipoteca popular se encuentra expresamente autorizada en el artículo 33 del decreto legislativo 495, siendo su tenor el siguiente: “Cuando se constituya hipoteca, el deudor hipotecario

expresamente se regula la “ejecución extrajudicial de la hipoteca”. En tal sentido y con el fin de lograr la armonía dentro del ordenamiento jurídico es que nos compete actuar activamente para cumplir este objetivo y evitar las contradicciones legales.

La ejecución extrajudicial de una garantía por parte del acreedor no es una novedad, pues en el caso de un bien prendado es admitida⁵⁰; entonces, porqué no otorgarle la misma facultad al acreedor hipotecario si consideramos que la esencia de la constitución de ambos derechos reales de garantía es la misma, garantizar el cumplimiento de un crédito. Particularmente creemos que no existe ningún impedimento, lo suficientemente consistente, que niegue esta posibilidad. En su obra *Exégesis*, MAX ARIAS-SCHREIBER plantea la modificación del artículo 1097 bajo el texto siguiente:

“Por la hipoteca se afecta un bien registrado en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no produce la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta del bien hipotecado.

Las disposiciones del presente título son aplicables, en todo cuanto resulte pertinente, a las hipotecas reguladas por leyes especiales⁵¹.

Podemos apreciar claramente que en esta propuesta se elimina toda referencia a la venta judicial, por lo que entendemos, se deja librado a la voluntad de las partes.

Debemos tener en cuenta que la viabilidad de un proceso de ejecución judicial de hipoteca lleva implícita, para el acreedor, un sinnúmero de gastos, lo cual torna aún más onerosa su posición, toda vez que acarrea los perjuicios que le ocasiona el incumplimiento de su deudor, hecho que indudablemente se aliviaría si con el

podrá, en el mismo instrumento, convenir con el acreedor y otorgar poder especial e irrevocable a un mandatario para que éste, en su nombre y representación, venda el bien en caso de incumplimiento de la obligación. El mandatario podrá ser un banco, un notario público, un alcalde, una organización de pobladores o cualquier otra persona natural o jurídica, que goce de la confianza de ambas partes. En ningún caso el mandatario será el acreedor hipotecario. Es nula toda venta que se realice en precio menor a las dos terceras partes del valor comercial del bien establecido en el contrato de hipoteca, actualizado a la fecha de tasación de acuerdo a los índices establecidos por el Instituto Nacional de Estadística”.

50 Artículo 1069 del Código Civil de 1984:

“Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitadamente el pago” (bastardilla fuera de texto).

51 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, t. VI, pág. 182.

contrato pactasen expresamente la venta extrajudicial del bien hipotecado ante el incumplimiento del deudor.

No olvidemos que finalmente todos los gastos que realice el acreedor, a fin de exigir el cumplimiento de la obligación de parte de su deudor, son trasladados a éste, con lo cual el único perjudicado, en última instancia, es el deudor.

El sistema bancario ha manifestado su conformidad con esta modificación, pues en el caso de que el riesgo del crédito se reduzca, lo cual ocurriría con la ejecución extrajudicial del bien hipotecado, la tasa de interés se reduciría en uno o dos puntos de la tasa vigente. Como es de nuestro conocimiento el banco nunca pierde y como tal, con la situación actual de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, lo que hace es trasladar todos los costos en que ha incurrido para ejecutar el bien hipotecado al cliente-deudor.

La ejecución extrajudicial del bien hipotecado o prendado no es un acto arbitrario de parte del acreedor hipotecario, sino que es un hecho que se presenta por el incumplimiento de las obligaciones de parte del deudor, quien se encuentra en la “exclusiva situación” de poder controlar y evitar la ejecución, judicial o extrajudicial, de sus bienes, ya que si cumple con sus obligaciones, como lo debe hacer todo buen ciudadano y buen contratante, no habría necesidad de la ejecución de sus bienes. Nos preguntamos, si acaso los detractores de la incorporación de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, consideran a los peruanos como contratantes irresponsables y que incumplen sus obligaciones. Si es esta la razón, creemos que se está cometiendo un grave error ya que a nadie le gustaría saber que es considerado como un mal contratante, que no cumple sus promesas plasmadas voluntariamente en un contrato.

Acaso le interesa al acreedor ejecutar los bienes hipotecados o prendados de su deudor. Sin lugar a dudas, el interés del acreedor hipotecario, radica en obtener el íntegro de su capital otorgado en calidad de préstamo al deudor. Acaso el acreedor hipotecario se queda con los bienes del deudor. En el caso de un banco, qué va a hacer con los bienes inmuebles, los vehículos, las joyas, etc., acaso va a cambiar de rubro y convertirse en una inmobiliaria, en una joyería. En consecuencia, es falso que al acreedor le interese ejecutar los bienes del deudor.

En suma, el deudor, es quien se encuentra en la única y exclusiva situación de evitar que los bienes, que ha entregado en garantía hipotecaria o prendaria, se ejecuten judicial o extrajudicialmente, ya que de cumplir con sus obligaciones sería ejemplo de un buen padre de familia.

Desde luego, que no podemos olvidar que existen supuestos ajenos a la voluntad del deudor que generan el incumplimiento de sus obligaciones. Nos referimos a la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho de terceros, en buena cuenta, a hechos no imputables al deudor. En estos casos, el deudor, con todo derecho, puede oponerse no sólo a la ejecución y venta judicial de sus bienes, sino que también puede oponerse a la ejecución y venta extrajudicial.

En consecuencia, las normas que regulen la ejecución extrajudicial de la hipoteca deben prever los supuestos en los cuales el deudor puede oponerse a dicha medida, siempre que el incumplimiento, de sus obligaciones, no sea imputable a su persona.

La Comisión de Reforma del Código Civil consciente de estos hechos, ha aprobado la modificación del texto del artículo 1097 de la siguiente manera:

“Artículo 1097. Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial o extrajudicial del bien hipotecado”.

Asimismo, considera necesario incorporar los artículos 1097-A, 1097-B, 1097-C, 1097-D y 1097-E, referidos al procedimiento de la ejecución extrajudicial de la hipoteca que tienen por finalidad evitar el abuso por parte de los acreedores hipotecarios.

El primero de estos numerales establece que para efectuarse la venta extrajudicial del bien debe mediar el pacto entre las partes, las mismas que a su vez encargarán dicha venta a un tercero representante que bajo ninguna circunstancia podrá ser el acreedor hipotecario. Se establece también que el precio de venta del bien no podrá ser menor a las dos terceras partes de su valor comercial bajo sanción de ser declarada nula dicha venta (artículo 1097-A)⁵².

Por su parte, el artículo 1097-B establece que el poder concedido al representante que ejecute la venta del bien deberá ser inscrito en la partida registral del inmueble conjuntamente con la hipoteca⁵³.

52 Artículo 1097-A. Para la venta extrajudicial del bien hipotecado, el propietario deberá convenirla con el acreedor y otorgar poder especial e irrevocable a un representante para que éste venda el bien en caso de incumplimiento de la obligación. El apoderado no podrá ser acreedor hipotecario.

Es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor comercial del bien señalado en el contrato de hipoteca, actualizado de acuerdo al índice de precios al consumidor del órgano estatal competente. (sic)

53 Artículo 1097-B. El poder, cuyo plazo podrá exceder el previsto en el artículo 153, se inscribirá en la partida registral del inmueble conjuntamente con la hipoteca.

El artículo 1097-C señala que para llevarse a cabo la venta del bien, el acreedor, primero, deberá comunicar mediante carta notarial al deudor y al apoderado del incumplimiento de la obligación. Este último procederá a la venta del bien hipotecado después del tercer día de recibida la carta.

En caso de existir gravámenes anteriores, el numeral precisa que el apoderado debe consignar el importe total de la venta a la orden del juez civil dentro de los tres días siguientes de producida dicha venta. El juez civil procederá, respecto de este monto, conforme a las normas del *Código Procesal* y si existiera controversias en relación con el monto o la extensión de alguno de los gravámenes el juez civil resolverá conforme al *Código Procesal* sin suspenderse por ello la venta del bien hipotecado⁵⁴.

Por otro lado, el artículo 1097-D precisa que en caso el apoderado no cumpla con vender el bien dentro de los 60 días a partir de la remisión de la carta notarial podrá solicitarse la ejecución judicial del bien hipotecado⁵⁵.

Por último el artículo 1097-E establece la responsabilidad civil del acreedor respecto de la verificación de la existencia, la exigibilidad y la cuantía de la obligación principal⁵⁶.

Esta propuesta ha sido rechazada por algunos políticos que sostienen que con ello se estaría permitiendo el abuso de los acreedores hipotecarios (sector bancario) en perjuicio de los más necesitados, los deudores. Esto no es cierto, en primer lugar, porque los bancos no son los únicos que celebran contratos con garantía hipotecaria y por otro lado, la inclusión de esta cláusula debe ser discutida y aceptada libremente por el deudor hipotecario.

Hace algún tiempo, un amigo que fue gerente de un importante grupo empresarial que se dedicaba a la comercialización de artefactos electrodomésticos y materiales

54 Artículo 1097-C. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida al deudor y al apoderado, éste procederá a la venta del bien hipotecado, después de transcurridos tres días de recibida la carta notarial.

Si el bien hipotecado estuviese afecto a gravámenes anteriores a la hipoteca que dio lugar a la venta, el apoderado deberá consignar a la orden del juez especializado en lo civil, el importe de la venta del bien, dentro de los 3 días siguientes al cobro del precio. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.

Cualquier controversia respecto del monto o extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el juez conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien hipotecado.

55 Artículo 1097-D. Si transcurrieran 60 días desde la remisión de la carta notarial al deudor y al apoderado y el bien hipotecado no hubiese sido vendido, podrá solicitarse la ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil.

56 Artículo 1097-E. El acreedor es civilmente responsable por la verificación de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación que origina la venta extrajudicial.

de construcción, me contaba que su empresa realizó un estudio de mercado en Lima, tomando como base sus clientes de todos los distritos de esta ciudad, con la finalidad de determinar qué sector de la sociedad era el más fiel en el cumplimiento de sus obligaciones y qué sector el más moroso. La sorpresa fue grande. Las personas más cumplidas pertenecían a los sectores C y D. La razón de su puntualidad en sus obligaciones se debía al cumplimiento de la palabra empeñada y el temor de que le embarguen sus bienes, llegando en muchos casos a prestarse el dinero con la finalidad de cumplir con sus obligaciones. Los más morosos, increíblemente se encontraban en los sectores A, B y también en el C. La razón, según los comentarios de nuestro amigo, se debía a que pese a tener el dinero para honrar sus deudas, no lo hacían, pues sabían que para exigirles el pago de sus deudas, los acreedores debían recurrir al poder judicial y ahí esperar largos meses para obtener el cobro de su crédito.

Indudablemente este estudio es relativo, pero no deja de ser un indicador del comportamiento de la sociedad.

Por nuestra parte, consideramos que la ejecución extrajudicial de las garantías hipotecarias es totalmente viable, siempre que se garantice, o mejor, se eviten los posibles abusos de parte del acreedor que de mala fe desea ejecutar el bien a un precio menor al de su valor en el mercado o que una vez ejecutado y existiendo una suma a favor del deudor no cumple con entregarla inmediatamente, en cuyo caso, podrían incorporarse penalidades en contra del acreedor.

10. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA REDUCCIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal se encuentra regulada en los artículos 1341 a 1350 inclusive. La cláusula penal, según RENATO SCOGNAMIGLIO, es un pacto accesorio al contrato, por medio del cual las partes contratantes convienen preventivamente la medida del daño que habrá de liquidarse en caso de incumplimiento o retardo del incumplimiento⁵⁷.

Nuestro Código Civil en el artículo 1341 define a la cláusula penal como el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad. Asimismo, se establece que la penalidad tiene el efecto de limitar el resarcimiento del incumplimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere.

57 Cfr. SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, pág. 151.

FELIPE OSTERLING PARODI precisa que la cláusula penal:

“puede operar en los casos de incumplimiento total o de cumplimiento parcial o irregular de la obligación”⁵⁸.

Mediante la incorporación de una cláusula penal, las partes contratantes pueden prevenir el posible incumplimiento por cualquiera de ellas, en cuyo caso la parte que incumple con su obligación deberá abonar la penalidad pactada, la misma que puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer y no únicamente en la obligación de pagar una suma de dinero. Por consiguiente, se sanciona privadamente a la parte contratante que incumple una obligación contractual.

Sin embargo, pese a la finalidad perseguida, por la cláusula penal, en el artículo 1346 el legislador peruano ha dispuesto que la penalidad pactada puede ser reducida equitativamente por el juez a solicitud de la parte obligada con la cláusula penal, cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Mediante la incorporación del precepto que permite la reducción de la cláusula penal, consideramos que se desnaturaliza la finalidad de la cláusula penal.

FELIPE OSTERLING PARODI, comentado este artículo, sostiene:

“Si la cláusula penal tenía el propósito, justamente, de evitar la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, parece claro que el artículo 1346 desnaturaliza la institución”. —Agrega que—, “Todo ello conduce, en definitiva, a lo que se trató de evitar: la controversia sobre la existencia de los daños y su monto. Y en este orden de ideas, no se libera al acreedor de las dificultades que puede presentar la prueba del perjuicio o el arbitrio judicial en su estimación, ni la institución alcanza a constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones”⁵⁹.

En definitiva, el legislador peruano que consideró conveniente, mediante la inclusión de la cláusula penal, facultar a las partes para que, en ejercicio de su autonomía privada, prevean una forma de evitar el incumplimiento de sus respectivas obligaciones; obstaculiza este objetivo mediante la posibilidad de la reducción judicial de la cláusula penal cuando ésta sea excesiva. Con una mano borra lo que hizo con la otra.

58 Cfr. OSTERLING PARODI, FELIPE, *Las obligaciones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pág. 224.

59 Cfr. OSTERLING PARODI, FELIPE, *Las obligaciones, ob. cit.*, pág. 229.

Nuestra postura se encuentra orientada a vigorizar la figura de las cláusulas penales siempre que ellas tengan por finalidad prevenir no sólo el incumplimiento de la obligación por uno de los contratantes, sino además los posibles daños que pueda sufrir la otra parte. En tal sentido, la cláusula penal aceptada libremente por ambas partes no debe ser reducida por el juez.

Por otro lado, el carácter “excesivo” que determinaría su reducción es completamente subjetivo. En este sentido, la revisión judicial de las penalidades pactadas altera la seguridad contractual que debe reinar en la contratación.

Los argumentos de la inclusión de la ejecución y venta extrajudicial del bien hipotecado son aplicables a la eliminación de la intervención judicial para reducir la cláusula penal. En efecto, la parte que debe cumplir con la cláusula penal, es la única que tiene la posibilidad de cumplirla o no. Por ejemplo, cuando el arrendatario no desocupa el departamento en la fecha de vencimiento del contrato, generalmente no lo hace porque no le da la gana. Si un arrendatario sabe que su contrato vence el 31 de diciembre del 2003, y faltan 30 días o más, debería estar pensando si renueva el contrato o busca un nuevo hogar. Por su parte, el propietario estará pensando si el arrendatario desea continuar en el departamento o de lo contrario, colocará un aviso en el diario ofreciéndolo en arrendamiento. Desde luego, que esto no ocurre en la realidad, aunque existen algunas poquísimas excepciones.

Entonces, es el futuro obligado a la cláusula penal, quien se encuentra en la posibilidad de controlar la situación y evitar la aplicación de las penalidades libremente pactadas.

Últimamente hemos sido testigos de la negativa de algunas instituciones financieras y bancarias, así como de los almacenes generales, a recibir, por adelantado, el pago de las cuotas de sus deudores. Si una persona adquiría determinados productos mediante el pago de cuotas mensuales, no podía efectuar pagos adelantados o aun el pago total de su deuda, pues ello no estaba permitido por su acreedor. Los almacenes generales alegaban el respeto de los términos contractuales, pero sabemos que ello es una excusa, pues en el fondo su negocio es vender al crédito y con plazos de pago muy largos. Sin embargo, ante los reiterados reclamos de parte de los consumidores, el Estado se encontró en el apremio de dictar la Ley 27251, publicada en el *Diario Oficial “El Peruano”* el 7 de enero de 2000, con la finalidad de modificar la *Ley de Protección al Consumidor*, adicionando como uno de los derechos de los consumidores, la facultad de efectuar pagos anticipados en las operaciones de crédito, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago, “incluyéndose los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre sí”. A nuestro entender dentro de estas cláusulas contractuales pactadas entre sí, se encontrarían las cláusulas penales.

En consecuencia, actualmente, nada impide que los consumidores realicen pagos anticipados de los saldos de su deuda, con lo cual se ha eliminado la limitación a la autonomía privada que pactaban en su contra, empero de existir cláusulas penales deberán cumplirlas.

Esto que parece normal en el tráfico comercial, merece una reflexión. Hemos señalado que la contratación masiva o estandarizada es una limitación del mercado a la autonomía privada, en tanto elimina o reduce la libertad contractual que tienen las personas para determinar el contenido de sus contratos. Sin embargo, en casi todos los contratos predispuestos se incorporan cláusulas penales en caso de incumplimiento de las obligaciones de parte del contratante que se adhiere, con la finalidad de que éste cumpla con sus obligaciones puntualmente.

Al respecto, cuando se incorporen cláusulas penales en los contratos predispuestos se debe informar previamente a los consumidores o adherentes. Si se informa adecuadamente al consumidor se evitaría que posteriormente se niegue a su cumplimiento en razón del desconocimiento, ya que muy bien informados, los consumidores podrán tomar decisiones que luego no podrán desvincularlos jurídicamente.

Finalmente, así como los contratantes que elaboran unilateralmente los contratos para el tráfico masivo de bienes y servicios, publicitan los beneficios en sus negocios, también deben ser honestos para informar de las sanciones privadas si es que incumplen. Supongamos que una empresa publica avisos, afiches o folletos en los diferentes medios de comunicación, informando a los consumidores que se sorteará un automóvil para todos aquellos que se encuentren al día en sus pagos, también debe informarlos de que cuando incumplan, por ejemplo el pago de una cuota, se le aplicará determinada sanción privada, contemplada en la cláusula penal del contrato. Esto no es solamente justo, sino que es necesario para la seguridad del tráfico comercial. De lo contrario la publicidad es incompleta. Creemos que empresarios, dignos y honestos, actuarán de esa forma, pues lo contrario es atentar contra la sociedad, pues se está ocultando información. La información, es un elemento importante en la contratación masiva o estandarizada, pues equilibra los derechos de las partes contratantes, ya que solamente una de ellas elabora el contenido del contrato.

11. LA AUTONOMÍA PRIVADA FRENTE A LA LESIÓN Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

La lesión, en cualquier clase de contrato, es el aprovechamiento que uno de los contratantes realiza sobre el estado de necesidad de la otra parte, a través de la

desproporción de las prestaciones al momento de celebrarse el contrato. Tal desproporción, según el artículo 1447⁶⁰ de nuestro *Código Civil*, debe ser mayor de las dos quintas partes. De acuerdo al precepto citado, cuando exista lesión en un contrato, la parte lesionada o perjudicada, puede solicitar judicialmente la rescisión del contrato y por lo tanto la ineficacia del mismo.

Por su parte, la excesiva onerosidad de la prestación se presenta en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se rompe el original equilibrio contractual y la ejecución de una de las prestaciones llega a ser excesivamente onerosa para una de las partes. En este caso, de acuerdo al artículo 1440⁶¹, la parte perjudicada puede solicitar la revisión judicial del contrato a efecto de que el juez reduzca o aumente las prestaciones y logre así, nuevamente, el equilibrio contractual de la relación contractual.

Resumiendo, en la lesión existe un desequilibrio originario de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y en la excesiva onerosidad de la prestación un desequilibrio sobrevenido a su celebración.

Mediante ambas figuras se puede revisar judicialmente (excesiva onerosidad de la prestación) o rescindir el contrato (lesión), con lo cual la fuerza obligatoria del contrato, el *pacta sunt servanda*, se relativiza.

Por estos motivos y argumentando la crisis de la seguridad jurídica, un sector de la doctrina se ha pronunciado por la derogación de ambas figuras jurídicas ya que atentan contra la autonomía privada, el cumplimiento de los contratos y el normal tráfico patrimonial que el Estado está en la obligación de garantizar.

No obstante, las razones esbozadas, consideramos que existe una visión parcial del problema.

60 Artículo 1447. "La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos".

61 Artículo 1440. "En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas".

En primer lugar, el contrato es el medio que permite la circulación de la riqueza y no el abuso de un contratante sobre otro. En segundo lugar, la seguridad jurídica y la justicia no son principios que se contraponen, sino que se coadyuvan, se necesitan mutuamente, pues sólo mediante ambos se puede lograr el bien común, entendido, como el bienestar de cada uno y el de toda la sociedad en su conjunto. Igualmente, el derecho al ejercicio de la libertad y, dentro de ella, a la autonomía privada contractual, tiene límites y no puede atentar contra la libertad de los demás, pues no olvidemos que la libertad de uno termina donde comienza la libertad de los demás.

Finalmente, la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación, pretenden ser eliminadas porque ellas impiden, como dijimos, el tráfico patrimonial y la inversión privada, tanto nacional como extranjera.

Ello no es cierto, pues todos somos testigos de que en nuestro país existe inversión privada y el tráfico patrimonial no se ha visto interrumpido.

En consecuencia, si bien ambas figuras limitan la autonomía privada, en tanto permiten la revisión judicial de los contratos, creemos que conjugan muy bien dentro de un sistema económico que busca la seguridad jurídica y la justicia contractual, así ambas figuras permiten que se corrijan las desproporciones y desequilibrios de una relación jurídica contractual, originaria y sobrevenida.

12. LA DENOMINADA “CRISIS DEL CONTRATO”

Un sector de la doctrina, en los últimos tiempos, ha venido cuestionando la validez y la vigencia del contrato, argumentando que el contrato ha dejado de ser una institución sólida, pues cada vez es mayor la intervención del Estado. En consecuencia, la doctrina civilista ha señalado que:

“Uno de los fenómenos más notorios (y para muchos más alarmantes) del derecho contemporáneo, es la llamada crisis del contrato”⁶².

62 Véase BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 7ª edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, t. II, pág. 122.

Muchos son los autores que se han ocupado de la *crisis del contrato*⁶³, otros prefieren referirse a la *decadencia del contrato*⁶⁴, y algunos más radicales hablan de la *muerte del contrato*⁶⁵.

En cambio, para LÓPEZ DE ZAVALIA no existe una crisis del contrato, sino que él está “buscando su punto de equilibrio”⁶⁶.

Muchas son las razones que han contribuido al surgimiento de la tesis sobre la crisis del contrato. Se dice que la autonomía de la voluntad ya no impera soberana como otrora y que los estados intervienen en los contratos, modificándolos, prorrogando su vigencia, forzando a celebrarlos, a pesar de la voluntad contraria de los interesados, o dispensándolos, otras veces, de cumplir con sus promesas.

Sobre la crisis del contrato AURELIO RISOLÍA sostiene que:

“Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha concluido en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados (...). La gama de categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, su formación se auxilia de nuevos recursos técnicos, y la institución en sí alumbró nuevas obligaciones, antes ignoradas”⁶⁷.

Entonces, ¿cómo referirse a la crisis del contrato, cuando hay un incremento en su número, se diversifican sus especies y se aumenta su contenido obligatorio?

LARROUMET señala que:

“lo que a veces se denomina “crisis del contrato” no es nada más que una crisis de la autonomía privada”.

El término *crisis del contrato*⁶⁸ no debe entenderse como la decadencia o la muerte de él, sino que, por el contrario, debe entenderse como una mutación, una evolución de la institución contractual.

63 El profesor argentino MARCOS A. RISOLÍA tiene un profundo estudio sobre el tema bajo el título de: *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958. También se puede consultar a RIPERT, GEORGES, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, Editorial José M. Cajicá Jr., Puebla - México, 1951.

64 Véase DE BUEN LOZANO, NÉSTOR, *La decadencia del contrato*, Editorial Porrúa, México, 1986.

65 Véase GILMORE, GRANT, *The death of contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.

66 LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO, *Teoría de los contratos*, 2ª edición, Editorial Víctor V. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, pág. 49.

67 Puede encontrarse su posición en sus tesis doctoral publicada en 1958 y convertida en un clásico del derecho, *Soberanía y crisis del contrato*, *ob. cit.*, págs. 116-117.

68 Sobre las diferentes acepciones del término “crisis” puede consultarse el excelente trabajo de los juristas argentinos ATILIO ANÍBAL ALTERINI y ROBERTO LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 12-16. Para estos autores, la crisis del contrato no es tal, sino es una crisis de la autonomía de la voluntad.

13. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA BUENA FE: PILARES FUNDAMENTALES DEL CONTRATO

El carácter absoluto o relativo de la autonomía privada es un tema que viene generando una ardua polémica, pues sobre la base de ella se fundamenta gran parte de las reformas a introducirse en el *Código Civil* peruano.

Ahora bien, la autonomía privada no es el único principio fundamental sobre el que descansa la contratación privada, pues existe otro principio de igual jerarquía como la buena fe, y de la sumatoria de ambos debe determinarse la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*).

Del mismo modo, el campo de aplicación de la autonomía privada depende en gran medida del sistema económico y de la voluntad del Estado, pues mediante el legislador se determinará los alcances de la autonomía privada. Recordemos que con la Revolución francesa, el contrato era considerado una ley ente las partes, en tal sentido, uno podía pactar todo lo que quisiese, pero siempre que no atentara contra el orden público y las buenas costumbres. Luego, el Estado interviene para corregir abusos en la contratación de unos contratantes sobre otros, considerados como débiles jurídicos, pero que no deben identificarse necesariamente con los deudores.

Hoy en día, se propugna la supresión de las limitaciones a la autonomía privada y una total libertad a las personas para contratar. Nos preguntamos: ¿se debe otorgar absoluta autonomía privada a los particulares para que contraten libremente o, por el contrario, se debe imponer algunas limitaciones a la libertad de contratación?

Independientemente de lo que piense algún sector de la doctrina, que considera al individuo como un ser racional y que nadie mejor que él para saber lo que quiere y lo que le conviene y que el Estado no debe intervenir en las relaciones contractuales de los particulares; nuestra posición está orientada a defender la protección de los débiles jurídicos, el interés social o el bien común, que no es otra cosa que la tutela de los débiles. Por lo tanto, la autonomía privada entre sujetos con igual poder de negociación, que han discutido el contrato detenidamente y han incorporado cláusulas penales exorbitantes debe respetarse, pero si estamos ante el sistema de contratación masivo, donde los contratos son predispuestos y no se ha informado a los consumidores o adherentes de los beneficios y los posibles perjuicios ante un incumplimiento de sus obligaciones, se hace necesaria la intervención del Estado, no sólo para revisar el contenido del contrato o rescindirlo, de ser el caso, sino también para sancionar al contratante inescrupuloso que no actúa de buena fe, es decir, leal y honestamente en sus relaciones contractuales.

Somos conscientes de que la autonomía privada, ha sido, y es, la piedra angular del contrato, pero ella no actúa sola, pues es como la pierna de una persona que necesita de la otra para que el cuerpo humano, el contrato, se sostenga y cumpla a cabalidad su función. Esta otra pierna es nada menos que la *buena fe*.

Pero ¿qué es la buena fe?⁶⁹. Existe consenso en la doctrina respecto a que éste es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es, sino que le ha dado precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico.

Como bien señala el doctor MANUEL DE LA PUENTE,

“la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. Quizá por eso RIPERT, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que “la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo”⁷⁰.

La doctrina uniformemente considera que la buena fe, en sentido jurídico, se ha incorporado al derecho en dos sentidos: uno subjetivo, y otro objetivo.

En sentido *subjetivo* la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama *buena fe - creencia*. Y en sentido *objetivo*, la buena fe actúa como regla de conducta, es un *estándar jurídico* que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine *buena fe - lealtad*.

El *rol* fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos (así, el artículo 908 del *Código Civil* peruano establece que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos); mientras el de la buena fe objetiva es imponer deberes (el artículo 1272 del *Código Civil* dispone que si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo).

69 Sobre la importancia de la buena fe, recomendamos el trabajo de la profesora ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA intitulado “La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno”, publicado en la obra colectiva *Contratación privada*, Juristas Editores, Lima, 2002, págs. 73-109.

70 Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, MANUEL, “La fuerza de la buena fe”, en *Instituciones de derecho privado*, dirigida por ALTERINI, DE LOS MOZOS Y SOTO, *ob. cit.*, vol. I, págs. 275-276.

El maestro LEÓN BARANDIARAN comentando el artículo 1328 del *Código Civil* peruano de 1936 (los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes), expresa que mediante la buena fe se atempera el rigor formalista de los términos literales del contrato, al ser sometido a los principios inabdicables de la equidad y la justicia.

Atendiendo a ambos principios contractuales, la autonomía privada y la buena fe, contemplados en los artículos 1354, 1361, 168 y 1362 del *Código Civil* y en los artículos 2º (inciso 14) y 62 de la *Constitución Política*, las partes de un contrato deben contratar, no únicamente bajo el imperio de la autonomía privada y el *pacta sunt servanda*, sino respetando también el principio de la buena fe contractual, que según ATILIO ANÍBAL ALTERINI⁷¹ es, o debería ser, la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica que no debe ser considerado únicamente para la celebración del contrato, sino que además debe extenderse inclusive, a la parte de formación del contrato, de tal suerte que sea determinante para efectos de suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función calificadora e integradora, permitiendo precisar cuáles son los alcances en el que el contratante esté jurídicamente vinculado⁷².

Por ejemplo, si aplicamos ambos principios a la contratación estandarizada, podemos señalar que no existe buena fe contractual en el contratante que, teniendo la ventaja de redactar unilateralmente el contenido del contrato, incorpora cláusulas abusivas en perjuicio del futuro contratante que se adhiere a las cláusulas generales de contratación. Por lo tanto, en aplicación de los artículos 168 y 1362, normas de carácter imperativo, los adherentes a contratos predispuestos estarían facultados para solicitar al juez la revisión del contrato, atendiendo a la falta de buena fe contractual por el predisponente; por su parte, el juez podrá declarar nula o ineficaz la cláusula abusiva o resuelto el contrato si la relación contractual es notoriamente desequilibrada.

En apoyo de nuestra tesis, RIPERT⁷³ ha manifestado que si una de las partes viola la obligación general de actuar de buena fe, el juez puede, a pedido, de la otra parte, pronunciar la resolución del contrato, tal como si una obligación precisa no hubiera sido cumplida.

71 Cf. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Contratos*, ob. cit., pág. 33.

72 Cf. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Contratos*. (civiles - comerciales - de consumo). Teoría general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 33 y sigs.

73 RIPERT, GEORGES, *La regle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pág. 298, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, "La fuerza de la buena fe", en *Instituciones de derecho privado*, ob. cit., vol. I, págs. 284-285.

Por su parte, el maestro GUILLERMO BORDA, entendiendo el principio de la buena fe como el hecho de que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales; señala que un juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse,

“qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta”⁷⁴.

Entonces, mediante la aplicación del principio de la buena fe se pueden corregir los excesos del *pacta sunt servanda*, y con mayor razón en el sistema de contratación masiva o predispuesta, donde la libertad contractual se encuentra limitada en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales o ausente en los contratos por adhesión.

Ratificamos nuestra posición de que la contratación privada reposa en los principios fundamentales de la autonomía privada, la buena fe, la fuerza obligatoria y el efecto relativo del contrato, siendo la buena fe contractual el más importante de todos ellos, pues impone a las personas el

“deber de comportarse leal y honestamente en sus relaciones contractuales”;

por lo tanto, las personas deben comportarse lealmente en toda la fase previa a la contratación o tratativas, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas creadas por el contrato, así como en la ejecución de las prestaciones.

La Comisión de Reforma del Código Civil en su afán de mejorar el *Código Civil* de 1984 consideró indispensable incluir, en el Proyecto de Título Preliminar, al principio de la buena fe como un principio general del derecho aplicable no sólo a las relaciones contractuales, sino a todos los actos que realicen las personas, así el artículo V establece:

“Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”⁷⁵.

Consideramos trascendente el fallo de la Corte Suprema de la República del Perú que data de 1987 (PORTUGAL, MÉNDEZ, VALLADARES, PERALTA Y LINARES) y que

74 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Manual de contratos*, decimaséptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 54.

75 Sobre la reforma del título preliminar del Código Civil de 1984, puede verse nuestro trabajo intitulado “El título preliminar del Código Civil peruano: ¿reforma o enmiendas?”, publicado en la obra colectiva *El Código Civil del siglo XXI. (Perú y Argentina)*, MUÑIZ ZICHES, JORGE; ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y SOTO, CARLOS ALBERTO (coordinadores), Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, t. I, págs. 127-180.

se refiere a la importancia de la buena fe y la facultad de los jueces de intervenir en las relaciones contractuales a efecto de equilibrar la igualdad de las partes. En los considerandos de la referida jurisprudencia expresamente se establece que:

“(…) el rigor del principio “*pacta sum servanda*” (*sic*) se atempera con las exigencias de la buena fe y de la equiparación de las prestaciones que sustentan el régimen de las contrataciones correspondiendo el (*sic*) órgano jurisdiccional, cuando ellas no concurren, establecer la igualdad de las partes contratantes, previniendo justamente el abuso del derecho (...)” (expediente n° 822-87 / Lima)⁷⁶.

76 Véase RETAMOZO, ALBERTO y P