

DERECHO CIVIL

Capítulo 2

**Alfredo Bullard
Gastón Fernández**
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

AUTONOMÍA PRIVADA, CONTRATO Y CONSTITUCIÓN

Carlos Cárdenas Quirós

I. Introducción.

En esta relación me propongo evaluar los alcances del artículo 62 de la Constitución, en particular de su primer párrafo. El texto completo del artículo es el siguiente:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

II. Humanización del contrato.

Se ha supuesto que sobre la base del principio de la autonomía privada expresada a través de la libertad contractual (posibilidad de fijar los términos y condiciones de un contrato) y de la libertad de contratar (posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién), las partes generalmente ofertan y aceptan con plena libertad los términos de un contrato¹.

1 Messineo diferencia con claridad la libertad contractual de la libertad de

Sin embargo, el principio de la autonomía privada nunca ha sido absoluto. Ni siquiera en Francia, que lo consagró legislativamente en el artículo 1134 del Código Napoleón se ha aplicado irrestrictamente. Por ello, De Castro y Bravo sostiene con razón la existencia de límites inmanentes o intrínsecos de la autonomía privada.²

Anteriormente, Ripert había afirmado que : “El error del liberalismo en su doctrina misma es decir que todo contrato se forma y cumple bajo el signo de la libertad. Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más potente encuentra en el contrato una victoria sumamente fácil. Impulsado por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien ajeno para su propia satisfacción”³.

Por su parte, más recientemente, Jordano Fraga⁴ se refiere primero a “los planteamientos liberales, a la luz de los cuales se había proclamado la sacralidad (el carácter absoluto) del “pacta sunt servanda”, como consecuencia de conocidos planteamientos ideológicos: el orden justo - tanto en el sentido de lícito como en el de conveniente- es el que resulta del libre y espontáneo acuerdo de las fuerzas del mercado (“laisser-

contratar al explicar que “mientras el término antitético de la libertad contractual es la preparación unilateral de cláusulas (...) el término antitético de la libertad de contratar es sólo la obligación de contratar (...) (Francesco Messineo, “Doctrina general del contrato”, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, págs. 18 y 19). Este mismo autor expresa que con “...el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho, la piedra angular de la disciplina general del contrato.” (op. cit., pág. 15).

- 2 De Castro y Bravo, Federico, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, pág. 62 Cfse. también del mismo autor: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. En: Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1982, págs. 987 y ss.
- 3 Ripert, Georges, “El régimen democrático y el derecho civil moderno”, Editorial José M. Cajica Jr., México, 1951, pág. 148.
- 4 Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, págs. 322 y 323.

faire”), la justicia formal (acuerdo) equivale a la sustancia (de su contenido). En este marco liberal los límites de la autonomía de la voluntad cobran un carácter marcadamente excepcional: la ley es la ley imperativa, el orden público, el respeto de las instituciones fundamentales del Estado, y la moral o buenas costumbres se circunscriben al ámbito sexual”.

El autor concluye conviniendo en el abandono de la concepción liberal de la autonomía contractual como ámbito del arbitrio de la voluntad pura y sin límites, para recuperar su sentido originario y tradicional, y sostiene: “No se trata tanto de que haga crisis la autonomía de la voluntad (que sigue siendo idea central del Derecho privado) cuanto el modo se concebía sobre la base de los prejuicios liberales”.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico tiene sentido solamente como cauce a través del cual la persona puede realizar sus ideales, intereses, fines y aspiraciones. En ese marco, el contrato aparece como uno de los medios de realización de la persona en la vida social⁵.

En opinión de Santos Briz: “El enfoque de lo social dentro del Derecho de obligaciones en general a de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista (lo cual no quiere decir en modo alguno individualista), en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana”⁶.

Por todo ello, si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los otros.

Dentro de esta perspectiva, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que denomino como “humanización del contrato”. Ello implica concebir el contrato como un medio integra-

5 Cfse. Díez-Picasso, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Volumen I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pág. 126.

6 Santos Briz, Jaime, “La contratación privada”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 32.

dor, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte sobre otra. Así resulta exacta la afirmación de Mosset Iturraspe de que “el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social”⁷.

Lo expuesto implica que, frente a circunstancias verdaderamente graves, el legislador vea la necesidad de intervenir, excepcional y transitoriamente, en las relaciones jurídicas en curso de ejecución. Vinculado con ello, ¿acaso el Presidente de la República no está autorizado constitucionalmente para dictar medidas extraordinarias, que tendrán vigencia temporal, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional (artículo 118, inciso 19) ?

Si la fuerza de la ley, que el individualismo liberal extiende al contrato, puede ser afectado por medidas de excepción, ¿cabe proclamar la llamada santidad, soberanía o intangibilidad del contrato como dogma? Si la respuesta fuera afirmativa, posición que no comparto, entonces habría que propender también el inmovilismo o inmutabilidad del orden legal, invocando para ello la idea de la “inseguridad” que produce todo cambio legislativo.

III. La Autonomía Privada y el Código Civil de 1984.

El Código Civil vigente se inscribe en esa tendencia humanizadora, socializadora del contrato. Por ello algunos, equivocadamente, han llegado a calificarlo de socialista, lo que constituye un manifiesto exceso, y postulan incluso su derogación y el regreso al Código de 1936.

7 Mosset Iturraspe, Jorge, “Justicia contractual”, EDIAR, Buenos Aires, 1977, pág. 79. En esta misma línea, afirma Wayar que: “el contrato cumple una función social. Más aún, es un instrumento para la cooperación social, de tal suerte que no puede servir de medio para la satisfacción de intereses egoístas o puramente individuales, cuando con ello se vulnera el interés social” (Wayar, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 514.)

Lo que resulta claro es, en palabras de André Tunc⁸, que “ni el liberalismo, ni el socialismo, pueden pretender haber instaurado la justicia dentro de la sociedad y dado al hombre el máximo de posibilidades para desarrollar sus valores”.

El Código Civil respeta el principio de la autonomía privada. En ese sentido, el artículo 1354 establece que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Acoge así una de las manifestaciones del principio en cuestión, el de la libertad contractual o de configuración interna, es decir, la libertad de los contratantes de decidir sobre el contenido del contrato que celebran.

La libertad de configuración tiene como presupuesto la llamada libertad de contratar o de conclusión, que comprende las facultades de celebrar un contrato o no hacerlo, de elegir al contratante; en fin, de decidir cómo y cuándo se contrata.

La libertad de configuración interna se encuentra limitada por las normas imperativas y, a tenor de lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, por las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

Lo establecido en el artículo 1354 es concordante con lo señalado por el artículo 2, inciso 14, de la Constitución, según el cual, toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Conviene señalar que el artículo 1354 citado es de aplicación a los contratos por celebrarse.

Por su parte, el artículo 1355 del Código Civil agrega un concepto, que resulta de aplicación a los contratos ya celebrados: “La ley, por con-

⁸ Tunc, André, en : Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. No. 43, México D.F., 1962, pág. 17.

sideración de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos". Este artículo importa un reconocimiento explícito al intervencionismo legislativo.

Aprecia acertadamente De la Puente y Lavalle⁹, que "el contrato ha dejado de ser obra exclusiva de los particulares para convertirse en el producto de la acción conjunta de ellos y del Estado, con miras a obtener la satisfacción de necesidades comunes. La vida moderna pone cada vez más de manifiesto que es indispensable la colaboración de unos y otros para conjugar sus respectivos intereses, pues si bien corresponde a los particulares establecer entre sí relaciones jurídicas, corresponde también al Estado velar porque tales relaciones se encuentren dentro del marco del orden social, desde que el contrato es actualmente un fenómeno social y no exclusivamente individual".

Ahora bien, si la ley ha atribuido a los particulares el poder de establecer una relación jurídica obligatoria que los vincule, y es esto lo que constituye la autonomía privada, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico, que concede el carácter obligatorio a los contratos en cuanto se haya expresado en ellos -artículo 1361 del Código Civil-, restrinja la amplitud del marco dentro del cual tales particulares pueden desenvolverse, afectando incluso relaciones en curso de ejecución.

IV. Aplicación inmediata de la ley y relaciones jurídicas patrimoniales en curso de ejecución.

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que "la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

9 De la Puente y Lavalle, Manuel "El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil." Vol. XI. Primera Parte - Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1991, pág. 305.

La Constitución ha previsto la retroactividad sólo en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103, segundo párrafo).

El artículo III citado consagra la aplicación inmediata de la ley, lo que supone en el caso específico de las relaciones obligatorias vigentes, es decir, aquellas que se encuentran en curso de ejecución, que se les apliquen las nuevas normas imperativas o de orden público, más no las de orden dispositivo, esto es, las que son supletorias de la voluntad de las partes. Ello se explica por el hecho de que no pueden ser invocados derechos irrevocablemente adquiridos respecto de normas de orden público o de carácter imperativo.

Precisamente, en estos términos estaba planteada la propuesta del artículo III del Título Preliminar que formulé a la Comisión Revisora del Código Civil con fecha 25 de mayo de 1983:

“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

No tienen fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución.

No son aplicables las nuevas leyes supletorias a los contratos en curso de ejecución”.

La propuesta tenía su antecedente en el artículo 3 del Código Civil Argentino, de acuerdo con el texto ordenado por la Ley No. 17711.

La Comisión Revisora no reprodujo lo establecido en el tercer párrafo del artículo propuesto por considerarlo obvio.

Debe indicarse que la aplicación inmediata de la ley a las relaciones en curso de ejecución no implica que sean afectadas las condiciones de validez y forma de dichas relaciones. Si ello se admitiera, se trataría de una aplicación retroactiva de la ley que, como se ha expresado, está autorizada por la Constitución únicamente en el campo penal.

V. El artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993.

1. Antecedentes.

- a) Primer anteproyecto de la nueva Constitución (diario oficial “El Peruano”, 28 de mayo de 1993).

CAPITULO
PRINCIPIOS GENERALES
TITULO
REGIMEN ECONOMICO

“Artículo 11.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales; la protección de los contratantes, por excesiva onerosidad en la prestación se rige por el Código Civil”

“Artículo 12.- El Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos ley.”

- b) Segundo Anteproyecto de la nueva Constitución (diario oficial “El Peruano”, 22 de junio de 1993):

TITULO
REGIMEN ECONOMICO
CAPITULO
PRINCIPIOS GENERALES

“Artículo 90.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen retroactivamente los términos contractuales. La protección de los contratantes, contra excesiva onerosidad en la prestación, se rige por el Código Civil.”

“Artículo 91.- El Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos-ley”.

- c) Proyecto de Constitución (diario oficial “El Peruano”, 1 de julio de 1993):

TITULO III
REGIMEN ECONOMICO
CAPITULO I
PRINCIPIOS GENERALES

“Artículo 63.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales. La protección de los contratantes por lesión, evicción, saneamiento, excesiva onerosidad de la prestación y resolución por incumplimiento del contrato, se rigen por el Código Civil”.

“Artículo 64.- El Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos-ley”.

- d) Constitución a ser sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993 (diario oficial “El Peruano”, 7 de septiembre de 1993):

TITULO III
DEL REGIMEN ECONOMICO
CAPITULO 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 misma vía contractual o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin per juicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Una vez aprobada en referéndum, la nueva Constitución fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y publicada en el diario oficial "El Peruano" el día siguiente. Entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993.

2. Fundamentos del Artículo 62

Antes de comentar los alcances del artículo constitucional, merece la pena reproducir algunos textos de carácter oficial o semi-oficial que permiten conocer las razones que sustentan su incorporación.

- I) En primer lugar, cabe mencionar el documento titulado "Los cambios del Anteproyecto Constitucional", que corresponde a un resumen de la exposición efectuada en diversas ciudades del país, por el Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, Doctor Carlos Torres y Torres Lara¹⁰
En él se señala lo que sigue:

"Para esto hay que superar el mercantilismo, es decir, la política de los favores mediante los cuales, cada grupo obtiene la mejor posición para no competir. Terminemos con eso, como se ha establecido en el Proyecto de la Constitución: no habrá más beneficios que los que se otorguen calificados en la Constitución, como en el caso de la educación que debe ser gratuita para quienes no puedan pagarla. Que no nos convirtamos en concesionarios de favores. Que los políticos no traten de llegar al poder para favorecer a su sector, a sus empresas, porque las reglas deben ser iguales para todos, para los más poderosos y para los más modestos, que todos sepan que tienen las mismas reglas que los más poderosos, que tienen libre acceso al mercado y que no hay que rogar favores a ningún político para poder actuar en competencia.

Para eso será necesario hacer una reforma radical en nuestro país y que está colocada en este anteproyecto de la Constitución. Esta reforma es restaurar el poder del contrato en las relaciones entre las personas, porque el contrato permite la interrelación de las perso-

10 Diario oficial "El Peruano", Lima, 3 de junio de 1993, página A-8

nas y las empresas para determinar sus relaciones, obligaciones y derechos. Si nosotros concedemos al contrato dicha fuerza, habremos avanzado sustancialmente, pues ¿qué ha ocurrido en nuestro país en esta materia? En este suelo de utopías, generosas y sagradas que tenemos, ha sucedido que cuando se produce una situación que parece injusta, se dan leyes para modificarla, un caso típico son los contratos de arrendamiento. Las últimas estadísticas indicaron que un alto porcentaje de las viviendas están desocupadas y que sus propietarios no las alquilan, porque los propietarios saben que si las arriendan las leyes de inquilinato pueden cambiar los contratos favoreciendo a los inquilinos y nada hará valer el contrato.

Pues bien, esto primera vista puede parecer justo y un grupo de políticos en el Parlamento puede decidirse a cambiar los contratos para ganar votos, con la mayoría que son inquilinos. Para eso siempre habrán razones importantes. La mayoría va a aplaudir, pero hemos creado un conflicto gravísimo, ¿por qué?, porque si bien mayoritariamente puede ser una norma justa, ¿qué pasa con la señora que vive solamente de la merced conductiva de la casita que le dejó su esposo, que ha fallecido, y con lo cual se alimenta? ¿Qué pasa con el enfermo que alquiló su casa, salió a vivir en un departamento estrecho para que con la merced conductiva que le produce su vivienda pudiera pagar los medicamentos para su enfermedad?, y así sucesivamente. Una ley nunca ve los casos específicos, entonces es necesario establecer dos reglas fundamentales: primero, la validez plena de los contratos, precisándose en el anteproyecto que el Estado no puede dar leyes modificando los contratos, salvo, por supuesto, los contratos que se suscriban a partir de la nueva ley hacia adelante. Esto da seguridad a las transacciones.

¿Y las injusticias que pudieran haberse cometido en un contrato? Esas injusticias que siempre existen, nunca deben ser corregidas por una ley de carácter general, sino en el Poder Judicial, vale decir, a través del mecanismo de compensación que existe cuando se produce un contrato en donde se produce una excesiva onerosidad en la prestación. Por lo tanto, los elementos de injusticia que pueden producirse en las relaciones entre las personas, a través de los contratos, deben ser corregidos caso por caso y no generalizar las normas en base al poder político de turno porque, ¿quién puede ve-

nir a invertir en un país, en donde se cambian las reglas pactadas en un contrato en cualquier momento?”

- ii) En el dictamen del Proyecto de Constitución publicado el 1 de julio de 1993 en el diario oficial “El Peruano”, se expresa lo siguiente:

“Para esto hay que superar el mercantilismo, es decir, la política de los favores mediante los cuales, cada grupo obtiene la mejor posición para no competir. Para terminar con eso se ha establecido, en el Proyecto de la Constitución que proponemos, que no habrá más beneficios que los que se otorguen calificados en la Constitución, como en el caso de la educación que debe ser gratuita para quienes no pueden pagarla.

Esta reforma significa restaurar el poder del contrato en las relaciones entre las personas, porque éste permite la interrelación de las personas y de las empresas para determinar sus relaciones, obligaciones y derechos. Al conceder al contrato dicha fuerza, hemos avanzado sustancialmente, para evitar lo que ha sucedido antes: cuando se producía una situación que parecía injusta, se daban leyes para modificarla, como en el caso de los contratos de arrendamiento. Las últimas estadísticas indicaron que un alto porcentaje de las viviendas, están desocupadas y que sus propietarios no las alquilan, porque saben que si las arriendan las leyes de inquilinato pueden cambiar los contratos favoreciendo a los inquilinos, y lo pactado en el contrato quedará sin valor.

Para evitar estas situaciones, dar seguridad jurídica y propiciar las inversiones, ha sido necesario establecer una regla fundamental: la validez plena de los contratos, precisándose en el proyecto que el Estado no puede dar leyes modificándolos y que la protección de los contratantes se hará conforme al Código Civil cuando exista excesiva onerosidad en la prestación, lesión, resolución por incumplimiento, etc.”

- iii) Finalmente, en una conferencia sustentada por el doctor Torres y Torres Lara el 24 de setiembre de 1993¹¹ se sostiene:

11 La nueva Constitución del Perú 1993. Antecedentes, fundamentos e histo-

“Hay otro concepto fundamental en este cambio. Es la visión sobre los contratos (art. 62). Se establece una nueva forma por la cual se prohíbe la dación de disposiciones legales que modifiquen los contratos, porque ha sido usual en el Perú, como en toda Latinoamérica, ese espíritu de justicia generalizada, en donde un legislador un día piensa que los alquileres están muy altos, y entonces promueve una ley normando que los alquileres queden congelados, y, por supuesto, muchos aplauden, pero no piensan en aquella anciana que vive con los alquileres de esa casa, o en aquel que trabajó durante cincuenta años y tiene una indemnización que la invirtió en un pequeño departamento que le sirve para sobrevivir, no se piensa en el enfermo que con ese arrendamiento está pagando sus medicinas. Esa justicia “general” no es justicia. La nueva Constitución traslada esta función a donde debe estar, al Poder Judicial. Allí deben determinarse los excesos en los contratos, allí debe determinarse el equilibrio de la contratación en la relación uno a uno, y no por decisiones legislativas que a la larga resultan absolutamente demagógicas y paralizadoras de la economía, porque la economía de mercado se basa en la contratación, y si la contratación no es segura, no puede producirse lo que se llama estabilidad para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convalidado al país”.

3. Comentarios al Primer párrafo del artículo 62: una interpretación restrictiva.

Los textos transcritos ofrecen una idea bastante clara acerca de las razones que sustentaron la inclusión del primer párrafo del artículo 62 constitucional.

Es exacto que en el Perú, se ha abusado del intervencionismo legislativo, fundamentalmente en materia de arrendamientos urbanos. Así ocurrió, hace algunos años, con los Decretos Supremos Nos. 370 y 395-85-EF dictados en julio y agosto de 1985, respectivamente. Como se re-

ria documentada. Asesorandina S.R.L. Lima, Noviembre, 1993, págs. 36 y 37.

cordará, el primero de ellos fijó la renta de los contratos de arrendamiento de acuerdo al monto que se encontraba vigente el 27 de julio de 1985, flexibilizándose el régimen con el curso de los años. El segundo prorrogó la vigencia de los contratos de arrendamiento de duración determinada. Sucesivas prórrogas mantuvieron el régimen excepcional hasta el 31 de diciembre de 1990.

Precisamente esta situación es la que se invoca como determinante para justificar el contenido del primer párrafo del artículo 62, si bien generalizándose a todos los contratos.

Interesa analizar los alcances del primer párrafo del artículo en cuestión.

La primera oración contiene una declaración por demás obvia e incompleta: la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Debe entenderse que las partes son libres de determinar el contenido del contrato (y para esto propiamente constituye la libertad contractual o de configuración interna y no la libertad de contratar), pero no puede ser contrario a las normas legales imperativas o de orden público que estuvieran vigentes al tiempo de celebrarse el contrato. En este sentido, el primer párrafo referido debe ser interpretado necesariamente en concordancia con lo prescrito por el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce como derecho de toda persona el de contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, lo que además ratifica los alcances del artículo 1354 del Código Civil.

La segunda oración es la que suscita el mayor debate: los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

La última frase debe entenderse que hace referencia a todo tipo de norma legal: Ley, Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Decretos Supremos, etc.

Si se admite que el texto impide que cualquier norma legal, aún cuando tenga carácter imperativo o de orden público, no puede afectar un

contrato en curso de ejecución, eso significa que las disposiciones legales que estuvieron vigentes al tiempo de su celebración mantendrán pleno vigor durante toda la duración del contrato, sin que su suspensión, modificación o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial específica. Eso no es otra cosa que la ultractividad de la ley, característica esencial de los contratos de estabilidad normativa o contratos-ley a los que se refiere el artículo 1357 del Código Civil y que han sido elevados a rango constitucional por el segundo párrafo del artículo 62 de la Ley Fundamental.

Adviértase, sin embargo, que estos contratos a los que la ley se refiere con la denominación de “Convenios de Estabilidad Jurídica con el Estado” (artículos 38 a 45 del Decreto Legislativo No. 662; 16 a 31 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 162-92-EF, Séptima Disposición Complementaria de la Ley No. 25289 y artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo No. 771), tienen alcances más bien excepcionales y se justifican en la necesidad de atraer inversiones para los diferentes sectores productivos.

Es importante señalar que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 24 del Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, la ultractividad referida “implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma, sobre las materias y por el plazo previsto en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables”.

En consecuencia, ni siquiera un eventual régimen posterior más favorable resultará aplicable al contrato vigente, el que se mantendrá sometido a las reglas que regían cuando se celebró.

Si éste es el sentido de la no posibilidad de afectación del contrato por modificaciones legales posteriores, según el primer párrafo del artículo 62 constitucional, todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia.

De acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, los contra-

tos de estabilidad normativa, conceden sólo derechos de estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta; del régimen de libre disponibilidad de divisas; de libre remesa de utilidades, dividendos, capitales y otros ingresos que perciban los inversionistas y sus empresas; de utilizar el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario; el derecho a la no discriminación; a la estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades, así como de los regímenes de promoción de exportaciones; y, en el caso de los contratos de arrendamiento financiero, de estabilidad total del régimen tributario.

En el caso de los contratos en general, la estabilidad comprendería todas las cuestiones vinculadas a ellos, sin excepción ni restricción alguna. En ese orden de ideas, el régimen sería más ventajoso, sin necesidad de requerirse la celebración de un contrato con una entidad del Estado. Esta sería, en definitiva, la diferencia entre uno y otro supuesto. Mientras en los contratos-ley vincularían a un particular con el Estado, el principio de intangibilidad del contrato regiría para todos los contratos celebrados entre particulares.

De admitirse, entonces, que la frase que se analiza tiene los alcances descritos, resultaría inevitable concluir que, al entrar en vigencia la Constitución, quedó derogado tácitamente el artículo 1355 del Código Civil, el mismo que, como se ha dicho antes, admite el intervencionismo legislativo. No obstante, creo que es posible intentar una interpretación diferente.

Según se ha visto, las partes, al tiempo de celebrar un contrato, están sujetas a las normas de orden público y a las de carácter imperativo (artículo 2, inciso 14 de la Constitución y 1354 del Código Civil).

Estas serían las normas, vigentes al tiempo de la ejecución, si atribuimos estos alcances a la segunda parte del primer párrafo del artículo 62.

Quiere esto decir que, aún cuando las normas vigentes originalmente fueran suspendidas, modificadas o derogadas, tales circunstancias no tendrían efecto alguno respecto del contrato particular celebrado. Cabe

preguntarse: ¿Ocurrirá esto también en el caso de que las nuevas normas sean de orden público o de carácter imperativo?

En el caso específico de los contratos-ley, la respuesta es afirmativa dentro del ámbito de la estabilidad normativa otorgada, conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.

En tales supuestos, la Constitución, sustentada en razones de interés nacional, ha autorizado al Estado a establecer, contractualmente, garantías y seguridades.

La Constitución, en consecuencia, en el caso del segundo párrafo del artículo 62, ha autorizado al Estado a limitar, mediante un contrato, su "ius imperium".

Como explica De la Puente y Lavalle¹², si bien refiriéndose al artículo 1357 del Código Civil que se ocupa de los contratos-ley, "el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual..., determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad y, por consiguiente, a ejercitar irrestrictamente su ius imperium, en lo que es materia del contrato".

No parece, sin embargo, que deba atribuirse estos mismos alcances a los contratos celebrados entre particulares, cualquier que sea su clase.

Si los contratos pueden celebrarse libremente, si bien con sujeción a las normas imperativas y de orden público, es razonable pensar que si tales normas son alteradas, las nuevas normas, en la medida en que tengan también carácter imperativo o de orden público, resulten de aplicación a la relación obligatoria en curso de ejecución. Se trataría de un caso de simple aplicación inmediata de la ley.

Es de advertirse que, de modo excepcional, sólo tratándose de los contratos-ley, la suspensión, derogación, modificación o sustitución de las normas legales no operan con efectos plenos. Se crea así, una "isla normativa singular", perfectamente identificable.

12 Op. cit., pág. 370.

Afirmar que la frase “no puede expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales”, abarca inclusive a las normas de orden público, importaría atribuir en el fondo a los contratos en general, el carácter de contratos-ley, no obstante no contarse con la participación directa del Estado por intermedio de alguna de sus entidades, para brindar las correspondientes garantías y seguridades.

En estos términos, ¿qué justificación tendría entonces el reconocimiento de los contratos-ley de manera concreta si no constituyen una figura excepcional?.

Precisamente por ello es que a mi entender cabe plantear las cosas de un modo diferente.

La interpretación sistemática en el marco de un ordenamiento jurídico, importa que cada norma deba interpretarse interdependientemente con otras a fin de llegar a establecer su exacto sentido y alcances.

El artículo 62 de la Constitución, en la parte que se analiza, no puede sustraerse a esa exigencia. Para el efecto es necesario considerar que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico:

- Puede contratarse con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (artículo 2, inciso 14 de la Constitución).
- Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103, segundo párrafo, de la Constitución).
- La ley se deroga sólo por otra ley (artículos 103, tercer párrafo de la Constitución y artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código Civil).
- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (artículo III del Título Preliminar del Código Civil).
- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).
- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo (artículo 1354 del Código Civil).

- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos (artículo 1355 del Código Civil).
- Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y seguridades (artículos 62, segundo párrafo de la Constitución y 1357 del Código Civil).

De los artículos glosados, aparece como fundamental la predominancia de las normas de orden público.

Las partes no pueden pactar en sentido diverso. Si tales normas de orden público son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, estas últimas deben ocupar necesariamente su lugar. Empero, ello no ocurrirá si las nuevas normas tienen naturaleza puramente dispositiva.

En este orden de ideas, ¿por qué no interpretar que el primer párrafo del artículo constitucional se refiere precisamente a este supuesto y, por tanto, entender la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva, sólo a propósito de aquellos aspectos que no conciernan a cuestiones que involucran normas de orden público o imperativas?

¿No sería esto coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto?

Con la interpretación restrictiva que se propone, se corregiría el exceso verbal de la norma, atribuyéndole alcances menos amplios de los que supuestamente le corresponden, partiendo de una interpretación sistemática o interdependiente.

No debe perderse de vista que las normas deben interpretarse atribuyéndoles unos alcances que permitan mantener la necesaria coherencia con otras normas del sistema.

Podrá sostenerse que esta interpretación es incompatible con el propósito puesto de manifiesto por el contituyente en los trabajos preparatorios. Empero, no puede desconocerse que el valor del elemento histórico es relativo y, en todo caso, está subordinado a la interpretación objetiva.

Además, debe tenerse en cuenta que, como expresa Messineo¹³, “una vez forjada, la norma vive con vida propia y es capaz de adaptarse a casos que el llamado legislador no previó en el momento en que dictaba la norma...; casos en los cuales, si se atendiese a la voluntad del llamado “legislador”, la norma debería considerarse inapropiada”.

De admitirse la interpretación propuesta, el artículo 1355 del Código Civil conservaría plena virtualidad jurídica y resultaría perfectamente concordante con el texto constitucional.

La parte final del primer párrafo del artículo 62, señala que “los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, conforme a los mecanismos de protección previstos en el contrato o dispuestos por ley”.

Esta indicación resulta innecesaria y por tal razón hubiera sido preferible evitarla. Por lo demás, el texto se refiere sólo a determinados mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, obviando la mediación y la conciliación, y omite referirse a los medios autocompositivos, concretamente a la transacción.

En este sentido, el vocablo “sólo” que emplea el artículo carece del carácter terminante, categórico, que aparentemente quiso atribuirle el constituyente.

De acuerdo con lo indicado al referir los fundamentos del artículo 62, los “mecanismos de protección dispuestos por la ley” (frase ésta de difícil comprensión en cuanto a su propósito y alcances), estos serían los relativos a la excesiva onerosidad, lesión, resolución por incumplimiento, etc.

13 Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 95.

VI. Conclusión.

El ser humano se desenvuelve necesariamente en un mundo de relaciones con otros hombres, en coexistencia con otros (ser-con-otros), en continua interferencia intersubjetiva. Cada uno de ellos procura realizar su propio destino personal en uso pleno de la libertad, libertad que no sólo privilegia los derechos y su ejercicio, sino que también impone deberes. Ambos, derechos y deberes, forman parte de las relaciones jurídicas.¹⁴

No debe escapar a nuestra comprensión que la verdadera libertad del hombre es posible sólo en la confrontación de la propia unidad con la unidad del otro, en la realización del ser individual con el ser social.

Por ello, en palabras del profesor Lino Rodríguez-Arias Bustamante¹⁵, que hago mías y con las cuales concluyo:

“el Derecho supone siempre la exigencia de la afirmación del hecho fundamental y fundante de la persona como titular de una libertad, radicada y proyectada en el plano social. Es por eso que

14 Señalan Díez-Picazo y Gullón que: “...la relación jurídica se nos presenta como una parte de la vida social que el ordenamiento jurídico contempla y regula, con el fin de que entre los individuos puedan realizarse funciones económico-sociales necesitadas de una especial tutela y protección. La relación jurídica debe entenderse como un modo de articular y de entender los efectos producidos por las normas jurídicas en su aplicación a los sujetos de derecho, que posee una indudable naturaleza orgánica. Este carácter orgánico se predica porque está organizada de conformidad con unos principios jurídicos y con la función que realiza” (Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Volumen I, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1988, pág. 221).

15 Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, “Abogacía y Derecho (Derecho Comunitario, Cambio Social y Revolución)”, Reus S.A., Madrid, 1986, pág. 126. Ha escrito acertadamente el eminente jurista español don Ramón Serrano Suñer que la “justicia, exigencia de la razón y la moral, es el tema más importante de toda sociedad organizada. Tanto en el Estado liberal; como en el Estado socialista o en el totalitario, “hablar de la libertad sin justicia es mentir””

afirmamos que el Derecho también es: equilibrio entre el orden y la libertad en el seno de la justicia. Y la libertad no puede darse de manera absoluta, pues tiene que darse condicionada por exigencia del principio de solidaridad humana. De aquí la mutua y recíproca relación entre el orden y libertad en el mundo del Derecho. Todo orden exige un ámbito de libertad para poder imponerse por cauces de seguridad y de progreso; y toda libertad presupone un orden para que pueda ejercerse sin temor a ser desvirtuada y conculcada. Luego, la efectividad de ambos principios está en hallar su equilibrio, como único medio de que el Estado de Derecho prospere, se afiance y se renueve en un mundo social de realizaciones plenas y fecundas con vistas al logro de la felicidad humana. A esta etapa final llegaremos en la medida en que sobre estos dos paradigmas enunciados (orden y libertad) se proyecte la luz radiante y serena del principio supremo de justicia”.