

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: EJERCICIO Y LÍMITES

*Carlos Alberto Soto**

El autor analiza los límites a la libertad de contratación establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, a partir de una exégesis doctrinaria y jurisprudencial. Precisa que la libertad de contratar es un derecho fundamental de la persona, reconocido por la Constitución Política del Perú. Sin embargo, precisa cuáles son los límites a esta libertad, según se desprende de otras normas del ordenamiento jurídico peruano.

1 Introducción

¿Por qué contratan las personas? Respondiendo a esta interrogante diremos que las personas contratan porque quieren y porque tienen una necesidad o un interés que desean satisfacer o alcanzar. Y contratar no sería posible si no contasen con la “libertad” para hacerlo.

En efecto, las personas contratan y se vinculan jurídicamente porque tienen la libertad y el poder jurídico para hacerlo. Y este poder jurídico, conocido como el principio de la autonomía privada (autonomía de la voluntad, libertad de contratación o autonomía contractual), no ha sido creado por gracia divina, sino que el Estado, sobre la base de su *ius imperium*, lo ha delegado en los particulares.

Revista de Economía y Derecho, vol. 5, nro. 17 (verano de 2008). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y Universidad San Ignacio de Loyola, jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el mencionado principio contractual y –principalmente– preguntarse si la autonomía privada o la libertad de contratación debe tener límites. Si la respuesta a esta primera interrogante fuese positiva, vale decir, el ejercicio de la libertad de contratación tiene que estar limitado o, dicho de otro modo, no puede ser irrestricto, entonces será necesario formularse una segunda interrogante: ¿cuáles son esos límites?

2 La libertad de contratación

La autonomía privada, también conocida en la doctrina como autonomía de la voluntad, autonomía contractual o libertad de contratación, es el poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, para elegir a su contraparte y para determinar libremente el contenido de sus contratos, incorporando las cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, tengan estos un carácter patrimonial o no. Así por ejemplo, si una persona compra un camión para transportar su mercadería, es evidente que existe en ella un interés patrimonial; pero también puede adquirir un perfume por el simple de hecho de satisfacer su vanidad.

En síntesis, la autonomía privada es la libertad que tienen las personas para contratar y la libertad para pactar y establecer las condiciones en sus contratos.

Pero ¿cómo se ejerce o exterioriza esta libertad de contratación? Estando estrechamente ligada la autonomía privada a la libertad, diremos que aquella se exterioriza mediante dos clases de libertades:

- a) la libertad de contratar o libertad de conclusión y
- b) la libertad contractual o libertad de configuración interna.

2.1 Libertad de contratar

Esta libertad está concebida como un derecho fundamental de toda persona. Así lo reconoce el artículo 2, inciso 14, de la Constitución Política de 1993, al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Por consiguiente, no es una obligación contratar. Nadie está obligado a celebrar contratos, salvo los supuestos de contratos forzosos que veremos más adelante.

Por otro lado, la libertad de contratar no solo permite a las personas decidir si contratan o no, sino que también los faculta para elegir a su contraparte, es decir, elegir a la persona con quien desean vincularse jurídicamente. Por consiguiente, no está permitido imponer contrapartes a los individuos que desean contratar.

Resumiendo esta libertad, podríamos decir que una persona contrata porque quiere, con quien quiere y cuando quiere.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 2185-202-AA/TC nos ilustrará mejor sobre la importancia de esta libertad.

Los antecedentes de esta acción de amparo son los siguientes: el Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaunde (en adelante el ISP), con el propósito de desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico, celebró un convenio con el Ministerio de Educación mediante Resolución Ministerial 253-90-ED. Dicho convenio se suscribió el 2 de marzo de 1990. Vencido el plazo del convenio, el ISP solicitó su renovación al Ministerio de Educación, en virtud de lo estipulado en la cláusula quinta, cuyo tenor era el siguiente: “[...] este [el convenio] podrá renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente”. Sin embargo, el pedido del ISP fue rechazado. Posteriormente, la Jefatura de la Unidad de Tecnología Educativa de la Dirección Departamental de Educación de Lima emite el Informe 20A-J-UTE-DEL-96, pronunciándose a favor de la renovación. Fundamentándose en este informe, el ISP reitera su solicitud en julio y diciembre de 1999, la cual es desestimada por la Dirección Nacional de Formación y Capacitación Docente del Ministerio de Educación, mediante el Oficio 0059-2000-DIN-FOCAD/UFOD y la Resolución Directorial 355-2000-ED del 14 de abril de 2000. Apelada la resolución, es confirmada por Resolución Viceministerial 023-2001-ED, de 2 de mayo de 2001. Ante ello, “el ISP interpuso una demanda de Acción de Amparo contra el Ministerio de Educación alegando que se vulneró su derecho constitucional a la libertad de enseñanza”.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contesta la demanda, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para ventilar la controversia, sino la acción contencioso-administrativa.

El Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que se requería de la actuación de pruebas para dilucidar la controversia. Apelada, la Corte Superior de Justicia confirma la resolución de primera instancia. Por lo cual, el ISP interpone recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia de vista.

El Tribunal Constitucional precisa que todo contrato es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En consecuencia, uno de los elementos esenciales del contrato es la voluntad. Agrega que este elemento se encuentra sustentado en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar o libertad de conclusión, consagrada en los artículos 2 (inciso 14) y 62 de la Constitución Política, y que viene a ser la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b) la libertad contractual o libertad de configuración interna, que es la facultad de determinar el contenido del contrato.

Por otro lado, la quinta cláusula del convenio estipula claramente que: “podrá [el convenio] renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente la oferta”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que la pretensión de Acción de Amparo no armoniza con el principio de autonomía de la voluntad, porque se advierte que el ISP pretende obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio celebrado con el recurrente el año 1990, lo cual importa desconocer su libertad de contratar, es decir, la libertad que tiene de celebrar o no el contrato. En consecuencia, queda claro que la decisión del Ministerio de Educación de no renovar el aludido convenio no vulnera los derechos constitucionales invocados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia de vista que confirma la apelada que declaró improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la demanda.

En el presente caso, el ISP Víctor Andrés Belaunde deseaba obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio para desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico. Este hecho, según los fundamentos del Tribunal Constitucional, que compartimos plenamente, atentaba contra la libertad de contratar del Ministerio de Educación, que, como toda persona natural o jurídica, tiene el derecho de contratar o no.

2.2 Libertad contractual

Mediante la libertad contractual, las personas que han decidido contratar acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, es decir, elaboran el contenido del contrato.

Por lo tanto, sobre la base de esta libertad los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato. Esta libertad también faculta a los contratantes a incluir el plazo, determinado o determinable, cuando celebren un contrato de larga duración.

La libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, se encuentra garantizada por nuestra Constitución Política en su artículo 62, aunque impropia mente el legislador utilizó el término “libertad de contratar”, pero de la lectura se advierte que el texto constitucional se refiere a la “libertad contractual”. Revisemos el texto constitucional:

“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 solo 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” (las cursivas son nuestras).

Luego de la lectura correspondiente, nos preguntamos si el legislador está refiriéndose a la libertad de contratar o a la libertad contractual. Sin duda, se ha referido a la libertad contractual o libertad de configuración interna del contrato. Con la autoridad del caso, el maestro Manuel de la Puente ha escrito que “se incurre en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren, concierne más bien a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quién hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata”.

Más allá de los problemas de redacción que, desde luego, con una adecuada interpretación pueden salvarse, lo que interesa destacar es que mediante el artículo 62 el legislador peruano garantiza a los contratantes que pacten los términos y condiciones más convenientes a sus intereses y que, a su vez, dichos términos y condiciones sean intangibles, porque no podrán modificarse por leyes o disposiciones legales de cualquier clase. Vemos, pues, que el legislador ha consagrado el principio de intangibilidad de los contratos.

El Código Civil también reconoce la importancia de la libertad contractual en su artículo 1354 al prescribir que las partes contratantes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

En buena cuenta, mediante la libertad contractual los contratantes tienen el poder jurídico para dictar las normas privadas que regularán sus conductas. Así, por ejemplo, pueden incluir en sus contratos:

- a) las cláusulas y condiciones que regularán el vínculo contractual,
- b) las garantías para el cumplimiento de sus obligaciones,
- c) las penalidades en caso de incumplimiento,
- d) las causales de resolución extrajudicial del contrato,
- e) el plazo, tratándose de contratos de larga duración,
- f) la forma de resolver los conflictos que se susciten de la interpretación o ejecución del contrato,
- g) otros términos y condiciones propios del contrato a celebrarse.

Las partes contratantes también tienen la libertad para elegir el tipo contractual, es decir, decidir si celebran un contrato regulado por ley (contrato típico) o un contrato que se regirá por su autonomía privada, ya que no existe una regulación legal para el contrato que desean celebrar (contrato atípico). En este sentido, con muy buen acierto, el codificador de 1984 incorporó en el artículo 1356 el principio de supletoriedad de las normas legales de la teoría del contrato, prescribiendo que las disposiciones de la ley en materia contractual son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que se trate de normas imperativas, en cuyo caso estas primarán sobre los pactos de los contratantes.

En el siguiente caso¹ veremos cómo se respetaron los términos contractuales:

En 1997, la empresa Miguel Segundo Ciccía Vásquez E. I. R. L., dedicada al transporte interprovincial de pasajeros, contaba con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para operar en la ruta Lima-Tacna y viceversa. Asimismo, era arrendataria, junto

con otras tres empresas de transporte interprovincial, de un terminal terrestre de propiedad de la Empresa Turística Mariscal Cáceres S. A., esta última también dedicada al transporte interprovincial, cubriendo diversas rutas (incluso Lima-Tacna y viceversa). La empresa Miguel Segundo Ciccía Vásquez E. I. R. L. interpone demanda de acción de amparo contra la arrendataria, porque sostiene que fue amenazada con diversas comunicaciones a fin de prohibir que sus unidades ingresen a las salas destinadas al embarque de pasajeros del terminal terrestre, amparándose en un reglamento interno que, afirma, nunca fue firmado por su apoderado. Fundamenta su demanda manifestando que lo establecido en el artículo 12 del Reglamento Interno, que dispone que no se podrá operar en las rutas servidas por otro usuario vulnera los principios de libertad de trabajo, el libre tránsito y la libertad de empresa contenidos en los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución.

La empresa demandada rechazó en todos sus extremos la demanda de acción de amparo.

El Tribunal Constitucional en sus fundamentos sostuvo que el hecho de que exista una prohibición en el uso del terminal sobre las unidades de transporte interprovincial pertenecientes a la empresa demandante no puede, en principio, interpretarse como transgresión de sus derechos constitucionales, ya que aquellos no están siendo restringidos de manera absoluta y generalizada, sino únicamente delimitados dentro del ámbito de una relación contractual. En lo referente al uso del terminal de transporte terrestre, el artículo 12 del Reglamento Interno prescribe: “Las empresas usuarias se comprometen a no hacer uso de las rutas del otro usuario; salvo que mediara acuerdo escrito en el cual una de las empresas concediera a la otra un número determinado de frecuencias”. El Tribunal agrega que toda situación regulada bajo los términos de una relación contractual no puede merituar un enjuiciamiento constitucional, salvo cuando dichos términos adoptan un tratamiento absolutamente opuesto a lo establecido en la norma fundamental y aparecen como desprovistos de toda justificación, hipótesis que no ocurre en el presente caso.

Los hechos cuestionados en el presente caso responden a la administración natural de una actividad empresarial (terminal terrestre) y, por lo tanto, la empresa demandante se encuentra sujeta al Reglamento Interno que suscribió oportunamente.

En consecuencia, al no acreditarse la amenaza o violación de los derechos constitucionales de la empresa demandante, el Tribunal Cons-

titucional revocó la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la que declara no haber nulidad en la sentencia de vista que confirma la apelada, que declara improcedente la demanda; y reformándola “declaró infundada la acción de amparo”.

Es oportuno referirnos en este punto a la intervención del Estado en las relaciones contractuales, hecho que rechazamos tajantemente, pero que es una realidad en nuestro medio. Un ejemplo del intervencionismo del Estado lo constituye la Ley 28138 (publicada el 26 de noviembre de 2003), que prorroga el régimen de excepción especial de los contratos de alquiler (Decreto Ley 21938). Mediante esta ley, el Estado interviene en la libertad contractual de los contratantes, al establecer que el plazo del contrato de alquiler será indeterminado, que el valor asignado a los predios será el contenido en el autovalúo, que el monto del alquiler mensual de los predios comprendidos no podrá exceder de 1/12 del 10% del autovalúo del predio arrendado, que el inquilino tiene la primera opción de compra para adquirir el inmueble que ocupa, etcétera.

Para nosotros, lo establecido en la Ley 28138 es contrario a la libertad de contratación de las partes, ya que atenta las normas sobre el contrato de arrendamiento contenidas en el Código Civil, inciso 2 del artículo 14, y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

Un caso² que se presentó en el medio peruano y que generó serios y largos debates estuvo a referido a la eliminación de la renta básica en el servicio de telefonía fija.

El 14 de enero de 1994 se publicó la Ley 26285, por la cual se dispuso la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, telefonía fija local y de servicios a portadores de larga distancia. Casi mes y medio después se llevó a cabo una subasta pública internacional en la que se otorgó la buena pro a Telefónica del Perú. En virtud de ello, la Compañía Peruana de Teléfonos (hoy Telefónica del Perú S. A. A.) y el Estado peruano celebraron y suscribieron el 16 de mayo de 1994 un contrato-ley por la referida concesión.

El 20 de mayo de 2003, una demanda de acción de inconstitucionalidad firmada por 64 congresistas fue presentada contra los artículos 1, 2 y 3, y Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley 26285. Además, solicitaban la impugnación del “contrato-ley” de concesión celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S. A. A. Las normas cuestionadas son:

“Artículo 1.- Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de larga distancia nacional e internacional serán desmonopolizados progresivamente mediante la fijación de un periodo de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia.

Artículo 2.- Los contratos de concesiones de servicios públicos que se otorguen en cumplimiento de esta Ley deberán contener, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- a) Plazo de duración de la concesión.
- b) Plazo máximo y servicios comprendidos en el periodo de concurrencia limitada.
- c) Plan mínimo de expansión del servicio.
- d) Área de cobertura del servicio.
- e) Mecanismos tarifarios.
- f) Causas de término de la concesión.

Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley.

Disposiciones finales y transitorias

Primera.- La presente Ley solo entrará en vigencia una vez en vigor la Constitución aprobada por el referéndum del 31 de octubre de 1993, y será considerada Ley de Desarrollo Constitucional conforme a lo previsto en el numeral 2, de la Octava de sus Disposiciones Finales y Transitorias.

Segunda.- Dentro de un plazo de 60 días desde la promulgación de esta Ley, la Compañía Peruana de Teléfonos S. A. (CPTSA) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel Perú S. A.) adecuarán sus concesiones y títulos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo previsto en la presente Ley. En ningún caso, el plazo de concurrencia limitada será mayor de cinco años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones”.

Los demandantes argumentan que, con las citadas normas, el contrato-ley de concesión estableció un monopolio por cinco años en favor de Telefónica del Perú, para que preste, de forma exclusiva, los servicios de telefonía fija local y de portadores de larga distancia nacional e internacional; que el carácter de “contrato-ley” a la concesión pactada con Telefónica del Perú no está permitido para la concesión de un servicio público. Además, sostienen que se han pactado una serie de beneficios a favor de Telefónica del Perú y se ha omitido

defender a los millones de usuarios. Esas ventajas se traducen en haber creado un monopolio a favor de la empresa, el cobro de la renta básica, el cobro por minuto y el pago que se hace la misma empresa por gerenciar su negocio, todo lo cual resulta perjudicial para los consumidores y usuarios, añadiendo que la mencionada ley se expidió solo para celebrar el contrato de concesión con la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S. A. A. Por todo ello, los demandantes señalan que el contrato-ley celebrado con Telefónica es inconstitucional, al haber sido suscrito y pactado violando los artículos 2 (inciso 14), 62, 65 y 103 de la Constitución, además de otras normas legales.

El apoderado del Congreso de la República solicita se declare infundada la demanda, aduciendo que el plazo de cinco años de concurrencia limitada no crea un monopolio, sino fija un plazo para la culminación de un monopolio legal y real ya existente (desmonopolización progresiva). Asimismo, afirma que el contrato de concesión es un contrato administrativo, al que la ley le confiere el carácter de contrato-ley, y las garantías y seguridades que lo caracterizan están vinculadas con los contratos de concesión. Por último, señala que al inicio de la vigencia de la ley impugnada ya existía un monopolio y que la norma no crea, lo que la ley hace es establecer un plazo para la culminación de dicho monopolio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que independientemente de la desmonopolización progresiva en la prestación de los servicios públicos de telefonía y de la creación de un monopolio legal en virtud de un periodo de concurrencia limitada, el artículo 1 de la Ley 26285 y, por extensión, la Segunda Disposición Final y Transitoria de la misma ley cesó en su eficacia, al fijar un periodo de concurrencia limitada por el término de cinco años, que ya ha fenecido.

Referente a si una concesión de prestación de un servicio público, como el de telefonía, puede revestirse bajo la modalidad de un contrato-ley, el Tribunal señala que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. En virtud de dicho contrato, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Por ello, a tenor del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, así como del artículo 1357 del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurí-

dico-patrimoniales, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública. El Tribunal precisó que gozan de inmodificabilidad el ordenamiento jurídico particular fijado para su suscripción. Si bien el legislador puede modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

Respecto a la lesión de derechos de los consumidores, el Tribunal precisa que no actúa como juez de casos, sino como “juez de la ley”, es decir, como garante de que los límites constitucionales impuestos a la legislación no sean sobrepasados. Por lo tanto, no puede determinar, en abstracto, si la ley impugnada lesiona los derechos de los consumidores, a no ser que se trate de un supuesto en el que surja una manifiesta irracionalidad de los resultados, como producto de la aplicación de las disposiciones impugnadas.

Por último, el Tribunal señala que el problema de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional es tan complejo que, ciertamente, no admite ni tolera, razonablemente, que se le regule dentro de un paquete de actividades económicas.

Por todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad e improcedente en sus demás pretensiones.

En el presente caso, el Tribunal se pronunció a favor del respeto de los acuerdos contenidos en los contratos-ley, vale decir, subrayó la intangibilidad de las cláusulas y condiciones pactadas en ejercicio de la libertad contractual.

3 Limitaciones a la libertad de contratación

Luego de haber analizado el principio de la autonomía privada o libertad de contratación y la forma de ejercerlo, cabe preguntarse si ella tiene límites o no, si debe estar restringida o, por el contrario, no debe tener límite alguno.

Categorícamente debemos decir que la libertad de contratación no puede ser irrestricta. Por el contrario, debe tener límites. Creo

que en ningún lugar del mundo el ejercicio de la “libertad” es absoluto. Lo mismo debe suceder con la autonomía privada o libertad de contratación.

Ni el Código Francés, el más liberal de todos los tiempos, concibió a la autonomía privada con un carácter irrestricto, sin límites. El artículo 6 del Code Napoléon (1804) estableció que no se podían derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres. Por consiguiente, podemos decir que el viejo lema del *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* tenía como límites al orden público y a las buenas costumbres.

Esta limitación a la autonomía de la voluntad de los particulares también fue recogida por los siguientes códigos civiles, liberales o no, y desde luego por los seis códigos civiles peruanos (1836 –dos códigos, Estado Nor-peruano y Estado Sud-peruano–, 1850 –Código Civil solo promulgado–, 1852, 1936 y 1984).

En definitiva, en la actualidad la autonomía privada o libertad de contratación se encuentra limitada. Pero ¿cuáles son estas limitaciones a la libertad de contratación y dónde se encuentran? ¿Están contenidas en algún texto legal?

Sobre este tema, no existe una norma legal en el Derecho peruano que señale en forma expresa cuáles son los límites a la autonomía privada. Por ejemplo, no existe una norma legal como el artículo 2 del moderno Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos³, cuyo texto dispone:

“Artículo 2.- Autonomía contractual.

1. *Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijados en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que las partes no perciban únicamente el fin de dañar a otro”.*

2. *En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes y a la conexión entre diversos actos”.*

Como se aprecia, en este texto se indica en forma expresa y clara los límites a la autonomía privada o libertad de contratación que los juristas europeos denominan como autonomía contractual.

En la legislación peruana no tenemos un artículo similar al del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, pero ello no implica que la libertad de contratación sea absoluta, irrestricta o ilimitada.

Debemos revisar todo el ordenamiento jurídico, en especial la Constitución Política, el Código Civil, las leyes penales, tributarias, de la competencia, etcétera, para encontrar en ellas los límites al ejercicio de la autonomía privada.

4 Los límites impuestos por el legislador a la libertad de contratación

La autonomía privada o la libertad de contratación se encuentra limitada por mandato del legislador. Al respecto, precisemos que el Estado, a través del legislador, ha delegado en los particulares el poder jurídico para contratar, para vincularse jurídicamente. Por lo tanto, es lógico y razonable que él establezca los límites para su ejercicio.

Como manifestamos anteriormente, no existe una norma legal que agrupe a todos los supuestos de límites al ejercicio de la libertad de contratación, por lo que el operador jurídico deberá analizar sistemática e íntegramente todo el ordenamiento jurídico a fin de conocer tales límites.

Por nuestra parte, creemos que existen tres grandes categorías jurídicas que limitan el ejercicio de la autonomía privada: a) las normas legales imperativas, b) el orden público, y c) las buenas costumbres.

No obstante, existen otras figuras jurídicas que de una manera u otra también limitan el ejercicio de la libertad de contratación. Estas figuras, a nuestro criterio, son: el principio de la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley, el fraude a los acreedores, la inducción a la infracción contractual en el ámbito de la competencia desleal y el valor de transferencia de bienes y la prestación de servicios para efectos del Impuesto a la Renta.

4.1 Normas legales imperativas

Las normas legales atendiendo a su eficacia pueden clasificarse en imperativas o dispositivas.

Las normas imperativas son aquellas que se imponen a la voluntad de los contratantes, es decir, deben ser acatadas obligatoriamente por

los particulares, excluyéndose toda posibilidad de pacto en contrario o sentido distinto al establecido por la norma legal.

Las normas imperativas son normas que ordenan o prohíben conductas. Las normas que imponen una determinada conducta son conocidas como normas legales preceptivas, y las que prohíben conductas son conocidas como normas legales prohibitivas. En todo caso, se trate de normas preceptivas o prohibitivas –ambas imperativas–, estas no podrán ser derogadas por el acuerdo de las partes, ya que son de obligatorio cumplimiento.

En cambio, las normas dispositivas son supletorias de la voluntad de las partes contratantes y, como tal, solamente se aplicarán en ausencia de una declaración contractual. Respecto de estas normas, los contratantes pueden pactar en contrario o en sentido distinto. Figurativamente, las normas dispositivas vendrían a ser como los jugadores suplentes en un partido de fútbol, que siempre están listos para reemplazar a un jugador titular, pero que tal vez no tengan la oportunidad de ingresar al terreno de juego. Lo mismo sucede con las normas dispositivas, que solo se aplicarán a los contratos cuando los contratantes no hayan pactado la solución a un tema concreto, ya que de existir el pacto de las partes, la norma dispositiva no se aplicará a dicho contrato.

La referencia legal a este límite al ejercicio de la libertad de contratación se encuentra en el Código Civil, en los artículos 1354 y 1356, cuyos textos transcribimos:

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

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

De acuerdo con el artículo 1354, las personas o, mejor dicho, los contratantes tienen libertad para incorporar en sus contratos las cláusulas, condiciones y términos que deseen, pero siempre que tales acuerdos no sean contrarios a normas legales imperativas. Por lo tanto, si existe una norma que regula una conducta con carácter imperativo –como la norma que establece que es nula la renuncia a la acción por lesión (artículo 1453 del Código Civil)–, los contratantes tienen que pactar conforme lo prescribe la norma, ya que si pactan de forma contraria (renuncian a la acción por lesión) o distinta (establecen condiciones para el ejercicio de la acción por lesión), dicho pacto no será

válido por ser contrario a la norma legal imperativa contemplada en el artículo 1453 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1356 precisa que las disposiciones legales sobre contratos son supletorias a la voluntad de los contratantes, pero si se trata de normas imperativas su aplicación primará sobre los acuerdos de las partes.

Determinar si una norma legal es imperativa o dispositiva es de suma importancia. Si el intérprete concluye que una norma es imperativa, los contratantes están obligados a pactar conforme lo establece dicha norma. En cambio, si se establece que la norma es dispositiva, los contratantes pueden pactar en sentido contrario o distinto a lo establecido por ella.

Y ¿cómo saber cuándo una norma es imperativa o dispositiva? ¿Existe alguna regla para su determinación?

No existe una regla legal o criterios para determinar cuándo una norma legal es imperativa o no. La doctrina ha señalado que dentro del texto de una norma legal imperativa, por lo general, se encontrará términos como deben, deberán, no deben, no podrán, tendrán u otras palabras equivalentes. En otros casos, la norma sancionará con nulidad el incumplimiento del mandato legal, utilizándose con frecuencia la fórmula “es nulo” o “bajo sanción de nulidad”.

En principio, parecería simple saber cuándo una norma legal es imperativa o no. Sin embargo, la realidad jurídica nos demuestra que ello no siempre es así. Veamos el caso del artículo 1430 del Código Civil que regula la cláusula resolutoria expresa:

“Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

¿La norma contenida en el artículo 1430 es imperativa o dispositiva?

Para la Corte Suprema de la República esta norma es imperativa. En la Sentencia de Casación 982-2003-Lima, la Sala Civil considera que, de acuerdo con el artículo 1354 del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Por su parte, el artículo 1430 prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión; y que la resolución se produce

de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. En relación con el segundo párrafo del artículo 1430, la Sala Civil concluyó que es una norma de carácter imperativo, ya que la resolución operará de pleno derecho cuando se comunique a la parte deudora de dicha decisión mediante comunicación válida.

Por lo tanto, para la Sala Civil, los contratantes no pueden pactar en el contrato que este se resolverá de pleno derecho por el solo incumplimiento, ya que será necesario que se cumpla con comunicar a la parte deudora de que se desea hacer valer la cláusula resolutoria expresa, dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con ese objetivo se estará frente a una resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los contratos, colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad, pues continuará actuando en la creencia de que el contrato aún se encuentra vigente porque el acreedor no ha hecho valer la facultad resolutoria.

En este caso, para la Corte Suprema, el segundo párrafo del artículo 1430 contiene una norma imperativa. Pero ¿existe en el segundo párrafo de dicha norma algún término indicado por la doctrina, como “deben, tienen, tendrán u otro equivalente”? Desde luego que no hay ningún término igual o parecido. Entonces, ¿cómo puede saber con exactitud un operador jurídico (abogado, juez, árbitro, notario, registrador) cuándo una norma es imperativa o dispositiva?

Algunas personas, como las del caso resuelto por la Sala Civil, podrían concluir que la norma del artículo 1430 es dispositiva y por ello pactarán que el contrato se resolverá cuando uno de los contratantes incumpla con sus obligaciones, no siendo necesaria comunicación alguna.

En conclusión, cuando se interprete una norma legal se debe ser muy cauto y prudente, para determinar no solo a partir de un término o palabra si la norma es imperativa o no; sino que, por el contrario, deberá analizarse todo el contenido de la norma, su redacción, sus antecedentes, a fin de concluir si existe implícito un mandato o una prohibición.

4.2 Orden público

¿Qué es el orden público? ¿Existe un concepto uniforme sobre el orden público?

No hay un concepto uniforme sobre el orden público. Por el contrario, existen varios y diferentes conceptos.

El profesor Marcial Rubio Correa nos dice que el orden público es el 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.

Para Luis Díez-Picazo, el orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Para Massimo Bianca, el orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social.

El orden público, según Francesco Messineo, es el “conjunto de principios fundamentales y de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas.

Por su parte, Francesco Galgano sostiene que el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios éticos fundamentales del ordenamiento.

Henri Capitant señala que el orden público es el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares.

Una sentencia de la Corte Suprema también nos ofrece una definición de orden público. La Sentencia de Casación 2516-98-San Martín, en su tercer considerando, expresa: “Que el orden público debe entenderse conforme la doctrina imperante a aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares”.

Como se aprecia, no existe uniformidad sobre el contenido de la categoría jurídica orden público. Y algunos, como la Corte Suprema en la sentencia referida, confunden orden público con seguridad nacional.

Sin perjuicio de las anteriores definiciones, creemos que el orden público debe ser entendido como el conjunto o conglomerado de

normas destinadas a regular las relaciones de los particulares y las relaciones de la sociedad en su conjunto. Son, pues, los principios jurídicos, políticos, económicos, éticos y religiosos, predominantes en una sociedad y que son indispensables para la coexistencia social y pacífica, siendo el Estado el encargado de tutelarlos y defenderlos.

La referencia legal al orden público como uno de los límites a la libertad de contratación la encontramos en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución Política y en el artículo V del título preliminar del Código Civil, cuyos textos transcribimos:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que *no se contravengan leyes de orden público*” (las cursivas son nuestras).

“Artículo V.- *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público* o a las buenas costumbres” (las cursivas son nuestras).

Debemos resaltar el hecho de que el legislador peruano haya incorporado tanto en la Constitución como en el Código Civil al “orden público” como límite al ejercicio de la autonomía privada, pero también debemos manifestar la falta de técnica legislativa, ya que una lectura literal de ambas normas establece que el orden público debería encontrarse en leyes, como el lector puede observar en la parte señalada por nosotros con cursivas en ambos artículos.

Ante ello habría que preguntarse si el orden público tiene que encontrarse regulado o no en normas legales.

De estar contenido en una norma legal, ¿no estaríamos ante normas legales de carácter imperativo? De ser así, normas imperativas y orden público serían sinónimos. Al respecto, Cancino señala que “la noción ideal de orden público se materializa en normas jurídicas de carácter imperativo o prohibitivo –por lo general–, y resultan en todo caso inderogables”.

Para nosotros, ambas categorías jurídicas, normas legales imperativas y orden público, son figuras distintas, que, desde luego, están vinculadas, ya que el orden público por definición se impone a los individuos de una sociedad. No obstante, el orden público es una categoría jurídica de mayor amplitud que las normas legales imperativas, pues el orden público comprende a los principios jurídicos, políticos, económicos, morales y religiosos, predominantes en una sociedad. El orden público puede comprender a algunas normas legales imperativas, pero no a todas. Galgano diferencia ambas categorías señalando

que el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento, a diferencia de las normas simplemente imperativas puestas para tutelar los intereses generales.

Al respecto, Juan Espinoza sostiene que “el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público”. Así, por ejemplo, el artículo 1328 del Código Civil dispone que “es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público”, contiene una norma de carácter imperativo. En cambio, el inciso 2 del artículo 242 contiene una norma de orden público, según la cual “no pueden contraer matrimonio entre sí los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados”.

Con un criterio distinto, la Sala Civil de la Corte Suprema, en la Sentencia de Casación 3702-2000-Moquegua, ha señalado que “una norma de orden público es cuando su observancia es obligatoria para todas las personas, y se diferencia de las normas imperativas, que son normas de observancia obligatoria solo para todas las personas que se encuentran dentro de supuesto de hecho de tales normas; en tal sentido las normas de derecho de familia, y en particular las normas referidas al régimen patrimonial del matrimonio no son normas de orden público, sino normas imperativas, porque solo son obligatorias para aquellas personas que se encuentren dentro de una relación jurídica matrimonial”.

Nuestro parecer es que el orden público no tiene que estar contemplado en normas legales, aunque en algunos casos así suceda. En líneas generales, el orden público no tiene que materializarse en normas legales, ya que, por ejemplo, los principios no se encuentran en normas, sino que subyacen en todo el sistema jurídico, son los cimientos sobre los que ha construido el ordenamiento jurídico de un país.

Luego de estas precisiones es necesario manifestar que en una futura reforma de la Constitución Política y del Código Civil deberían eliminarse, respectivamente, las referencias “no se contravengan leyes de orden público” o “las normas legales que interesen al orden público”, y prescribir simple y sencillamente que “toda persona tiene

derecho a contratar libremente siempre que no se atente contra el orden público, las buenas costumbres o las normas legales de carácter imperativo”.

4.3 Buenas costumbres

El maestro José León Barandiarán declaró: “Le atribuyo a las buenas costumbres el significado de elementos existenciales acordes con la moral, pero entendida como una moral social”.

Las buenas costumbres están referidas a la moral social. Las buenas costumbres no pueden identificarse con la moral de cada individuo, a lo que es bueno o malo para un determinado sujeto, sino a la conducta aceptada como “normal” en una determinada sociedad.

Las buenas costumbres son el conjunto de convicciones de ética social imperantes en una sociedad, en un determinado momento histórico y en un lugar geográfico específico. Desde luego, estas convicciones deben ser aceptadas por los miembros de la sociedad, para apreciar la conducta humana de manera arquetípica.

Según el profesor Fernando Vidal Ramírez, “las buenas costumbres sirven para prohibir conductas que le son contrarias o para producir rechazo en cuanto un hecho o una situación jurídica no guarde la debida correlación con ellas”.

Por todo ello, debe existir conformidad entre la conducta de los hombres, entre los contratos que celebran y la moral social.

Pero la moral es cambiante de acuerdo con los convencionalismos sociales. La sociedad evoluciona y se transforma, y, como consecuencia de ello, como diría Kuhn, los paradigmas vigentes en un momento son sustituidos por otros. Por lo tanto, la apreciación de cuando un acto o negocio jurídico es contrario a las buenas costumbres, quedará librada al arbitrio razonado del juez.

La referencia legal a las buenas costumbres la encontramos en el artículo V del título preliminar del Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo V.- *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*” (las cursivas son nuestras).

Nótese que el legislador ha establecido que los actos jurídicos son nulos cuando contravienen leyes que interesan a las buenas costumbres. Desde luego que esta redacción es impropia, por decir lo menos, ya que

las buenas costumbres no se encuentran codificadas, es decir, no están contenidas en preceptos legales. A decir de Marcial Rubio Correa, “las buenas costumbres adquieren autonomía formativa y no será necesario que se hallen recogidas expresamente en la legislación”.

Por consiguiente, una interpretación adecuada de esta norma debe ser que los contratos contrarios a las buenas costumbres son nulos.

Las buenas costumbres también constituyen como un límite al ejercicio de la libertad de contratación. Así, las personas no pueden celebrar contratos que atenten contra las buenas costumbres de la sociedad o simplemente las alteren. Del mismo modo, los contratantes tampoco podrán incluir pactos o condiciones que atenten la moral social o buenas costumbres.

Un interesante caso sobre la forma cómo la Corte Suprema ha concebido las buenas costumbres puede encontrarse en la Sentencia de Casación 1104-00-Lima. El caso se origina en el reclamo que presentó Nilda Morón Silva, usuaria del servicio de telefonía fija, por el cobro de llamadas a la serie 0-808, línea para adultos, también conocidas como servicio *hot line*, que según manifestó no había realizado. Habiendo sido desestimado el reclamo tanto por Telefónica del Perú S. A. como por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), y habiéndose agotado la vía administrativa, Morón Silva acudió ante el Poder Judicial para interponer la respectiva acción contenciosa administrativa.

La Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, en la acción contenciosa administrativa seguida por Nilda Morón Silva contra el Osiptel y otros, consideró que “el usuario, en principio, solicita el servicio telefónico para su uso y el de su familia, para su desarrollo social, económico, laboral y cultural por medio de la comunicación; no para realizar comunicaciones telefónicas libidinosas promovidas por industrias o empresas que fomentan la deformación de la conducta sexual, afectando a la niñez, la juventud y la familia [...]; por lo tanto ‘no resulta, válidamente exigible el pago por el consumo de un servicio no solicitado por la demandante, más aún, si resulta que atenta contra la moral y las buenas costumbres; en consecuencia, los consumos que se imputan efectuados por la actora por llamadas a la serie 0-808 (línea para adultos) son inexigibles por la concesionaria de telefonía”.

En otros fundamentos, la Corte Suprema expresa que “la moral y las buenas costumbres constituyen la base de todo derecho; nuestro

sistema jurídico obedeciendo a este principio rechaza la inmoralidad y las malas costumbres; nadie puede beneficiarse a costa de la degradación moral y el envilecimiento de las costumbres de un pueblo”, por consiguiente, “está prohibido celebrar contratos que afecten al orden público, vale decir, que contravengan la moral y las buenas costumbres”.

Resulta muy ilustrativo el presente caso, más aún cuando no existen casos sobre nulidad de actos o contratos contrarios a las buenas costumbres. En el presente caso, la Sala Constitucional consideró contrario a las buenas costumbres el servicio de llamadas eróticas.

Por otro lado, si las buenas costumbres son un conjunto de convenciones y principios éticos, no deben estar comprendidas dentro de la categoría genérica de orden público, ya que este se encuentra conformado por los principios jurídicos, políticos, económicos, éticos, morales y religiosos.

Al respecto, diremos que el orden público es una categoría genérica que comprende tanto a las buenas costumbres como a las normas imperativas, y que bastaría referirse únicamente al orden público como único supuesto limitativo de la autonomía privada; sin embargo, considero que se debe seguir manteniendo los supuestos específicos, buenas costumbres y normas imperativas, como límites a la autonomía privada en razón de que constituyen categorías jurídicas con características propias y que si bien se encuentran comprendidas dentro del concepto genérico de orden público, son de gran utilidad en el ejercicio profesional para el operador jurídico.

4.4 Principio de la buena fe

La buena fe es un principio general que impone a las personas el deber de actuar conforme a Derecho.

Para Fernando Vidal, “el principio de buena fe impone una limitación que radica en consideración de orden ético en base a un estándar jurídico sustentado en el consenso social en cuanto a lo justo, lo correcto, lo honesto”.

Para la jueza Roxana Jiménez, la buena fe es un principio general del Derecho y “constituye una vía de comunicación del Derecho con la moral social y con la ética, y esto enfatiza su predominante connotación ética, lo cual supone la canalización del Derecho hacia sus metas más puras”.

Como advierte la doctora Roxana Jiménez, “la doctrina se inclina mayoritariamente a subdividir a la buena fe en dos grandes tipos o categorías: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva; empero, la mayor parte de los autores no son claros en delinear o determinar si ambas clases o tipos de buena fe constituyen las dos caras de la misma moneda o si se trata de dos conceptos distintos e independientes entre sí. Por su parte, los Códigos civiles también recogen a la buena fe en ambas vertientes sin que de sus normas se desprenda la interrelación entre ambos “tipos” de buena fe. Así, ella es a veces considerada un deber y en otras ocasiones un requisito para adquirir o conservar un derecho. Cuando se trata de deberes, es de aplicación el estándar o patrón objetivo de medición. De ahí el deber de celebrar contratos según las reglas de la buena fe. *Contrario sensu*, el criterio subjetivo de la buena fe se aplicará cuando se trata de derechos, como en el caso del poseedor ilegítimo que por haber actuado de buena fe puede hacer suyos los frutos”.

“Si bien ambas ‘categorías’ de buena fe son distintas y se manifiestan en normas diferentes –según la doctora Jiménez–, tienen una base o raíz común, que es la unidad de esencia, su fundamento ético. *Es la convicción de actuar conforme a Derecho*. A partir de esta comprensión amplia del principio y sus alcances éticos, pueden derivarse bifurcaciones o especialidades, pero con un tronco común”.

En el ámbito contractual, la buena fe es el deber jurídico que tienen todas las personas-contratantes de comportarse leal y honestamente durante todas las etapas de la contratación. En consecuencia, las personas tienen el deber jurídico de comportarse leal y honestamente durante las negociaciones o tratativas previas, al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico y durante la ejecución del contrato que comprende el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada contratante. En todo este proceso los contratantes deben observar el comportamiento propio de un buen contratante.

Para Manuel de la Puente, “la buena fe se introduce por integración en cada contrato, tal cual si fuera una estipulación del mismo”.

La referencia legal a la buena fe en materia contractual la encontramos en el artículo 1362 del Código Civil, que dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

En consecuencia, la buena fe también es una limitación al ejercicio de la libertad de contratación, ya que nadie puede contratar con

engaños, abusando de su posición contractual para incorporar términos y condiciones abusivas, como usualmente sucede en los contratos pre-dispuestos, donde las cláusulas son elaboradas exclusivamente por uno de los contratantes.

Un juez –según palabras del gran jurista argentino Guillermo A. Borda–, al dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a tal o cual declaración contractual una persona honorable y correcta.

4.5 Abuso del derecho

Los actos y contratos realizados en ejercicio de un derecho subjetivo son, en principio, actos lícitos. El abuso del derecho, o más propiamente de un derecho, se presenta cuando, existiendo un derecho subjetivo, su titular lo ejercita en forma excesiva, irregular, desconsiderada, anormal y hasta antisocial. Según, Fernando Vidal, “el titular tiene derecho, pero lo ejercita desmedidamente, lo que hace que su ejercicio sea también contrario al principio de la buena fe”.

Siguiendo al maestro Carlos Fernández Sessarego, “el abuso del derecho consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad”.

El abuso del derecho, según nuestra jurisprudencia, se presenta “cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, existe un exceso que provoca una desarmonía social, y por ende una situación de injusticia”.

El artículo II del título preliminar del Código Civil dispone que “la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho y que cuando una persona demande la indemnización por el daño causado u otra pretensión, también puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

Es sabido que la libertad de contratación es un derecho de toda persona. Sin embargo, este derecho no puede ejercitarse abusivamente. Tiene que ejercerse con responsabilidad, prudencia y seriedad, respetando los derechos de los demás.

Una forma de abusar del derecho a contratar puede encontrarse en los establecimientos al público que, bajo el pretexto de la fórmula “la casa se reserva el derecho de admisión”, no contratan con personas de determinadas características raciales y/o culturales. Según nuestro

parecer, si bien esta empresa o local comercial tiene la libertad de contratar a quien desee, este derecho no puede ejercerlo abusivamente, sin un interés legítimo, con ausencia de seriedad.

El maestro Jorge Mosset Iturraspe, refiriéndose al abuso del derecho en la ejecución de un contrato, señaló: “Es innegable que los contratos se hacen para ser cumplidos y que razones muy poderosas, jurídicas y morales avalan el cumplimiento de la palabra empeñada; pero esta fuerza vinculatoria, que la norma compara a la fuerza de la misma ley, no debe hacernos perder de vista el fin de la institución: la satisfacción de las necesidades humanas. No debe alejarnos de la idea de contrato como medio para composición o conciliación de intereses contrapuestos. Y, por sobre todo, del equilibrio que debe mediar entre prestación y contraprestación. Si el derecho subjetivo emergente es ejercido por su titular sin un verdadero interés; si en su actuación prima la intención de perjudicar sobre el beneficio que puede lograrse; o si entre los varios senderos que se abren al sujeto activo de la relación se opta por aquel que más detrimento causará al sujeto pasivo; o si la actuación deja de ser razonable para volverse arbitraria y caprichosa o repugnante al sentimiento moral; o si contraría el fin que verosíblemente se proponen las partes, el ejercicio se torna abusivo. Conducta como la descrita se plantea en la realidad del tráfico jurídico con bastante frecuencia. Reparemos en el requerimiento que el acreedor dirige al deudor, sobre el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación nacida del contrato; cuántas veces esa interpelación se realiza con olvido de un requisito básico, cómo es que el requerimiento sea ‘circunstanciado’, y busca tan solo sorprender o desubicar al deudor; con qué frecuencia se torna en formalismo vacío al dejar de lado toda posibilidad o factibilidad en el cumplimiento. Y el abuso que denunciamos en la pretensión de situar o colocar en mora es extensivo al ejercicio por el acreedor de los medios compulsivos”.

Hace poco fui consultado sobre el siguiente caso: una persona que se encontraba laborando en la empresa “X” recibe una propuesta de trabajo de la empresa “Y”. Inmediatamente comunica este hecho a su empleador y le dice que esa propuesta le conviene y le agradece por el trabajo que le ofrecieron en su oportunidad. Cabe precisar que este trabajador no era indispensable, es decir, podía ser reemplazado rápidamente o hasta cubierto por sus compañeros como era costumbre cuando alguno salía de vacaciones o se enfermaba.

Según la Ley Laboral (artículo 18 del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), “en caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día”.

Lo que el trabajador solicitó verbalmente y por escrito a su empleador era que se le exonere de los 30 días para retirarse de la empresa, a lo cual el empleador se negó mediante carta notarial dentro del plazo de ley, por lo que el trabajador debía permanecer 30 días en la empresa, de lo contrario su inasistencia sería considerada como falta grave y, por ende, causal de despido. En la misma carta el empleador le manifestaba al trabajador que si no continuaba laborando iba a causarle daños y que lo podría demandar por los daños y perjuicios. Como se podía desprender de los documentos y los hechos, nos encontramos ante una evidente amenaza: si no vienes a trabajar, te despido y luego te demando por daños y perjuicios. Según el trabajador las razones solo eran simples envidias.

Sin duda, el empleador estaba en todo su derecho de rechazar el pedido del trabajador de exonerarlo de los 30 días de anticipación para renunciar a su centro de trabajo, pero ¿acaso no estamos ante un supuesto de abuso del derecho de parte del empleador? No existía, por lo menos los hechos así lo demostraban, un ejercicio serio, regular, normal, razonado; sino, por el contrario, un ejercicio abusivo, caprichoso, antisocial, irregular.

4.6 Fraude a la ley

En el Digesto (1, 3, 29) encontramos el siguiente texto de Paulo: “*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* [Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido]”.

El fraude a la ley puede definirse como el acto que origina un resultado contrario o distinto a los supuestos de una norma jurídica (norma defraudada), amparado en otra norma jurídica dictada para regular otros supuestos (norma de cobertura).

Como enfatiza el profesor Guillermo Lohmann Luca de Tena, mediante el fraude a la ley “se logra clandestinamente un resultado censurado, burlando así la ley originaria”.

El fraude a la ley no se encuentra regulado en forma explícita en el Código Civil peruano. No obstante, debemos agregar que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Uruguay, 1979) debidamente ratificada por el Perú el 9 de abril de 1980 establece en su artículo 6, que no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte, quedando a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

En el Derecho Internacional se encuentra consagrada la figura del fraude a la ley, aún antes de la vigencia del Código Civil de 1984.

Del mismo modo, el artículo 77, inciso d, del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR), establece que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

En la actualidad, la Comisión de Reforma del Código Civil, presidida por el maestro Jorge Avendaño, ha aprobado la inclusión del instituto del fraude a la ley en el título preliminar y en las normas de derecho internacional privado del Código Civil con los siguientes textos:

“Artículo IX.- Fraude a la ley

Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo, salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”.

“Artículo 2049-A.- Fraude a la ley peruana

No producen efectos en el Perú las situaciones o relaciones jurídicas creadas de conformidad con un derecho extranjero cuya aplicación haya sido provocada a fin de eludir fraudulentamente la ley peruana. El fraude a la ley puede ser invocado solo por el perjudicado”.

Si bien las sanciones que la Comisión propone para el fraude a la ley, en el derecho civil interno y en el derecho internacional privado son distintas, debemos señalar que en ambos casos el fraude a la ley

“supone la utilización de medios para obtener resultados contrarios al espíritu y finalidad de la ley”.

El instituto del fraude a la ley contempla una abundante jurisprudencia en el derecho internacional. Un supuesto del fraude a la ley “consiste en que una persona, fraudulentamente, consigue colocarse en una situación tal que puede invocar las ventajas de una ley extranjera, a la que, normalmente, no podía recurrir”.

En el ámbito contractual encontramos el siguiente caso de fraude a la ley: por un lado, el artículo 882 del Código Civil establece que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita, en consecuencia, en un contrato de hipoteca, un banco no podría incorporar una cláusula prohibiendo al deudor que disponga o hipoteque nuevamente el bien inmueble otorgado en garantía hipotecaria, ya que dicha cláusula sería nula. Por otro lado, el Código Civil permite a las partes pactar e insertar cláusulas resolutorias expresas en sus contratos con la finalidad de resolver extrajudicialmente la relación contractual cuando se incumpla determinada obligación prevista por los contratantes. Así, el artículo 1430 del Código Civil dispone que los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Amparados en esta norma (artículo 1430), algunos contratantes pactan que, si el deudor hipotecario vende o hipoteca el bien sin autorización expresa del banco, el contrato quedará resuelto de pleno derecho de conformidad con el artículo 1430.

Frente a este caso, debemos preguntarnos si el pacto contractual de resolver el contrato por vender o gravar el bien sin autorización del banco es válido o, por el contrario, estaríamos ante un caso de fraude a la ley, ya que el banco está obteniendo un resultado contrario al artículo 882, amparándose en el supuesto formativo del artículo 1430.

Personalmente, creo que nos encontramos ante un caso de fraude a la ley. Por lo tanto, los efectos del acto fraudulento deberían ser, por un lado, sancionar con nulidad el acto fraudulento y, por otro, aplicar la norma legal que se eludió, vale decir, el artículo 882, con lo cual el pacto de prohibir vender o gravar es nulo.

Aunque el contratante beneficiado (banco) trate de alegar la libertad contractual materializada en el pacto expreso de resolver extrajudicial-

mente el contrato, mediante el fraude a la ley se estaría imponiendo limitaciones al pacto de las cláusulas resolutorias, lo cual determina a su vez un claro límite a la libertad contractual de los particulares.

Del mismo modo, no será válido que el banco pretenda alegar la norma constitucional que dice: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2, inciso 23), ya que en este caso sí está prohibido prohibir, es decir, no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar.

Otro caso que resulta interesante para comprender mejor la figura del fraude a la ley fue resuelto por el Tribunal Constitucional en el Exp. 1397-2001-ÁA/TC.

El caso es el siguiente: los demandantes, Ángel de la Cruz Pomasoncco, Judith Mary Guillén Velásquez, Edgar Andrés Mendieta Callirgos, Bertta Luz Vargas Pérez, Néstor Vásquez Ayala y Zarita Chancos Mendoza, alegan que celebraron sucesivos contratos de prestación de servicios personales, a plazo fijo y sujetos a modalidad, con la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Ayacucho S. A. (Epsasa). Sin embargo, a pesar de haber suscrito diversos contratos de trabajo sujetos a modalidad, los trabajadores realizaban labores de naturaleza permanente, existiendo, por consiguiente, simulación o fraude a las normas laborales por parte de la demandada, lo que supone que, en aplicación del artículo 77, inciso d, del TUO del Decreto Legislativo 728, sus contratos debieron considerarse como de duración indeterminada, por lo cual no podían ser despedidos sino por causa justa.

El gerente general de Epsasa contesta la demanda negando y contradiciéndola, fundamentalmente por considerar que su representada tiene la facultad para rescindir el contrato a su vencimiento. Agrega que los contratos se celebraron con el acuerdo voluntario de aceptar cada una de las cláusulas, entre ellas, la de vigencia.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del principio de causalidad, sostiene que la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, debe existir una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada.

Dentro de dicho contexto, los contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determi-

nadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.

Agrega el Tribunal que, conforme al artículo 77 de la norma laboral, los contratos sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato que suscribió se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales, situación que se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad.

Estando plenamente acreditada la naturaleza permanente y ordinaria de las actividades realizadas y los cargos ocupados por los demandantes durante la vigencia de la relación laboral, situación que, incluso, ha sido corroborada por la autoridad administrativa de trabajo y por el propio tenor de los contratos que no han cumplido con consignar de manera expresa las causas objetivas determinantes de la contratación.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional asevera que la empresa demandada “simuló necesidades temporales para suscribir contratos de trabajo sujetos a modalidad, con el fin de evadir las normas laborales que obligaban a una contratación por tiempo indeterminado”.

Por consiguiente, detectado el despido arbitrario, tras haberse comprobado la distorsión en la utilización del artículo 77, inciso d, del TUO del Decreto Legislativo 728, resulta evidente que si los demandantes acuden a la vía del amparo constitucional, no es con el propósito de que se disponga su indemnización, sino con la finalidad concreta, por lo demás claramente expresada en el petitorio de la demanda, de ser restituidos en sus puestos de trabajo.

El Tribunal Constitucional revocó la apelada que declaró improcedente la acción de amparo y, reformándola, la declaró fundada, ordenando que la demandada reponga a los demandantes en sus puestos de trabajo.

4.7 Fraude a los acreedores

Francesco Messineo sostiene que se produce fraude a los acreedores cuando una persona enajena sus bienes con la finalidad de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores.

Según el maestro José Leon Barandiarán, el fraude consiste en la conciencia que tenga el deudor del perjuicio que causará al acreedor.

Por su parte, Guillermo Lohmann Luca de Tena señala que se trata de un comportamiento impropio o imperfecto del deudor. Para este autor, el “comportamiento se traduce en un acto jurídico estructural y formalmente perfecto, de contenido patrimonial, mediante el cual el deudor, a sabiendas o no, midiendo las posibles consecuencias de su conducta, crea las condiciones para frustrar la posibilidad de que su acreedor pueda satisfacer su crédito mediante la ejecución de sus bienes conocidos, que quedarían total o parcialmente fuera del alcance del acreedor”.

En esta línea, nuestro Código Civil prescribe:

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

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

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

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

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

El fraude a los acreedores mediante la celebración de actos o negocios jurídicos consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito, que realiza el deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlos haciéndose pago con dichos bienes, en la renuncia de derechos o en la constitución de garantías en favor de un acreedor de otro deudor o constituyéndolas por deudas ajenas teniendo deudas propias.

El fraude a los acreedores se diferencia del fraude a la ley, ya que en esta última puede o no haber un perjuicio para terceros. En cambio, la existencia de un perjuicio para los acreedores es una característica esencial en el fraude a los acreedores.

El fraude a los acreedores se realiza mediante un acto jurídico real y verdadero, y cuyos efectos son queridos por el deudor.

Frente a tales actos fraudulentos, el derecho pretoriano instituyó la acción pauliana como un remedio en favor del acreedor, para que este pueda solicitar la ineficacia de los actos o negocios jurídicos respecto de él.

Consideramos que la sanción prevista por el legislador peruano, es decir, la ineficacia del acto jurídico respecto del acreedor, no es la más idónea, ya que la sanción correcta es la inoponibilidad.

En suma, todo deudor que pretenda disponer o gravar sus bienes, basándose en su libertad de contratación, debe tener en cuenta que tales actos serán ineficaces (entiéndase inoponibles) si perjudican los derechos de crédito de su acreedor.

4.8 Competencia desleal mediante la inducción a la infracción contractual

“Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben de regir en las actividades económicas”⁴.

Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, ya que es suficiente probar el perjuicio potencial e ilícito (daño concurrencial lícito) al competidor, a los consumidores o al orden público.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley 26122) contempla los siguientes actos de competencia desleal:

- Infracciones a la cláusula general.
- Actos de confusión.
- Actos de engaño.
- Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica.
- Actos de denigración.
- Actos de comparación.
- Actos de imitación.
- Actos de explotación de la reputación ajena.
- Actos de violación de secretos.
- Actos de inducción a la infracción contractual.
- Actos de violación de normas.
- Actos de discriminación.
- Actos de copia o reproducción no autorizada.

El supuesto de competencia desleal que nos interesa en el presente trabajo es el acto de inducción a la infracción contractual que se encuentra regulado en la ley de la siguiente manera:

“Artículo 16.- Inducción a la infracción contractual.- Se considera desleal:

a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a estos a infringir las obligaciones que han contraído.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo.

Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida,

tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”.

Respecto a este supuesto de competencia desleal, el Indecopi, a través de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, considera que es sancionable la conducta del agente que “consiste en el ejercicio de influencia sobre otra persona conscientemente encaminada y objetivamente inadecuada para moverla a infringir deberes básicos derivados de una relación jurídico-contratual eficaz. La calificación de una conducta como inducción contractual solo está condicionada al desarrollo de un comportamiento idóneo para provocar la decisión de infringir deberes contractuales básicos, conducta que deberá ser valorada según los medios empleados para incitar a infringir”.

“El supuesto de la norma, dice el Indecopi, es aplicable a cualquier relación contractual, como los contratos de trabajo, distribución, concesión, agencia, franquicia, locación de servicios y obra, entre otros, y no implica que el infractor fomente la terminación de la relación contractual sino basta que logre el incumplimiento de algunas de las obligaciones asumidas por las partes. En el caso de un contrato de trabajo, por ejemplo, no se requiere la renuncia de los trabajadores a su puesto de trabajo, bastando que se constate el desarrollo de conductas cuyo propósito es inducir a un trabajador al incumplimiento de deberes u obligaciones contractuales básicos (como los horarios, el rendimiento, entre otros), a fin de lograr una ventaja competitiva, y no necesariamente la terminación de una relación contractual.

Para la aplicación del presente supuesto, se requiere que se encuentre vigente la relación contractual entre el competidor presuntamente perjudicado por el acto de competencia desleal y la persona que es inducida a incumplir sus obligaciones, en el momento en que se producen los actos de inducción y que dicha relación contractual se mantenga vigente una vez que han cesado los actos indicados”.

El segundo supuesto que contempla el artículo 16:

“considera desleal la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Para que se configure la conducta desleal, según el Indecopi, deberá acreditarse, en cada caso, los siguientes supuestos: i) la existencia de un contrato entre el competidor presuntamente afectado y el trabajador, proveedor o distribuidor al que indujo a terminar regularmente la relación contractual; ii) la realización de una actividad inductora por parte de los presuntos infractores para que el trabajador, proveedor o distribuidor termine la obligación que mantiene con un competidor; y iii) la realización de la inducción al trabajador, proveedor o distribuidor para que termine el contrato con el presunto afectado, con la intención de aprovecharse de un secreto comercial, o usando el engaño para la inducción, o realizándola con el fin de eliminar al competidor del mercado o, ejercitando otras prácticas similares a las señaladas anteriormente”.

La Comisión de Competencia Desleal del Indecopi declaró fundada la denuncia que por la realización de estos actos presentó una empresa comercializadora de teléfonos monederos contra un competidor que remitió cartas a los clientes de la denunciante, requiriéndolos para que devolvieran los aparatos telefónicos aduciendo que necesitaban contar con una concesión otorgada por el Estado para instalar un equipo de esas características e indicándoles que, en caso de que no devolvieran dichos equipos, serían sancionados por los supuestos actos ilícitos que estarían realizando. En este caso se determinó que, de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, para instalar un equipo de esta naturaleza no se requería contar con una concesión o autorización previa otorgada por el Estado, por lo que la Comisión concluyó que la denunciada había inducido a los clientes de la denunciante a terminar sus contratos mediante la difusión de afirmaciones engañosas y con la finalidad de eliminar a dicha empresa del mercado.

La interpretación correcta de esta norma debe realizarse en concordancia con el derecho constitucional a la libertad de contratación (inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú), ya que no toda inducción a la terminación regular de la relación contractual constituye per se una infracción a las normas de Represión de la Competencia Desleal. Así, por ejemplo, “el retiro libre y voluntario de los trabajadores debido a ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible en un mercado competitivo, donde las empresas no solo compiten para captar más clientela, sino también para contar con los mejores trabajadores”.

En definitiva, la libertad de contratación no puede ejercerse con la finalidad de perjudicar a sus competidores induciendo a sus trabajadores a incumplir con sus contratos.

4.9 Valor de transferencia de bienes y servicios para efectos del Impuesto a la Renta

El artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo 774, refundido en el TUO-Decreto Supremo 054-99-EF) dispone:

“Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

1) Para las existencias, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros. En su defecto, se considerará el valor que se obtenga en una operación entre partes independientes en condiciones iguales y similares.

2) Para los valores, cuando se coticen en el mercado bursátil, será el precio de dicho mercado; en caso contrario, su valor se determinará de acuerdo a las normas que señale el Reglamento.

Tratándose de valores transados en bolsas de productos, el valor de mercado será aquel en el que se concreten las negociaciones realizadas en rueda de bolsa.

3) Para los bienes de activo fijo, cuando se trate de bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el que corresponda a dichas transacciones; cuando se trate de bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el valor de tasación.

4) Para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32-A.

Lo dispuesto en el presente artículo también será de aplicación para el Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, salvo para la determinación del saldo a favor materia de devolución o compensación.

Mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo”.

En lo concerniente a los límites a la libertad de contratación, podemos decir que cuando se transfiere la propiedad o se presten servicios, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto a la Renta, será el valor de mercado; y si el valor pactado por los contratantes difiere del valor de mercado, ya sea por sobrevaluación o subvaluación, la Sunat procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Por tanto, los contratantes deben tener en cuenta el valor de mercado de los bienes y servicios que deseen transferir.

Nótese que hay una seria interferencia, para efectos fiscales, en el contenido del contrato.

5 Contratos forzosos

El profesor chileno Jorge López Santa-María señala que el contrato forzoso es aquel que el legislador obliga a celebrar o da por celebrado. El contrato forzoso es la imposición de relaciones obligacionales de carácter privado entre particulares por mandato legal.

Estos contratos también son conocidos como contratos dictados, por ser una coacción de la autoridad, contratos impuestos, contratos necesarios, contratos imperativos, etcétera.

El maestro Guillermo A. Borda precisa que los contratos forzosos son la expresión extrema del dirigismo contractual, preguntándose en forma irónica: ¿cómo puede hablarse de consentimiento cuando la ley obliga a vincularse jurídicamente con otras personas, en contra de la voluntad del interesado? Evidentemente, en estos casos, no pueda existir libertad de contratación y menos consentimiento contractual.

Jorge López Santa-María ha clasificado a los contratos forzosos en contratos forzosos ortodoxos y contratos forzosos heterodoxos. En los primeros, interviene un mandato de autoridad de celebrar el contrato. Quien está obligado a contratar puede elegir a la otra parte

y discutir con ella las cláusulas del negocio. La libertad contractual subsiste, pero lo que se ha impuesto es la libertad de contratar. A este hecho, Manuel de la Puente y Lavalle lo denomina: “obligación legal de contratar”.

El contrato forzoso heterodoxo se caracteriza por la pérdida completa de la libertad contractual. En estos contratos el legislador constituye o impone el acto de contrato de un solo golpe. Tanto el vínculo jurídico, como las partes y el contenido de contrato vienen determinados heterónomamente por un acto único del Poder Público.

Como ejemplos de contratos forzosos encontramos la obligación de contratar seguros contra incendios en los edificios, seguros de desgravamen en los contratos de préstamo bancario, entre otros.

Por lo general, estos contratos sirven al logro del bien común, entendido este como el bienestar de uno y el de todos, al logro de un interés público.

Un ejemplo de contrato forzoso es el Seguro Obligatorio para Accidentes de Tránsito (SOAT), regulado por el TUO del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito⁵.

Este seguro obligatorio cubre los riesgos de muerte o lesiones físicas que sufran las personas como consecuencia de un accidente de tránsito en el que participe el vehículo asegurado, sean las víctimas ocupantes o no ocupantes del vehículo.

Según la ley, todo vehículo automotor que circule en el territorio peruano debe contar con una póliza vigente de SOAT. La obligación de contratar el SOAT recaerá sobre el propietario del vehículo automotor o el prestador del servicio de transporte. Para tal fin, la ley presume como propietario a la persona cuyo nombre aparezca inscrito en la tarjeta de identificación vehicular o tarjeta de propiedad del vehículo expedido por el Registro de Propiedad Vehicular.

Las pólizas o contratos del SOAT serán emitidos en forma independiente de cualquier otra póliza y tendrán una vigencia anual. En el certificado de SOAT deberá constar la individualización del vehículo, el nombre del contratante del seguro, el nombre de la compañía de seguros, el número de la póliza, el inicio y término de vigencia del seguro, el monto de la prima y la firma de un apoderado de la compañía de seguros que haya emitido el documento. El referido certificado será considerado como prueba suficiente de la existencia del contrato del SOAT.

El incumplimiento de la obligación de contar y mantener el SOAT vigente inhabilita al vehículo automotor para transitar por cualquier vía pública terrestre del país, debiendo la Policía Nacional del Perú retener el vehículo, impedir su circulación e internarlo en el depósito oficial de rodaje hasta que se acredite la contratación del seguro correspondiente, independientemente de la sanción administrativa a que hubiere lugar.

El SOAT es un seguro automático. Es suficiente que la víctima acredite los daños sufridos para que la empresa aseguradora cumpla con pagarle la prima correspondiente según el daño sufrido y de acuerdo con las tablas fijadas por la ley. Luego, la empresa aseguradora ejercerá su derecho de exigir su reembolso al verdadero responsable.

Otro caso, muy discutido y que aún no es norma legal vigente, lo constituye el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Médica. El Proyecto de Ley 13449, presentado por el congresista Natale Amprimo Plá, propone garantizar el derecho del paciente a obtener una indemnización del profesional de la salud que en el ejercicio de su profesión, pudiera haberle causado daños por error, negligencia, impericia u omisión. En tal sentido, la iniciativa legislativa obliga a todos los que desempeñan actividades profesionales propias de la medicina a contratar un “seguro obligatorio por responsabilidad en el ejercicio profesional”.

Cabe precisar que no es el único proyecto de ley que regula un contrato forzoso, también existe otro proyecto similar denominado “Ley que Obliga a la Contratación de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Previa a una Intervención Quirúrgica”⁶.

Por último, existe el proyecto de ley que pretende obligar a los propietarios de inmuebles urbanos a contratar seguros contra incendios⁷.

6 Contratos predispuestos o estandarizados

La libertad de contratación es un derecho y no una obligación, y las personas tienen la facultad de ejercer o no este poder jurídico que el Estado les ha conferido. Por lo tanto, cada persona decide si lo ejerce o no.

Sin perjuicio de lo enunciado, existen determinadas situaciones jurídicas en las que el ejercicio de la autonomía privada, a través de la libertad de contratar o la libertad contractual, se encuentra seriamente limitada (aunque propiamente deberíamos decir que se encuentra

ausente). Esto sucede en la denominada contratación predispuesta, concretamente, en los contratos celebrados por adhesión o en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación, que, en conjunto, podríamos calificarlos como contratos predispuestos.

Los contratos predispuestos son aquellos en los cuales una de las partes contratantes predispone y redacta, íntegra o parcialmente, el contenido del contrato y el otro contratante únicamente se adhiere y acepta las condiciones sin posibilidad de discutirlos.

En estos contratos, el contratante que se adhiere tiene la alternativa de contratar o no, de tomar o dejar el contrato, de aceptar o rechazar las condiciones.

Sabemos que la libertad de contratación se ejerce mediante dos clases de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Mediante la primera, las personas deciden si contratan o no, y sobre la base de la segunda, los contratantes determinan libremente el contenido de los contratos.

En los contratos predispuestos la libertad de contratación se encuentra ausente o reducida a su mínima expresión, ya que en la mayoría de casos las personas contratan porque no tienen otras opciones o contratan por necesidad, como sucede con los servicios básicos de agua, desagüe, luz, telefonía fija, etcétera.

Algunos tratadistas y economistas podrían señalar que la libertad de contratar sí se encuentra presente, ya que el individuo decide contratar, es decir, no está obligado a hacerlo, y que solamente la libertad de configuración interna o libertad contractual se encuentra ausente o reducida. Ello es cierto parcialmente, ya que si estamos ante la prestación de servicios básicos, como los servicios de telefonía fija, luz, agua, desagüe, etcétera, la libertad de contratar desaparece, ya que la necesidad es mucho más fuerte e imperiosa que la voluntad del individuo.

En estos casos, observamos que la libertad de contratación o autonomía privada se encuentra reducida a su mínima expresión. La libertad contractual se encuentra limitada o reducida, pero no por una norma imperativa, sino por la fluidez y eficiencia en el tráfico patrimonial de bienes y servicios, hecho que desde luego es indispensable en una sociedad como la nuestra.

Lo que rechazamos no es la predisposición unilateral de los contratos, que –como dijimos– es necesaria en una sociedad moderna como la nuestra, lo que reprochamos es la inclusión en los contratos

de las llamadas cláusulas abusivas o vejatorias, aquellas cláusulas que en una relación contractual específica reportan una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes y en menoscabo del otro. Una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.
- d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.

Por consiguiente, se consideran abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predisuestos que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido este como un principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, y fuente de integración del contrato.

Sobre la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación o en los contratos por adhesión, mayoritariamente la doctrina señala que tales cláusulas son nulas e ineficaces.

Desde luego, una cláusula abusiva no debe calificarse como tal *in abstracto*, sino dentro de un contrato específico, ya que, por ejemplo, no podemos solicitar la nulidad de una cláusula que exonere o limite la responsabilidad del predisponente, sin antes analizar esa cláusula limitativa de responsabilidad en una relación contractual en particular. Por ejemplo, puede presentarse el caso en el cual un proveedor de un bien limite su responsabilidad una vez transcurrido el tiempo de la garantía ofrecida. En este caso, no se debería calificar de abusiva esta cláusula por el único hecho de limitar la responsabilidad del predisponente, ya que se deberá analizar si tal limitación de su responsabilidad es equitativa y razonable en el contrato visto como un todo.

7 A modo de conclusión

Cuando el maestro Guillermo A. Borda presentó el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino en 1968 manifestó que, “aun a riesgo de ser considerado herético, estaba ‘tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional’, porque ella ‘está más alejada de la vida cotidiana del hombre’ que el Código Civil, el cual, en cambio, ‘lo rodea constantemente; es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad’”.

No es nuestro deseo cuestionar cuál es la norma legal de mayor importancia en un país, si la Constitución o el Código Civil. Lo que sí está claro es que el Código Civil es la segunda norma de mayor importancia en toda sociedad moderna.

Luego del análisis realizado, podemos afirmar que no existe una libertad de contratación ilimitada; por el contrario, el legislador ha considerado conveniente y necesario establecer límites al ejercicio de la libertad de contratación.

No es concebible, por definición, una sociedad sin reglas, una sociedad donde el individuo ejerza sus derechos sin limitación alguna. Y en materia contractual, la libertad de contratación que tiene cada individuo debe estar limitada en función no solo del beneficio de las partes contratantes, sino de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, la legislación peruana es deficiente, ya que no señala, en una norma legal, cuáles son los supuestos de limitación a la libertad de contratación.

Desde luego, no pedimos que se incluya en una norma legal todos los supuestos de limitación a la libertad de contratación que hemos analizado en el presente trabajo, pero sí creemos necesario que establezca, como lo hace el moderno Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en una norma legal (constitucional o civil) los grandes supuestos limitativos de la libertad de contratación. Y estos grandes supuestos, desde nuestro punto de vista, son tres: el orden público, las buenas costumbres y las normas legales imperativas o prohibitivas.

Esta propuesta legislativa podría ser la siguiente: “Son nulos, total o parcialmente, según sea el caso, los actos y contratos contrarios al orden público, a las buenas costumbres o a las normas legales imperativas o prohibitivas”.

NOTAS

- 1 Ver Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0147-97-AA/TC del 8 de julio de 1998.
- 2 Para mayor detalle, consultar la Sentencia del Tribunal Constitucional: Exp. 005-2003-AI/TC LIMA.
- 3 El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos ha sido elaborado por la Academia de Iuspravatistas Europeos de Pavía, siendo su actual presidente el maestro José Luis de los Mozos y de los Mozos. Para el profesor De los Mozos, el Anteproyecto de Pavía “representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos”.
- 4 **Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad (Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI).**
- 5 Decreto Supremo 024-2002-MTC, publicado el 14 de junio de 2002. Cabe agregar que anteriormente el artículo 30 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley 27181 del 8 de octubre de 1999) ya se refería a un seguro obligatorio.
- 6 Compárese el Proyecto de Ley 08500, presentado por el congresista Jorge Mera Ramírez.
- 7 Compárese el Proyecto de Ley 07023, presentado por el congresista Ernesto Aranda Dextre.

Copyright of Revista de Economía y Derecho is the property of Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.