



**LOS VAIVENES DE LA SANTIDAD  
CONTRACTUAL**  
**-Entre los artículos 62° de la Constitución Política  
y 1355° del Código Civil-**

**Reynaldo Mario Tantaleán Odar (\*)(\*\*)**

## **1. A MODO DE INTRODUCCIÓN**

El artículo 1355° del código civil de 1984 reza: *“La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*.

Entre tanto, el artículo 62° de la Constitución Política de 1993 prescribe: *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”*

Estas redacciones tan disímiles generan muchas incertidumbres debido a su incompatibilidad, con mayor razón si se trata del enfrentamiento entre dispositivos de distinta data y jerarquía.

En este trabajo intentamos dar a conocer la problemática que este asunto ha generado, partiendo del estudio de la santidad contractual, evaluando los aportes doctrinarios y revisando las sentencias emitidas en nuestro medio, sobre todo por el Tribunal Constitucional al respecto, para, finalmente, intentar arribar a una solución ante las complejidades que se han ido generando en torno a este tema.

---

\* Magíster en Derecho Civil y Comercial. Catedrático de la Universidad Nacional de Cajamarca y de la Universidad Privada del Norte.

[yerioma@hotmail.com](mailto:yerioma@hotmail.com)

\*\* Con gratitud al doctor Omar Sar Suárez.

## 2. ACERCA DE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA JURÍDICA

Sabido es que el tema de la aplicación de la ley -o más exactamente de la norma jurídica- en el tiempo es uno de los más complicados y arduos en la teoría general del derecho (Cfr. Monroy Cabra 2001, 37).

Su regulación ha dado origen a dos grandes corrientes contrapuestas: la de los derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos, o también conocidas como de seguridad jurídica o innovación legislativa, respectivamente.

La doctrina de los derechos adquiridos refiere que una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas jurídicas que se dicten posteriormente no podrán afectarlo. Esta corriente tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales (Rubio Correa 2008, 27). El sustento de esta doctrina radica en que la norma jurídica sería retroactiva si se violasen derechos adquiridos y no lo sería cuando se limitase a desconocer simples expectativas (Monroy Cabra 2001, 376).

Las críticas que se la han opuesto refieren que hay incertidumbre sobre el significado del principio en que se funda; resulta complicado diferenciar si una situación jurídica es derecho adquirido o no lo es; no resuelve el problema de los derechos no patrimoniales; y no se sabe a ciencia cierta cuáles son los derechos derivados de normas de derecho público que no pueden dar lugar a derechos adquiridos (Rodríguez y Somarriva Undurraga ápuđ Monroy Cabra 2001, 379).

Por su parte, la corriente que propugna los hechos cumplidos o consumados advierte que una norma jurídica debe aplicarse inmediatamente a todos los acontecimientos que ocurran durante su vigencia, por lo tanto, una vez modificada o derogada una norma jurídica anterior a los efectos del hecho, la situación o relación jurídica se regirá por la nueva normatividad (Monroy Cabra 2001, 380). Por ende, la nueva ley no tendrá eficacia con respecto a los hechos y relaciones que hayan surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la norma antigua (De Ruggiero 1915, 169).

Esta postura, conocida como del *factum praeteritum*, protege la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general (Rubio Correa 2008, 29). Además, puede asumir un doble aspecto: lo que bajo el imperio de una ley precedente ha producido efectos jurídicos, conserva capacidad para producir otros bajo el imperio de la nueva ley; y lo que bajo la ley anterior ha nacido privado de efectos jurídicos, no puede producirlos bajo la posterior aunque esta se los atribuya. Se requiere, entonces, la preexistencia de un hecho capaz de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de derechos, no siendo hechos jurídicos -y por tanto, no amparados por la ley antigua- las simples expectativas de derecho y las meras posibilidades o cualidades jurídicas (Monroy Cabra 2001, 389). En definitiva, el hecho debe estar consumado para considerarse como

inalterable en cuanto a la consecuencia jurídica aplicable, de allí el nombre de doctrina de los hechos consumados.

### **3. A QUÉ DOCTRINA SE ACOGE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**

En términos genéricos, nuestra Constitución Política, según su artículo 103°, de modo concordante con el artículo III del Título Preliminar del código civil, acoge la doctrina de los hechos consumados, desde que se prescribe que la ley se aplica a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigor.

Entonces, una ley nueva no puede alterar una situación o relación jurídica preexistente, pero sí puede, en cambio, modificar las consecuencias de aquellas. Por eso, a decir de Gabba (ápuđ Monroy Cabra 2001, 388) los derechos adquiridos son la consecuencia de un hecho idóneo para producirlos bajo el imperio de la ley, en que el hecho fue realizado, y si bien no se hicieron valer bajo el imperio de tal dispositivo, sin embargo, entraron en ese tiempo a formar parte del patrimonio de la persona.

Ahora bien, para resolver los posibles conflictos de aplicación temporal de la ley según nuestro sistema se nos recomienda averiguar si el hecho señalado como supuesto de hecho de una norma jurídica se llegó a cumplir o no totalmente estando en vigor la norma derogada para, luego, verificar qué consecuencia jurídica le corresponde (Torres Vásquez 2001, 461).

Con lo visto, la doctrina de los hechos consumados imperaría en nuestro ordenamiento desde el año 1984, fecha en que empezó a regir el código civil.

En esa línea, sabido es que el Título Preliminar del código civil se ha constituido en una regulación de amplio espectro, dado el principio de legalidad imperante en la época jurídica inmediatamente anterior a la actual (donde prima el principio de supremacía de la Constitución). Es decir, la ley siempre fue considerada la máxima expresión de la soberanía popular, y el derecho civil siempre fue considerado el derecho común, por razones de orden histórico (Cfr. Díez-Picazo y Gullón 1998, 31 y ss.). Por ello, su Título Preliminar fue siempre de aplicación a todas las ramas del derecho de modo supletorio, incluso a las del derecho público; lo mismo que acontece con el código procesal civil como dispositivo supletorio en todas las materias procesales.

Nuestro propio Tribunal Constitucional ha dicho que si bien las disposiciones del Título Preliminar del código civil en puridad tienen rango de ley, algunas de ellas en realidad constituyen normas materialmente constitucionales toda vez que su objeto es regular un aspecto vinculado con

la creación y vigencia de las normas jurídicas estatales,<sup>1</sup> como sencillamente se puede verificar que venido sucediendo con el citado artículo III.

Aun así, dicha regulación fue ratificada con la modificación del artículo 103° de nuestro Código Político, con lo que queda claro que la doctrina en estudio se estableció en el año de 1984 en nuestro ordenamiento y se asentó indiscutiblemente en 1993.

Con lo afirmado se podría inferir que la doctrina de los derechos adquiridos estaría proscrita. Sin embargo, ella subsiste en algunas esferas puntuales, como por ejemplo lo prescrito en el artículo 2121° del código civil que estipula que se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este código (el civil) no los reconozca. Sin embargo, un sector doctrinario ha puesto de manifiesto que se trataría más bien de un error legislativo que de un reconocimiento expreso de la doctrina de los derechos adquiridos, en estricto (Rubio Correa 2008, 61 y ss.).<sup>2</sup>

#### **4. QUÉ ES LA SANTIDAD CONTRACTUAL**

Pero el ejemplo más claro de inclusión de la doctrina de los derechos adquiridos o de la seguridad jurídica lo constituye el mandato del artículo 62° de la Constitución Política, en virtud del cual los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

A esta superprotección de la voluntad negocial se la conoce como santidad o sacramentalidad contractual, y como se puede apreciar, se trata de una excepción notable recogida en el texto de nuestra propia Constitución Política.

La santidad contractual, en suma, consiste en la inamovilidad general de lo pactado por sujetos privados, por parte de disposiciones normativas extrañas a las emanadas por los sujetos integrantes de la relación contractual generada.<sup>3</sup>

#### **5. FUNDAMENTO DE LA SANTIDAD CONTRACTUAL**

La libertad económica es entendida como libertad de contratos, libertad de las transacciones económicas, libertad de acceso a la actividad económica y

---

<sup>1</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 2235-2004-AA/TC.

<sup>2</sup> Ver en contra Espinoza Espinoza 2005, 158.

<sup>3</sup> La excepción se presentaría cuando por lo menos alguno de los contratantes somete a discusión de un tercero los efectos del contrato, con carácter vinculante, como sucede, por ejemplo, con un juez o un árbitro. No obstante, estos terceros siempre deben desenvolver su actividad dentro de los cánones establecidos por las partes en el contrato mismo y por las peticiones que soliciten. Ciertamente, un juez al fallar debe atenerse, antes que a la ley, a la voluntad declarada por el individuo o individuos en sus respectivos contratos (Legaz y Lacambra 1952, 156).

libertad de ejercicio de esta, y se constituye en uno de los pilares sobre los que se asienta el principio esencial de nuestra ordenación económica, como es la iniciativa privada. Esta iniciativa privada debe ser entendida no solamente como el sistema común de actividad económica, sino como una vía de manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (Ariño Ortiz 1995, 23-24).

La importancia de la libertad contractual radica en que autores de la talla de Luis Díez Picazo (ápuđ Ariño Ortiz 1995, 23) han indicado que en los últimos años se ha producido un cierto desplazamiento del centro de gravedad del orden económico desde el derecho de propiedad al derecho de contratos, por lo que la contratación y el intercambio de bienes y servicios ha adquirido rango preponderante como factor de creación del beneficio.

En esa misma línea, para el profesor Bidart (ápuđ Kresalja y Ochoa 2009, 282) el sustento de esta concepción liberal de intangibilidad irrestricta de los contratos se fundamenta en que los derechos y obligaciones emergentes de los contratos ya estipulados se estiman como integrantes del derecho de propiedad, derecho al que se considera inviolable, con lo que la legislación no podría privar de derechos incorporados al patrimonio como propiedad (o sea ya adquiridos). Por consiguiente, si una ley posterior al contrato intentase modificar sus efectos futuros, generaría una aplicación retroactiva, lo que es inconstitucional por privar de una propiedad adquirida.

Este razonamiento aplicable adecuadamente a otros sistemas normativo, no es del todo acertado para nosotros, dado que la mayoría de nuestros contratos tienen la calidad de obligacionales, es decir, celebrado un contrato lo que surgen son obligaciones con prestaciones que pueden ser, según nuestra codificación, de dar, hacer o no hacer. Por tanto, la mayoría de nuestros contratos no generan de por sí efectos reales sino más bien obligacionales.

Ahora bien, normativamente para nosotros el punto de partida de la santidad contractual se encuentra en el texto de nuestra propia Constitución. Como ya se anticipó, en el citado artículo 62º se asevera que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Como lo que se pretende es que cada sujeto pacte sin temor a que nuevas modificaciones alteren lo convenido, es que se concede la seguridad de la inamovilidad de las cláusulas negociales. Por ello es hacedero afirmar que, en definitiva, el fundamento no es otro que el de conceder seguridad jurídica a los contratantes, lo cual fluye del mismo nombre con que se conoce a la doctrina de los derechos adquiridos.

Además de lo dicho también se puede agregar que el dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, aparte de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético; por consiguiente, se debe

respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales (Bullard González 2004, 65).

## **6. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SU CONTENIDO**

### **6.1. CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

La construcción “autonomía privada” implica el principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad. Tal autonomía forma parte del principio de autodeterminación de las personas cuyo sustento se basa en el principio de legalidad genérico consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 2º inciso 24, literal a, donde se decreta que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Gutiérrez Camacho 2004, 46).

Esta autonomía de la voluntad tiene límites que suelen ser excepcionales. Y aunque en sectores como el derecho de familia dichos límites abundan reduciendo sobremanera esta autonomía, su alcance en materia de obligaciones y contratos alcanza su máxima extensión (Albaladejo 1997, 371).

En materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación, pues el contrato es la expresión suprema de la autonomía privada (Stiglitz 2001, 152). Esta libertad, según nuestra Corte Suprema, forma parte de la autonomía privada, la que se entiende como el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales.<sup>4</sup>

Desde luego, la libertad de contratación consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. Así, el ordenamiento jurídico faculta al privado a crear las propias normas de su esfera económica y a decidir con quién contratar (Gutiérrez Camacho 2004, 47).

En ese derrotero, la autonomía privada es inspiradora de gran parte de nuestro código civil, y sus expresiones más claras, a decir de Bullard González (2004, 61), las encontramos en los artículos 1354º y 1361º del citado dispositivo.

Sin duda, en virtud del artículo 1354º las partes tienen la libertad amplia de determinar el contenido de un contrato; y según el artículo 1361º los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

---

<sup>4</sup> Ver Casación N° 2393-2000-Jaén publicada en “El Peruano” el 05-08-2001.

No obstante, a tales artículos se pueden agregar el 1352° referido al principio de consensualidad, el 1356° que alude al principio de supletoriedad de las normas legales, el 1362° que refiere la buena fe contractual, y el 1363° que toca el tema de la relatividad del contrato.

En otra oportunidad ya hemos dicho que el acto jurídico es una derivación del derecho objetivo oficial otorgado a los particulares para su autorregulación. Esto es, que los privados se vuelven legisladores en pequeño, por lo que no se debe desconocer que los contratos pasan a formar parte del universo normativo con similitudes de legislación (vide Tantaleán Odar 2008, 136).

Desde luego, dentro de las diversas concepciones que se han esbozado del acto (o negocio) jurídico, una de ellas enseña que se trata de una derivación del derecho estatal a los particulares para que autorregulen sus intereses conforme a sus beneficios. Es decir, con el cambio del llamado estado de naturaleza al estado civil, se cedió el poder de legislar al parlamento. Pero el legislativo, en términos generales, solamente puede expedir leyes de modo universal y amplio, mas no de manera individualizada. Por ello cuando se trata de establecer pautas excesivamente particulares –como ocurre con los contratos- por medidas de practicidad, el legislador deriva su poder legislativo a cada particular para que configure el contrato que mejor le parezca. Por ello mismo es que el contrato es llamado “ley” entre las partes. Y por ello también, cada particular al celebrar un contrato y generar normas jurídicas, se transforma en un legislador en pequeño.

Sabiendo ya que esta autonomía privada debe entenderse como potestad normativa atribuida a los particulares, es necesario recalcar que cuando los privados ejercen tal potestad deben considerarse órganos del ordenamiento jurídico y no creadores de un ordenamiento separado o distinto del estatal (Ferri 2004, liv). Justamente de allí nacen los límites de la libertad de contratar, del hecho de que el contrato debe incluirse en el ordenamiento jurídico para formar un cuerpo homogéneo, o sea, un ordenamiento jurídico coherente.

Por esta razón también la voz “autonomía” no debe ser mal entendida. Ergo, para el contrato es preferible la expresión “acto de autonomía privada”, no porque el contrato o el negocio produzca ordenamiento autónomos, sino porque los contratos establecen normas que vinculan solamente a los mismos que las disponen (Ferri 2004, li).

Con todo lo dicho podemos ahora afirmar que esta libertad de contratación está compuesta por dos libertades: la de contratar y la contractual.

La **libertad de contratar** o libertad de conclusión consiste en la facultad que un particular tiene para celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quién contrata. La **libertad contractual** o

de configuración, en cambio, alude a la libertad de determinar el contenido del contrato, y comprende, a su vez, a la libertad para decidir el tipo y la forma de contrato, la libertad para decidir la jurisdicción ante los ulteriores conflictos que se generen, y la libertad para determinar el objeto del contrato o conjunto de obligaciones que se asumirán (Gutiérrez Camacho 2004, 49-50).

Nuestra Corte Suprema ha ratificado lo dicho,<sup>5</sup> al igual que nuestro Tribunal Constitucional,<sup>6</sup> para quien el derecho a la libre contratación garantiza, *prima facie*, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y, además, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.<sup>7</sup>

## 6.2. LÍMITES Y RELATIVIDAD DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Según Legaz y Lacambra (1952, 132) la libertad ingresa en el ordenamiento jurídico como uno entre otros tantos factores, pero no como término equivalente que forme ecuación con él ni con su actividad. Es decir, no es correcto afirmar que el derecho es pura y simplemente “la libertad”. Y como la libertad (como derecho subjetivo) es uno de los factores que componen el derecho –por decirlo de algún modo- es pasible de limitaciones.

Como cada vez se hace más urgente la revisión de los derechos individuales que forman la libertad (Sánchez Viamonte 1961, 303), la libertad de contratación tiene limitaciones y el fundamento de estas limitaciones es diverso dependiendo desde la óptica jurídica desde la que se mire.

Si se recuerda bien, las fuentes formales de las normas jurídicas incluyen a los actos de voluntad o, mejor dicho a los actos o negocios jurídicos. Estos actos de voluntad al basarse en la autonomía privada generan una regulación particularizada que vincula exclusivamente a los pactantes y en el caso de los contratos (que es un acto jurídico) a los contratantes. Por ello es que nuestro código civil ha recogido en su artículo 1363° que los contratos solamente producen efectos entre las partes que los otorgan.

De ese modo, a través de la autonomía privada, y más exactamente por el ejercicio de la libertad contractual, se establece lo que se conoce como precepto contractual o norma jurídica contractual.

<sup>5</sup> Ver Casaciones N° 280-2000-Ucayali publicada en “El Peruano” el 25-08-2000, y 3700-2000-Callao publicada el 31-07-2001.

<sup>6</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 0504-2000-AA/TC.

<sup>7</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI.

Pero –como ya se anticipó- los contratantes, estableciendo este precepto contractual, no constituyen un ordenamiento autónomo para ellos distinto del Estado, sino que actúan en el ámbito del ordenamiento general estatal (Ferri 2004, 1). En una palabra, el deber que nace del contrato adquiere naturaleza de vínculo jurídico solamente si es posible su inserción en el ordenamiento jurídico (Ferri 2004, li), por ello para Ferri (2004, liii) es insostenible afirmar que existan ordenamientos que sean totalmente privados. Esta es la razón por la que se estima que la libertad contractual no tiene la calidad de omnímoda (Diez-Picazo 2002, 128).

Resumiendo, el sustento de estas barreras obedece a que la autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino que se trata más bien de un poder conferido por el Estado, razón por la cual este puede someterlo a cargas y límites de naturaleza formal y sustancial (Ferri 2004, liii).

### **6.2.1. LÍMITES EXPLÍCITOS**

Desde la postura de nuestro Tribunal Constitucional los límites a la libertad contractual pueden ser de dos tipos: explícitos o implícitos.<sup>8</sup>

Acorde a nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía privada -y por ende, la libertad contractual- tendría como límites las normas legales de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres -o si se prefiere, la ley, la moral y el orden público- (vide Albaladejo 1997, 371; Diez-Picazo 2002, 128; Stiglitz 2001, 152; y Kresalja y Ochoa 2009, 284).

Estas tres aristas son las que conforman lo que propiamente se llama licitud. Es decir, un contrato será lícito si está acorde a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres; y si contraviene alguno de estos límites, adolecerá de ilicitud.<sup>9</sup>

Según nuestro Tribunal Constitucional entre los límites explícitos tenemos propiamente a la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público.<sup>10</sup>

Estos linderos señalados constitucionalmente coinciden con la licitud, o sea, con las tres limitantes exigidas por nuestra codificación civil (norma imperativa, orden público y buenas costumbres).

---

<sup>8</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

<sup>9</sup> Evidentemente aquí dejamos de lado otras tantas limitantes particulares que existen en ciertos sectores, como por ejemplo, en los arrendamiento urbanos y rústicos, en las cosas cuyos precios no son libres, en las mercaderías que pueden ser transferidas en cantidades limitadas, entre otras. Además existirían tres limitantes genéricas adicionales: el impedimento a cierto tipo de sujetos, contratos cuyo contenido se impone, y relaciones entre partes que se establecen sin necesidad del acuerdo de estas (Cfr. Albaladejo 1997, 371-372).

<sup>10</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

Tales límites explícitos, (como su nombre lo indica) pueden ser inferidos de una lectura sistemática de diversos artículos de nuestra legislación:

### LIMITES EXPLÍCITOS DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

LIMITANTE	CONSTITUCIÓN	CÓDIGO CIVIL
Norma imperativa		V; 106° inc 9; 140° inc 2; 189°; 219° inc. 4, 7, 8; 738°; 925°, 1353°, 1354°, 1356°
Orden Público	2° inciso 14	V, 6, 13, 96°, 140° inc. 3; 189°; 219° inc. 4, 8; 738°; 1328°; 1355°; 1697° inc 3; 2049°; 2050°; 2060°
Buenas costumbres		V, 6, 96°, 140° inc. 3; 189°; 219° inc. 4, 8; 738°; 1355°; 1697° inc 3; 2049°; 2050°

Estas fronteras han generado que el legislador sancione con nulidad el acto jurídico celebrado en contravención a las normas jurídicas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, tal y como se puede apreciar en los artículos V y 219° inciso 8 del código civil.

Pero para comprender mejor lo dicho, se torna indispensable dar una breve mirada a cada una de estas barreras.

#### ✓ NORMA JURÍDICA IMPERATIVA

La norma jurídica imperativa también conocida como necesaria, *cogente*, inderogable, categórica, taxativa o propiamente de orden público es la establecida con carácter obligatorio, o sea de ineludible cumplimiento, independientemente de la voluntad del sujeto, a quien no le está permitido dejarla sin efecto parcial o totalmente (Torres Vásquez 2001, 232). Ello se debe a que su ámbito de regulación trasciende la esfera de los entes privados.

Entonces, son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su inobservancia la sanción de nulidad (Diez-Picazo 2002, 128-129).

Para nuestro Tribunal Constitucional, uno de los límites explícitos lo constituye justamente el respeto a las normas de orden público,<sup>11</sup> afirmación que más o menos se condice con la norma jurídica imperativa.

<sup>11</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

## ✓ ORDEN PÚBLICO

Para nuestra Corte Suprema el orden público debe entenderse conforme la doctrina imperante como 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.<sup>12</sup>

También se ha dicho que el orden público implica una expresión de la voluntad social mediante normas jurídicas con las cuales se opera la transformación del derecho objetivo (Sánchez Viamonte 1961, 299).

Este orden social es tan poderoso que se impone sobre las categorías específicas individuales. O, dicho de otro modo, los órdenes normativos individuales (como la religión o la moral individual) suelen ceder el paso al convencionalismo social. Y tal es su poder que estas fuerza sociales pueden llegar a ser, incluso, más coercitivas que las estatales (Legaz y Lacambra 1952, 173 y 180).

A decir del profesor Luis Díez-Picazo (2002, 130) el orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores.

Por ello para nuestro caso, el orden público debe entenderse como una suerte de conformidad con la armonía social, es decir, que el acto a celebrarse debe estar alineado al ser o sentir de la colectividad.

Para terminar este acápite diremos que como el concepto de orden público reviste una enorme trascendencia que ha ido en aumento a medida que se ha hecho sentir la necesidad de contemplar en toda su magnitud los distintos problemas que plantea la creciente complejidad de la vida (Sánchez Viamonte 1961, 302), según Díez-Picazo y Gullón (ápuđ Kresalja y Ochoa 2009, 283) dentro del orden público se han incorporado los derechos fundamentales reconocidos por la

---

<sup>12</sup> Ver Casación N° 2516-1998-San Martín publicada en El Peruano el 04-06-1999. En otra perspectiva para nuestra Corte Suprema el orden público se concibe como 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, de ser necesario recurrir a ellas (vide Casación N° 3702-2000-Moquegua publicada en El Peruano el 01-10-2001). Estas disimilitudes de concepción de esta institución obedece a su gran dificultad de delimitación. Así puede ser entendido como quietud, tranquilidad, paz pública, orden cuya guarda se encomienda a la policía, bien común, interés general, interés social, etc. Por ejemplo, en materia penal el orden público se convierte en un aspecto restringido del orden jurídico, mientras que en materia constitucional el orden público es extraño al orden jurídico (Cfr. Sánchez Viamonte 1961, 294 y ss.)

Constitución. Pero, además, lo resaltante es que dentro del orden público, desde el principio de este siglo, ha destacado el tema del orden público económico, como resultado de la intervención del Estado en la vida económica que ya no se abandona al puro juego de los intervinientes en el mercado.

El orden público económico estaría constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad (Diez-Picazo 2002, 42).

Ese orden público económico juega un rol importante de área limítrofe a la libertad de contratación, de modo especial cuando se procura la tutela de otros derechos fundamentales.

### ✓ BUENAS COSTUMBRES

Las buenas costumbres o moral social implican el conjunto de las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica (Diez-Picazo 2002, 129)

De conformidad con nuestra Corte Suprema el acto jurídico será ilícito cuando sea contra *bonas mores*, pues las buenas costumbres, dentro del derecho civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que en todo caso corresponde evaluar al juez.<sup>13</sup>

Las buenas costumbres no refieren otra cosa que la moral social imperante en una colectividad.

Las llamadas buenas costumbres aluden a un tema ético, y para el Tribunal Constitucional no es viable asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, toda vez que ello significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos.<sup>14</sup>

### 6.2.2. LÍMITES IMPLÍCITOS

Conforme a lo esgrimido por nuestro Tribunal Constitucional, entre los límites implícitos tendríamos a las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Ver Casación N° 2248-1999-Tacna publicada en El Peruano el 20-06-2000.

<sup>14</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA/TC.

<sup>15</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA-TC.

Así, desde una perspectiva constitucional, nuestro Tribunal ha afirmado que ningún derecho (incluida la libertad de contratación) cuenta con la condición de absoluto, y establece que puede ser restringido cuando no se afecte su contenido esencial, o sea, que la limitación no haga perder al derecho toda su funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y siempre y cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo.<sup>16</sup>

## **7. ¿Y LAS RESTRICCIONES DEL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL?**

### **7.1. LAS LIMITANTES DEL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL**

En el artículo 1355° del código civil, como se puede apreciar, se reconocen tres limitantes al contenido de los contratos, a saber: interés social, interés público e interés ético. Pero por el modo de redacción debe quedar en claro que se trata de restricciones o limitaciones impuestas una vez que el contrato ya está debidamente estructurado. O sea, se trata de tres limitantes que aparecen de modo posterior a la celebración del contrato.

También por la utilización de la voz “*puede*” (dentro del texto normativo) se entiende que este intervencionismo o dirigismo contractual no vendría a ser más que un consejo al legislador, antes que un mandato normativo propiamente dicho (Bullard González 2004, 61).

El sustento de la dación de este artículo se conduce a evitar la existencia de externalidades, es decir, la existencia de daños a terceros en la contratación privada, lo cual podría ser salvado con la intervención estatal, para estipular reglas que impidan justamente que se materialicen esas externalidades (Bullard González 2004, 66). Este intervencionismo estatal solamente estaría permitido ante las denominadas “fallas de mercado”. O sea, si las condiciones del mercado, mediante la experiencia de los individuos, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo nos llevan a una solución adecuada, no será necesaria la intervención estatal. En cambio, si los costos de transacción no permiten corregir el problema, el Estado debería intervenir (Bullard González 2004, 68).

Ahora bien, recordando que el artículo 1355° del código civil estatuye tres límites a la libertad contractual (interés social, interés público e interés ético), es necesario demarcar tales linderaciones.

---

<sup>16</sup> Ver sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC. Cfr. STC 0001-2005-PI.

Se ha dicho que el **interés social** se refiere a consideraciones redistributivas, o sea, intervenir en el contrato para proteger, por ejemplo, a grupos marginados, controlar precios o prohibir cláusulas leoninas. Ello, hoy en día, no sería posible entre nosotros, toda vez que con la dación de la Constitución Política en 1993, se removió el principio de protección al interés social como justificación al intervencionismo contractual. La intervención estatal contractual para fines de redistribución es, hoy por hoy, inconstitucional (Bullard González 2004, 69). Efectivamente, para la concepción liberal de la libertad de contratación debe considerarse prohibido al Estado la imposición de controles de precios, bajo las modalidades de precios mínimos y máximos (Kresalja y Ochoa 2009, 280).

El **interés público**, por su parte, más bien alude a la afectación de terceros ajenos a los contratantes. Este interés se dirige puntualmente al asunto de las externalidades que sí se comportarían como limitantes contractuales (Bullard González 2004, 69).

Por último, los **intereses éticos** como barrera implican un intervencionismo que significaría la imposición de ciertos principios morales de un grupo a otro grupo, lo cual puede atentar contra el principio de autonomía (Bullard González 2004, 69). Sin embargo, hay que recordar que si esa facultad está permitida, en este caso, solamente es atribución del poder legislativo, justamente porque este poder es el que representa, en cierta medida, a la colectividad.<sup>17</sup> Desde luego, se sabe que con el paso del estado de naturaleza al estado civil, los individuos transmitieron todos sus derechos naturales al soberano, ergo, también se transmitió el derecho de decidir lo que es justo (moral) y lo que no lo es. Por tanto, desde ese instante, el criterio de lo justo (moral) o injusto (inmoral) será voluntad última del soberano que ejerza el poder (Bobbio 1999, 31).

Resumiendo podríamos arribar a que, según lo dispuesto por el artículo 1355° del código civil, las limitantes serían el interés público y el interés ético (ya no el interés social). Y como puede verse, estos dos aspectos, el interés público y el interés social, más o menos se condicen con el orden público y las buenas costumbres a que aludiéramos líneas arriba.

## 7.2. LA REGULACIÓN CIVIL DE LAS LIMITANTES CONTRACTUALES

---

<sup>17</sup> No hay que olvidar que la vigilancia también le corresponde al poder judicial vía, por ejemplo, nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución de contratos y también a la propia administración pública. Ciertamente el término “policía administrativa” alude a la actividad de ordenación de la vida social que lleva a cabo la administración pública con el fin de garantizar el orden público y el normal funcionamiento de la economía y de la sociedad. Esta actividad es casi siempre limitadora y ordenadora del ejercicio de los derechos, unos derechos preexistentes al acto (o norma) de policía (vide Ariño Ortiz 1995, 36 y ss.).

Vimos anteriormente que todo acto jurídico, y por ende, todo contrato, tiene tres grandes limitantes en su celebración: las normas jurídicas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Sabedores de que la voluntad contractual tiene estas tres grandes fronteras al momento de su celebración, el legislador del código civil, ya en 1984, entendió que la santidad contractual basada en la libertad de contratar es, en efecto, relativa, y lo quiso dejar sentado en el artículo 1355° donde se estipula que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Como se puede ver -y también ya se anotó-, en la redacción se alude a las restricciones de índole **pública** y **ética** (aunque vía ley<sup>18</sup>).

Y a renglón seguido, en el artículo 1356° del citado dispositivo se dice que la voluntad es libre y las disposiciones legales son supletorias, a menos que se trate de **normas imperativas**.

Con ello se repiten, entonces, los tres grandes límites de la voluntad contractual: el orden público y la moral social (1355°) y las normas imperativas (1355° y 1356°).

Ante lo dicho es indispensable aclarar que estas limitantes (las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres), en el primer caso (artículos V y 219° inciso 8) funcionan como barreras pero al momento de la celebración; es por ello que el contrato en caso de quebrantamiento adolece de nulidad, pues la nulidad es una sanción que se impone cuando el defecto estructural del contrato es coetáneo al momento de su celebración (Taboada Córdova 2002, 83 *et passim*).

Entre tanto, en el segundo caso (artículos 1355° y 1356°) se trata más bien de restricciones pero de naturaleza sobrevenida, es decir, cuando el contrato ya está perfectamente estructurado, por lo que no se puede hablar, propiamente, de un cuestionamiento a la validez del contrato.<sup>19</sup>

Así, la labor del legislador, en el año 1984, consistió en dotar al código civil de congruencia interna para un control coetáneo y también posterior a la celebración del negocio jurídico cuando se violentasen normas jurídicas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

---

<sup>18</sup> Es necesario distinguir entre intervencionismo del Estado regulador mediante la legislación como obra del Parlamento, propia del Estado de Derecho, del intervencionismo del Poder Ejecutivo, que suele caer en el totalitarismo (Sánchez Viamonte 1961, 294).

<sup>19</sup> Al respecto nos parece importante resaltar la propuesta que el profesor Lohmann (1994, 525) hiciera en el sentido de que debía considerarse como susceptible de ser sancionado con nulidad el negocio que a pesar de ser perfecto desde su origen, cuando con el transcurso del tiempo se convirtiese en un acto cuyos efectos o consecuencias constituyesen franca y abierta ilicitud. Como se aprecia se trata de una postura que propone que la nulidad supervigile no solo la construcción sino también toda la vida del acto jurídico.

Lamentablemente, desde el año 1993, justamente con la redacción del artículo 62° de nuestra Carta Magna, donde se contemplaba la santidad contractual (o sea que los términos contractuales no podrían modificarse por leyes u otras disposiciones de cualquier clase), se debió entender que tal artículo (el 1355°) habría quedado derogado tácitamente, según lo mandado por el artículo I del Título Preliminar del mismo código civil, y ulteriormente por la modificatoria introducida en el artículo 103° de la misma Constitución, dado que se trata de la entrada en vigencia de un mandato (62° de la Constitución) incompatible con la anterior regulación (1355° del código civil).

Ciertamente, estamos ante dos disposiciones inconciliables, donde la disposición posterior es incluso de mayor rango que la anterior, por lo que fácilmente se podría hablar de una suerte de derogación tácita.<sup>20</sup>

### **7.3. LAS DIFICULTADES GENERADAS POR LOS ARTÍCULOS 62° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 1355° DEL CÓDIGO CIVIL**

A decir de Kresalja y Ochoa (2009, 279) en materia de libertad de contratar, el neoliberalismo de los años 90 del siglo XX propuso retornar a la privatización del contrato. Así las cosas, para este pensamiento, el código civil, por ser de 1984, está influido por el intervencionismo estatal de la Carta de 1979 en materia contractual. Esta privatización absoluta del contrato es contraria al Estado Social de Derecho y a la idea de solidaridad que en ese marco jurídico fundamental debe inspirar también al contrato.

Como ya se antedijo la primera gran dificultad que genera la contraposición de estos artículos lo configura la incertidumbre de saber si el artículo 1355° del código civil está o no derogado.

La derogación de una norma jurídica siempre genera dificultades. Pero el asunto se convierte en escabroso cuando se trata del tema de la derogación tácita, porque siempre estará latente la duda de si la norma jurídica sigue o no vigente.

En sede teórica no es tan complicado delimitar que se trata de una norma jurídica derogada tácitamente. En mejores términos, el artículo 1355° estaría derogado desde la entrada en vigencia de la Constitución Política en el año 1993.

Pero si se pensase de modo distinto, es decir, que el artículo 1355° rige hoy en día, y como ambos artículos son incompatibles, otra solución para lograr

---

<sup>20</sup> Al respecto hay que recordar que en el pleno jurisdiccional 047-2004-AI/TC se acogió expresamente en sede constitucional a la derogación tácita.

coherencia entre ellos es recurriendo a la interpretación, la cual, evidentemente, no puede ser la literal.<sup>21</sup>

Ad empero, y con una visión diferente, la inamovilidad de los derechos adquiridos consagrada explícitamente por el artículo 62° de la Constitución Política se ha visto morigerada por algunas sentencias del Tribunal Constitucional, casi hasta retroceder al texto del artículo 1355° del código civil.

En una palabra decir, se ha pasado de una permisión intervencionista estatal (en 1984 con el código civil) a una inamovilidad de los contratos (en 1993 con la Constitución Política) para ulteriormente dar luz verde al intervencionismo estatal aunque de modo excepcional (2001 en adelante) con algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

Una posible explicación a este nuevo cambio, o sea al resurgimiento de las limitantes de la libertad contractual vía intervencionismo estatal, o más claramente, a la aplicación efectiva del artículo 1355° del código civil, la podemos encontrar en un fallo supremo.

Ciertamente, la Corte Suprema hacia 1999<sup>22</sup> afirmó que el Estado tiene la facultad de intervenir en la vida económica de la Nación en razón a intereses correspondientes a la sociedad como un todo, por encima de la voluntad de los particulares; situación que se produjo en la coyuntura económica que tuvo que enfrentar el Estado peruano a inicios de 1990 con hiperinflación y recesión, obligando al Poder Ejecutivo a dictar múltiples medidas destinadas a corregir tales situaciones.

Ad empero, en esta sentencia fácilmente se puede apreciar que se alude a una justificación del artículo 1355°, o sea del intervencionismo estatal, pero a inicios de los años 90, por lo que no serviría como justificación posterior, más exactamente para 1999 que es el año en que se emite el fallo en Casación.

Respecto de este tema, para el profesor Carlos Cárdenas (ápuđ Kresalja y Ochoa 2009, 283-285) la mejor lectura de la primera parte del artículo 62° de nuestro Código Político es la de entender que la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas (doctrina de los hecho cumplidos) importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, pero no las supletorias de la voluntad en cuanto no se haya pactado en contrario o de manera distinta, dado que admitir que ninguna norma legal incluso de carácter imperativo que se dicte con posterioridad a

---

<sup>21</sup> En ese sentido recomendamos ver lo dicho por el profesor Juan Espinoza (2005, 158-161) para quien la opción mejor es recurrir a una interpretación restrictiva del artículo 62° de nuestro Código Político.

<sup>22</sup> Ver Casación 128-1997-Juliaca publicada en “El Peruano” el 25-02-1999.

su estalecimiento implicaría una equiparidad entre un contrato común y un contrato-ley regulado recién en la segunda parte del citado artículo 62°.

## **8. QUÉ HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

Con este soporte teórico podemos ingresar a revisar sucintamente lo que ha venido diciendo nuestro Tribunal Constitucional respecto de la libertad de contratación y sus temas circundantes, sobre todo en lo referido a la santidad contractual.

### **8.1. ACERCA DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

Para el Tribunal Constitucional el principio de la autonomía de la voluntad materializado en la libertad de contratación tiene un doble contenido: la libertad de contratar (consagrada en los artículos 2°, inciso 14, y 62° de la Constitución) llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.<sup>23</sup>

Este derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo que dicho vínculo debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Se añade que tal derecho garantiza, *prima facie*, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante, además de la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Y como son estos los elementos los que constituyen en abstracto su contenido mínimo o esencial, no formaría parte de dicho contenido –verbi gracia- el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse.<sup>24</sup>

Por último, no cabe duda de que la Constitución, al reconocer y proteger la libertad contractual como derecho fundamental y garantía institucional del régimen económico peruano, releva la importancia de esta libertad en el

---

<sup>23</sup> Ver sentencias recaídas en los expedientes 2185-2002-AA/TC; 8943-2006-PA/TC; 00026-2008-PI/TC; 00028-2008-PI/TC; y 01869-2010-PA/TC.

<sup>24</sup> Ver sentencias recaídas en los expedientes 0008-2003-AI/TC; 0004-2004-AI/TC; 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados); 2736-2004-PA/TC; 0001-2005-PI/TC; 1963-2006-PA/TC; 01735-2008-PA/TC; 0009-2009-AI; 0015-2009-AI; y 0029-2009-AI.

seno del Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, tal reconocimiento no debe ser interpretado de manera errónea, encasillándolo exclusivamente en la categoría de libertad negativa con el fin de que los particulares puedan oponerse de manera irrestricta a cualquier intervención del poder estatal.<sup>25</sup>

## **8.2. ACERCA DE LA VIGENCIA DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la libertad de contratar se encuentra prevista y regulada en el artículo 62° de la Constitución.<sup>26</sup> Ciertamente, la propia Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad contractual desde una configuración binaria, de este modo, tanto el inciso 14 del artículo 2° como el artículo 62° de la Constitución han establecido su marco constitucional de actuación.<sup>27</sup>

Pero más enfáticamente el Tribunal Constitucional ha resaltado la vigencia de la santidad contractual cuando ha dicho que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no solamente los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.<sup>28</sup>

## **8.3. ACERCA DE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

Luego de determinar abstractamente el contenido protegido constitucionalmente de este derecho, nuestro Tribunal Constitucional entiende que ello no quiere decir que se trate de un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Fundamental. Asumir lo contrario implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, como unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica. Mejor dicho, la determinación, en un caso concreto, del contenido protegido de un derecho fundamental no puede efectuarse al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce,<sup>29</sup> pues una lectura sistemática impone una interpretación de sus

<sup>25</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC.

<sup>26</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 0289-2001-AA/TC.

<sup>27</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC.

<sup>28</sup> Ver sentencias recaídas en los expedientes 003-2004-AI/TC; STC 005-2003-AI/TC; y 1963-2006-PA/TC.

<sup>29</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 2736-2004-PA/TC.

disposiciones sin “sacrificar” alguno de los valores, derechos o principios,<sup>30</sup> lo que deberá evaluarse para cada caso en concreto.<sup>31</sup>

El Tribunal Constitucional ha manifestado que es errado creer que los contratos en cuanto tales impiden, en lo absoluto, todo tipo de intervencionismo estatal, pues si bien el artículo 62° de la Constitución consagra la santidad contractual, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por ello, y partiendo de una lectura sistemática, el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que está condicionado tanto por límites explícitos como por implícitos. Los límites explícitos serían la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público; y los límites implícitos serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Por consiguiente, para el Tribunal asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos.<sup>32</sup>

Empero, se aclara que no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone su afectación, sino solamente aquellas que se presenten como desproporcionadas en atención a las circunstancias, para lo cual es necesario recurrir al test de proporcionalidad.<sup>33</sup>

Para el Tribunal el régimen económico implantado en nuestro Estado como es la economía social de mercado es representativo de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho. En tal sentido, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que no supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. Mejor dicho, si bien no nos encontramos en un Estado basado exclusivamente en la autonomía de la voluntad e iniciativa privada, sino que se reconoce la importancia de la actividad del Estado en determinados supuestos, la Constitución ha instaurado un régimen económico que tiene sobre su base el respecto de los derechos y libertades fundamentales, sin las cuales el ejercicio de las libertades políticas, también reconocidas, se tornaría ilusorio. Aquí, la libertad contractual, implica una relación de cooperación, que deviene en el tiempo generando derechos y

<sup>30</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 0001-2005-PI/TC.

<sup>31</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 8943-2006-PA/TC.

<sup>32</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 2670-2002-AA/TC.

<sup>33</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 01735-2008-PA/TC.

obligaciones para las partes, con subsecuentes posibilidades de injerencias externas que hagan imposible o irrealizable su contenido, de modo que su ámbito protegido también se extiende para garantizar respecto de aquellas injerencias externas que no cuenten con justificación constitucional. Por ello es indispensable garantizar que el cumplimiento de lo pactado no se vea frustrado por una injerencia externa arbitraria. En suma, como cualquier derecho fundamental, la libertad contractual también se encuentra sujeta a límites, y partiendo del orden público previsto en el artículo 2º, inciso 14 de la Constitución, la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales.<sup>34</sup>

La libertad contractual, como toda libertad, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58º de la Constitución). En tal sentido, para el Tribunal en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. Así, la Constitución reserva al Estado una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizado plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva (vide artículo 58º de la Constitución).<sup>35</sup>

También se ha añadido que en un Estado social y democrático de derecho, el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho a la libre contratación, actuando sobre él en una doble perspectiva: prohibitiva (ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales) y promotora (cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales).<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 03866-2006-AA/TC.

<sup>35</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC.

<sup>36</sup> Ver sentencias recaídas en los expedientes 2736-2004-PA/TC; 0001-2005-PI/TC; 1963-2006-PA/TC; y 03866-2006-AA/TC.

En tal sentido, para el Tribunal Constitucional queda claro que, si bien es cierto que la libertad contractual deriva de la ley, no es inconstitucional regular la facultad administrativa de establecer reglas jurídicas por razones de orden público. O sea es posible implantar reglas a la libertad contractual a través de una ley. No obstante, no hay impedimento para discutir la legitimidad de la ley cuestionada respecto a la posible vulneración de otros bienes jurídicos constitucionales relacionados, o que las reglas jurídicas no sean claras, en tanto conceptos jurídicos indeterminados o en blanco, o que queden a merced de la Administración definir su real y concreto significado legal.<sup>37</sup>

Por ello también el Tribunal ha entendido que el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e, inclusive, de resolverlo. No obstante, tales poderes únicamente podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional.<sup>38</sup>

## **9. EL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

El Tribunal Constitucional ha recurrido al artículo 1355° del código civil para sustentar algunos de sus fallos. Su utilización siempre ha sido en materia pensionaria cuestionando la afiliación al Sistema Privado de Pensiones.

En el expediente 2156-2003-AA/TC donde el objeto de la demanda es que se permita la libre desafiliación del demandante del Sistema Privado de Pensiones, el Colegiado afirma que el demandante pretende que en el presente proceso constitucional de urgencia se sancione la nulidad del contrato por el que, en determinación de su libertad, se afilió a la AFP, y conseguir así, declarado sin efecto legal el contrato aludido, su retorno a la ONP.

La demanda se basa en hechos que se estiman afectados de vicios nulificantes, lo que se enmarca dentro de un cuadro de violación de derechos que se califican de fundamentales como es la libre contratación y el acceso a la pensión a través de entidades públicas, privadas o mixtas. En el caso, la pretendida vulneración de derechos no constituye temática constitucional, desde que los vicios que presuntamente afectan a un contrato celebrado y regido dentro de los márgenes del derecho privado,

<sup>37</sup> Ver sentencia recaída en los expedientes 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados).

<sup>38</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 2488-2004-AA/TC.

requieren para la pretensión de la sanción de nulidad la instauración de un proceso ordinario que permita la probanza plena de los hechos que fundamentan la pretensión.

El Tribunal uniformemente en las sentencias recaídas en los expedientes 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003-AA/TC y 2861-2003-AA/TC ha declarado improcedentes las demandas de nulidad de contrato de afiliación a una AFP y su consecuente traslado al SNP en vía constitucional, debido a que dilucidar esta pretensión requiere de una etapa donde se actúen las pruebas idóneas a fin de demostrar la validez de dicho contrato, ejercitándose el derecho de contradicción, por lo que se las debe plantear en la vía correspondiente y no en la del amparo que, por su naturaleza excepcional y sumaria, carece de etapa probatoria.

Siguiendo el mismo sentido, en las sentencias recaídas en los expedientes 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-2003-AA/TC, 2896-2003-AA/TC, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005-AA/TC y 2046-2004-AA/TC, el Tribunal, pronunciándose ya sobre el fondo del asunto controvertido, declaró infundadas la demandas afirmando que en estos casos no se ha acreditado la vulneración del derecho constitucional invocado, por lo que la demanda debe desestimarse, aunque dejando a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer en la vía ordinaria. Ergo, si el demandante considera que existen causales suficientes para demandar la nulidad de su contrato de afiliación, dicha solicitud deberá plantearse en la vía correspondiente, y no en el amparo, que, por su naturaleza excepcional, sumaria y carente de etapa probatoria.

Ahora bien, el Tribunal ha afirmado que el artículo 140° del Código Civil define la obligación<sup>39</sup> y señala la necesidad de concurrencia de elementos indispensables para la validez del acto jurídico. Se agrega que por el dirigismo contractual el Estado asume el control de la contratación no obstante el carácter privado de ésta cuando, en la versión del artículo 1355° del acotado, prescribe: *“La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*.

Es decir, celebrado el contrato y estando éste en etapa de ejecución,<sup>40</sup> la preexistente o sobreviniente causal de rescisión, resolución o invalidación,

<sup>39</sup> Si bien el artículo 140° del código civil no da una definición muy acertada del acto jurídico, no es correcto afirmar que el concepto allí volcado es el referido a las obligaciones. Más bien el concepto de obligación -entendida en líneas generales como una relación jurídica de índole patrimonial- puede ser inferido de una lectura coordinada de los artículos 1351°, 1402° y 1403° del mismo código.

<sup>40</sup> Con lo dicho se alude claramente al ámbito de las obligaciones antes que al ámbito contractual propiamente dicho.

incluido, desde luego, el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, permitido por los artículos 1440° y siguientes del cuerpo legal citado, han de exigir probanza suficiente a través de la amplitud de medios aceptados por el Derecho Procesal, lo que significa la necesidad de instauración del correspondiente proceso de conocimiento.

En el Expediente 02153-2007-PA/TC, se repite la historia pero es ahora en el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli donde se manifiesta todo el razonar mostrado. El citado magistrado reproduce de modo idéntico su pensamiento, entre otras tantas sentencias, en los expedientes 2256-2005-PA/TC, 02126-2006-PA/TC, 02301-2006-PA/TC, 4122-2006-PA/TC, 4299-2006-PA/TC, 6711-2006-PA/TC, 07149-2006-PA/TC, 8028-2006-PA/TC, 9444-2006-PA/TC, 155-2007-PA/TC, 176-2007-PA/TC, 180-2007-PA/TC, 195-2007-PA/TC, 236-2007-PA/TC, 308-2007-PA/TC, 352-2007-PA/TC, 396-2007-PA/TC, 519-2007-PA/TC, 03319-2007-PA/TC y 03908-2008-PA/TC.

Para finalizar esta parte, basta con destacar que la utilización del artículo 1355° del código civil en el seno del Tribunal Constitucional ha sido efectuada luego del año 1993, fecha en que entró en rigor la vigente Constitución, por lo que se puede inferir que el citado artículo está plenamente en rigor.

## **10. UN INTENTO DE APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA**

### **10.1. EL ARTÍCULO 1355° DEL CÓDIGO CIVIL ESTARÍA VIGENTE**

La Corte Suprema, en el año 2001, emitió la Casación 3418-2000-Ica<sup>41</sup> haciendo uso del artículo 1355° del código civil.

Con ello tenemos que tanto el Tribunal Constitucional como la misma Corte Suprema han recurrido al artículo 1355° del código civil luego del año 1993; y si los más altos órganos aplicadores de nuestro ordenamiento legal han asumido tal postura, queda claro que el artículo en cuestión estaría vigente.

Por consiguiente, como ambos artículos (el 62° de la Constitución Política y el 1355° del código civil) siguen rigiendo, la mejor solución ante la inconveniencia que presentan para su aplicación es recurrir, efectivamente, a una interpretación que armonice sus textos.

---

<sup>41</sup> Publicada el 19 de marzo de 2001.

## 10.2. ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 62° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Ya adelantamos que con gran acierto se ha dicho que para lograr amalgamar los artículos 62° de la Constitución y 1355° del código civil se debe recurrir a una interpretación restrictiva de nuestra Carta Magna.<sup>42</sup>

El postulado de tal afirmación consiste en que cuando el artículo 62° de la Constitución prescribe que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, se estaría refiriendo a normas legales supletorias. Y el sustento radica en que de no ser así se estaría equiparando un contrato común con un contrato-ley.

Tampoco se podría llegar al resultado inverso, es decir, interpretar el artículo 1355° del código civil de modo restrictivo, toda vez que este artículo sí se estaría refiriendo exactamente a normas imperativas (Espinoza Espinoza 2005, 159).

Nosotros no creemos que el artículo 62° de la Constitución se refiera a las normas supletorias. El debate para su dación, y lo dicho por el propio Tribunal así lo muestran. Pero esta aserción merece un breve análisis, para lo cual partimos de algunos supuestos susceptibles de presentarse.

### ✓ **La norma supletoria se modifica con otra supletoria y las partes han previsto su propia regulación**

Piénsese, si se pacta un contrato de modo válido y existe una norma supletoria de la voluntad y luego esa norma es modificada y sigue siendo supletoria, ello en nada altera al contenido del contrato. Mejor dicho, mal haríamos en entender que las disposiciones del artículo 62° de la Constitución aluden a normas supletorias, pues, una norma supletoria (si es modificada posteriormente) jamás podrá siquiera amenazar el contenido del contrato debido justamente a su calidad de supletoria, por lo que rige siempre lo pactado por las partes.

### ✓ **La norma supletoria se modifica con otra supletoria y las partes no han previsto su propia regulación**

Ahora bien, si las partes no hubieran previsto la regulación y su contrato se regulase supletoriamente por una ley y luego esta es modificada, evidentemente la nueva ley es la que se aplicará supletoriamente al contrato, pues los mismos contratantes dejaron ese vacío para ser colmado por el legislador. Recuérdese que el contrato tiene dos fuentes regulatorias: la voluntad y la ley. Y así como las partes pueden cambiar

---

<sup>42</sup> El profesor Juan Espinoza (2005, 159) y los profesores Kresalja y Ochoa (2009, 283-285) citan como base el trabajo del profesor Carlos Cárdenas Quiroz (*Autonomía privada, contrato y Constitución*) donde se exponen los fundamentos de este razonar.

en cualquier momento lo dicho por su voluntad, también el legislador puede cambiar su ley. Pero que quede claro, siempre y cuando esta ley original sea supletoria y sea substituida por otra supletoria.

✓ **La norma supletoria se modifica por otra imperativa**

Por último, si la ley supletoria fuese modificada a una imperativa, estimamos que igualmente las partes tendrán que acomodarse al nuevo mandato. Si no han previsto lo regulado por la norma supletoria, no cabe duda de que regirá la nueva norma imperativa. Y si han regulado de modo diverso a la disposición supletoria, de todas maneras regirá en adelante la norma imperativa, pues ella busca reflejar los intereses vigentes en la colectividad.

Por tanto, no nos parece que la lectura restrictiva del artículo 62° refiriéndose a normas supletorias sea la más adecuada, pues no genera mayor conflicto en su aplicación.

### **10.3. PRELIMINARMENTE LOS CONTRATOS NO SON MODIFICABLES**

Las obligaciones son los efectos que surgen una vez celebrado un contrato de modo correcto. Pues si el contrato no se celebró de modo idóneo, en puridad las obligaciones jurídicas tampoco aparecieron.

Ahora, ya dijimos que en nuestro sistema impera la doctrina de los hechos consumados. Por tanto, si un contrato se celebró acorde a las normas jurídicas vigentes, estaría consumado como tal (como contrato), y no sería pasible de revisión en cuanto a su contenido por la dación de una ley posterior.

Debe quedar en claro, entonces, que no estamos ante casos de nulidad, pues, desde el debate mismo del artículo 62° de la Constitución (vide Kresalja y Ochoa 2009, 282-283) se aludía claramente a que el supuesto normativo en cuestión trata más bien de que un contrato podría nacer de modo lícito, pero que en determinado momento podría convertirse en algo inconveniente para la sociedad.

Si una ley dada luego de la configuración del contrato pretendiese su revisión, estaríamos ante un caso flagrante de aplicación retroactiva, lo cual

está vedado en nuestro ordenamiento jurídico hasta por mandato constitucional.<sup>43</sup>

En conclusión, un contrato una vez celebrado conforme al ordenamiento jurídico imperante y de modo acorde al orden público y a las buenas costumbres estaría debidamente estructurado por lo que su validez sería plena y no sería susceptible de cuestionarse su formación por una ley posterior, pues ello conllevaría a una aplicación retroactiva de la ley, situación no permitida por nuestra Carta Magna. Ello es lo que primeramente se puede inferir del texto de nuestra Constitución, pues allí se utiliza la construcción que afirma que los “términos contractuales” no pueden ser modificados. Y si se configurase un defecto al momento de la celebración las medidas a aplicarse serán la nulidad, la anulabilidad o la rescisión, según sea el caso.

Lo dicho también tiene cierto asidero en algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional, tal y como se ha mostrado líneas arriba.

#### **10.4. LAS OBLIGACIONES SÍ SON SUSCEPTIBLES DE LIMITACIÓN Y MODIFICACIÓN**

El artículo 1355° del código civil se refiere a las obligaciones.

Si bien los contratos no pueden ser limitados o modificados por una ley u otra disposición posterior, ello no quiere decir que los efectos generados por un contrato no puedan ser revisados. Si recordamos, la doctrina de los hechos consumados implica que la nueva normatividad es aplicable a las “consecuencias” de las situaciones y relaciones jurídicas. Y si se piensa bien, en realidad, una obligación viene a ser una suerte de “consecuencia” del contrato. Por tanto, el contrato, tal y como se celebró, si estuvo acorde a las normas vigentes al momento de su estructuración es plenamente válido. Pero si las obligaciones emanadas de él son cuestionadas por nuevas disposiciones, ellas deberán sujetarse en lo posible a la nueva legislación.

No se olvide que una misma relación jurídica (en este caso una obligación) posee simultáneamente dos fuentes de reglamentación: por un lado están las normas generales legales que hacen referencia a ella y por otro lado los preceptos especiales creados por una o por la totalidad de las partes del contrato (Stiglitz 2001, 153).

Como ejemplo de lo afirmado tenemos que, verbi gracia, en una obligación de dar, si se dictase una ley que dispusiese que el bien a entregar pasa a formar parte del patrimonio cultural de la Nación, queda claro que no porque en el contrato se haya dicho que se tenía que entregar tal bien habrá que hacerlo. Muy por el contrario la obligación se sujetará las nuevas

---

<sup>43</sup> Ver artículos 103° de la Constitución Política y III del código civil. Al respecto hay que recordar que ni siquiera la sentencia del Tribunal Constitucional –al menos teóricamente- tiene fuerza ni efectos retroactivos tal y como se manda en el artículo 204° de nuestra Carta Magna.

disposiciones legales y será de imposible cumplimiento debido a que caeríamos en un supuesto de imposibilidad por pérdida del bien sin culpa de las partes.<sup>44</sup> Y como se puede apreciar, el contrato quedó intacto; lo cuestionado por la nueva ley fue únicamente la obligación, la que, a fin de cuentas, tuvo que adaptarse a las nuevas disposiciones.

Lo mismo puede acontecer con una obligación con prestación de hacer o de dar.

Por consiguiente, la obligación generada a raíz del contrato sí sería susceptible de modificaciones, debido a que justamente la obligación es una consecuencia del contrato, siempre que no se haya agotado totalmente. Es decir, si queda pendiente la obligación o parte de ella, sí sería susceptible de revisión por mandato de una ley.

Creemos que cuando en el código civil se dice que se pueden imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, ello alude claramente a las obligaciones. No creemos que se dirija al propio contrato, pues no existe problema en decir que la ley, efectivamente, sí puede imponer restricciones a los contratos al momento de su formación.

En otras palabras, las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres existen desde siempre como limitantes para la celebración del acto jurídico (artículo V del código civil). Por tanto, en nada ayuda el artículo 1355° si es que se lo quiere entender en tal sentido.

Pero si aconteciese un cambio en alguna de estas limitantes que no existía el momento de la celebración, el asunto es distinto, y encajaría en el hipotético previsto por el artículo 1355°. Allí la limitación se podrá imponer a través de una ley. Pero como el contrato ya está debidamente celebrado, esa ley regirá, como es obvio, para las obligaciones pendientes de cumplir.

Y claro es que una obligación puede devenir en contravención a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, de manera sobrevenida.

## **10.5. EXCEPCIONALMENTE LOS CONTRATOS SERÍAN LIMITABLES**

Con todo lo dicho hasta aquí, queda claro que los contratos no podrían ser modificados según lo manda el artículo 62° de la Constitución. Esta sería la regulación general.

Y para amalgamar este mandato con el artículo 1355° habría que entender que la ley sí podría imponer reglas o limitaciones por consideraciones públicas o éticas pero a las obligaciones emanadas de los contratos. Siendo

---

<sup>44</sup> Ver el artículo 1137° inciso 3 del código civil.

que esto sería aplicable a todos los contratos obligacionales, es decir a aquellos que generan obligaciones.

Lo dicho también nos soluciona el tema de los llamados contratos reales, pues como en puridad no generan obligaciones sino que generan la aparición de los derechos reales, en estos casos, al haber ya alcanzado una situación jurídica exactamente determinada no sería de aplicación una ley posterior pues se estaría haciendo aplicación retroactiva de ella.

Ahora bien, el reproche que se puede hacer es que en el artículo 62° de nuestra Constitución se dice que lo que no podrá ser revisado son los términos contractuales, lo que más o menos se condice con los futuros efectos, es decir, con las obligaciones.

Para aproximarnos a una solución a ello partiremos recordando que los límites son tres: las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Y si se revisa a detalle el artículo 62° de la Constitución, en ningún momento se alude al orden público o a las buenas costumbres como limitantes de los contratos. Allí la prohibición es clara al decir que ninguna ley o disposiciones similares podrán modificar el contenido de los contratos ya celebrados.

En primer término, debemos leer las voces “ley” y “otras disposiciones de cualquier clase” preferentemente como los dispositivos emanados de autoridades competentes, manifestados de modo escriturario. Más exactamente, nos referimos a la voz “ley” en sentido amplio o material.

En segundo lugar, consideramos que el constituyente no incluyó al orden público ni a las buenas costumbres debido a que ambos espectros dependen de la sociedad misma. Y si bien una ley puede cambiar de la noche a la mañana, no sucederá lo mismo con las normas propiamente de orden social ni con las buenas costumbres que necesitan de mucho tiempo para verse modificadas.

Por lo mismo también, si el orden público o las buenas costumbres se alteraran y subsistiese un contrato que los violentase (habiéndose celebrado de modo correcto), creemos que sí serían pasibles de revisión, dado que su ejecución restante se tornaría en intolerante para la colectividad. Aunque, insistimos, por la lentitud con que cambian estos ámbitos (el orden público y las buenas costumbres) los supuestos serán muy escasos.

En esa misma línea podemos afirmar categóricamente que una ley (en sentido amplio) no podrá modificar un contrato. No obstante, si esta ley recoge el interés que la colectividad reclama, entonces lo que está haciendo es dar a conocer lo que impera como orden público o buenas costumbres, por lo que sí sería posible el cuestionamiento de un contrato en estos casos.

Dicho de otro modo, una ley no podrá cuestionar un contrato, excepto cuando refleje lo que para la sociedad forma parte de un orden ético-social. Y ello también se condice más o menos con lo prescrito en el artículo 1355° del código civil.

Ergo, como el orden público y las buenas costumbres sí pueden cuestionar un contrato, una ley excepcionalmente podría hacerlo, sí y solo sí su motivación se fundamentase en alguno de estos dos aspectos: el orden público o las buenas costumbres.

En este orden de ideas, debemos ser cautelosos cuando el legislador emita una ley que pretende imponer restricciones a los contratos celebrados, basándose o en el orden público o en las buenas costumbres, pues ese reflejo de la sociedad debe ser verdadero y no aparente. Mejor dicho, habrá que estar atentos a este tipo de leyes, pues si no reflejan el sentir de la sociedad estarán imposibilitadas de cuestionar los contratos ya celebrados (por ello mismo es que el Tribunal Constitucional habla de esta situación como muy excepcional).

Esto lo decimos por cuanto no es fácil penetrar en la intimidad del proceso histórico y en la transformación de la voluntad social, que va creando la costumbre nueva con que se reemplaza, corrige o modifica una anterior, máxime si lo que se halla al alcance de nuestra percepción y nuestra valoración no es lo que merece el nombre de *voluntad social*, pues apenas se no es dado tener noticia de cierto tipo de manifestaciones colectivas a las que se da el nombre de *opinión pública* (Sánchez Viamonte 1961, 290).

Nuestras afirmaciones parecen tener asidero en la doctrina. Ciertamente, se ha dicho que ninguna persona tiene derechos adquiridos contra una ley de orden público. En tal sentido, es posible, incluso, hasta la retroactividad legal, siempre que sea para corregir injusticias o abusos y la prohibición de renunciar derechos que no miran tan solo al interés individual. En otros términos, el derecho que se pretende irrevocablemente adquirido es siempre susceptible de corrección y de rectificación si consiste en la consagración de una injusticia, de una ventaja indebida, o de una situación desigual en los hechos o arbitraria y perjudicial en sus consecuencias (Sánchez Viamonte 1961, 288).

Por ello también se ha dicho que la utilidad del orden público es que tiende a corregir ciertos abusos (Sánchez Viamonte 1961, 288).

Así las cosas, el hecho de que un contrato pueda ser revisado por asuntos que lindan con el orden público es discutible desde una lectura rígida del artículo 62° de la Constitución, pero no lo es tanto si se trabaja con casos reales donde es evidente la violencia contra ese orden social que se espera impere en una colectividad.

Ahora bien, se sabe que el orden público se opone a los actos injustos, por lo que actúa como una fuerza de acción apta para quebrar el tabú de la costumbre y del dogma, destruyendo o anulando derechos, intereses y ventajas ya logradas y que aspiraban a ser definitivas (Sánchez Viamonte 1961, 288). Por tanto, cuando un contrato violente de modo flagrante el orden público o las buenas costumbres, sería pasible de revisión, imposición de reglas, limitaciones o modificación.

A lo dicho el profesor Sánchez Viamonte (1961, 288) agrega un notable argumento. Si es posible hablar de relatividad de los derechos<sup>45</sup> en cuanto a su valor dentro del ámbito de la vida jurídica, sin excluir la presencia del Estado, debemos también reconocer su relatividad en el tiempo, a lo largo de las vicisitudes históricas, de la transformación de la economía, de la evolución y extensión de la cultura, de la modificación y creación de las instituciones.

Todo ello -a decir del citado profesor- implica que cualquier ventaja lograda injustamente por medio de la ley y hasta de un concepto mudable de lo justo, emergente del derecho histórico, es susceptible de recitificación.

En fin, todo lo dicho en este acápite habría sido ratificado por la labor del Tribunal Constitucional, de modo tal que la santidad contractual no sería absoluta, ya que podría ser alterada aunque de modo muy excepcional.

## 11. LISTA DE REFERENCIAS

- Albaladejo, Manuel. 1997. *Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones - La obligación y el contrato en general*. 10ª edición. Vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor S. L.
- Ariño Ortiz, Gaspar. 1995. *Principios constitucionales de la libertad de empresa - Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*. Madrid: Marcial Pons e IDELCO.
- Bobbio, Norberto. 1999. *Teoría General del Derecho*. Traducido por Jorge Guerrero R.. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Bullard González, Alfredo. 2001. *Dirigismo Contractual*. Vol. VII, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, de Gaceta Jurídica S.A., 61-72. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- De Ruggiero, Roberto. 1915. *Instituciones de Derecho Civil - Introducción y parte general - Derecho de las personas, derechos reales y posesión*. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Vol. I. 2 vols. Madrid: Instituto Editorial Reus.

---

<sup>45</sup> Ver sentencia recaída en el expediente 03866-2006-AA/TC.

- Diez-Picazo, Luis. 2002. *Fundamentos del derecho civil patrimonial - Introducción - Teoría general del contrato*. 5ª edición. Vol. I. 3 vols. Madrid: Editorial Civitas.
- Díez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. 1998. *Sistema de Derecho Civil - Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. persona jurídica*. 9ª edición. Vol. 1. Madrid: Editorial Tecnos.
- Espinoza Espinoza, Juan. 2005. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 2ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferri, Luigi. 2004. *Lecciones sobre El Contrato - Curso de Derecho Civil*. 1ª edición en castellano. Traducido por Nélvor Carreteros Torres. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Gutiérrez Camacho, Wálter. 2004. *La libertad de contratación*. Vol. VII, de *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, de Gaceta Jurídica S.A.; 46-60. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Kresalja, Baldo, y César Ochoa. 2009. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Legaz y Lacambra, Luis. 1952. *Derecho y Libertad*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. 1994. *El Negocio Jurídico*. 2ª edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Monroy Cabra, Juan Gerardo. 2001. *Introducción al Derecho*. 12ª edición, aumentada y corregida. Bogotá: Editorial Temis.
- Rubio Correa, Marcial. 2008. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. 1ª Reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez Viamonte, Carlos. 1961. *La libertad y sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Stiglitz, Rubén S. 2001. «Contenido del contrato.» En *Contratos*, de Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, 149-186. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Taboada Córdova, Lizardo. 2002. *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Grijley.
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. 2008. «La trialidad convergente de nuestro sistema resolutorio contractual con reciprocidad de prestaciones.» *Diálogo con la jurisprudencia - Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial* (Gaceta Jurídica Editores), nº 118 (julio): 133-136.

Torres Vásquez, Aníbal. 2001. *Introducción al Derecho - Teoría General del Derecho*. 2ª edición. Lima: Idemsa y Themis S. A.