

La regulación constitucional de la libertad de contratación: la problemática del artículo 62° de la Carta Magna de 1993

Ricardo Herrera Vásquez*

I. Introducción.

Paralelamente a la existencia de una Constitución política se reconoce, cada vez con mayor protagonismo, la existencia de una Constitución económica, para regular básicamente las expresiones de la iniciativa privada así como el rol del Estado en la actividad económica, procurando erradicar las deficiencias del sistema social (CA, 1993: p. 235).

Por la perdurabilidad que debe tener todo texto constitucional, sobre todo a la luz de los cambios producidos en el escenario internacional a un ritmo cada vez más vertiginoso, los preceptos de signo económico deben concebirse en una Carta Magna como cláusulas abiertas y expansivas que, en última instancia, serán rellenas o actualizadas por el legislador ordinario y, especialmente, por la actuación gubernativa encargada de la gestión de la política económica (Bassols Coma, 1985: p. 42).

Sin embargo, cuando dichos preceptos son regulados específicamente en la perspectiva de consagrar un modelo económico determinado para una realidad y momento histórico concretos, el texto constitucional puede entrar en contradicciones internas, por su carácter esencialmente político-transaccional y, lo que es peor, caer rápidamente en desuso, tentado a su temprana modificación.

Eso es lo que podría pasar con la regulación que nuestra todavía flamante Constitución de 1993 le ha brindado a la libertad de contratación, pilar fundamental del Derecho Constitucional Económico, desde su ya famoso artículo 62°.

El presente trabajo pretende analizar, en un primer acercamiento, la problemática implícita en la aplicación concreta de dicha norma, partiendo de la correlación de fuerzas entre la autonomía privada y el Estado en la

* Asesor de la Dirección General y Profesor de la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho Laboral, Judicial y Metodología de la Investigación Jurídica en las Facultades de Derecho de las Universidades Católica, de Piura y San Martín de Porres.

constitución de las relaciones jurídicas, para seguir por los senderos de la regulación infraconstitucional y constitucional de la libertad de contratación. Una vez estudiados estos aspectos de la cuestión, podremos perfilar tentativamente los límites a dicha libertad y, así, darle un contenido posible a la norma constitucional antes mencionada. Demos, pues, inicio a la agenda propuesta.

II. Premisas teóricas fundamentales

1. Relación con la Autonomía Privada

Genéricamente considerada, la autonomía es el poder de darse normas de por sí, lo cual implica una identificación con la noción de "soberanía" (Martín Ballesteros, 1963: p. 33). La autonomía reconocida a una autoridad es denominada 'pública' y, permite la emisión de normas jurídicas que configuran el ordenamiento jurídico. En cambio, la autonomía reconocida a los particulares es denominada "privada" y, está destinada a viabilizar la regulación de sus propias conductas e intereses (Mirabelli, 1980: p. 27), mediante la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales entre sí (Comejo, 1938: p. 21). Ello supone que el contrato o acuerdo de voluntades es el acto formal que da origen a tales relaciones, por lo que la libertad de contratación es la expresión de la autonomía privada.

En cuanto a los sujetos de derecho involucrados en el ejercicio de la autonomía privada, ésta, a su vez, puede ser individual o colectiva. La primera se da cuando son sólo dos los contratantes mientras que la segunda implica la presencia de una multiplicidad de contratantes, normalmente representados sólo por dos apoderados (por ejemplo, en la negociación colectiva).

Ahora bien, tratando de explicar el fundamento o génesis de la autonomía privada, básicamente individual, se han planteado dos teorías: la individualista y la normativista. Según la primera, los derechos subjetivos derivan únicamente de la esencia del hombre, por lo que éste es totalmente soberano para regular sus intereses (De La Puente y Lavalle, 1991: p. 265). Así, la autonomía privada es anterior y superior al Estado, que se limita apenas a reconocerla (Neves Mujica, 1992: p. 35). En contrapartida, según la segunda tesis, la autonomía privada le es concedida a los sujetos de derecho por expresa delegación del Estado, para que la ejerzan dentro de los cauces establecidos por el ordenamiento jurídico (De La Puente y Lavalle, 1991: p. 265).

Paralelamente, en torno al origen de la autonomía colectiva, se han esgrimido también dos tesis: la del pluralismo conflictivo y la del pluralismo orgánico, equivalentes a las teorías individualista y normativista, respectivamente. Para la primera, la potestad reguladora de los sujetos colectivos es originaria, como la del Estado; mientras que, para la segunda, sólo esta potestad es la originaria, siendo la primera una potestad derivada, por lo que está subordinada a la estatal la que, si bien debe garantizar aquella, puede encauzarla o limitarla dentro de lo razonable (Neves Mujica, 1992: p. 35).

Pues bien, la doctrina mayoritaria prefiere la tesis normativista, a nivel de la autonomía individual, y la del pluralismo orgánico, respecto de la autonomía colectiva. Si adoptáramos las tesis contrarias, tendríamos que admitir que las pautas que establecen para sí los particulares, en ejercicio de su libertad de contratación, configuran un ordenamiento jurídico paralelo al estatal que, en tanto ambos provendrían de una potestad normativa originaria, restaría toda eficacia y vigencia de éste (De La Puente y Lavalle, 1991: p. 268). En efecto,

si las cláusulas de un contrato tienen la misma jerarquía que inclusive un texto constitucional, cada quien actuaría en función a su libre albedrío, generando el caos social.

Por ello existe unanimidad en considerar que la norma jurídica es fuente de Derecho, mientras que el contrato lo es de obligaciones. En esa medida, la autonomía privada deberá ejercitarse dentro de los límites impuestos por el ordenamiento estatal.

2. Relación con el ordenamiento estatal

Precisamente, el ordenamiento estatal regula el ejercicio de la autonomía privada a través de normas imperativas y dispositivas. Las primeras se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, que no pueden pactar contra ellas o en sentido distinto (Sacco, 1975: p. 524). Por su parte, las segundas son supletorias de la voluntad de las partes contratantes, en tanto son aplicables en ausencia de dicha voluntad o para integrar sus lagunas. Pero, si existe expresión de voluntad en un sentido o en otro, son ineficaces (De La Puente y Lavalle, 1991: p. 279).

A su vez, las normas imperativas pueden ser preceptivas o prohibitivas. Las primeras obligan a los particulares a observar una conducta determinada, mientras que las segundas impiden que actúen en determinado sentido (Ibid., p. 277-278).

Las normas imperativas, principalmente las prohibitivas, son las que consagran los principios de orden público (Cancino, 1979: p. 43). En esa medida, podemos afirmar que todas las normas de orden público son imperativas. Sin embargo, es importante advertir que no todas las normas imperativas son de orden público (Gomes, 1986: p. 28). La diferencia radica en que las que reflejan el orden público siempre regulan un interés público, mientras que el resto de normas imperativas sólo regulan intereses privados (Doral y Del Arco, 1982:p. 19).

El conjunto de intereses públicos regulados por normas imperativas configura el orden público, sustentado en los principios jurídicos y éticos fundamentales de todo ordenamiento jurídico (Galgano, 1990: p. 273). Las normas de orden público son consideradas por el Estado como de cumplimiento ineludible por él y los particulares, pues reflejan el interés general de toda la colectividad, que el ordenamiento jurídico entiende prioritario proteger por encima de los intereses particulares (Rubio Correa, 1986: p. 95).

Ahora bien, dentro del orden público podemos encontrar la expresión específica de orden público económico, que es comprensivo de todos aquellos principios en los que se asienta el orden social en su faceta económica y, del que las normas son sólo aplicaciones detalladas (Dolorier Torres, 1994: p. 207). Así, los principios del orden público económico, pueden como no, estar positivizados, debiendo limitar siempre el ejercicio de la autonomía privada por los particulares (Diez Picazo, 1986: p. 383).

En todo caso, cuando está positivizado, el orden público económico es el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica (De La Villa Gil y García Becedas, 1985: p. 251). Dicho marco comprende los principios básicos del ordenamiento económico y los objetivos de carácter económico cuya concreción implica la adopción de determinadas medidas de política económica, para proteger ciertos bienes jurídicos o intereses sociales (Dolorier-Torres, 1994 p 208).

En base a todo lo expuesto, nos interesa reseñar las siguientes ideas fundamentales: la libertad de contratación es expresión de la autonomía privada. Esta debe ser ejercitada dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico estatal, a través de las normas imperativas que, básicamente, reflejen el orden público. Y, en tanto la libertad de contratación es una de las instituciones fundamentales del Derecho Constitucional Económico, debe ser ejercitada teniendo como pautas referenciales los principios y objetivos del orden público económico, plasmados centralmente en los textos constitucionales.

III. Libertad de contratación y regulación infraconstitucional

1. En el artículo 1354° del Código Civil

Esta norma señala textualmente lo siguiente: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

Antes de analizar el mandato normativo, es importante precisar que la libertad de contratación tiene un doble contenido: por un lado, la libertad de contratar o de conclusión, que supone la potestad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se van a crear derechos y obligaciones; y, por otro lado, la libertad contractual o de configuración interna, que implica la posibilidad de determinar el contenido del contrato, a través de los derechos y obligaciones pactadas. La segunda manifestación presupone la primera. Para que exista libertad contractual es imprescindible que exista libertad de contratar (Larenz; 1958; p. 65).

De manera que, la norma bajo comentario consagra la vigencia de la segunda manifestación de la libertad de contratar: la libertad contractual. Probablemente, no regula expresamente la primera, libertad de contratar, por cuanto, como hemos señalado, la libertad contractual presupone la existencia de la libertad de contratar. Para poder darle contenido al contrato, los sujetos de derecho deben previamente estar en posibilidad de escoger el tipo contractual, el momento de celebración del contrato y la identidad de la contraparte.

Ahora bien, la norma en mención no consagra la libertad contractual en términos absolutos. Hay una limitación inmediata: su compatibilidad con las normas legales de carácter imperativo. Los contratantes deben observar los mandatos preceptivos o prohibitivos de tales normas estatales. De no hacerlo, sobrevendrá una sanción consistente en la nulidad de lo pactado.

En efecto, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil preceptúa que: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Como hemos visto, toda norma de orden público es imperativa, pero no toda norma imperativa es de orden público, pudiendo proteger también intereses particulares. En esa medida, en rigor, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil sólo enuncia la nulidad de las normas imperativas de orden público, no de las que preservan intereses particulares.

Pero, el artículo 1354° del Código Civil señala que toda norma legal imperativa, proteja al orden público o intereses particulares, debe ser observada por los contratantes, se entiende bajo sanción de nulidad de lo pactado.

El hecho de que la libertad contractual no pueda ser ejercida en términos absolutos, denota claramente una opción por la tesis normativista en cuanto al origen o fundamento de la autonomía privada. La potestad de autorregulación de intereses que implica ésta, y que se refleja en la libertad de contratación, no es originaria, sino derivada. Es el Estado el que la otorga a los particulares, pudiendo establecer límites dentro de los cuales podrá ser ejercida. Estos límites son precisamente las normas imperativas.

Por último, debe advertirse que la norma bajo análisis se sitúa en una hipótesis en la cual las normas imperativas son preexistentes al contrato. Una vez que las partes deciden el tipo contractual, el momento de celebración del contrato y la identidad de la contraparte (libertad de contratar), proceden a darle contenido al pacto, para lo cual deben observar las normas imperativas existentes en ese momento en el ordenamiento jurídico estatal. No estamos en el supuesto de que tales normas sean sobrevinientes al contrato ya celebrado y configurado.

2. En el artículo 1355° del Código Civil

Esta norma dispone a la letra que: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

Al igual que la norma anterior, la norma bajo análisis permite el establecimiento de límites estatales al contenido de los contratos, es decir, a la libertad contractual. Pero, mientras el artículo 1354° del Código Civil consagra en primera instancia la libertad contractual, con la salvedad de la observancia de las normas imperativas; el artículo 1355 pone énfasis directamente en éstas, justificando la intervención estatal en el ejercicio de la libertad contractual en función al interés social, público o ético.

Este fenómeno del intervencionismo estatal en el contrato, denominado "dirigismo contractual" (Josserand, cit. en De La Puente y Lavalle, 1991: p. 300), se ha desarrollado en el contexto de un movimiento jurídico de gran envergadura: la "socialización" del contrato. Esta implica que, los derechos y obligaciones pactadas deben ser ejercidos funcionalmente, en atención a los fines económicos, éticos y sociales que el ordenamiento legal pretende concretar (Spota, 1975: p. 332).

Dichos objetivos estatales se han configurado a partir de la constatación que la libertad e igualdad jurídicas propias del liberalismo, es decir, irrestrictas, son fuentes de injusticia, por la imposición del económicamente fuerte sobre el débil en la relación contractual. Entonces, el Estado decidió ampliar su rol, antes limitado a la protección del orden público y las buenas costumbres, y comenzó a intervenir activamente en el restablecimiento del equilibrio contractual económicamente roto, a través de la protección del económicamente débil (De La Puente y Lavalle, 1991: p. 304).

Expresión de esta tendencia son figuras como la rescisión del contrato por lesión y de su resolución por excesiva onerosidad de la prestación, el aumento de los tipos contractuales, la presunción de la culpa leve en la responsabilidad contractual, la inserción automática de cláusulas de origen legal, la contratación forzosa o la intervención administrativa en la contratación mediante las cláusulas generales (Ibid.).

Ahora bien, anteriormente hemos afirmado que el artículo 1354° del Código Civil alude a la observancia de las normas imperativas preexistentes al contrato, no a la posibilidad de afectación de las cláusulas

contractuales por normas imperativas sobrevinientes. Esta hipótesis podría ser negada por el principio del "pacta sunt servanda" en el sentido que las obligaciones y derechos asumidos por las partes son vinculantes entre sí, no pudiendo ser modificados por normas posteriores al momento del pacto. Ello equivaldría a crear una relación jurídica distinta a la querida por las partes. Además, supondría una aplicación retroactiva de las normas sobrevinientes (Ibid., p. 314).

Desde esa perspectiva, las nuevas normas imperativas sólo podrán afectar los nuevos contratos, celebrados después de su entrada en vigor. En esa medida, el artículo 1355° también se ubicaría en el supuesto de la observancia de normas imperativas preexistentes al contrato. Ello sería redundante, pues ya el artículo 1354° contempla dicha pauta. Así, el artículo 1355° sería innecesario y, por ende, no tendría efecto propio alguno (Ibid.).

Sin embargo, una de las reglas básicas de interpretación normativa consiste en darle a las disposiciones un sentido o significado en el que tengan algún efecto jurídico. En esa perspectiva, el artículo 1355° sólo tendría un ámbito de actuación peculiar si se asume que permite la afectación de las cláusulas contractuales por normas imperativas sobrevinientes (Ibid., p. 315).

Esta lectura encuentra sustento en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que consagra la teoría de aplicación temporal de las normas denominada "de los hechos cumplidos", según la cual la aplicación inmediata de las normas permite, inclusive, la afectación de los efectos no cumplidos de los actos ya celebrados (Rubio Correa, 1986: p. 66). De este modo, la aplicación de las normas imperativas sobrevinientes a las cláusulas contractuales, supondría la aplicación inmediata a los efectos no cumplidos del acto contractual. Ello descarta el argumento de una pretendida aplicación retroactiva de tales normas.

Como puede apreciarse, la limitación del ejercicio de la autonomía privada por normas imperativas estatales, consagrada en nuestro Código Civil, puede alcanzar no sólo a los contratos por celebrar, sino también a los ya celebrados.

3. En el artículo 1357° del Código Civil

Esta norma precisa que: "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".

Esta regla excepcional alude a los convenios de estabilidad jurídica, que son acuerdos escritos suscritos entre el Estado e inversionistas o empresas receptoras de inversiones, por medio de los cuales el primero se obliga a mantener el régimen legal vigente al momento de celebrar los pactos, en contraprestación de ciertos actos requeridos por el Estado (Reyes Tagle, 1995: p. B-9).

Las garantías y seguridades suponen la mantención del régimen tributario vigente al momento de celebrarse los convenios; del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos de libre remesa de capitales y dividendos al exterior y, de utilizar el tipo de cambio más favorable; del derecho a la no discriminación por el origen de la inversión; de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades; del régimen tributario para los contratos de arrendamiento financiero; y, de los regímenes de promoción de exportaciones (Decreto Legislativo No. 662, artículo 12°, inc. b).

La voluntad estatal de celebrar los convenios en mención, se manifiesta a través de la norma autoritativa

para pactarlos. Esta determina previa y unilateralmente las condiciones de tales acuerdos, no existiendo la posibilidad de negociar los términos de las garantías y seguridades ni las obligaciones que asumen los inversionistas. Estos simplemente manifiestan su deseo de acogerse al régimen de estabilidad jurídica preestablecido legalmente (Ibid.).

A pesar de contar con su "ius imperium", el Estado queda sometido a las garantías y seguridades pactadas, como cualquier particular en observancia del "pacta sunt servanda", hasta el término del contrato (De La Puente y Lavalle, 1991: p. 368). Sin embargo, si el interés invocado por la ley autoritativa desaparece, por una razón necesariamente sobreviniente, puede el Estado unilateralmente revocar el convenio de estabilidad jurídica, en tanto desapareció su causa justificativa. Ciertamente, el inversionista podrá contradecir judicialmente la revocación, invocando la no desaparición del interés social, nacional o público que habilitó a la celebración del pacto (Ibid., p. 369).

Es importante rescatar que, los convenios de estabilidad jurídica garantizan la ultraactividad de determinadas normas que configuran su contexto contractual, de modo tal que normas posteriores modificatorias del mismo no resultan aplicables a dichos pactos. Sin embargo, si las nuevas disposiciones son más favorables para los inversionistas que las primigenias, podrán renunciar a los convenios para acogerse a aquellas (Reyes Tagle, 1995: p. B-9).

En tanto la regla de aplicación de normas en el tiempo adoptada por el Código Civil es la aplicación inmediata, dentro de la teoría de los hechos cumplidos, que permite afectar con la nueva norma inclusive los efectos no cumplidos de los actos ya ocurridos (artículo III Título Preliminar), la ultraactividad de la norma derogada prevista en el artículo 1357° tiene carácter excepcional, debiendo sustentarse necesariamente en razones de interés social, nacional o público.

IV. Libertad de contratación y regulación constitucional

1. En el artículo 2°, inciso 14 de la Constitución

Esta norma preceptúa lo siguiente: "Toda persona tiene derecho ... a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público". Sobre el particular, la Constitución de 1979 señalaba que: "Toda persona tiene derecho ... a contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho (artículo 2°, inc. 12).

En primer lugar, es importante destacar que, en cuanto al origen de la autonomía privada, la norma bajo análisis reitera la opción de nuestro ordenamiento legal por la tesis normativista: el Estado otorga la potestad de autorregulación de sus intereses a los particulares, los cuales la ejercen en observancia de los límites que aquél pudiera establecer, mediante las normas de orden público. Esto implica la subordinación de la libertad de contratación al ordenamiento estatal imperativo, en el marco del ya mencionado "dirigismo contractual".

En segundo lugar, para poder precisar hasta dónde llega el intervencionismo estatal en la contratación, es decir, si puede afectar sólo los pactos por celebrar o inclusive los que están en plena ejecución, sería importante determinar previamente cuál es el modelo económico propugnado por nuestra Carta Magna.

Sobre el particular, la Constitución de 1979 denotaría claramente una opción por la economía social de mercado, al regular la libertad de contratación probablemente con un margen de mayor permisibilidad para el intervencionismo estatal que la actual Carta Magna, la cual estaría impregnada de la lógica propia de la economía de mercado.

Cuando la Constitución anterior hace alusión a que la ley debe regular el ejercicio de la libertad de contratación, siempre en previsión de los principios de justicia y evitando incurrir en el abuso del derecho, parecería permitir la extensión del "dirigismo contractual" inclusive sobre los contratos ya celebrados. En cambio, cuando la actual Carta Magna simplifica la limitación de la libertad de contratación a la observancia de las normas de orden público, podría estar restringiendo el "dirigismo contractual" a los contratos por celebrarse.

Ahora bien, no debemos olvidar que la tesis normativista, por la cual opta claramente la norma bajo comentario, es el sustento para el desarrollo del intervencionismo estatal en la contratación, fenómeno de profusa difusión en las relaciones jurídicas contemporáneas. Esto implicaría que, a pesar de optar la Constitución de 1993 eventualmente por una economía de mercado, no circunscribiría el "dirigismo contractual" a los pactos futuros, sino que permitiría su pleno desarrollo que, hoy en día, inclusive afecta a los pactos ya celebrados y la libertad de contratar. En todo caso, dejaremos pendiente la respuesta a estas interrogantes para el siguiente capítulo.

2. En el artículo 28° de la Constitución

Esta norma establece que: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático...". Por su parte, la Constitución de 1979 preceptuaba que: "El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales...".

El derecho a la negociación colectiva es la principal manifestación de la autonomía colectiva, entendida como la potestad de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos (Santoro-Pasarelli, cit. en Giugni, 1983: p. 137). De manera que, vamos a centrar nuestro análisis en la regulación de este derecho laboral fundamental.

En primer lugar, cuando la actual Carta Magna encarga al Estado "cautelar el ejercicio democrático" del derecho a la negociación colectiva, contrario sensu está autorizando al Estado a intervenirla cuando el ejercicio de tal derecho rebase dicho cauce. Esto refleja la opción por la tesis del pluralismo orgánico, en lo que respecta al fundamento de la autonomía colectiva. Según ella, el poder normativo de los sujetos colectivos para celebrar convenios colectivos, no es originario sino derivado. Dicho poder normativo es delegado por el Estado a las partes negociales.

En esa medida, el poder normativo estatal es jerárquicamente superior al poder normativo privado de la autonomía colectiva, pudiendo el primero imponerle límites al segundo a través de las normas imperativas. Estas, además, podrán ser empleadas por el Estado para perfilar una política económica concreta, asumiendo, entonces, un rol de contraparte social (Dieste, 1989: p. 356).

En segundo lugar, existe un cambio en la terminología utilizada para regular el derecho a la negociación colectiva en la actual Constitución, respecto de la anterior. En la Carta Magna de 1979, el Estado estaba obligado a "garantizar" tal derecho, mientras que en el texto constitucional vigente, el Estado sólo "reconoce" (y "fomenta", artículo 28º, inc. 2) el mismo.

Esto podría también implicar una opción por un modelo económico neoliberal en la actual Constitución, frente a la marcada economía social de mercado propugnada por la Carta Magna de 1979. El Estado se limita a "reconocer" el derecho a la negociación colectiva, no lo "garantiza", lo cual supone reducir el nivel del intervencionismo estatal en la contratación colectiva. Y, el "fomento" de tal derecho, que podría verse como similar a "garantizarlo", realmente estaría denotando un potenciamiento de la autonomía colectiva, en tanto expresión de la autonomía privada, paralelo al abstencionismo estatal en la regulación de las relaciones entre particulares. Volveremos sobre este tema más adelante.

De cualquier manera, es importante recapitular en este momento que la autonomía privada, sea individual o colectiva, está consagrada en nuestro texto constitucional como un derecho fundamental, a través de la libertad de contratación y la negociación colectiva, respectivamente. Y, en ambos casos, se reconoce explícitamente una prevalencia del ordenamiento estatal sobre la autonomía privada, debiendo ser ejercitada ésta dentro de los límites impuestos por aquél.

3. En el artículo 62º de la Constitución

Esta norma dispone que: "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".

De la disposición enunciada se desprenden varios aspectos de enorme trascendencia, que nos sugieren serias interrogantes. En primer lugar, una observación estrictamente terminológica: la Carta Magna habla de "libertad de contratar", cuando claramente se refiere a la libertad contractual o posibilidad de determinar libremente el contenido del pacto.

En segundo lugar, parecería que la norma bajo análisis respondiera a nuestra duda formulada con ocasión del comentario al artículo 2º, inciso 14 de la Carta Magna, en el sentido de si el "dirigismo contractual" se limita a los contratos futuros o también alcanza a los ya celebrados. Sobre el particular, la primera oración del artículo 62º parecería denotar la observancia de las normas imperativas por la libertad de contratación al momento de celebrar el pacto, no después. Consideramos que a ello alude la sujeción de la "validez del pacto" a las "normas vigentes al tiempo del contrato". Así, el "dirigismo contractual" estaría ratificado respecto de los contratos futuros.

Sin embargo, la segunda oración de dicha norma estaría negando de plano la posibilidad de extender el "dirigismo contractual" a los pactos ya celebrados, pues señala categóricamente que "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase". Con lo cual

deberíamos entender el artículo 2º, inciso 14 de la Constitución como únicamente referido al "dirigismo contractual" para los contratos futuros.

Podrían argumentarse en sentido contrario dos ideas: primero, que el artículo 62º de la Carta Magna está ubicado en el Título III, referido al régimen económico, por lo cual sólo se referiría a los contratos con alto contenido económico, como los contratos-ley mencionados en su última parte, conocidos como convenios de estabilidad jurídica y regulados precedentemente por el Código Civil (artículo 1357º). Segundo, que la protección otorgada a los contratos-ley es excepcional en nuestro ordenamiento, por lo que la primera parte del artículo 62º debe interpretarse restrictivamente refiriéndola a dichos contratos.

En tercer lugar, si asumimos finalmente que la inaplicación del "dirigismo contractual" a los pactos ya celebrados, se refiere a todo contrato, estaríamos extendiendo las prerrogativas de los convenios de estabilidad jurídica a todo pacto. Entonces, la excepción se convierte en regla y, a nivel de pautas de aplicación de las normas en el tiempo estaríamos, desde la perspectiva de la teoría de los hechos cumplidos, fomentando la ultraactividad irrestricta de las disposiciones que configuraron los contextos normativos de los contratos ya celebrados.

O, desde la perspectiva de la teoría de los derechos adquiridos, la aplicación inmediata de las normas. De cualquier modo, subvertiríamos las reglas existentes hasta este momento sobre el particular, lo cual implicaría la coexistencia de múltiples regímenes normativos, sin saber a ciencia cierta la real vigencia de las disposiciones legales.

Como puede apreciarse, las interrogantes que se desprenden del texto del artículo 62 de la Constitución, afectan las estructuras mismas de nuestro sistema jurídico. En este punto de nuestro desarrollo expositivo, nos hemos limitado a plantearlas. Intentaremos darle respuesta en el capítulo siguiente.

V. Límites a la libertad de contratación

1. En función al modelo económico adoptado por la Constitución

Jna de las formas por la cual podemos intentar determinar hasta dónde llegan los límites a la libertad de contratación establecidos por nuestra Carta Magna, radica en precisar qué modelo económico propugna la misma.

El marco jurídico fundamental de regulación de las relaciones económicas, que perfila el modelo económico, es lo que se ha venido en llamar la "Constitución Económica" (Ochoa Cardich, 1990: p. 76). Esta determina los pilares básicos para el ejercicio de derechos como la propiedad, el trabajo, la forma y extensión de la intervención estatal, la organización y técnica de la producción y distribución e, inclusive, el contrato (Beckerath, cit. en Lojendio e Irure, 1977: p. 82).

La crisis mundial de los años 30 impulsó el proceso de transformación del Estado liberal de derecho en Estado Social de Derecho, expresándose básicamente a través del intervencionismo estatal, a partir de las racionalizaciones de los años 40 en países como Gran Bretaña y Francia. La idea más importante consistía en la necesidad de implementar un capitalismo con dirección estatal, basado en la planificación económica y un

vasto sector público (Ochoa Cardich, 1990: p. 80).

En esa medida, los textos constitucionales comenzaron a recoger modelos económicos propios del Estado Social de Derecho, en el cual se descartaba el principio de subsidiariedad de la actividad económica pública, propio del Estado liberal de derecho. Según este postulado, la iniciativa privada debe ser la imperante y, la actividad pública sólo procede a falta de la primera y de manera excepcional. En reemplazo de este principio, las Cartas Magnas acogieron el de igualdad jurídica entre los competidores en una economía mixta, en la que pueden concurrir sin límites prefijados la iniciativa privada y la pública (Ibid., p. 81).

Precisamente, la Constitución de 1979 consagró como modelo económico la economía social de mercado, propia del Estado Social de Derecho (arts. 4, 112 y 115). Sin embargo, nuestra actual Carta Magna establece un modelo económico neoliberal, propio del Estado de Derecho post-social, basado en la libertad, la propiedad y el mercado (Ochoa Cardich, 1994: p. 128).

Ello responde a las nuevas corrientes neoliberales que imperan en el mundo desde inicios de la década de los 80. Para éstas, es preciso delimitar el crecimiento del sector empresarial público, en tanto distorsiona el sistema de economía de mercado, por lo cual reivindican el antiguo principio de subsidiariedad. Consideran al mercado como al mejor instrumento de asignación de recursos, postergando la iniciativa económica pública y fomentando políticas de privatización y desregulación (Ochoa Cardich, 1990: p. 82).

A pesar que la Constitución de 1993 señala que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58°), contiene diversas pautas que denotan más bien la consagración de una economía de mercado. Así, por ejemplo, el carácter subsidiario de la actividad empresarial estatal (artículo 60°) o, la imposibilidad de sustentar una expropiación en el interés social (artículo 70°), son claras muestras de ello.

Ahora bien, uno de los criterios de interpretación constitucional es el de la "fórmula política". Esta consiste en que la norma constitucional debe ser interpretada en función al modelo político, económico y social que propone para una sociedad nacional determinada (Lucas Verdú, 1985: p. 345). Si la actual Carta Magna propugna una economía de mercado como modelo económico, su artículo 62° debe ser entendido en ese contexto.

Como adelantamos en el capítulo anterior, la primera oración de dicha norma ("La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato"), aludirá a la posibilidad de implementar el "dirigismo contractual" en los futuros contratos, de manera similar a lo dispuesto en el artículo 1354° del Código Civil. La interrogante que quedó pendiente de respuesta consiste en determinar si la intervención estatal puede alcanzar inclusive a los pactos ya celebrados.

Para ello, es imprescindible analizar la segunda oración del artículo 62° de la Constitución: "Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase". En una economía de mercado, el ejercicio de la libertad de contratación debe ser lo más irrestricto posible, por lo que el "dirigismo contractual" debe estar limitado a los futuros pactos. No cabría la posibilidad de extenderlo a los contratos ya celebrados.

En esa medida, la norma en mención consagraría la absoluta estabilidad de los contratos, impidiendo su excepcional alteración por razones de interés social (CAJ, 1993: p. 237). Así, el contexto normativo vigente

al momento de celebración del contrato continúa rigiéndolo hasta su resolución, lo cual implica su aplicación ultraactiva, a pesar de la emisión de eventuales normas imperativas que pudieran alterarlo.

Entonces, lo expuesto reafirma que el mandato del artículo 2º, inciso 14 de la Carta Magna aludiría a que el "dirigismo contractual" se limita a los futuros pactos. Y, el artículo 1355º del Código Civil, que extiende la intervención estatal a los contratos en ejecución, habría devenido en inconstitucional por contrariar al artículo 62º de la Constitución.

2. En función a la voluntad del legislador

Otra de las maneras por las cuales podemos determinar hasta dónde pueden extenderse los límites a la libertad de contratación, consiste en acudir a lo que quiso plasmar el constituyente básicamente en el texto del artículo 62º de nuestra Carta Magna.

Analicemos la evolución de las redacciones preliminares de dicha norma. En el Primer Anteproyecto de Constitución, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de mayo de 1993, se contemplaba un artículo 11º que a la letra establecía lo siguiente: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales...".

En el Segundo Anteproyecto de Constitución, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de junio de 1993, se disponía en su artículo 90º una norma idéntica a la anterior con la única salvedad que, la imposibilidad de afectación de los términos contractuales por nuevas normas se circunscribía a los casos de una modificación retroactiva. Por último, el Proyecto de Constitución, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 1º de julio de 1993, repetía textualmente la norma del Primer Anteproyecto.

Como puede apreciarse, prácticamente no existen variaciones entre los textos preliminares y la norma constitucional final. En esa medida, la voluntad del legislador se mantuvo uniforme en todo el proceso de generación del artículo 62º de la Carta Magna.

En una suerte de "exposición de motivos", uno de los más destacados constituyentes expresó que el "dirigismo contractual" había sido excesivo en los últimos años, por lo que existía la imperiosa necesidad de establecer la validez plena de los contratos y su inmodificabilidad por nuevas normas. Ello daría seguridad a las transacciones y fomentaría la inversión extranjera en nuestro país (Torres y Torres Lara, 1993: p. A-8). Esto se reitera en el Dictamen del Proyecto de Constitución, publicado el 1º de julio de 1993 en el Diario Oficial "El Peruano".

En base a lo expuesto, queda claro que el constituyente tuvo la inequívoca intención de consagrar el principio de intangibilidad del contrato, en base a la mantención de sus términos a pesar de la emisión de normas posteriores que pretendan modificarlos lo cual, tácitamente, implica la ultraactividad del contexto normativo vigente al momento de celebración del contrato. Entonces, nuevamente concluiríamos que el "dirigismo contractual" está limitado a los futuros pactos. Así debería entenderse el artículo 2º, inciso 14 de la Carta Magna, por lo que el artículo 1355º del Código Civil devendría en inconstitucional.

3. En función a la unidad y coherencia del texto constitucional

Ahora bien, otro de los criterios que podríamos tomar en cuenta para determinar los límites a la libertad de contratación que impone nuestra Carta Magna, es uno propio de la hermenéutica constitucional. Se trata de la "unidad y coherencia" del texto constitucional, que busca la concordancia del mismo ante posibles contradicciones en su seno (García Belaunde, 1994: p. 31).

Como veníamos diciendo, la intangibilidad del contrato promueve la ultraactividad del contexto normativo vigente al momento de su celebración. Sin embargo, el artículo 103° de la Constitución parecería negar lo anterior, cuando señala que la ley se deroga por otra ley, es decir, una norma anterior puede ser derogada por otra posterior. Con ello, se acepta que las normas se aplican inmediatamente y para adelante, una vez que entran en vigor.

La única excepción prevista es la retroactividad, pero sólo si es expresa y en materia penal, siempre que sea más favorable al reo. Así, se consagra tácitamente la teoría de los hechos cumplidos, que señala a la aplicación inmediata como regla de aplicación de las normas en el tiempo, pauta ratificada por el Código Civil (Título Preliminar, artículo, III). En esa medida, la aplicación ultraactiva sería la excepción.

Sin embargo, el artículo 62° haría de la aplicación ultraactiva una regla paralela a la aplicación inmediata, consagrada en el artículo 103° de la Carta Magna. Esto atentaría frontalmente contra la "unidad y coherencia" del texto constitucional.

Como hemos visto, el Código Civil regula la aplicación ultraactiva como una excepción circunscrita a los convenios de estabilidad jurídica (artículo. 1357). Además, todo nuestro ordenamiento infraconstitucional se sustenta en la aplicación inmediata como regla y, la retroactividad y ultraactividad como excepciones. Por ello, el Código Civil permite el "dirigismo contractual" inclusive para los pactos en plena ejecución (artículo. 1355°).

En esa medida, para guardar la "unidad y coherencia" del texto constitucional y, para garantizar su compatibilidad con la normativa infraconstitucional, es menester interpretar el artículo 62° de la Constitución como permisivo del "dirigismo contractual" aún para los acuerdos ya celebrados. Sólo que limitado a las normas imperativas o de orden público sobrevinientes a los contratos, no extensivo a las normas dispositivas posteriores (Cardenas Quiros, 1994: p. 26).

De este modo, el artículo 2°, inciso 14 de la Carta Magna debe asumirse como que también permite el "dirigismo contractual" a los contratos en plena ejecución, en tanto considerar que la referencia a la imposibilidad de contravención de "leyes de orden público" alude tanto a las presentes como a las futuras.

Además, si esta norma la interpretáramos restrictivamente, como que sólo alude a la observancia de las normas imperativas vigentes al momento de celebración de los contratos, sería redundante frente a la primera oración del artículo 62° de la Constitución, que claramente contempla sólo ese mandato. Ya hemos sostenido que las normas deben interpretarse en el sentido que pueda darles algún efecto y no en el que les niegue aplicación concreta, por lo que no debemos entender el artículo 2°, inciso 14 de la Carta Magna de manera restringida.

4. En función a la razonabilidad del texto constitucional

Finalmente, otro de los criterios que podríamos considerar para efectos de determinar los límites a la libertad de contratación previstos en la Constitución, es también uno propio de la hermenéutica constitucional: la "razonabilidad" del texto constitucional, que propugna una lectura flexible y sensata de las normas, tratando de superar los problemas que puedan originarse en una lectura rígida de las mismas (García Belaunde, 1994: P. 31).

Como hemos sostenido, el artículo 2º, inciso 14 de la Carta Magna recoge la tesis normativista como fundamento del origen de la autonomía privada individual; mientras que, el artículo 28º de la Constitución se inspira en la tesis del pluralismo orgánico como sustento de la génesis de la autonomía privada colectiva. En ambos casos, se admite la intervención estatal para limitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad, básicamente a través de las normas imperativas que interesan al orden público.

De otro lado, los decretos de urgencia permiten la intervención estatal en las relaciones jurídicas en curso, de manera excepcional y transitoria, cuando existen circunstancias verdaderamente graves para el interés nacional (Constitución, artículo 118º, inciso 19). Esto denota nuevamente la aceptación del intervencionismo estatal sobre la autonomía de la voluntad, en función a medidas extraordinarias, lo cual niega el inmovilismo contractual (Cárdenas Quiros, 1994: p. 6).

En ese sentido, una lectura rígida del artículo 62º de la Carta Magna, que ratificaría el principio de intangibilidad del contrato, no resultaría razonable a la luz de las otras normas constitucionales. Por ello, debe dársele una lectura creativa y flexible y, entender que los términos contractuales son inmodificables por las normas jurídicas sobrevinientes, salvo que éstas tengan carácter imperativo de orden público.

De este modo, debemos asumir también que el artículo 2º, inciso 14 de la Constitución alude no sólo a las normas de orden público vigentes al momento de celebración del contrato, sino inclusive a las futuras. Es decir, el "dirigismo contractual" afecta indistintamente a los nuevos y antiguos contratos.

Además, la previsión expresa en el segundo párrafo del artículo 62º de la Carta Magna acerca de la inmodificabilidad de los contratos-ley por normas jurídicas posteriores, cuestiona la lectura rígida del primer párrafo de tal norma. En efecto, si la intangibilidad de los contratos fuera la regla, no resulta razonable que se mencione explícitamente el mismo efecto para los contratos-ley. Más aún, sería redundante (Ibid., p. 27). No lo es la mención expresa de tal beneficio para los convenios de estabilidad jurídica en el Código Civil (artículo 1357º), pues claramente establece como regla el "dirigismo contractual" (artículo 1355º).

Ello demuestra que, al interior del mismo artículo 62º de la Constitución, existen elementos para señalar que, la excepción es la intangibilidad del pacto, restringida a los contratos-ley, mientras que la regla es también el "dirigismo contractual".

5. Consideraciones finales

Como puede apreciarse, existen argumentos en favor de una menor o mayor intervención estatal en el ejercicio de la libertad de contratación, siendo el punto neurálgico la posibilidad de un "dirigismo contractual" inclusive para los contratos en ejecución.

En función al modelo económico adoptado por la Carta Magna y a la voluntad del constituyente reflejada en el texto normativo, tal posibilidad estaría negada. Pero, en función a criterios de hermenéutica constitucional específicos como la "unidad y coherencia" o la "razonabilidad" del texto normativo, la posibilidad en mención resultaría procedente. En lo particular, nos parecen más contundentes estos últimos criterios, pues asoman como determinantes para encontrar el camino en la búsqueda de evitar un entrapamiento del sistema jurídico. A los argumentos expuestos, agregaríamos dos más.

En primer lugar, la voluntad del legislador como método decisivo de interpretación de normas jurídicas, encuentra hoy en día pocos adeptos pues se asume casi consensualmente que, una vez emitida, la norma subsiste con vida propia en términos objetivos. Ello es importante en tanto el legislador no pudo necesariamente prever los problemas que su norma podría confrontar o generar en el futuro, en el marco de un mundo cada vez más cambiante (Messineo, 1954; p. 95).

Por esa razón, el método histórico de interpretación y la "fórmula política" de la Constitución, resultan insuficientes para asimilar fenómenos cada vez más frecuentes como el "dirigismo contractual", sobre todo en sus nuevas facetas. Además, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, nos conducen al establecimiento de la ultraactividad como regla paralela a la aplicación inmediata, lo cual generaría un caos en el sistema pues entraparía irremediablemente el tráfico jurídico. Es decir, asumir la intangibilidad del contrato fomentaría el quebrantamiento de la estructura interna de nuestra principal norma jurídica, la Carta Magna.

En segundo lugar, tenemos dos métodos de hermenéutica propiamente constitucional que nos permiten salvar la eventual contradicción en el seno de la Carta Magna, versus uno que resulta insuficiente. Es una pauta fundamental en todo proceso interpretativo, el procurar arribar a una conclusión que sea capaz de dar una respuesta jurídica eficaz al fenómeno concreto. Por ello, entendemos que el "dirigismo contractual" debe entenderse como posible de aplicarse inclusive a los contratos en plena ejecución, estrechando los límites a la libertad de contratación.

De cualquier modo, es necesario profundizar en las investigaciones sobre este tema, pues las implicancias económicas en la regulación de las relaciones jurídicas presentes y futuras, son enormes e insospechadas. Por ahora, simplemente hemos querido compartir algunas reflexiones e inquietudes preliminares.

Bibliografía

- 1 BASSOLS COMA, Martín.
Constitución y sistema económico. Madrid, Ed. Tecnos, 1985.
- 2 CANCINO, Fernando.
Estudios de Derecho Privado. Bogotá, Ed. Temis, 1979.
- 3 CARDENAS QUIROS, Carlos.
Autonomía privada, contrato y Constitución. Lima, ed. mimeográfica, 1994.
- 4 COMISION ANDINA DE JURISTAS.
Análisis del Proyecto de Constitución. Lima, CAJ, 1993.
- 5 CORNEJO, Angel Gustavo.
Exposición sistemática y comentarios – De los contratos en general. Lima, 1938.
- 6 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.
El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte. Tomo I. En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1991.
- 7 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCIA BECEDAS.
Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983. Madrid, 1985.
- 8 DIESTE, Juan Francisco.
Estado y autonomía colectiva. El modelo pluralista y sus variantes.
En: Ponencias del X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 1989.
- 9 DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON.
Sistema de Derecho Civil. Vol. 1. Madrid, Ed. Tecnos, 1986.
- 10 DOLORIER TORRES, Javier.
Orden público económico, orden público laboral y los límites a la autonomía colectiva.
En: *Thémis, Revista de Derecho*, Nos. 27-28. Lima, PUCP, 1994.
- 11 DORAL, José Antonio y Miguel Angel DEL ARCO.
El negocio jurídico. Madrid. Ed. Trivium, 1982.
- 12 GALGANO, Francesco.
Diritto civile e commerciale. Vol. II, Tomo Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.
- 13 GARCÍA BELAUNDE, Domingo.
La interpretación constitucional como problema. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1994.
- 14 GIUGNI, Gino.
Derecho Sindical. Madrid, MTSS, 1983.
- 15 GOMES, Orlando.
Contratos. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1986.
- 16 LARENZ, Karl.
Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958.
- 17 LOJENDIO E IRURE, Ignacio María.
Derecho Constitucional Económico. En: *Constitución y economía*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977.

- 18 LUCAS VERDU, Pablo.
El sentimiento constitucional. Madrid, Ed: Reus, 1985.
- 19 MARTIN-BALLESTEROS Y COSTEA, Luis.
La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo, Madrid, Ed. Montecorvo, 1963.
- 20 MESSINEO, Francesco.
Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo 1. Buenos Aires, Ed. Jur. Europa-América, 1954.
- 21 MIRABELLI, Giuseppe.
Delle obbligazioni: Dei contratti in generón entre la ley y el convenio colectivo. Lima, IDL, 1992.
- 22 NEVES MUJICA, Javier
El contenido negocial: la compleja relación entre la ley y el convenio colectivo, Lima IDL, 1992
- 23 OCHOA CARDICH, César.
El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales, No. 5. Lima, CAJ, 1990.
- 24 OCHOA CARDICH, César.
Constitución financiera: bases del Derecho Constitucional Tributario. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales, No. 10. La Constitución de 1993, análisis y comentarios. Lima, CAJ, 1994.
- 25 REYES TAGLE, Yovana.
El contrato de estabilidad jurídica como mecanismo para garantizar la inversión. En: "El Peruano", Lima, edición del 3 de octubre de 1995.
- 26 RUBIO CORREA, Marcial.
Título Preliminar. En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. III. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1986.
- 27 SACCO, Rodolfo.
Il contratto. Torno, UTET, 1975.
- 28 SPOTA, Alberto.
Instituciones de Derecho Civil - Contratos. Tomo 1. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1975.
- 29 TORRES Y TORRES LARA, Carlos.
Los cambios del Anteproyecto Constitucional. En: "El Peruano", Lima, edición del 3 de junio de 1993.