

Algunas notas a considerar para la lectura del Código Civil en materia de Arrendamiento



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial de la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Breve Nota Introductoria.
- II. Primera nota, arrendamiento de bien indiviso; artículo 1669.
- III. Segunda nota, arrendamiento de bien ajeno; artículo 1671 del código civil.
- IV. Tercera nota, responsabilidad por pérdida o deterioro del bien arrendado; artículo 1683.
- V. Cuarta nota, extinción del subarrendamiento; artículo 1694.
- VI. Quinta nota, resolución del arrendamiento; artículo 1697.
- VII. Sexta nota, continuación del arrendamiento; artículo 1708.
- VIII. Séptima nota, enajenación del bien arrendado; artículo 1708.
- IX. Nota final.



*"Mensura iuris
est utilitas"*

"El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente"

I. BREVE NOTA INTRODUCTORIA

El presente ensayo trata de recoger lo que es materia de exposición y discusión en el aula universitaria sobre distintos aspectos del contrato de arrendamiento. Mi sincero agradecimiento al Comité de Edición de la revista **ADVOCATUS** que me extiende una vez más la inmerecida y generosa oportunidad para compartir algunos comentarios tratándose de esta modalidad contractual de amplio uso. Confío no sólo en que el presente trabajo pueda llamar la atención e interés del lector, generando una lectura crítica, sino además que sus contenidos le sean finalmente de utilidad.

Parto de la premisa que la actual regulación del contrato de arrendamiento en el Código Civil de 1984 debe interpretarse considerando no sólo el antecedente legislativo inmediato representado por el Código Civil de 1936 sino además al Decreto Ley 21938, Ley del Inquilinato, lo cual permite explicar la orientación de muchas de sus normas. Y tratándose de dicha orientación, parto de la premisa que en materia de arrendamiento, el articulado pertinente del Código Civil privilegia en muchos aspectos a los intereses del arrendador, revirtiéndose la tendencia de considerar al arrendatario como parte débil del contrato y, en consecuencia, que requiere de una especial protección.

Aunque existen varios temas por evaluar, por razones de tiempo y espacio, al igual que en otros trabajos publicados en números anteriores de **ADVOCATUS** sobre las disposiciones del Código Civil en materia de los contratos de compraventa y donación, me limitaré a comentar siete aspectos puntuales sobre la regulación del arrendamiento, en función de lo que estimo como materias de especial relevancia.

II. PRIMERA NOTA, ARRENDAMIENTO DE BIEN INDIVISO: ARTÍCULO 1669

1. Este artículo se relaciona a diversas figuras y situaciones, al menos, copropiedad e indivisión, consentimiento, validez y eficacia.

Creo que hay, al menos, dos posibles lecturas sobre sus alcances.

La primera de ellas, nutrida esencialmente de la literalidad, implica que en caso el copropietario de un bien indiviso lo entregue en arrendamiento, sin contar con el asentimiento de los demás copropietarios, el contrato celebrado es inválido. Por consiguiente, para que el contrato sea válido se requiere que todos los demás copropietarios expresen su consentimiento.

Una segunda lectura, va más allá de la literalidad, y postula que no estamos ante un tema de invalidez sino de ineficacia; por consiguiente, el contrato celebrado es válido y eficaz entre las partes materiales comprometidas, esto es, de un lado, el copropietario celebrante (que ha preterido a los demás copropietarios), como arrendador y, de otro lado, el arrendatario; empero, se trata de un contrato ineficaz, ajeno o inoponible frente a los demás copropietarios, quienes asumen *per se* la condición contractual de terceros. En función de su interés (propiedad indivisa) respecto del bien arrendado, en caso los copropietarios preteridos expresen su asentimiento al arrendamiento ya celebrado, se entiende que dejarán de ser terceros y adquirirán la condición de parte contractual como arrendadores; de no manifestarse dicho consentimiento, el contrato celebrado subsiste (y vincula a quienes lo celebraron, surtiendo efectos entre ellos) pero puede atacarse su eficacia porque su celebración ha entrañado un acto que afecta a los copropietarios no participantes, quienes pueden demandar el desalojo. Por consiguiente,

las categorías de contrato válido o inválido no son enfocadas finalmente desde una perspectiva de negocio jurídico, sino en un sentido menos riguroso: el contrato tiene o no valor, significado, efectos, tratándose de aquellos que no han declarado voluntad.

2. Con relación a la primera lectura, se sostiene que el artículo 1669 bajo comentario resulta finalmente una norma innecesaria porque el artículo 978¹ del Código Civil ya regula, de manera general, la misma situación de hecho, esto es, cuando un copropietario realiza actos que importan propiedad exclusiva en desmedro de los demás copropietarios de un bien indiviso, disponiéndose que la validez del acto depende de circunstancias sobrevinientes. Es cierto que la norma bajo comentario es repetitiva. De una simple lectura del Código Civil se advierte que hay varias normas, por ejemplo, en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) que reproducen, palabras más, palabras menos, lo que ya ha sido regulado en el Libro V (Derechos Reales), como es el caso del artículo 1580 tratándose del artículo 903 del Código Civil, de manera que, desde una perspectiva de técnica legislativa, las normas repetitivas deberían derogarse. Empero, puede ser que la referida rigurosidad técnica esté reñida con la voluntad docente del legislador, por calificarla de alguna manera, de regular una materia bajo determinado estilo, repetitivo para que no quepa duda alguna, dado que el Código Civil no solo es empleado por abogados que poseen una determinada formación profesional y pueden aplicar criterios sistemáticos de lectura e interpretación, sino por toda clase de personas, ya que regula finalmente los actos de la vida diaria.

No obstante, lo relevante no radica en la propuesta de derogación, ya que podríamos aplicar el aforismo jurídico en el senti-

do que "No daña lo que abunda", sino en la lectura que se proporciona a los alcances de los artículos 1669 y 978 del Código Civil al oponerlos respecto del artículo 1540 del mismo cuerpo normativo, artículo este último relacionado a la venta del bien ajeno de manera parcial. En efecto, se postula que existe una contradicción legal porque, tratándose de la venta de bien ajeno de manera parcial, el legislador reconoce la validez del negocio *ab initio*, estimando que es susceptible de rescisión (lo cual presupone negocio o contrato válidamente celebrado, por más que dicha validez no sea exigida aparentemente en el artículo 1370 del Código Civil, más sí en el caso de resolución), siendo que en el caso del arrendamiento de bien ajeno de manera parcial, la validez estaría subordinada a una ratificación por todos los copropietarios, de tal modo que antes de ello, en la dicotomía válido o inválido, el negocio es simplemente inválido.

No comparto dicha lectura. Creo que debemos partir de la premisa que el Código Civil es el resultado del trabajo de diversos legisladores que no concordaron necesariamente el lenguaje empleado en su redacción; y sin perjuicio de ello, debemos también evaluar si corresponde leer al Código Civil con suma rigurosidad técnica o de manera lata, atendiendo a lo ya expresado en el sentido que es un texto legislativo que no sólo está dirigido a juristas sino a toda clase de personas.

Entiendo que no puede invocarse la pretendida contradicción porque estaríamos oponiendo una acepción de validez desde una perspectiva estricta de negocio jurídico a una de carácter amplio asociada a eficacia o valor que se despliega de la celebración de un contrato.

Conforme a lo anterior, creo que la interpretación idónea a la cuestión se desprende

1. *"Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien a la parte a quien practicó el acto."*

directamente y en términos simples del propio articulado del Código Civil.

En materia de acto jurídico existe la diferencia conceptual (y legislativa) entre ratificación y confirmación. Se ratifica un acto válido, de manera que pueda surtir efectos respecto de quien lo ratifica (por consiguiente, antes era un acto que le resultaba inoponible o ineficaz). Se confirma un acto de validez precaria, anulable, evitándose la incertidumbre sobre si se ejercerá o no la acción de declaración de invalidez a título de anulabilidad. Una vez prescrita la acción de anulabilidad, el acto de validez precaria quedará consolidado, por lo que una confirmación posterior carecerá de relevancia. Téngase presente además que en materia de anulabilidad estamos frente a un régimen estricto de *numerus clausus*.

El artículo 1669 del Código Civil, al referirse a la necesidad de una ratificación, está implícitamente destacando que el contrato celebrado por uno de los copropietarios del bien indiviso, con preterición de los derechos de los demás copropietarios, es válido pero ineficaz tratándose de estos últimos, de manera que mediante la ratificación recién el negocio ya celebrado surte efectos respecto del copropietario que en ese momento manifieste su consentimiento, lo cual permite que sea oponible lo que le era inoponible.

No hay, en consecuencia, contradicción en el Código Civil tratándose de la regulación sobre venta y arrendamiento de bien ajeno de manera parcial, siendo que ambas normativas presuponen un contrato válidamente celebrado y que, por una cuestión elemental de relatividad, no surte, ni puede surtir efectos respecto de quien no manifieste su consentimiento.

Surge, sin embargo, la tesis sobre la nulidad del negocio por infracción de norma

imperativa. Para dicho efecto se destaca que el primer párrafo del artículo 1669 del Código Civil de manera imperativa dispone que "El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes". No puede, así ha sido previsto legalmente como disposición prohibitiva. Conforme al artículo 219, inciso 3, se estaría ante una nulidad por objeto que resulta jurídicamente imposible. Tengo varios comentarios. Debe considerarse, en primer lugar, el contenido del artículo 1356² del Código Civil; en materia de contratación las normas legales son excepcionalmente imperativas, siendo la regla general que posean carácter supletorio. Además, debe también considerarse que, conforme a la normativa sobre arrendamiento (artículos 1666 a 1712 del Código Civil) no existe requisito legal para que el arrendador deba ser propietario del bien materia del contrato; resulta ciertamente lo más conveniente pero no es necesario, y lo demuestra la figura del subarrendamiento, siendo que inclusive hasta un precario podría celebrar un arrendamiento y entregar la posesión del bien; otro tema radica en las consecuencias que de ello se desprendan, en la vulnerabilidad del arrendamiento así celebrado, pero no podemos confundir necesidad con conveniencia. En ese orden de ideas, si el arrendamiento puede ser válidamente celebrado por quien no es propietario conforme postulamos, ¿por qué razón sostener que, tratándose de un bien indiviso, la validez del arrendamiento está subordinada a que todos los copropietarios lo celebren? Deber es distinto de poder; un arrendamiento sobre bien indiviso debería derivarse del acuerdo de todos los copropietarios, es lo ideal y recomendable; empero, el contrato bien puede ser celebrado por uno solo o por algunos de ellos; habrá precariedad jurídica, habrá contingencia legal tanto para el arrendador como para el arrendatario, pero eso no enerva el hecho que se generó válidamente un contrato.

2. "Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

En función de ello, ¿existe realmente una imposibilidad jurídica del objeto?

Y descartamos de plano cualquier alegación de nulidad sustentada en la falta de declaración de voluntad del agente capaz, porque si hay una declaración y que corresponde a la del copropietario que actuando de manera indebida declara su voluntad y celebra un acto disponiendo del bien indiviso como si fuese propietario único y exclusivo, pero sin que dicha actuación genere invalidez negocial sino más bien responsabilidad, entre otros temas, lo cual ya es otro asunto.

Por último, de admitirse esta tesis de la invalidez negocial, ¿no habría una suerte de contradicción en el propio artículo 1669 del Código Civil cuando condiciona la validez del negocio pretendidamente celebrado a la declaración de voluntad (ratificación) de los demás condóminos? De admitirse que el negocio celebrado inicialmente es inválido, nulo (la anulabilidad queda descartada por el tema de su riguroso *numerus clausus*, a diferencia de la nulidad que inclusive admite la virtual), ¿no se requeriría que todos los copropietarios expresen su voluntad y no sólo los que no participaron en su momento, ya que la manifestación de voluntad expresada en un acto inválido carece finalmente de todo valor y efecto?, ¿no es eso lo que exige el artículo 971, inciso 1°, del Código Civil? El hecho que el artículo bajo comentario, en la parte final de su segundo párrafo, se refiera a "los demás copropietarios" es sintomático y concluyente. De admitirse la invalidez (nulidad) del negocio ello sería insubsanable, por lo que la manifestación de voluntad para comprometer el uso del bien indiviso mediante un arrendamiento debería desprenderse de un acuerdo con la participación de todos, y no

sólo de los "demás copropietarios"; el hecho que el Código Civil establezca esto último representa un argumento para cuestionar la tesis de la pretendida invalidez negocial, abundando más bien en la tesis de la ineficacia.

3. Comparto la segunda de las lecturas propuestas inicialmente. El arrendamiento celebrado por el condómino de un bien indiviso, sin contar con el asentimiento de los condóminos restantes, es un contrato válidamente celebrado que no incurre en causal de nulidad, menos de anulabilidad, por lo que en función al principio de relatividad no compromete, ni podría comprometer, a los demás condóminos que no participaron, sea originariamente o de manera sobreviniente, siendo que de esto último trata precisamente la ratificación regulada en el artículo 1669 del Código Civil.

Conforme a lo anterior, tratándose de un bien indiviso, le interesará de sobremanera a un arrendatario obtener el consentimiento de todos los copropietarios; caso contrario, por más que se haya celebrado (válidamente) un contrato con alguno o algunos de los copropietarios, el arrendatario será un precario para los copropietarios no participantes, susceptible de ser válidamente emplazado para fines de un desalojo, y sin perjuicio de las responsabilidades que -frente a sus pares- deba asumir el copropietario que realizó un acto que importa ejercicio de propiedad única y exclusiva, violándose con ello las previsiones contenidas en los artículos 971, inciso 1, 978 y 1669 del Código Civil.

Retomando lo ya expresado en un inicio, hay un conjunto de normas contenidas en el Código Civil que pueden releerse en

3. "Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él (...)."

el sentido que ha sido expuesto, esto es, leyendo como eficacia (o ineficacia) lo que está escrito como validez (o invalidez). Los artículos 1099 y 1398 son un ejemplo para ello; el tema merece ciertamente un mayor y detenido desarrollo.

Por último, merece destacarse la posición adoptada por el legislador con relación a este tema. De acuerdo a la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, aprobada por quienes conformaron la denominada "Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil" (Leyes 24039 y 24136):

"Si bien el primer párrafo de este numeral contiene una norma de carácter imperativa, el legislador admite que sea posible adoptar un acuerdo en virtud del cual se reconozcan y asuman los efectos generados por hechos producidos con anterioridad a la celebración válida de dicho acuerdo, en tanto la ley lo permita. Lo cual, para efectos prácticos, produce el mismo resultado. Esta segunda parte del precepto se incluye, pues, con la única finalidad de dar solución legal a situaciones que de hecho se presentan, respondiendo así a la realidad social y tratando de preservar las relaciones jurídicas dentro del marco de la ley.

No obstante que se trata de una norma de carácter prohibitiva, la ley permite, por razones de orden práctica, que los demás copropietarios ratifiquen expresa o tácitamente el contrato celebrado por uno de ellos. En buena cuenta, el legislador permite a los copropietarios que no dieron en arrendamiento considerar ineficaz el contrato o, si lo prefieren, ratificarlo. (...).

La función específica de esta norma consiste en reconocer eficacia al contrato de arrendamiento celebrado sin el acuerdo unánime de los condóminos siempre que sea ratificado por quienes

no expresaron su voluntad. En este caso concreto, salvando las diferencias, se ha adoptado una fórmula similar a la establecida en el numeral del (sic) 162 del Código Civil referente al Acto Jurídico"⁴ (Lo destacado con negrita corresponde al suscrito).

Se aprecia de la cita precedente que el legislador no se habría representado que el contrato de arrendamiento sobre bien indiviso, celebrado por un copropietario con preterición de sus demás condóminos, es inválido, nulo, sino ineficaz, por lo que la manera de adquirir eficacia ("... reconocer eficacia al contrato de arrendamiento celebrado sin el acuerdo unánime de los condóminos ...") para los copropietarios que no participaron en su celebración es mediante una declaración de ratificación, declaración que presupone la existencia válida de un negocio, como ya he destacado precedentemente, siendo de aplicación el mismo régimen que el previsto en el artículo 162 del Código Civil.

Hubiese sido probablemente más conveniente una mayor precisión en la norma bajo comentario, pero la misma puede alcanzarse mediante una lectura sistemática del Código Civil, asistida por un criterio de practicidad que destaca inclusive el propio ponente del articulado sobre arrendamiento de la "Comisión Revisora".

4. Asociado al tema de la responsabilidad exigible al copropietario, tenemos el tema del consentimiento.

La norma bajo comentario establece que el contrato de arrendamiento celebrado por un copropietario de bien indiviso con preterición de los demás copropietarios será "válido", esto es, eficaz, oponible, en la medida que estos últimos así lo ratifiquen, sea expresa o tácitamente.

4. BIGIO, Jack. *El contrato de arrendamiento - Exposición de Motivos Oficial*. Primera Edición. Gaceta Jurídica Editores, Lima, Perú, s/ fecha, pp. 56-57.

Conforme a lo anterior, dado que la norma bajo comentario se refiere a una ratificación negocial, puede aplicarse el artículo 162 del Código Civil. Aunque es cierto que esta última norma se refiere expresamente a los casos del artículo 161 del mismo cuerpo normativo (negocio celebrado en exceso o violando la representación otorgada, o careciéndose de dicha representación), dado que regula la manera en que el negocio válidamente celebrado y que resulta circunstancialmente inoponible puede adquirir carácter oponible, esto es, adquirir eficacia frente a quien no declaró voluntad, bien puede aplicarse a nuestro caso por interpretación extensiva, dado que también se trata de generar eficacia frente a quien en su momento no expresó su consentimiento. Conforme a lo anterior, me interesa destacar dos aspectos. El primero de ellos es que la ratificación debe realizarse siguiendo la forma prescrita para la celebración del respectivo negocio. Y el segundo, que la ratificación surte efectos retroactivos.

Examinemos por separado cada uno de dichos aspectos.

5. En lo que se refiere a la forma, la misma es referida como la "prescrita para su celebración". Para nuestro caso, debe considerarse que al arrendamiento (al igual que la compraventa) son contratos consensuales absolutos, esto es, quedan perfeccionados desde el punto de vista constitutivo por el simple acuerdo de voluntades, no estando sujetos a la observancia de forma necesaria, de manera que se rigen bajo el principio de libertad de forma, la misma que tendrá efectos jurídicos meramente probatorios. No hay forma "prescrita para su celebración". Por lo tanto, la libertad de forma aplica irrestrictamente, inclusive para la ratificación del negocio por quienes en su momento fueron preteridos. De ser así, ¿qué ocurre si el arrendamiento fue cele-

brado por escrito?, ¿su ratificación debe ser también por escrito?, ¿resulta aplicable el artículo 1413 del Código Civil?

Para responder a dichas interrogantes partiré de los alcances que estimo se desprenden de la redacción del artículo 1413⁵ del Código Civil, tema sobre el cual ya me he referido en otro trabajo⁶.

El término forma "prescrita" se asocia a una expresa disposición legal (conforme se aprecia de la redacción del artículo 1412 del Código Civil, en la que el legislador claramente distingue entre formalidad "prescrita" legalmente y formalidad "convenida" por las partes); en ese orden de ideas, la forma "prescrita" legalmente puede tener carácter solemne o no. Lo primero corresponde a la categoría de los contratos formales, en donde se configura la identidad entre voluntad y forma de exteriorización, siendo que la observancia de la solemnidad es la voluntad misma (consentimiento calificado), por lo que la nulidad se configura por la falta de dicha forma necesaria. Lo segundo presupone que estamos en el ámbito de los contratos consensuales, pero de manera específica de ciertos contratos consensuales: de los denominados consensuales relativos, porque si bien la ley enuncia, prescribe, regula, una forma determinada, no sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que no estamos ante una solemnidad sino ante una forma probatoria, de lo cual se genera el tema sobre si la inobservancia de la formalidad no solemne deriva en la ineficacia del negocio o no (dado que no corresponde discutir sobre su validez).

Los contratos consensuales relativos son los que están en rigor bajo el ámbito de aplicación del artículo 1413 del Código Civil.

En ese sentido, siendo que el arrendamiento es un contrato consensual absoluto, que

5. "Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la misma forma prescrita para ese contrato".

6. Ver: *Advocatus* 13. Lima, Perú, 2005 - II, pp. 169-183.

carece de forma "prescrita", no resultaría aplicable el artículo 1413 del Código Civil, pese a que la ratificación del contrato por el propietario que fue preterido en su oportunidad implique finalmente una modificación del mismo, en su aspecto subjetivo, por incorporación de otra persona como parte material. No obstante, en la Exposición de Motivos elaborada por los miembros de la denominada "Comisión Reformadora" del Código Civil de 1936, cuyo proyecto derivó finalmente, con la intervención de la llamada "Comisión Revisora", en el actual Código Civil de 1984, pareciera indicarse cosa distinta, ya que al comentar los alcances del artículo 1413 del Código Civil, ARIAS SCHREIBER expresa: "Tomemos como ejemplo el arrendamiento de un inmueble. Si las partes estipularon que el contrato fuese formalizado por escritura pública, cualquier modificación del mismo deberá ceñirse a esta forma para que tenga validez". En otras palabras, el artículo 1413 se aplicaría a los contratos consensuales puros (figura que corresponde al arrendamiento). Entiendo que no es así, porque en el ejemplo propuesto se menciona que las partes han pactado una determinada forma documental: escritura pública, de manera que en función de la autonomía privada, siempre dentro del ejemplo propuesto, el arrendamiento sería un contrato consensual relativo, lo cual permite reafirmar que el artículo 1413 del Código Civil está referido, antes que a los contratos formales, a los contratos consensuales relativos, sean estos últimos de origen legal (lo cual no aplica para el arrendamiento) o de origen convencional (lo cual aplicaría en el ejemplo propuesto, porque las partes acuerdan una determina-

da manera de expresarse, esto es, mediante escritura pública, para fines de prueba, no de validez negocial). En ese orden de ideas, convendría probablemente precisar en el texto del artículo 1413 del Código Civil, que la forma del contrato original puede ser legalmente prescrita o convencionalmente acordada⁸. Un último comentario respecto a lo expresado por ARIAS SCHREIBER en la cita anteriormente reproducida, quien indica que cualquier modificación del contrato original deberá ceñirse a la forma probatoria del contrato original "para que tenga validez". Discrepo. La inobservancia de la formalidad probatoria no deriva en invalidez, porque de lo contrario no estaríamos ante un tema de formalidad *ad probationem* sino *ad solemnitatem*, sino que en todo caso podría derivar en una ineficacia; sin embargo, estimo que inclusive no se trata de un tema de ineficacia (dado que la forma no esencial no es el único medio de probar la existencia y contenido del contrato, sino que es el medio privilegiado), en razón que siempre hay un universo de otros medios probatorios para hacer uso en defecto de la forma probatoria legal o convencional. En todo caso, ¿se estará afirmando que la exigencia de la forma probatoria, no solemne, es para que el negocio adquiera eficacia, valor práctico? Volvemos al problema de las palabras polisignificativas, deberíamos entender en estos casos que validez significa adquirir valor, efectos. De ser así, bien podría asumirse lo que expresó el maestro sanmarquino.

En consecuencia, si el arrendamiento consta bajo una determinada forma documental (por escrito, por escrito de fecha cierta o por

7. ARIAS SCHREIBER, Max. *Exposición de Motivos y Comentarios - Contratos en general*. En: *Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios*, compilación a cargo de REVOREDO DE DEBAKEY, Della. Tomo VI. Okura Editores S.A., Lima, Perú, 1985, p.73.
8. Resulta pertinente remitirnos a los antecedentes del artículo 1413 del Código Civil, en el sentido que la ponencia original hacía mención a "forma prescrita (legalmente) o utilizada (por acuerdo expreso o tácito). Ver: DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte (Artículos 1351 a 1413)*. Tomo III, Primera Edición, en Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1991, p. 477 y ss.

escritura pública), sea por acuerdo expreso o tácito, dicha forma debería ser observada preferente, más no necesariamente, para fines de la ratificación señalada en el artículo 1669 del Código Civil.

6. Y en lo que se refiere al despliegue temporal de los efectos de la ratificación, ello evidencia que el negocio inicialmente celebrado adquirió válida existencia (sólo que era inoponible, ajeno jurídicamente a los copropietarios preteridos), razón por la cual se sanciona el efecto retroactivo de la ratificación, *ex tunc*, de manera que el copropietario que la manifiesta asume desde un inicio la condición de parte material del arrendamiento, pero sin perjudicar derecho de tercero. En ese caso, podría sostenerse que se genera una implícita renuncia para accionar contra el copropietario que en su momento celebró el arrendamiento, siendo que por una decisión de quien fue preterido en dicha celebración se asume que los efectos de su ratificación (e incorporación como parte contractual) operan *ex tunc*.

Cabe preguntarse si puede establecerse una eficacia con temporalidad distinta a la prevista legalmente, esto es, con efectos *ex nunc*. Adviértase que menciono "establecerse" y no "estipularse", dado que la ratificación implica constitutivamente una declaración unilateral. La respuesta debería ser afirmativa. Sería extraño, pero es posible, aunque ineficiente negocialmente porque surgiría la incertidumbre sobre si puede reclamarse responsabilidad o no al copropietario que en su momento contrató con preterición de los demás condóminos.

De manera vinculada a lo anterior cabe también preguntarse finalmente si se requiere que el arrendatario, e inclusive el copropietario que en su momento celebró el arrendamiento, participen o intervengan en la ratificación. Habiendo señalado que la ratificación es constitutivamente unilateral, no cabe la participación señalada; sin embargo, no puede obviarse que dicha ratificación está inmersa en un contrato, por lo que en aplicación de la regla contenida en el artículo 1374 del Código Civil, sobre el carácter recepticio de las declaraciones contractuales, la misma debe ser puesta en conocimiento de quienes son parte del contrato, de manera que una intervención permite cumplir con dicha exigencia pero sin que signifique que la referida intervención sea necesaria, representando únicamente un medio para informar sobre la incorporación al arrendamiento ya celebrado de quien en su momento fue preterido,

¿Podría el arrendatario oponerse a la incorporación del copropietario preterido al contrato de arrendamiento celebrado en su oportunidad? No, ello no resulta posible. La ratificación significa finalmente el ejercicio de un derecho potestativo⁹, pudiéndose modificar la situación jurídica hasta entonces generada, de manera que no puede impedirse la incorporación del preterido como parte contractual, lo cual además no varía en un ápice los términos y condiciones del arrendamiento, siendo que ante la pluralidad de personas que conforman la parte arrendadora, se genera un régimen de acreencia paritaria respecto del arrendatario.

9. Para fines de delimitar el concepto de derecho potestativo resulta pertinente recurrir, entre otros, a BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. En: Derecho Civil, Tomo I, Volumen 1 - Normas, Sujetos y Relación Jurídica - Primera Edición en español, traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1992, p. 446. Conforme a la cual, se trata de una situación jurídica activa y de ventaja que permite a su respectivo titular obtener, mediante su comportamiento propio unilateral, un resultado favorable a su interés modificando con ello la esfera jurídica de un sujeto distinto, quien se halla en una situación jurídica pasiva y de desventaja. Conforme a lo anterior, mediante la ratificación, acto discrecional, se termina afectando la eficacia del negocio preconstituido, extendiendo sus efectos al agente que expresa su voluntad haciendo propio lo que le era ajeno.

En todo caso, sería francamente absurdo articular dicha oposición porque significaría admitir que el arrendatario acepta mantener un contrato precario, que resulta inoponible frente a los copropietarios preteridos en su oportunidad. Por el contrario, lo lógico y esperado es que el arrendatario busque neutralizar cualquier contingencia que lo pueda afectar.

7. Por último, el artículo bajo comentario expresa que la ratificación por quienes fueron preteridos puede ser expresa o tácita. En rigor resulta innecesario enunciar la manera de ratificar porque para ello resulta suficiente lo establecido en el artículo 141 del Código Civil, conforme al cual la manifestación (en rigor, declaración¹⁰) de voluntad puede ser expresa o tácita, definiendo qué es lo que debe entenderse por cada una de ellas. Pero más allá de ello, bien podemos preguntarnos qué es lo que ocurre cuando los copropietarios preteridos toman conocimiento de la celebración del arrendamiento, de la ejecución del mismo, no sólo por la entrega del bien indiviso al arrendatario sino por el pago de la renta a favor del copropietario que es parte material del contrato, y no accionan, sea contra el arrendatario o contra el copropietario que forma parte del contrato. Resulta evidente que el silencio no entraña manifestación de voluntad; cosa distinta ocurre cuando se realizan actos que permiten razonablemente inferir, calificar un determinado sentido de la voluntad, en este caso una voluntad de aceptación del arrendamiento celebrado, configurándose por la conducta concluyente una manifestación tácita de voluntad de contratar, como podría ser, por ejemplo, el hecho que el condómino preterido en su oportunidad realice reparaciones en el bien y coordine en lo pertinente con el arrendatario, reconociendo con ello su título posesorio.

III. SEGUNDA NOTA, ARRENDAMIENTO DE BIEN AJENO: ARTÍCULO 1671 DEL CÓDIGO CIVIL

“Si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472”.

1. Para intentar delimitar los alcances de esta norma debemos tener en cuenta (brevemente) el régimen legal tratándose de la denominada venta de bien ajeno regulada, entre otros, en los artículos 1537 y 1539 del Código Civil. Si bien en alguna oportunidad he tratado por escrito sobre el tema, debo admitir que mi posición ha variado luego de haber sopesado no sólo diversas opiniones sobre el particular sino también luego de haber recurrido con mayor rigurosidad a la dogmática jurídica en materia de contratación. Debo expresar que el ejercicio docente no sólo brinda la oportunidad de revisar constantemente contenidos conceptuales de las materias relacionadas a nuestra actividad, sino de cuestionar, investigar, confrontar y aprender.

De acuerdo al artículo 1409, inciso 2, del Código Civil puede contratarse sobre bienes ajenos, esto es, sobre bienes que no forman parte del patrimonio de quien se propone transferirlos, sea bajo cualquier título contractual, esto es, compraventa, donación, arrendamiento, cesión, etc. De acuerdo a ello, si la ley autoriza la contratación sobre bienes ajenos, resulta manifiesto que los contratos que se celebren bajo la indicada legitimación no son inválidos (nulos o anulables), salvo que incurran en causal expresa para dicho efecto. Otro tema será que dichos contratos surtan o desplieguen sus efectos, de manera particular frente al propietario que no ha participado directa o indirectamente en ellos.

10. ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial – Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A., Lima, Perú, 2008. pp. 49 - 55.

Tratándose específicamente de la denominada venta de bien ajeno, reconociéndose la validez del negocio celebrado y sobre la base que el comprador al momento de contratar hubiese desconocido que el vendedor no era propietario del correspondiente bien, el artículo 1539 del Código Civil lo autoriza (derecho potestativo) a solicitar la rescisión del contrato celebrado por cuanto el comprador se habría sometido a un riesgo no representado al momento de contratar: la incertidumbre que el contrato se ejecute, porque su cumplimiento está subordinado finalmente a que el vendedor adquiera la propiedad del bien para poder transferirlo, situación no prevista por el comprador ya que la transferencia no depende del vendedor. En materia de venta de bien ajeno (con desconocimiento de dicha ajenidad por parte del comprador al momento de contratar), el Código Civil ha optado por la figura del contrato válido pero rescindible (eficacia precaria), descartando, conforme se explica inclusive en su Exposición de Motivos Oficial, la del contrato anulable (validez precaria)¹¹.

La ley también regula el caso cuando las partes declaran celebrar una compraventa sobre un bien que el comprador conoce que es ajeno al momento de contratar (artículo 1537 del Código Civil) disponiéndose que, en dicho caso, el contrato celebrado (esto es, reconoce su existencia y validez, conforme al artículo 1409, inciso 2, del Código Civil) no se sujeta a las reglas de la compraventa, no es compraventa, porque su naturaleza jurídica es la de un contrato atípico, el mismo que se rige por las normas de la obligación o del hecho de tercera persona (artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil). El sustento conceptual de esta última disposición radica en que, siendo el

objeto de todo contrato (lo que pretende alcanzar) una obligación (artículo 1402 del Código Civil), que es una determinada relación jurídico-patrimonial por la cual puede requerirse o exigirse una conducta o prestación, dicha exigencia sólo es posible —desde la perspectiva del interés del acreedor¹²— tratándose del deudor, de manera que el cumplimiento de lo debido debe depender jurídicamente del deudor y sólo del deudor. Por consiguiente, si las partes (de manera específica, el comprador) conocen al contratar que el bien es ajeno, ello implica jurídicamente que no puede haberse celebrado realmente una compraventa (porque en este contrato la obligación de transferencia depende del vendedor y sólo del vendedor, no de un tercero). En una compraventa le interesa al comprador que el vendedor sea quien le transfiera la propiedad, adquirir de él; en un contrato de la obligación o del hecho de un tercero, al “comprador” le interesa adquirir, más allá de quien adquiera. Desde el punto de vista conceptual, la prestación debe ser posible en el sentido que pueda ser ejecutada por el deudor, porque si la actividad prestacional comprometida no depende de él, sino de un tercero, no hay propiamente una obligación, por ende, la naturaleza del contrato celebrado no sería compraventa.

2. Si bien en materia de compraventa el interés es adquirir en propiedad, en el escenario que el “comprador” conociera que el bien es ajeno, resulta manifiesto que también conoce que la prestación tipificante del negocio (transferencia en propiedad) no depende de su contraparte sino de un tercero, de allí que la norma legal establezca que el contrato celebrado (más allá de su denominación) no sea una compraventa

11. COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL – LEYES 24039 Y 24136. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil: El bien materia de la venta*. En: Diario Oficial El Peruano, separata especial, Lima, Perú, 11 de febrero de 1991, pp. 12 - 13.

12. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2003. pp. 901. Asimismo, con mayor amplitud, BIANCA, Massimo. *El interés*. En: *Ius et Veritas*, Lima, Perú, año V, No. 9, noviembre 1994. pp.111 - 115.

sino uno sometido (por su naturaleza que va más allá de las denominaciones) al régimen de la obligación o el hecho de un tercero, al margen que como consecuencia de la celebración del señalado contrato se haya entregado la posesión, dado que la posesión no entraña propiedad. El interés del "comprador" no radica en adquirir posesión sino propiedad. Pero en materia de arrendamiento el interés del arrendatario no es adquirir propiedad sino uso, posesión.

Conforme a ello, para tratar de explicar los alcances del artículo 1671 del Código Civil partimos de una premisa: que el arrendador no está en posesión del bien, siendo que dicha posesión la mantiene un tercero, por lo que es ajena al arrendador. En dicho sentido, dado que la entrega del bien (y el mantenimiento ulterior en posesión) no depende del arrendador sino de tercera persona, y ello es además conocido por el arrendatario, resulta evidente que no puede asumirse (más allá de lo declarado) que el contrato celebrado sea realmente de arrendamiento sino que se trata de un contrato que radica en la obligación o el hecho de tercero. Y es que resulta imposible sostener que el cumplimiento de las obligaciones de entrega y de mantenimiento en uso del bien durante la vigencia contractual, a favor del arrendatario, dependen del arrendador, por lo que no se está ante un contrato de arrendamiento, sino ante uno de naturaleza diferente.

En cambio, si el arrendatario conociendo de la ajenidad celebra el correspondiente contrato con quien está en posesión del respectivo bien (sea a título, por ejemplo, de comodatario o, inclusive, de poseedor precario), de manera que éste está en aptitud de entregarle dicho bien, satisfaciendo el interés propio del arrendamiento, ¿podría sostenerse que el contrato celebrado no es un arrendamiento?, creemos que en este caso no aplica el artículo 1671 del Código Civil, por lo que el contrato celebrado tiene la naturaleza de un arrendamiento porque el arrendador está en la posibilidad de

cumplir con la prestación consistente en entregar un bien en uso a su contraparte; otro tema es que la obligación de mantenerlo en uso del bien pueda ejecutarse efectivamente en el tiempo (elemento temporal de todo arrendamiento), pero no cabe duda que *inter partes* ello depende de quien se recibió la posesión.

3. ¿Qué ocurre si es que al momento de celebrar el arrendamiento el arrendatario desconoce de la situación de ajenidad? Creo que debemos diferenciar nuevamente si el arrendador está o no en posesión del bien y tener presente cuál es el interés del arrendatario: tomar onerosa y temporalmente un bien en uso. Conforme a ello, si entre la oportunidad de celebración y la de entrega (que se entiende que sería diferida) del bien, se adquiere conocimiento que el bien no es del arrendador, deberíamos admitir, de un lado, que ello no autoriza al arrendatario a rescindir el contrato (dado que esta ineficacia originaria sólo opera en los casos previstos expresamente por la ley, entre los cuales no está el arrendamiento) y, de otro lado, que la información obtenida no afecta que pueda ejecutarse el contrato celebrado, ya que al arrendatario le interesa finalmente el uso (derecho temporal) y no la propiedad (derecho perpetuo), siendo que sólo en el escenario teórico (ya que resulta improbable a nuestro entender que se tome un bien en arrendamiento sin haberlo revisado previamente) que el arrendador no esté en posesión del bien, podría evaluarse si es que el arrendatario asume implícitamente que no se está ante un arrendamiento sino ante un contrato atípico, sujeto a las reglas de la obligación o del hecho de tercero.

Resulta sintomático que, a diferencia, de la compraventa, en materia de donación o de arrendamiento, por ejemplo, el legislador no haya enunciado que el donatario o el arrendatario, de tomar conocimiento sobreviniente de la ajenidad del bien sobre el cual han contratado, están facultados para solicitar la rescisión del respectivo contrato. En

materia de donación postulo que ello obedece a la naturaleza gratuita del contrato, a su unilateralidad prestacional. En materia de arrendamiento, que es finalmente el objeto del presente trabajo, ello se explicaría porque el interés contractual del arrendatario no es adquirir propiedad sino el uso a través de una posesión (inmediata) del bien, más allá de quien sea el propietario.

4. Por último, merece destacarse que el conocimiento de la situación de ajenidad del bien por parte del arrendatario, en el escenario puntual conforme al cual el arrendador ni siquiera esté en posesión del bien y más bien se pretenda que el tercero entregue dicha posesión o celebre el arrendamiento, justifica la norma bajo comentario y la remisión a las normas sobre la obligación o el hecho de tercero, siendo que hay la asunción de un determinado riesgo por el "arrendatario", lo cual justificaba la previsión contenida en el artículo 1514 del Código Civil, conforme se expresa en la Exposición de Motivos Oficial¹³, de manera que si el tercero no accede a entregar la posesión al arrendador o no celebra el arrendamiento, no podría reclamarse indemnización alguna al "arrendador" en la medida que éste haya actuado con la diligencia debida. Otro tema es si resulta posible, ante la frustración en recibir el uso del bien, requerir el pago de una prestación sustituta (conforme se postula en la Exposición de Motivos Oficial¹⁴), aun cuando la misma no hubiese sido pactada al convenirse el "arrendamiento" (de conformidad con lo que el artículo 472 del Código Civil enuncia literalmente: *"Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización"*). Y es que una cosa es pactar un régimen conforme al cual las partes se someten a las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de tercero, y otra que puedan aplicarse sus reglas a un negocio distinto, por analogía. Queda pendiente explorar este tema, porque de

primera lectura no resulta aceptable sostener que la norma bajo comentario permite indemnizar al "arrendatario" lo cual no era posible conforme al antecedente referido del Código Civil de 1936; sospecho que, como en otros casos, se asigna al término "indemnización" significados distintos, siendo que la indemnización no está asociada legislativamente de manera necesaria a un supuesto de inejecución obligacional.

IV. TERCERA NOTA, RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA O DETERIORO DEL BIEN ARRENDADO: ARTÍCULO 1683

"El arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él.

Es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien".

1. Bien sabemos que el arrendatario es un poseedor, a quien se le ha concedido voluntariamente el uso de un bien de manera temporal, de una cosa o bien material para ser específicos; poseedor inmediato en virtud del título representado por el correspondiente contrato, conforme a lo previsto en el artículo 905 del Código Civil. Como poseedor el arrendatario asume un determinado régimen de responsabilidad, cuyos lineamientos básicos pueden resumirse en lo siguiente: se trata de una responsabilidad posesoria que se extiende desde que se recibe el bien hasta que se restituya. Al respecto, se presume que el bien fue recibido por el arrendatario en buen estado y en condiciones adecuadas para su uso (artículo 1679 del Código Civil), por lo que debe restituirse (tema de identidad del bien, por lo que se emplea el término de manera más adecuada que tratándose de

13. BIGJO, Jack. *Op. cit.* pp. 60-61.

14. BIGJO, Jack. *Op. cit.* pp. 63.

una devolución) de igual manera, sin mayor desgaste que el proveniente del uso ordinario (artículo 1681, inciso 10, del Código Civil). Hay de por medio, por consiguiente, ciertas obligaciones de custodia, conservación y restitución a cargo del arrendatario. El tema radica en cómo determinar los alcances de dichas obligaciones para estimar la responsabilidad que pudiese ser exigible en caso que el bien arrendado se pierda o deteriore, con el correlativo perjuicio para el arrendador.

2. De acuerdo al artículo bajo comentario, dado su carácter supletorio, se establece implícitamente una presunción conforme a la cual el arrendatario (por estar precisamente en posesión del bien arrendado) es responsable por la pérdida o deterioro del bien. Estamos ante una responsabilidad civil de carácter contractual y que presupone de ciertos elementos configurativos: antijuridicidad, daño, causalidad y atribución. En ese orden de ideas, al establecerse que *"El arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurren en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él"*, ¿Debe entenderse que se presumen todos los elementos configurativos de la responsabilidad civil o la norma se refiere más bien y de manera exclusiva al factor de atribución?

La antijuridicidad contractual corresponde al incumplimiento prestacional de la obligación asumida, o a su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y de manera extensiva a cualquier inconducta que afecte una situación jurídica a un interés que se encuentre jurídicamente protegido, siendo que ello no es un tema de presunción sino que requiere ser probado por quien exija la responsabilidad comprometida; en ese sentido el artículo 196 del Código Procesal Civil es concluyente, no sólo porque así lo dispone una norma legal sino por elemental sentido común, aunque queda a salvo lo relacionado a la denominada "prueba diabólica" que genera una inversión de

la carga de la prueba respecto al hecho negativo, de manera que si el arrendador imputa, por ejemplo, falta de restitución, resulta imposible que pruebe la falta de entrega, siendo más bien que el arrendatario es quien debe demostrar que sí restituyó (hecho positivo), conforme al régimen legal y contractual aplicable.

El daño tampoco se presume (al menos como gran regla general, siendo que las excepciones son puntuales, sea en materia de cláusula penal o tratándose de intereses moratorios o por causa de mora), por lo que debe probarse por el interesado, esto es, debe demostrar el perjuicio que se desprende por la pérdida o deterioro del bien arrendado, otro tema será su cuantificación, lo cual queda sujeto finalmente al criterio prudencial del juez (artículo 1332 del Código Civil).

La relación de causalidad debe también probarse porque permite sostener que el daño invocado (y probado, porque se indemniza el daño cierto, no el conjetural) se desprende de manera directa e inmediata del comportamiento antijurídico, esto es, carece de sustento legal o contractual.

El tema radica en el factor de atribución o justificación jurídica que permite finalmente imputar responsabilidad y, por consiguiente, que el causante asuma la obligación legal de indemnizar. La ley presume el factor de atribución subjetivo o a título de culpa, de manera específica la culpa leve (artículo 1329 del Código Civil). Podrá cuestionarse el sentido y conveniencia de dicha presunción, estructurada - como bien se ha expresado por algún autor - sobre la base de la voluntad antes que de la causalidad, pero no podemos obviar que existe detrás de dicha presunción toda una historia sobre la orientación *in favor debitoris* de nuestro Código Civil y la predictibilidad de daños.

3. Es a la presunción del factor de atribución subjetivo, como culpa leve, a lo que según entiendo se refiere el artículo 1683 del

Código Civil. Conforme a ello, en caso de generarse pérdida o deterioro del bien arrendado se presume que es imputable, a título de culpa leve, al arrendatario. Corresponderá que el arrendador demuestre la culpa inexcusable o el dolo, con el objeto de incrementar la cobertura indemnizatoria que pueda reclamar, en el sentido que la misma se extiende en dichos casos inclusive a la reparación de los daños no previsibles. La cuestión radica en determinar qué es lo que debe demostrar el arrendatario para quedar libre de responsabilidad. El artículo bajo comentario señala que el arrendatario debe probar la causa no imputable. Por consiguiente, ¿qué significa exactamente "causa no imputable"?

Conforme a una primera lectura, sustentada en la literalidad del artículo 1314¹⁵ del Código Civil, la liberación del deudor es posible a través de la prueba de la "diligencia ordinaria", de manera que si el deudor acredita (para quebrar la presunción relativa de culpa leve) que actuó diligentemente, con el cuidado propio atendiendo al contenido obligacional, no responde por inexistencia de causa imputable. Desde esta perspectiva, la denominada causa no imputable es liberatoria y comprende tanto la prueba de la "diligencia ordinaria" o ausencia de culpa (artículo 1314 del Código Civil) como la prueba del caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1315 del Código Civil), siendo suficiente la diligencia para fines liberatorios. Se trata de una lectura clásica de lo que se entiende por incumplimiento, en donde el aspecto subjetivo de la inejecución, asociado a la exigencia de diligencia (o conducta "lícita"), tiene preponderancia fundamental, ya que se está finalmente bajo el tradicional aforismo que "no hay responsabilidad sin culpa", lectura en que no se estima propiamente

al interés del acreedor, no poniéndose atención que todo acreedor contrata para obtener un "resultado útil" antes que un simple aspecto volitivo en la actuación del deudor. Se trata de una lectura que, por decirlo de alguna manera, se condice con el contenido *in favor debitoris* del Código Civil. No obstante, ¿se trata de la lectura más adecuada en función a los intereses comprometidos en la contratación?

Conforme a esta línea interpretativa, que rinde culto a la literalidad, en el caso concreto, el arrendatario no asume responsabilidad si es que demuestra que actuó conforme a la diligencia esperada en quien debe devolver (entregar en vía de restitución) el bien, esto es, los medios (diligencia) son el referente de la responsabilidad.

Por ello, conforme a una segunda lectura, en donde la aplicación del artículo 1314 del Código Civil ya no resulta tan literal sino más bien finalista, la liberación (artículo 1317¹⁶ del Código Civil) sólo es posible demostrando una fractura causal, esto es, una causa ajena al deudor y, en ese sentido, no atribuible, no imputable, lo cual se asocia al caso fortuito y fuerza mayor, aunque bien se hace extensiva al hecho (concluyente) de un tercero o del propio acreedor. Conforme a lo anterior, la denominada causa no imputable, como mecanismo liberatorio se identifica únicamente con la prueba de la imposibilidad, por lo que la prueba de la "diligencia ordinaria" (artículo 1314 del Código Civil) no es liberatoria porque siempre es debida, al corresponder a un deber genérico de conducta de todo deudor, de toda persona que vive en sociedad. Esta segunda lectura responde más que nada a la evolución doctrinaria de lo que se entiende por incumplimiento, en donde

15. "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por las inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

16. "El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación".

el aspecto objetivo (se responde porque se debe simplemente, ya que el acreedor permanece insatisfecho respecto a su crédito, más allá de la conducta volitiva del deudor) tiene preponderancia fundamental, ya que se privilegia el interés del acreedor, por cuanto éste al contratar lo que busca y espera es un "resultado útil". En ese sentido, la prueba de la "diligencia ordinaria" exigida en el artículo 1314 del Código Civil (para quebrar la presunción legal de culpa) debe entenderse como la prueba que si se cumplió la prestación (por lo que no tiene por qué asumirse responsabilidad, ya que se ha ejecutado lo debido), de manera que la única liberación radica en demostrar que no era posible dicho cumplimiento por causa ajena, ya que nadie está finalmente obligado a lo imposible.

Como bien expresa FERNÁNDEZ¹⁷ en nuestro medio, el único límite de la responsabilidad que pudiese ser exigible a un deudor debería radicar en una imposibilidad sobrevinida por causa no imputable, por lo que la "diligencia ordinaria" es simplemente una manifestación más del deber asumido por el deudor de la obligación (por ello, resulta válido cuestionarse sobre si tendría sentido o no liberar al deudor de responsabilidad cuando actúa conforme debe actuar), inherente a su actuación, por lo que sirve para fines del artículo 1314 del Código Civil, releyéndose este último más allá de su literalidad, en la medida que la prueba de la diligencia debe ser la prueba misma del cumplimiento. En consecuencia, el deudor no asume responsabilidad si es que demuestra que sí cumplió, debiendo responder en caso contrario, salvo que acredite causa ajena. Bajo esa perspectiva, *"La diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad, por lo que sólo pueden presentarse dos alternativas: o se ha sido diligente y se ha cumplido la obligación; o no se ha sido*

*diligente y, por ende, no se ha proporcionado la utilidad esperada, debiéndose responder"*¹⁸. El incumplimiento evidencia causa imputable, bajo el régimen de la culpa leve que deriva en una responsabilidad limitada al daño previsible, responsabilidad que puede extenderse a lo imprevisible, en la medida que se admita una actuación gravemente culposa o dolosa.

Conforme a esta línea interpretativa, en el caso concreto, el arrendatario no asume responsabilidad si es que demuestra que, por causa ajena a su control, no pudo devolver (entregar en vía de restitución) el bien, esto es, los medios (diligencia) ya no son el referente de la responsabilidad.

Adscribiéndome a esta segunda lectura legislativa de las dos enunciadas, resulta pertinente profundizar sobre la naturaleza del deber de diligencia que asume un deudor en todo compromiso contractual.

Si la prestación comprometida es material (dar, o hacer que culmina en un dar), la "diligencia ordinaria" significa que el deudor debe realizar todo aquello que esté a su alcance (previsión) para evitar que causas ajenas (caso del artículo 1315 del Código Civil) le impidan el cumplimiento prometido, salvo que dichas causas ajenas lo vencan (la expresión "fuerza mayor" es muy gráfica en ese sentido). Por lo tanto, la liberación por causa no imputable no puede radicar en la observancia de la propia conducta debida, como deber accesorio de diligencia, sino en la existencia y acreditación de la causa ajena al control del deudor y que determina la imposibilidad concreta de cumplimiento. Conforme a ello, la manera que romper la presunción legal de culpa es demostrando la configuración del caso fortuito o fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero o del propio acreedor, y ello a su

17. FERNÁNDEZ, Gastón. Comentarios al artículo 1314 del Código Civil. En: Código Civil Comentado, AA.VV., Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, Perú, 2004, pp. 849-874.

18. FERNÁNDEZ, Gastón. Op. cit. p. 869.

vez se asocia a la demostración de todos y cada uno de los requisitos constitutivos referidos en el artículo 1315 del Código Civil, respecto de los cuales me atrevería a sostener que se aplicarían a toda situación de causa ajena, de manera que hasta podría afirmarse que el hecho determinante de un tercero o del propio acreedor se subsumen de hecho en la categorización del caso fortuito o fuerza mayor.

En cambio si la prestación comprometida es inmaterial (puro hacer o no hacer), la "diligencia ordinaria" significa que el deudor no sólo debe realizar todo aquello que esté a su alcance (previsión) para impedir que causas ajenas le impidan el cumplimiento prometido, salvo que dichas causas ajenas lo vengzan, sino que además debe ser sumamente riguroso en su conducta porque de ella depende finalmente la satisfacción del interés del acreedor, lo cual significa mayor compromiso de colaboración. Por lo tanto, de probarse que hubo una actuación adecuada, regular, propia, diligente, la misma significa que el deudor no puede ser considerado responsable del incumplimiento (o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso); en ese sentido, la liberación por causa no imputable, por "ausencia de culpa", radica en la propia conducta debida (que es el sentido literal del artículo 1314 del Código Civil) y no en la sola existencia de causa ajena.

4. Conforme destaca VISINTINI¹⁹, la noción de lo que debe entenderse por incumplimiento corresponde a una categoría más amplia que la negligencia (esta última equivale a las reglas que se espera que sean cumplidas, o a las técnicas que deben ser empleadas, para la ejecución prestacional), dado que el incumplimiento abarca todas

las posibles infracciones de los deberes contractuales, de manera que debe examinarse el contenido del régimen obligacional en cada caso concreto, siendo que la liberación por causa no imputable constituye siempre el límite de la responsabilidad que pudiese ser exigible. Así, en las obligaciones de medios, "... el deudor promete desarrollar una actividad de conformidad con ciertas reglas, y con miras a un determinado resultado; por lo tanto, el incumplimiento se concreta en el desenvolvimiento de esta actividad de forma inidónea para el logro del resultado, y es el acreedor quien debe apartar la prueba de este comportamiento inexacto y negligente del deudor"²⁰. Si no existe ese compromiso específico, y estamos además ante una ejecución prestacional material, que consiste en un dar, en el caso concreto, en la restitución del bien recibido en su oportunidad, resulta claro que se está ante una obligación de resultados en que la liberación de responsabilidad sólo puede generarse mediante la prueba de la causa ajena, no imputable.

5. Para fines del presente ensayo, resulta manifiesto que si el bien arrendado se pierde o deteriora no puede ejecutarse satisfactoriamente la obligación de restitución del mismo (que radica en un "dar"), de manera que presumiéndose la culpabilidad en ese caso, aquélla sólo es susceptible de quebrarse mediante la prueba de la causa ajena. Hubiese sido deseable que el legislador lo hubiese expresado con suma contundencia, por cuanto en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se expresa lo siguiente:

"El numeral, cuya fuente se halla en el artículo 1518 del Código Civil de 1936, contiene una presunción juris tantum (sic) de culpa del arrendatario en los

19. VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el cumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*. Selección y traducción de textos por Leysser León. ARA Editores, Lima, Perú, 2002, pp. 139 - 161.

20. VISINTINI, Giovanna. *Una lección sobre el incumplimiento de obligaciones*, en *Derecho de las relaciones obligatorias*. Selección y traducción de textos por Leysser León. Juristas Editores E.I.R.L., Lima, Perú, 2007, pp. 414 - 426.

supuestos de pérdida o deterioro del bien materia del contrato de arrendamiento.

*En consecuencia, en tales casos, toca al arrendatario probar, en el proceso que corresponda, la ausencia de culpa para eximirse de la indemnización a que diere lugar la ocurrencia (la prueba puede basarse en la existencia de caso fortuito o fuerza mayor según el artículo 1315 del Código Civil)*²¹ (Lo destacado con negrita corresponde al suscrito).

¿Puede? No, no es un tema discrecional en el cual pueden presentarse pruebas con alcances distintos a lo que hemos denominado la causa ajena. Por la naturaleza del compromiso del arrendatario de devolución del mismo bien que en su momento fue recibido del arrendador en uso temporal (restitución), lo que estimo que debió expresar el legislador es que la prueba "debe" consistir en la acreditación de la causa ajena, del caso fortuito o fuerza mayor, por lo que si ello no se prueba, subsiste la presunción relativa de culpa y la responsabilidad que de ello se desprende.

Resulta imperioso considerar no sólo las reglas de Contratos Parte General, sino también las de Obligaciones, para fines de leer y releer la regulación sobre Contratos Típicos.

V. CUARTA NOTA, EXTINCIÓN DEL SUBARRENDAMIENTO: ARTÍCULO 1694

"A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir al arrendatario la indemnización correspondiente".

1. Parto de una premisa ya enunciada inicialmente. Los alcances de la actual regulación del arrendamiento se explican en razón de lo que fue establecido en el Código Civil de

1936 como de la ulterior Ley del Inquilinato. De acuerdo al artículo 1523 del Código Civil de 1936, el subarrendamiento estaba permitido, salvo que se hubiese prohibido contractualmente, prohibición que además tenía muy poca relevancia porque el artículo 1524 del señalado cuerpo legal permitía, inclusive mediando prohibición, que el conductor (arrendatario) pudiese subarrendar, siempre que el subarrendatario fuese persona solvente. Curiosa la disposición porque la infracción contractual quedaba literalmente condonada, de hecho, por circunstancias contingentes o circunstanciales.

El Código Civil vigente, de manera inversa al régimen anterior, prohíbe en el inciso 9 de su artículo 1681 el subarrendamiento, salvo autorización escrita del arrendador, siendo que la contravención a dicha prohibición está prevista en el inciso 4 del artículo 1697 como causal de resolución contractual (más allá de los cuestionamientos que nos genera la redacción de esta última norma). En ese orden de ideas, la definición de subarrendamiento que proporciona el Código Civil en su artículo 1692 resulta consistente con los artículos anteriormente referidos: *"El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario a favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador"*, porque incorpora la autorización del arrendador (la cual no requiere ser escrita, siendo simplemente una forma recomendada) en la tipificación correspondiente.

Dicha definición no nos resulta aceptable. El subarrendamiento es un tema circunstancial, porque el arrendador es a su vez arrendatario, por ello se puede decir contextualmente que se está ante un subcontrato. El hecho que el arrendador del contrato inicial haya consentido o no el subarrendamiento es un tema de

21. BIGLIO, Jack. Op. cit. p. 99.

responsabilidades contractuales. Lo que bien puede regularse es que este subcontrato no debería tener mayor duración que el arrendamiento inicial (orientación del artículo 1694 del Código Civil bajo comentario), aunque en rigor no es una consecuencia necesaria si es que empleamos figuras como la "continuación del arrendamiento" regulada en el artículo 1700 del Código Civil, en donde puede ser que el contrato inicial haya finalizado por cualesquiera razones pero sin que el arrendador requiera al arrendatario (arrendador en el marco del subarrendamiento) la restitución del bien, caso en el cual ante la permanencia posesoria del arrendatario (por más que se derive de un contrato ya extinguido) podría asumirse que se no se afecta la duración del subarrendamiento.

Pero más allá del cuestionamiento a la definición de subarrendamiento, lo cierto es que bien puede considerarse la existencia de un subarrendamiento en sentido estricto, jurídico (legislativo, en rigor), y uno en sentido amplio, fáctico. El subarrendamiento estricto (autorizado por el arrendador original según la definición del artículo 1692 del Código Civil) merece protección legal y está sujeto a determinado régimen, el cual resulta *in favor creditoris*, no sólo por la solidaridad establecida en beneficio del arrendador (artículo 1693 del Código Civil), sino también por la disposición legal sobre conclusión bajo comentario, entre otros aspectos. En cambio, el subarrendamiento amplio, lato (que no ha sido autorizado por el arrendador original), está desprotegido, representado una situación que corresponde a una contravención a la correspondiente norma legal supletoria (o pactada expresamente, aunque de manera innecesaria) y generando mérito suficiente para que se pueda resolver el contrato de arrendamiento.

2. Sobre la base de lo señalado precedentemente, surgen algunos temas a considerar, entre ellos:

Uno. Siendo que el subarrendador es arrendatario en el marco de otra relación jurídica, pero admitiendo que el subarrendamiento es un arrendamiento en sí mismo, debe aceptarse que no resulta necesario que el arrendador sea el propietario del bien arrendado, conforme ya hemos tratado anteriormente. Lo normal (y deseable para evitar contingencias) es que el arrendador sea el propietario, pero también puede arrendar, por ejemplo, un depositario (más allá que esté vulnerando el régimen contractual pactado) o inclusive un precario, porque el arrendador es finalmente quien está o puede estar en posesión del bien (para fines de honrar el compromiso de entrega), situación fáctica por excelencia, comprometiéndose a ceder dicha posesión, uso del bien, al arrendatario.

Expresado en otros términos, si el bien arrendado no es de propiedad del arrendador, se generan diversas contingencias para el arrendatario, conforme lo reconocía el artículo 1524 del derogado Código Civil de 1936, en el sentido que "*En caso de haber sabido el arrendatario que era ajena la cosa arrendada, no tendrá derecho a ninguna indemnización por falta de entrega, ni por privación de ella*", esto es, en función de la relatividad contractual no podrá ser oponible el arrendamiento al propietario, salvo que estemos excepcionalmente en materia mobiliaria y en una circunstancia semejante a la transferencia *a non domino* a la que se contrae el artículo 948 del Código Civil, en que se privilegia la protección de la apariencia; asunción de riesgos derivados de la publicidad posesoria y presunción de buena fe subjetiva. En consecuencia, más allá que se conozca o no se conozca que el bien arrendado es ajeno, lo cierto es que como regla general el contrato no será oponible, en mayor medida si es que el arrendatario conocía de la ajenidad, o debió conocer por un elemental criterio de diligencia, situación toda ella que evidencia que el bien arrendado no requiere ser de propiedad del arrendador.

Dos. Me resulta extraño que, en función al principio de relatividad contractual, y siendo que el arrendamiento (lo cual incluye a su modalidad de "subarrendamiento") es un contrato principal (y, por consiguiente, que carece de naturaleza accesoria, dado que su existencia no está subordinada a otra relación jurídica), se postule legislativamente que la extinción del arrendamiento conlleva la extinción (automática) del subarrendamiento, por más que el arrendador haya consentido a este último. Se parte de una premisa para fines de lo enunciado en la norma: Que se está ante un subarrendamiento consentido por el arrendador de quien es subarrendador (y con ello me refiero a este subarrendamiento en sentido estricto ya mencionado), y que dicho consentimiento es de conocimiento del subarrendatario, de manera que éste sabe muy bien la contingencia temporal que se desprende de tomar un bien en arrendamiento que, a su vez, ha sido arrendado a su arrendador. No olvidemos que, según la definición contenida en el artículo 1692 del Código Civil, la figura jurídica (no fáctico-negocial) del subarrendamiento se identifica con el asentimiento del arrendador, es a este subarrendamiento al cual se refiere el artículo 1694 del Código Civil. Por consiguiente, ¿qué ocurre tratándose de un subarrendamiento no consentido una vez que el contrato de arrendamiento se extingue? Siendo dos relaciones jurídicas distintas, no debería asumirse que se genera el efecto de extinción automática bajo comentario, lo cual no significa que deba respetarse (por el propietario que no autorizó la celebración del subarrendamiento) el plazo que hubiese sido pactado en el subarrendamiento; por el contrario, el subarrendatario es y será para el arrendador originario (de tomar conocimiento sobreviniente de esta situación) un precario, alguien que posee el bien sin autorización y que no le puede oponer ningún pretendido derecho contractual.

Tres. ¿Qué indemnización puede ser exigida? Tratándose del subarrendamiento regulado por el Código Civil, en donde ha

mediado consentimiento del arrendador, y sobre la base que ello es conocido por el subarrendatario, ¿podría solicitarse una indemnización cuando se ha generado una asunción voluntaria de riesgo por parte del subarrendatario, quien conoce que su arrendador es en realidad un subarrendador?, ¿cuándo la ley dispone que la extinción del arrendamiento implica la del subarrendamiento? La posibilidad de reclamar una indemnización se sustentaría en que la duración del subarrendamiento es por mayor plazo que el arrendamiento, siendo que la extinción de éste afecta a aquél. Sin embargo, conociéndose inexcusablemente de la norma legal y del carácter subcontractual de lo convenido, ¿a título de qué se reclamaría una indemnización? Distinto es el caso del subarrendamiento fáctico, en el cual se ignora que se está ante un subcontrato (protección de la apariencia, en lo que corresponda, desde luego en función a la publicidad registral), y en el cual el propietario exige la devolución del bien al tercero ocupante (al cual hemos conceptualizado anteriormente como un precario tratándose del arrendador originario) bajo título de "subarrendatario", en dicho caso resulta manifiesto que sí podría reclamarse una indemnización al subarrendador por cuanto no habría cumplido con su obligación de mantener en uso del bien por el plazo (determinado o determinable) pactado. Dicho reclamo no podría oponerse al arrendador original porque éste actúa en ejercicio regular de su derecho. En esta materia, no puede olvidarse que el daño indemnizable requiere de la actuación concluyente de otra persona; por lo tanto, si el daño se explica por una voluntaria o consciente asunción de riesgo, o por inobservancia del principio de mitigación, dicho daño no es uno indemnizable.

3. Por último, se deja constancia que el Código Civil en el artículo bajo comentario se refiere a un caso de extinción, de terminación del arrendamiento (más allá que estemos ante un subarrendamiento) y no a una resolución, porque este remedio contrac-

tual sólo resulta procedente aplicarse en tres situaciones puntuales: imposibilidad sobreviniente, dificultad extrema e incumplimiento grave. En el caso del artículo bajo comentario, se está ante un tema netamente temporal. Desde la perspectiva del subarrendamiento consentido (que es propiamente el regulado por el Código Civil), por más que este último sea por plazo mayor al arrendamiento, dicho contrato termina, fenece cuando por cualesquiera razones cese de surtir efectos el arrendamiento celebrado originalmente, sea por resolución o terminación, dado que se conocía desde un inicio de la existencia de la relación jurídica primigenia; sería absurdo, bajo el esquema del subarrendamiento regulado, que se pretenda que el subarrendamiento tenga una duración superior al arrendamiento, por más que se trate de dos relaciones jurídicas distintas. En otras palabras, en el marco del subarrendamiento consentido, el subarrendatario carece del derecho a formular reclamos al arrendador originario como consecuencia de la extinción del subarrendamiento. Por relatividad contractual, cualquier reclamo (de admitirse que ello sea procedente) sería entre subarrendador y subarrendatario. Y tratándose del subarrendamiento no consentido, fáctico, asumo que, más allá de la duración del arrendamiento celebrado en un inicio, el arrendador puede poner término a la situación posesoria que se ha generado (en contravención con la regla conforme a la cual para subarrendar se requiere de la autorización del arrendador), en cualquier momento, ya que el subarrendatario es finalmente un precario para él, salvo que se interprete que ha aceptado contextualmente el subarrendamiento, sin perjuicio desde luego de las acciones que correspondan por parte del subarrendatario fáctico contra el subarrendador fáctico.

VI. QUINTA NOTA, RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: ARTÍCULO 1697

*"El contrato de arrendamiento puede resolverse:
(...)"*

5. Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones*:

1. ¿Puede resolverse un contrato por cualquier situación de incumplimiento respecto de las obligaciones que correspondan a las partes?

De acuerdo al Código Civil, pareciera que el contrato de arrendamiento, en particular, se puede resolver por cualquier incumplimiento, sea relevante o no, esto es, sea significativo para el interés de la parte que invoca este remedio contractual o no.

Si contrastamos este artículo con el signado como 1620 del Código Civil, más allá que por elemental contenido regulan negocios distintos, podemos advertir que hay buena diferencia de enfoque respecto a la procedencia de la resolución por incumplimiento. Tratándose de la norma bajo comentario, para generar la ineficacia contractual resulta suficiente el incumplimiento de cualquier obligación. En materia de suministro, en cambio, el incumplimiento debe ser de tal trascendencia que afecte razonablemente el interés de la contraparte, perdiendo confianza en la exactitud de los futuros cumplimientos. Este requisito de relevancia o trascendencia tiene especial significado tratándose de la resolución contractual por incumplimiento obligacional.

En materia de arrendamiento, el arrendador no sólo se obliga a entregar el bien al arrendatario para que lo use, sino además a mantenerlo en dicho uso, razón por la cual existe todo un régimen relacionado a las reparaciones necesarias que sean pertinentes ejecutar, así como a las innovaciones y mejoras. Por exponerlo en términos simples, las obligaciones del arrendador son precisas y puntuales, y ello se desprende de los artículos 1677 y 1680 del Código Civil. En cambio, en el caso del arrendatario existe un amplísimo conjunto de obligaciones que asume y que el Código Civil las enuncia de manera general en su artículo 1681 como "obligaciones principales", dan-

do a entender que habrían obligaciones que carecerían de carácter fundamental. Puede cuestionarse la relación enunciativa de "obligaciones principales" contenida en el señalado artículo 1681 por cuanto, por ejemplo, se enuncia como obligación principal a una actuación que ni siquiera es propiamente una obligación, dado que se trata simplemente de la manifestación de un "deber de colaboración" del acreedor (arrendatario), situación que corresponde a la prevista en el inciso 1, en el extremo que dispone que el arrendatario está obligado a recibir el bien, cuando la única obligación es la de entrega, deuda a cargo del arrendador, pero más de ello, lo que nos interesa es destacar lo establecido en el último inciso en cuanto se refiere a que también son "obligaciones principales" las *"demás obligaciones que establezca la ley o el contrato"*.

Y este tema nos lleva, en primer lugar, al de las denominadas obligaciones nucleares, principales o sustantivas, que son finalmente las que se relacionan directamente a la misma tipicidad del contrato. Conforme a ello, estimamos que resulta obvio que las obligaciones principales que asume un arrendador son dos: entregar el bien y mantener en uso del mismo al arrendatario; y en el caso del arrendatario, pagar la renta, como contraprestación por el uso, y emplear el bien conforme a los términos y condiciones convenidos, devolviéndolo satisfactoriamente en la oportunidad que corresponda. Todas las demás obligaciones que existen ciertamente, sea porque así han sido convenidas o por aplicación supletoria de la ley, al no asociarse a lo tipificante, carecen del atributo de obligación principal, aunque ello no significa que no representen obligaciones que permiten satisfacer el interés de la contraparte. En todo caso, bajo el régimen de autonomía privada, son las partes las llamadas a definir si tal o cual obligación es fundamental o no.

De otro lado, y en segundo lugar, ingresamos a analizar cuáles son las obligaciones

cuyo incumplimiento es susceptible de generar una resolución contractual, considerando entre otros aspectos que está admitido que para fines de la resolución el incumplimiento incurrido debe ser relevante o grave.

Sobre la base que un contrato es un vehículo de cooperación para fines del intercambio económico, deberíamos también admitir que la posibilidad de afectar su subsistencia se justifica en la medida que se haya afectado de manera significativa el interés de la parte que invoca el remedio contractual de la resolución no sólo para poner fin a una situación que lo afecta sino para evitar que se le reclame la ejecución debida a su cargo.

2. En otras palabras, frente a situaciones que se pueden generar ciertamente pero que corresponden a incumplimientos de obligaciones que no son tipificantes o que, en general, son de escasa importancia, cabe cuestionarse si resulta legítimo invocar una resolución. Se parte de la premisa que, en materia de incumplimiento obligacional, la resolución siempre es discrecional, ya que está sujeta a lo que exprese el interesado, la parte agraviada por el incumplimiento, esto es, si le interesa o no mantener el vínculo contractual, siendo más bien que lo que proponemos evaluar es cuándo se está finalmente ante un ejercicio regular de un derecho (potestativo, en el presente caso), o cuándo se incurre en una situación de abuso.

Por ello, cuando la norma bajo comentario enuncia, de manera general, que un contrato de arrendamiento es susceptible de resolverse por el incumplimiento de cualquier obligación, sea prevista expresamente en el respectivo contrato o incorporada supletoriamente en aplicación de la ley, cabe preguntarse si ello resulta lo más apropiado o no, desde la perspectiva del Derecho de Contratos que demanda que el incumplimiento justificante de la resolución sea significativo, relevante, asociado a una de las obligaciones principales o tipificantes.

Si bien sabemos que el Código Civil no es un manual universitario, por lo que su lectura demanda de cierta preparación, de manera que muchas de sus disposiciones no se pueden aplicar de manera literal, ello no significa que desde el punto de vista de técnica legislativa no puedan expresarse reparos a los alcances de sus disposiciones, ya que muchas veces pueden confundir y generar expectativas que termina siendo no amparadas jurisdiccionalmente.

- Ahora bien, asociado a lo enunciado precedentemente podemos destacar el tema de los procedimientos resolutorios, dado que el artículo bajo comentario regula las causales de resolución, confundiéndola con la legitimidad, cuando ésta en realidad presupone no sólo "parte fiel" sino además "incumplimiento grave". Los procedimientos son las maneras, mecanismos o medios para ejercer el derecho potestativo resolutorio. Dichos procedimientos son tres conforme a nuestro Código Civil: resolución derivada de una cláusula resolutoria expresa, resolución por intimación y, por último, resolución jurisdiccional (término empleado adrede para incorporar lo arbitral al lado de lo judicial). De dichos procedimientos nos interesa en particular el primero de ellos porque engloba, de cierta manera, legitimidad y procedimiento. En efecto, el artículo 1430 del Código Civil dispone que tratándose de la cláusula resolutoria, de un lado, debe estar expresada de manera precisa la causal acordada para su ejercicio, la cual deriva en una resolución contractual de pleno derecho y, de otro lado, que dicha resolución opera por el simple hecho de la comunicación derivada de su invocación.

Son las partes las que definen el contenido contractual y, por consiguiente, el de la cláusula resolutoria expresa. En dicha virtud, las partes pueden soberanamente identificar como incumplimiento relevante, grave, aquello que, en otras circunstancias, no lo sea probablemente. No debemos olvidar que, en materia de contratación, las normas del Código Civil operan suple-

toriamente, ante las "lagunas contractuales", siendo que el reglamento contractual es definido en primer lugar por la voluntad expresa de las partes, sin mayores limitantes que no sean el Orden Público, las Buenas Costumbres y las normas imperativas.

- En síntesis, postular una lectura literal del Código Civil, en el sentido que el arrendamiento puede resolverse por cualquier incumplimiento no es necesariamente lo más adecuado. La resolución por incumplimiento, en el contexto de un contrato sinálgmático presupone una legitimidad que se sustenta en que el acreedor sea "parte fiel" y que el incumplimiento incurrido por el deudor sea relevante, significativo, que justifique una calificación en el sentido que se ha afectado al interés del acreedor y, por consiguiente, que opta por la resolución como remedio en situaciones graves, sean objetivas (por la naturaleza de las cosas, por ejemplo, el arrendador no cumple con entregar el bien, o el arrendatario no paga la renta convenida) o subjetivas (en función a las causales que han sido acordadas soberanamente por las propias partes).

VII. SEXTA NOTA, CONTINUACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: ARTÍCULO 1700

"Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento".

- Este artículo merece diversos comentarios.

En primer lugar, trascendiendo a la literalidad, es una norma cuya aplicación no está limitada a la terminación del arrendamiento por vencimiento de plazo (determinado), sino que igual se aplica tratándose de la terminación del contrato a plazo indeterminado (artículo 1365 del Código Civil), o al contrato que deviene en ineficaz bajo cualquier título, como podría ser el de reso-

lución (por incumplimiento), y es que más allá de la razón que lo explique, estamos ante una norma que debe aplicarse ante cualquier supuesto de terminación o extinción contractual. Conforme a lo anterior, si bien por el mérito de la resolución contractual deben restituirse las prestaciones (con la eficacia prevista en el artículo 1372 del Código Civil, dado que estamos ante un contrato de tracto sucesivo), si quien fue el arrendatario no cumple con la correspondiente restitución, debería entenderse que hasta la oportunidad que se solicite la misma, por quien fue el arrendador, el contrato continúa, de la misma manera como si el contrato hubiese fenecido por vencimiento del plazo determinado o como si se le hubiera puesto término por tratarse de un acuerdo a plazo indeterminado.

2. En segundo lugar, no puede confundirse este régimen de la "continuación" con el de la "reconducción"²²; no se está ante la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento o ante la renovación del arrendamiento fenecido, estamos ante una norma que pretende regular la situación posesoria que se genera irregularmente cuando el arrendamiento se extingue, esto es, cuando quien fue arrendatario no cumple con su obligación de restituir inmediatamente el bien (artículo 1681, inciso 10, del Código Civil). Dicha situación posesoria corresponde finalmente a la diferencia entre lo que se denomina, desde la perspectiva del Derecho de Obligaciones, demora y mora. Me explico.

Extinguido el arrendamiento, por cualquier razón, se genera la obligación legal de quien fue arrendatario de restituir el bien arrendado. Dicha obligación debe cumplirse de manera inmediata (considerando al artículo 1240 del Código Civil, en

lo que corresponda), pero bien sabemos que ello no es necesariamente así en los hechos. Conforme a lo anterior, por más que la restitución sea exigible de manera inmediata, la circunstancia que quien fuera arrendador (acreedor de la restitución) no exija su cumplimiento efectivo conlleva a la generación de un plazo de gracia, esto es, un mayor plazo para proceder al referido cumplimiento, atendiéndose que el acreedor implícitamente manifiesta con su conducta (omisiva) que la demora no le causa perjuicio o daño. Es a esto a lo que se refiere la "continuación" del arrendamiento. Quien fuese arrendatario, sigue usando el bien que fuese arrendado.

En otras palabras la demora obligacional corresponde a esta "continuación" contractual, conforme a la cual el acreedor de la restitución tolera de hecho, esto es, otorga implícitamente un mayor plazo para que se proceda a la restitución del bien que fue arrendado.

Como consecuencia de esta "continuación", como quien fuese arrendatario sigue en uso (consentido) del bien, debe pagar por dicho uso (para evitar enriquecimiento indebido) de la misma manera como hubiese pagado de haber permanecido vigente el contrato, por lo que resulta exigible el importe de la renta que fue pactado en su oportunidad. Sin embargo debe tenerse presente que este pago de la renta, o la existencia de esta tolerancia o concesión graciosa de un plazo, significa o puede significar una renovación, dado que la propia norma bajo comentario cuida expresamente de señalarlo: "... no se entiende que hay renovación tácita...".

Cosa distinta ocurre cuando el acreedor de la restitución, quien fue el arrendador, exige el cumplimiento de la obligación legal de

22. Sobre el particular, más allá de la posición adoptada por el autor sobre los alcances de la "continuación", se justifica ampliamente revisar las críticas que generó el régimen de la reconducción contenidas en el artículo "El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento" de FALLA, Alejandro. En: Themis 14 - Segunda Época. Lima, Perú, 1989. pp. 285-288.

restitución. En ese caso ya no puede categorizarse que ha mediado una prórroga tácita del plazo para el pago, una demora, sino que se configura la mora (artículo 1333 del Código Civil²³), quedando con ello denunciado que la situación de incumplimiento material es ciertamente un incumplimiento jurídico y, por consiguiente, que el acreedor de la restitución queda legitimado para reclamar daños y perjuicios por la falta de cumplimiento oportuno. Otro tema será analizar si, produciéndose finalmente la devolución del bien, dicha indemnización se limita o no a la posibilidad de reclamar intereses moratorios o por causa de mora.

3. Conforme a lo anterior, el artículo 1704 del Código Civil²⁴ mantiene plena concordancia con el artículo 1700 bajo comentario, siendo que más allá de lo que entendemos que es una deficiencia formal (agotar el tema a un supuesto de vencimiento de plazo o a la terminación del plazo indeterminado, ignorando cualesquiera otras situaciones de decaimiento del vínculo contractual), lo cierto es que regula la situación que se genera cuando quien fue arrendador exige la restitución del bien, poniendo fin a la situación de demora y generando la de mora obligacional, encontrándonos en el supuesto que la penalidad o indemnización que pudiese ser exigible no sólo debería comprender el valor del uso del bien (que estaba cubierto por la renta) sino la compensación por los daños y perjuicios generados.
4. Por último, cabe cuestionarse sobre si el artículo bajo comentario es privativo o no del contrato de arrendamiento. Ya en otro trabajo he tenido la oportunidad de pronunciarme sobre el particular²⁵. De-

bemos tener presente que en el ámbito del Derecho Privado está permitido todo aquello que no está impedido, en dicho sentido en la medida que no se oponga a su naturaleza, al pacto o a la ley, los términos y condiciones aplicable a un determinado contrato bien pueden aplicarse a otro; así, por ejemplo, si bien el pacto de preferencia está regulado en materia de suministro, ello no significa que no pueda pactarse en materia de arrendamiento. De la misma manera, la regla bajo comentario sobre la continuación del contrato (que es, en el fondo, un tema posesorio, al margen de su onerosidad o gratuidad) resulta aplicable al contrato de comodato, ya que estamos finalmente ante contratos relacionados a la entrega de bienes, para su uso, con cargo a su restitución. En todo caso habrá que compatibilizar la aplicación de los conceptos tratados con la pretendida mayor responsabilidad posesoria que le correspondería al comodatario, tema que desborda el objeto del presente ensayo.

VIII. SÉTIMA NOTA, ENAJENACIÓN DEL BIEN ARRENDADO: ARTÍCULO 1708

“En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:

1. *Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.*
2. *Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.*

23. “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”.

24. “Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento”.

25. Ver: *Ius et Praxis* 36 - 37. Lima, Perú, 2006. pp. 46-48.

3. *Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.*
1. He destacado que en materia de arrendamiento el arrendador asume dos obligaciones esenciales: entregar el bien en uso al arrendatario y, además, mantenerlo en dicho uso, siendo que esta última trasciende, se extiende en el tiempo, dada la naturaleza temporal del contrato conforme a su tipificación misma.

Bajo lo que podría denominarse un esquema normal de contratación, sobre la base que el arrendador es el propietario del bien cedido en uso, resulta evidente que de acordarse la transferencia del correspondiente bien, el arrendador se expone a una contingencia, en el sentido que se le podrá reclamar responsabilidad contractual (sujeta al principio de relatividad) en caso no garantice en el tiempo el uso del bien por el arrendatario. Estamos bajo la premisa que el arrendamiento es a plazo determinado, porque de lo contrario el contrato puede ser terminado mediante un preaviso de treinta (30) días mínimos.

Y es que en el escenario de enajenación del bien arrendado, el legislador se ha colocado en el supuesto que al adquirente le corresponde la plenitud de los atributos inherentes a la propiedad, por lo que puede poner término al arrendamiento (que representa un contrato del cual no es parte) y solicitar la restitución del bien frente al ocupante, quien fuese arrendatario. En otras palabras se prioriza el derecho del adquirente (por ejemplo, comprador) respecto del arrendatario. Y dicha prioridad no es arbitraria sino que posee un sustento: el derecho real tiene prevalencia sobre el derecho personal, lo cual ya implica que, al margen que estemos de acuerdo o no, el legislador ha tomado un determinado partido conceptual: el arren-

damiento (por más que exista entrega del bien, traslado posesorio del arrendador a arrendatario) no es un derecho real²⁶.

Sobre el particular, interesa destacar que la distinción entre derechos reales y personales reposa esencialmente en su naturaleza, en el sentido sobre si el derecho es autónomo (autosuficiente) o no, esto es, si demanda o no de cooperación ajena para satisfacer el interés de su titular, lo cual se identifica con su eficacia, sea absoluta (*erga omnes*) o relativa (*inter partes*). Si el arrendatario, por más que sea poseedor (inmediato) fuese titular efectivamente de un derecho real tendríamos que asentir que no requiere del concurso del arrendador para ejercer y/o mantener dicha posesión; empero, no podemos soslayar que el arrendatario es un poseedor, limitado, pero poseedor, correspondiendo cuestionarse si dicha posesión es directa e inmediata.

Se está ante una situación en la que probablemente no podamos categorizar las relaciones jurídico-patrimoniales en blanco y negro, aceptando que hay una zona gris, la que se denomina como "mixta" o propia de los derechos personales de goce, ya que presentan caracteres tanto de los derechos personales como reales, introduciéndose la diferencia entre eficacia absoluta del derecho y oponibilidad del negocio. Sobre el particular, autorizada doctrina destaca:

"Más serio es, por cierto, el problema relativo a la naturaleza de tales derechos, que alguna doctrina ha identificado llegando a ver en ellos -según la opinión que hoy parece preferible- situaciones esencialmente distintas a los derechos reales, en cuanto se articulan en dos fases distintas: una primera, caracterizada por una pretensión crediticia que el derecho-habiente del goce (por ejemplo, el arrendador²⁷) tie-

26. BIGO, Jack. *Op. cit.*, pp. 40-44.

27. Por razones obvias, el crédito para reclamar la entrega del bien no es del arrendador, sino del arrendatario. Hay un problema en la traducción española del texto citado.

ne frente a quien se lo concedió, obligado por efecto el contrato (arrendamiento) y la entrega de la cosa objeto del derecho, y una segunda—que sigue al cumplimiento de la obligación—de un derecho, que tiene por contenido una facultad de goce, que se ejerce inmediatamente sobre el bien, o sea independientemente del concurso del otro sujeto (el concedente) específicamente obligado a ello. La diferencia entre los derechos reales y los derechos personales de goce consistiría, por tanto, en que, mientras que el nacimiento de los primeros y la consiguiente posibilidad de utilización de la res no demandarían la cooperación indispensable ajena, en los segundos, el goce inmediato de la cosa se obtendría por intermedio de la actividad necesitada de otro sujeto, de modo que no se realizaría sino al producirse dicho presupuesto”²⁸.

Retomando lo ya manifestado, si el arrendador enajena el bien arrendado se expone a una contingencia, ya que de no garantizar en el tiempo que el arrendatario prosiga en el uso del bien, asumirá responsabilidad frente a este último por incumplimiento de contrato, responsabilidad de especial significado por cuanto provendría de una situación dolosa. Conforme a ello, le interesará al arrendador generar u otorgar la referida garantía, de manera que el arrendamiento no se vea afectado por la enajenación.

Por ello, es que el artículo bajo comentario establece que el arrendamiento deberá ser respetado por el adquirente: si estuviere inscrito (lo cual implica que es oponible frente a determinado tercero: el adquirente) o si se hubiese mediado el compromiso de respetarlo. Caso contrario, el adquirente podrá (derecho potestativo) darlo por finalizado, ya que el Código Civil prioriza

el derecho real frente al personal (lo que incluye al derecho personal de goce).

2. En función a lo señalado, el artículo 1708 del Código Civil puede ser analizado de manera desagregada en diversos aspectos, de los cuales interesa destacar en particular dos de ellos.

El primero de ellos es lo relacionado al arrendamiento inscrito. Y el segundo se refiere a los efectos que se desprenden de un arrendamiento inscrito o del compromiso de respetar el arrendamiento no inscrito.

3. En lo que se refiere al arrendamiento inscrito debemos partir de la premisa que, salvo indicación normativa distinta, los títulos (negocios) inscribibles deben corresponder a instrumentos públicos, escrituras públicas en particular, más allá que dichos documentos sean solemnes o no.

Dicho de otro modo, salvo que la ley establezca cosa distinta, para inscribir un arrendamiento se requiere que el mismo conste en escritura pública. Conforme a ello, si es que las partes hubiesen convenido de manera expresa o tácita dicha forma, no hay problema alguno en aplicar el artículo 1412²⁹ del Código Civil para obtenerla judicialmente, en rebeldía, de ser el caso. La cuestión radica en determinar si el arrendatario puede legítimamente exigir la suscripción de una escritura pública cuando no media pacto alguno sobre ello o, dicho modo, si bajo dichas circunstancias podría ser otorgada judicialmente, en rebeldía del arrendador.

¿Por qué razones podría un arrendatario demandar el otorgamiento de una escritura pública, en particular para inscribir registralmente el correspondiente contrato?

28. BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELL, Francesco. *Op. Cit.* p. 414.

29. "Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenido por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden complerse recíprocamente a finar la formalidad requerida. (...)"

Debemos tener presente que el interés del arrendatario radica en recibir el bien, tomarlo en uso y mantenerse en dicho uso durante la vigencia del respectivo contrato; conforme a ello, ante la eventualidad de una enajenación del bien, al arrendatario no le interesa reclamar una indemnización sino mantener el uso adquirido, oponiéndolo a quien haya que oponerlo, y la mejor manera es, conforme al inciso 1 de la norma legal bajo comentario, inscribiendo su derecho. ¿Se trata de la inscripción del derecho, directo e inmediato, o de la inscripción del contrato del cual se desprende? Lo que puede ser un aparente juego de palabras, no es necesariamente tal. Pero también puede ser que al arrendatario le interese obtener la inscripción para fines de los artículos 1670 (concurso de acreedores) o 2022 (publicidad registral) del Código Civil.

La exigencia de escritura pública tratándose de un contrato consensual³⁰ sólo procede, conforme al primer párrafo del artículo 1412 del Código Civil, cuando se ha asumido voluntariamente dicha obligación o porque así está dispuesto legalmente. Se parte de la premisa que el contrato ya se ha generado válidamente y que se encuentra pendiente el otorgamiento de una forma probatoria, querida por ambas partes, porque sólo de dicha manera, ante una negativa injustificada, la contraparte puede exigir legítimamente el cumplimiento del compromiso asumido en su oportunidad, dado que el demandante sería titular de un crédito insatisfecho y exige su cumplimiento

Resulta pertinente destacar que cualquier obligación, sea de fuente voluntaria o legal, implica que el deudor asume un determinado compromiso que le permite satisfacer el interés de su acreedor. Dicho compromiso corresponde a una determinada actividad, positiva o negativa, de dar, hacer o no hacer.

Encontrándonos ante un contrato de arrendamiento, se entiende que la obligación de otorgar la escritura pública (de existir) debe haberse convenido, sea de manera expresa o y tácita, o debe provenir por mandato legal

No habiendo obligación legal de otorgar escritura pública (que pueda ser invocada supletoriamente), al no haberse previsto en el Código Civil a la escritura pública como una forma probatoria de todo contrato de arrendamiento (como sí ocurre en el caso del convenio hipotecario, por ejemplo), la procedencia del otorgamiento en cuestión estaría subordinada a que el contrato contenga un pacto o estipulación que instituya la obligación de otorgar dicho documento.

A mayor abundamiento, debe considerarse que de la propia redacción del artículo en cuestión se desprende que la posibilidad de oponer el arrendamiento (en un supuesto de una eventual enajenación: artículo 1708 del Código Civil) es excepcional y no representa, ciertamente, la regla general, porque de lo contrario el legislador hubiese establecido una forma *ad probationem* (escritura pública) de manera que las partes pudiesen demandarse recíprocamente, inscribiendo mediatamente el contrato y pudiéndolo oponer a terceros, a todos los terceros. El único mecanismo de oponibilidad es, conforme a lo anterior, únicamente la posesión (por la naturaleza misma del contrato, que además es temporal), con todas las limitaciones que de ello se desprenden. La oponibilidad registral no puede provenir de una imposición sino de la común voluntad.

Por último, debe destacarse que al no haberse representado el legislador que de todo arrendamiento se desprenda la obligación de otorgar escritura pública, menos inscribirse, admitir lo contrario no sólo sería

30. En materia de arrendamiento, no hay indicación legal alguna de forma, ni para su celebración válida (forma *ad solemnitatem*) ni para su eficacia (forma *ad probationem*); se está ante un contrato consensual absoluto en el cual el consentimiento puede ser expresado, declarado, de cualquier manera, inclusive tácitamente.

alterar la naturaleza jurídica del arrendamiento (instituyéndolo de hecho en un derecho real, por más que conforme a lo ya enunciado ello no fue lo que se representó el legislador), sino que afectaría los términos del intercambio económico respecto de lo cual el Derecho sirve instrumentalmente, y de preferencia de manera eficiente, esto es, evitando o reduciendo costos transaccionales u obstáculos o trabas fácticas o económicas a la contratación. En efecto, la inscripción registral del arrendamiento representa una carga, que si bien no impide la transferencia, la limita sensiblemente (porque se transferiría un bien sobre el cual existe un arrendamiento al cual no se le puede poner término unilateralmente) lo cual se evidenciaría en el precio de venta, que estaría siendo finalmente reducido o castigado. Dicha afectación a la posibilidad de una venta, desde una perspectiva de racionalidad económica al cual debe orientarse el análisis jurídico, implicaría que el arrendador (representándose dicha posibilidad) pudo adoptar las medidas oportunas para evitar el perjuicio, esto es, hubiese arrendado por un mayor valor. Conforme a ello, de aceptarse que el arrendador "debe" otorgar la escritura pública, pese a que ello no está previsto legal ni contractualmente como obligación, ¿podría el arrendador "compensar" el perjuicio, modificando actual y unilateralmente la renta? La respuesta es obvia, no. Por consiguiente, se generaría arbitrariamente un daño, lo cual vulnera todo sentido de justicia y equidad, desincentivándose además de manera indirecta la celebración de contratos o encareciendo dicha contratación.

No encontrándonos en el caso de una compraventa, de un derecho real absoluto y perpetuo como es el de la propiedad, deviene en impertinente aplicar por analogía lo establecido en el artículo 1549 del Código Civil, sobre un pretendido perfeccionamiento del "uso" derivado del arrendamiento, en el sentido de generar un mecanismo formal para hacerlo oponible, en defecto del artículo 1412 del Código Civil.

4. Y en lo referente a los efectos que se desprenden de un arrendamiento inscrito (inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil) o del compromiso de respetar el arrendamiento no inscrito (inciso 2 del mencionado artículo legal), sólo cabe destacar brevemente que se genera una cesión contractual irregular o *ministerio legis*, ya que el adquirente del bien (cesionario) pasa a ocupar la situación jurídica de arrendador que le correspondía al transferente (cedente) frente al arrendatario (cedido), cesión que al diferencia de la regular o convencional no demanda del necesario consentimiento del cedido, ya que se parte de la premisa que juega a su favor la subsistencia del vínculo, lo cual permite garantizar que el contrato se mantendrá por el plazo (determinado) pactado.

Queda entendido que, tratándose de arrendamientos no inscritos (entre otras razones porque el bien puede ser que no esté registrado), el compromiso de respetarlos referido en el inciso 2 de la norma bajo comentario se adopta y adquiere ante la contraparte contractual, no sólo por una cuestión de relatividad, sino porque el interés que se está cautelando es el del arrendador (cedente), quien así enerva cualquier acción de responsabilidad que se pudiera dirigir en su contra en caso de terminación anticipada del arrendamiento.

5. Por último, los alcances singulares del inciso 3 de la norma en cuestión son excepcionales y requieren de ciertas precisiones. No se trata que los dos primeros incisos se refieren a bienes inmuebles, no. El primer inciso se refiere a bienes registrados, muebles o inmuebles. El segundo a muebles e inmuebles, registrados o no, en la medida que se conoce del arrendamiento (por publicidad posesoria, en defecto de registral). Y el tercer inciso se refiere excepcionalmente a bienes muebles (cuya publicidad es esencialmente posesoria) en los que el adquirente recibe la posesión de buena fe (lo cual implica que el arrendador estaba en posesión), esto es, en ignorancia o descono-

cimiento de un acuerdo de arrendamiento previo, por lo que adquiere el bien sin restricciones, salvo que opte por respetar el arrendamiento previo y se genere una desposesión inmediata.

Esta regla guarda coherencia sistemática con la solución dispensada en el artículo 1136 del Código Civil sobre concurso de acreedores, y con la establecida en su artículo 1670, aunque ésta se refiere al concurso de arrendatarios lo cual no aplica propiamente en el presente caso.

IX. NOTA FINAL

Como en otros trabajos, he comentado diversos artículos del Código Civil, esta vez en materia de arrendamiento, compartiendo inquietudes y proponiendo enfoques interpretativos, aunque también evidenciado mis dudas y deficiencias en algunos temas. No habría mayor satisfacción, conforme a lo expresado en la nota introductoria, que dichos enfoques sean un modesto incentivo para desarrollar una confrontación eficaz de ideas que permita esclarecer el sentido de la regulación normativa en materia de arrendamiento y evaluar la necesidad o conveniencia de introducir algunas modificaciones legislativas.

El Código Civil, al igual que cualquier otra ley, más allá de lo que podría denominarse romanticismos académicos, no es una pieza de museo ni un manual o texto universitario; su actual tenor responde ciertamente a una larga tradición jurídica en nuestro medio, con las bondades y problemas que de ello se desprenden, pero no es menos cierto que dicha tradición jurídica no debe sacrificar el concepto que las leyes son esencialmente operativas y contienen reglas a ser interpretadas y aplicadas por los distintos operadores jurídicos, en función de sus propias necesidades y convicciones, conforme lo destaca Fernando de Trazegnies cuando prologó lo que se convertiría en el primer volumen de la colección "Para leer el Código Civil" publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Por ello, sostenemos siempre que *Mensura iuris est utilitas*, destacando que el Derecho es una disciplina instrumental.

La tradición es contradictoriamente renovación, presupone revisión e identificación de aquello que merece ser conservado, sin perder el horizonte de ciertos valores que nos identifican y que estamos interesados en mantener para quienes ocupen finalmente nuestro lugar.