

Directiva N.º 015-2008-CE-PJ, Sistema de Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial (SINOE-PJ).

Resolución Administrativa N.º 000053-2020-P-CE-PJ, de fecha 06 de abril de 2020, «Autorizan a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, en cuyos distritos judiciales funcionan órganos jurisdiccionales tramitando procesos con Expediente Judicial Electrónico (EJE), que dispongan las medidas necesarias para tramitar de forma remota los expedientes que por su naturaleza lo permita durante el periodo de emergencia nacional», publicada en el Diario Oficial El Peruano el Miércoles 22 de abril de 2020.

Resolución Administrativa N.º 000123-2020-CE-PJ, de fecha 24 de abril de 2020, «Autorizan el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada Google Hangouts Meet para las comunicaciones de abogados y litigantes con los jueces y/o administradores de los módulos básicos de justicia y módulos corporativos de las Cortes Superiores de Justicia del país», publicada en el Diario Oficial El Peruano el Jueves 30 de abril de 2020.

Jurisprudencia

Exp. N.º 08123-2005-HC/TC, LIMA. Fundamento jurídico 6. Recuperado el 25 de Abril de 2020, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.pdf>

Exp. N.º 02738-2014-PHC/TC, ICA. Fundamento jurídico 20. Recuperado el 25 de Abril de 2020, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02738-2014-HC.pdf>

Otros

Constitución Política

Código Procesal Civil

Impactos jurídicos de la pandemia y declaratoria de emergencia en los contratos de mutuo dinerario y prestación educativa

Legal impacts of the pandemic and emergency declaration on mutual money and educational benefits contracts

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Autonomía Privada. III. El contrato y sus fases de formación. IV. Principios contractuales vinculados. V. Contrato de mutuo. VI. Contrato de prestación de servicios educativos. VII. Excesiva onerosidad de la prestación. VIII. ¿Es posible la intervención del Estado en la modificación del contenido contractual? IX. Conclusiones. X. Lista de referencias.

Resumen: El autor explica las consecuencias jurídicas que ha generado la declaratoria de emergencia, producto de la pandemia por el virus COVID-19, en el contenido de los contratos de mutuo dinerario y prestación educativa dentro de la etapa de ejecución de las obligaciones. Del mismo modo, analiza las medidas adoptadas por el Estado, en el afán de identificar si éstas son

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios de maestría en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC. Responsable del Estudio Jurídico «IUS & LEX- RUIZ Y COLINA» ABOGADOS, Cajamarca.

útiles de acuerdo a la función social del contrato, dentro de una economía social de mercado, protección de la parte débil contractual, y el respeto a los principios de equidad, solidaridad y buena fe; del mismo modo nos recuerda la existencia de límites a la autonomía privada. Además, nos señala la inoperancia en este escenario de la excesiva onerosidad de la prestación, tal como está regulada en nuestro sistema, y precisa la diferencia entre ésta y la dificultad en el cumplimiento de la prestación, así como la teoría del riesgo, aplicable cuando la prestación es de imposible cumplimiento o susceptible de cumplirse parcialmente. Finalmente, precisa la pertinencia de una solución desde la potestad legislativa del Estado.

Palabras clave: Autonomía privada, función social del contrato, equidad, excesiva onerosidad de la prestación, dificultad en la prestación, cumplimiento parcial.

Abstract: *The author explains the legal consequences that the declaration of emergency has generated, as a result of the pandemic caused by the COVID-19 virus, in the content of the contracts for mutual money and educational provision within the stage of execution of the obligations. In the same way, it analyzes the measures adopted by the State, in order to identify if they are useful according to the social function of the contract, within a social market economy, protection of the weak contractual party, and respect for the principles of equity, solidarity and good faith; in the same way it reminds us of the existence of limits to private autonomy. It also points out the ineffectiveness in this scenario of the excessive onerousness of the provision, as regulated in our system, and specifies the difference between it and the difficulty in complying with the provision, as well as the theory of risk, applicable when the provision is impossible to fulfill or may be partially fulfilled. Finally, it specifies the pertinence of a solution from the legislative power of the State.*

Key words: *Private autonomy, social function of the contract, equity, excessive onerousness of the provision, difficulty in the provision, partial fulfillment.*

I. Introducción

La aparición del nuevo coronavirus (COVID-19 o SARS- COV 2), a fines de 2019 en la China, y en los primeros meses de este 2020 en nuestro país y su propagación como pandemia, representa un fenómeno no ajeno a lo que históricamente, cada cierto tiempo, impacta a la humanidad, atentando contra la vida, salud, economía y a consecuencia inmediata de ello, la imposición de regímenes de excepción (declaratoria de emergencia- D.S. 044-2020, para el caso peruano) que agudizan también las relaciones sociales y jurídicas, siendo éstas las que categorizadas sitúan su estudio bajo la óptica del derecho público:

- a) Derecho Internacional: cierre de fronteras, Organización Mundial de la Salud, etc.
 - b) Derecho constitucional: regímenes de excepción, negativa de control de precios, ponderación de derechos fundamentales, etc.
 - c) Derecho penal: aumento de comportamientos delictivos de desobediencia a la autoridad, delitos contra la salud, delitos contra el honor, etc.
 - d) Derecho administrativo: suspensión de procedimientos y plazos, aplicación de silencio positivo, contrataciones con el Estado, etc.
- En el Derecho social o mixto:
- e) Derecho laboral: suspensión perfecta de labores, inspecciones laborales, imposibilidad de despido por falta de ingresos, continuidad de remuneraciones en el sector público, trabajo remoto, etc.
 - f) Derecho previsional: Retiro parcial de aportes, devolución del veinticinco por ciento de los fondos.

El Derecho privado es el conjunto de instituciones, principios y normas que se encargan de regular las relaciones entre particulares, a través de la autonomía privada, siendo el Estado, un garante del rol socializador y cooperador de dicho vínculo a través de normas dispositivas e imperativas.

Los regímenes de excepción ordenados por los jefes de Estado, han impactado severamente en las relaciones privadas y dentro de éstas, las dotadas de contenido patrimonial, vale decir, los contratos entre particulares. Así, para efectos del presente trabajo, nos ocuparemos de dos contratos típicos cuya afectación es de mayor trascendencia social junto al arrendamiento, estos son: contrato de mutuo dinerario y el de prestación de servicio educativa.

II. Autonomía privada

II.1. Doctrina clásica

Nacida en el siglo XVIII, después de la Revolución Francesa, derivada del art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, orientada en la filosofía de Emmanuel Kant, el hombre es la base de toda construcción, su esencia es la libertad, en la voluntad del hombre está el origen del derecho, la ley, el acto jurídico, el derecho solo se limita a reconocer tal autonomía. «la libertad es un bien, y la ley que la limita es un mal» (De la Puente, 2003, p. 22)

II.2. Doctrina normativista

Nacida en el siglo XIX, según Luigi Ferri, la voluntad del Estado es fuente de derechos subjetivos, los efectos jurídicos se producen por obra del ordenamiento jurídico, por tal razón, la autonomía, no crea un ordenamiento distinto. Por tanto, es el ordenamiento jurídico el que otorga facultad a los sujetos para regular sus intereses, y los efectos que se generen para ser jurídicos deben estar regulados en la ley. Por tanto, el ordenamiento coloca los límites dentro de los cuales se desenvuelve dicha facultad. (De la Puente, 2003, p. 22), esta teoría impulsó la dación del art. 1354 y 1355 del Código Civil peruano⁽¹⁾.

La autonomía privada, no puede ser incólume a un orden superior, las decisiones sin límites solo generan arbitrariedad o abusos de una parte sobre la otra, por tanto, dicha autonomía; se debe entender como una facultad derivada del ordenamiento jurídico para regular las relaciones de los particulares a fin de satisfacer un interés que esté acorde con un fin social. La autonomía privada es el elemento esencial por antonomasia de los actos jurídicos, tanto de los negocios jurídicos como de los actos jurídicos en sentido estricto; sin embargo, en los primeros, la autonomía se manifiesta al momento de su celebración, pues el contenido viene dado por la ley; por el contrario, en los segundos se despliega también en la regulación del contenido.

Por ello, producto de la autonomía privada, en el ámbito contractual, surgen dos clases de libertades: libertad de contratar (elegir con quién se contrata, cuándo hacerlo y si es que se lo hace o no) y la libertad contractual (determina el contenido o las estipulaciones de los contratos).

III. El contrato y sus fases de formación

El contrato es una institución antes que jurídica, social y económica, la necesidad de su existencia sirve para agilizar y viabilizar dentro de un contexto ordenado, el tráfico comercial, el concepto de contrato es diferente a documento, aunque vinculado por fines de probanza; en el plano jurídico, nuestra legislación conceptúa al contrato en el artículo 1351 del Código Civil: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

(1) Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.
Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Los contratos contienen tres fases en su formación: negociación o generación, celebración o perfección y la ejecución o consumación (Diez Picazo, 2016), es claro entender que en las dos primeras, las partes han establecido cuáles serán las obligaciones a realizarse en la fase de la ejecución, y esta es la etapa en la que, debido a la declaratoria de emergencia, surgen algunas controversias, ya que, una de las partes se ve afectada con la falta de generación de ingresos para cumplir con las prestaciones que en un inicio, se obligó; mientras que la otra, en su gran mayoría, desea el cumplimiento tal y conforme fue acordado en la celebración en respeto al principio de *pacta sunt servanda*.

IV. Principios contractuales vinculados

IV.1. Pacta Sunt Servanda

Su significado refiere que el contrato celebrado es ley entre las partes, es decir, que obliga a las partes en sus propios términos, y no puede ser alterado salvo por acuerdo expreso o tácito de las mismas partes; nuestro sistema reconoce a este principio en el art. 62⁽²⁾ de la Constitución Política y en el art. 1361⁽³⁾ del Código Civil.

Este principio, es uno de los principales que rige los contratos, y el cual impide la modificación unilateral y arbitraria de una de ellas, sin embargo, y pensando en la teoría normativista, ¿podrá ser inalterable ante las potestades del Estado auxiliante del equilibrio contractual, por razones orden social, público, ético?, la defensa a ultranza de este principio, acarrea peligro hacia los fines de los contratos.

IV.2. Solidaridad

«El principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía solo resulta predicable de algunos agentes económi-

- (2) Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.
- (3) Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

cos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal». (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-240 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes).

Podemos decir entonces, tal y como la teoría social del contrato en su origen francés, considera al solidarismo como una verdadera guía de lectura, correctiva si fuere el caso, de los contratos. Es un criterio para deducir estándares ideales de conducta de las partes en ciertas situaciones, por ejemplo, al negociar un acuerdo o al ejercer los mecanismos de tutela de sus derechos (L. León, 2020)

El contrato no es un medio de satisfacción del interés de una sola de las partes sino un mecanismo de cooperación social, lo cual no responde a una economía de libre mercado, en la cual, el Estado es inoperante, sino a una economía social de mercado (art. 58⁽⁴⁾ de la Constitución Política del Perú), cuya característica es que el Estado otorga libertad a los particulares para regular sus operaciones económicas, pero que interviene ante afectaciones al interés público.

IV.3. Equidad

Si bien el principio del *pacta sunt servanda*, representa la obligatoriedad e inalterabilidad del contenido de los contratos, salvo la propia disposición modificatoria de ambas partes. Sin embargo, el derecho comparado aconseja que, en todo contrato, hay una cláusula implícita, de origen romano, denominada *rebus sic stantibus*, cuyo significado es «estando así las cosas», y quiere decir que las partes pactan de acuerdo a las condiciones y circunstancias actuales, entonces, si esas circunstancias y condiciones cambian, y además, las partes no pueden cumplir conforme a lo acordado en un inicio (irresistibilidad), el principio del *pacta sunt servanda*, sufrirá una alteración.

IV.4. Buena Fe

Es un principio de origen alemán, tiene naturaleza moral, axiológica y que el Derecho ha acogido en dos dimensiones: subjetiva y objetiva, la primera referida a la confianza en el cumplimiento de uno mismo y de la otra parte, y la segunda, respecto a la lealtad, al comportamiento consecuente, con la otra parte. La buena fe, no solo es un deber a cumplir al momento de la negociación y celebración, sino

(4) Artículo 58. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

también ante los hechos que afecten la ejecución de las prestaciones, tal y conforme lo prescribe el art. 1362⁽⁵⁾ del Código Civil.

Habiendo precisado el contexto social y la necesidad de atender los efectos de la pandemia y declaratoria de emergencia, en los contratos en su etapa ejecutiva, así, ha surgido la preocupación por el pago de deudas por préstamos dinerarios, asumidas ante personas naturales, y ante personas jurídicas que son las entidades financieras.

V. Contrato de mutuo

Art. 1648 «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad».

5.1. Mutuo dinerario

Si bien, la norma citada, refiere bienes consumibles, el bien consumible y fungible más común en este tipo de contratos, es el dinero. El mutuo en nuestra legislación, es un contrato oneroso, ya que exige disminución del patrimonio en ambas partes, pues la regla general es que el mutuuario debe abonar intereses (contraprestación por el uso del dinero), salvo pacto distinto, que lo convertirá en gratuito.

Para realizar la devolución del dinero más la contraprestación por el uso del bien (intereses compensatorios), se requiere que el deudor tenga la posibilidad de pago, de no darse las circunstancias, será sumamente difícil el cumplimiento, o por lo menos se cumplirá de manera parcial, tardía o defectuosa.

Se ha discutido sobre si lo que provoca la dificultad en el pago es la pandemia (caso fortuito) o la declaratoria de emergencia (fuerza mayor) conocida como el hecho del príncipe, en palabras del profesor Yuri Vega (2020): «No es en estricto ni la pandemia, tampoco el decreto presidencial de estado de emergencia (inmovilización), sino ausencia de consumo, pérdida de clientes, contracción de las ventas, disminución de ingresos, pérdida de utilidad». Circunstancias subjetivas de cada contratante, que no forma parte de la prestación en sí misma, ni el contrato de mutuo tiene como condición de pago, los ingresos de la actividad comercial o de la relación laboral del mutuuario.

Por tanto, adelantándonos a la parte conclusiva de este trabajo, señalamos que ningún incumplimiento o disminución en la obligación del mutuuario, tiene

(5) Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

amparo jurídico, puesto que la prestación aún es posible, y el valor de económico de las mismas no se ha vuelto excesivamente costoso, lo que no implica el no poder alterar algunas estipulaciones contractuales en beneficio del equilibrio contractual.

El mutuo financiero es el contrato que, sin desmerecer, el celebrado por personas naturales, ha traído más repercusiones, debido a su gran cantidad de operaciones y existencia de deudores, debido a ello, señalaremos que podemos clasificar este contrato en tres tipos: a) mutuo con garantías, b) mutuo sin garantías, y c) mutuo para financiamiento de negocios (créditos dados por EDPYMES) (Tamaní, 2020); estos contratos normalmente se celebran mediante cláusulas generales de contratación, aprobados por autoridad administrativa (INDECOPI).

5.2. Efectos del incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, del contrato de mutuo financiero

Los efectos jurídicos que acarrea el incumplimiento de pago de la obligación dineraria o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y que aplican las entidades financieras (Tamaní, 2020), son:

- a) Intereses moratorios
- b) Reporte a la Central de Riesgos de la SBS (arts. 158 y 159 de la ley 26702)
- c) Ejecución judicial

Es claro que si bien, no existe la posibilidad de extinguir la obligación o reducir la contraprestación, por los problemas económicos coyunturales, el principio de solidaridad, buena fe, y proscripción del ejercicio abusivo del Derecho, deberían compeler al acreedor a fin de renegociar y encontrar un equilibrio que no lesione más a ambas partes de lo que la situación actual ha ocasionado. Sin embargo, no se debe perder de vista que existe en estos contratos una parte fuerte contractual, que tiene a su favor, no solo el factor económico, sino la libertad de establecer el contenido de los contratos, limitándose la otra, a la aceptación de lo estipulado, además de la asesoría jurídica y profesional continuas que orienten sus actuaciones; por lo que es muy complicado que la renegociación, brinde a ambas partes la satisfacción de sus intereses.

La Superintendencia de Banca y seguros, en el mes de abril de 2020, facultó a las entidades del sistema financiero a que puedan renegociar los contenidos contractuales; entiéndase que no existe obligación a hacerlo, el Código Civil, tampoco exige ello ante la ocurrencia de fenómenos como los que vivimos. No obstante, la aparente renegociación podría tener efectos favorables a una sola de las partes (acreedor), esto es, suspender el pago de la deuda, pero aumentando la tasa de

interés compensatorio, imponiendo intereses moratorios y aumentando la cuota mensual que corresponde al capital.

Hay quienes señalan que podría aplicarse el art. 1316 del Código Civil⁽⁶⁾, referente al incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones de dar, sin culpa de las partes, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo, señalaremos que esta disposición no es aplicable, puesto que, como señalamos anteriormente, la obligación de devolución del dinero, no se supedita a condiciones subjetivas del mutuuario a fin de cumplir con la prestación (elemento objetivo), no es que la declaratoria de emergencia, o la pandemia sea la causa directa del cumplimiento de la prestación, el riesgo de carecer del dinero para cumplir, la asume el deudor, aún en esta coyuntura.

También estudiosos como el profesor Carlos Tamaní Rafael (2020), al ser el mutuo financiero un contrato en masa, o de consumo, podría acudir también al ámbito administrativo (arts. V.5 T.P. y art. 18 y 19 del Código de Protección al Consumidor), por infracciones al deber de idoneidad de los proveedores, por brindar alternativas de cumplimiento no favorables, reporte indebido ante la central de riesgo y comunicaciones de cobranzas injustificadas.

Sin embargo, el INDECOPI es un órgano eminentemente sancionador, no está facultado para imponer remedios contractuales, a excepción del resarcimiento por daños a través de las llamadas «medidas correctivas» (L. León 2020), las multas como sanciones administrativas, no recalcan en el bolsillo del afectado, y sumando a ello, el procedimiento administrativo, puede culminar en un nuevo proceso judicial contencioso administrativo, lo que ocasionaría gasto, tiempo y muchos dolores de cabeza, al afectado.

VI. Contrato de prestación de servicios educativos

La Educación es un derecho fundamental, reconocido no solamente en el plano constitucional y legal, sino también convencional; así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, señala en su art.26:

1. «Toda persona tiene **derecho a la educación**. La educación será gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La ins-

(6) Art. 1316 La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure, hasta que, por la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla o hasta que el deudor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. Si se puede ejecutar parcialmente, si ella no es útil para el acreedor, la obligación se extingue.

trucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el **pleno desarrollo de la personalidad** humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (...)
3. **Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación** que habrá de darse a sus hijos. (resaltado nuestro)

Del mismo modo, años más tarde, en 1966 se suscribe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se contempla en el art. 13:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el **derecho de toda persona a la educación**. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la **libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas**, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (...). (resaltado nuestro)

En el ámbito constitucional peruano, citaremos la regulación de las dos últimas constituciones, a fin de identificar la diferencia en cuanto a considerar a la Educación como derecho fundamental.

Constitución Política de 1979

Artículo 21.- El **derecho a la educación** y a la cultura es inherente a la persona humana. La educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. Se inspira en los principios de la democracia social. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza.

Constitución Política de 1993

Artículo 13. - **La educación** tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

Si bien se puede entender que nuestra constitución mantiene implícita la idea de la educación como un derecho, sin embargo, tal omisión conlleva a pensar que quizá es susceptible de ser sacrificada, privilegiando la iniciativa privada, tal como es el sentido de la carta de 1993, y que justamente hemos visto en la coyuntura de la pandemia que aproximadamente ciento cincuenta mil niños fueron cambiados de colegio, sin pensar en los daños psicológicos que esto ocasiona. Entonces, ¿percibimos a la educación como un derecho?, o cuando este derecho colisiona con el plano económico, ¿preferimos lo segundo?

El contrato de prestación educativa, dentro del plano normativo, es un contrato típico, diseñado en el Código Civil como contrato de locación de servicios, pero continuada; nuestro Código Civil establece:

Artículo 1755.- Por la prestación de servicios se conviene que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente.

Artículo 1756.- Son modalidades de la prestación de servicios nominados:

- a. La locación de servicios.
- b. El contrato de obra.
- c. El mandato.
- d. El depósito.
- e. El secuestro.

Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

Como podemos advertir, en este contrato, la entidad educativa es la locadora y el padre o madre de familia es el comitente, quien otorga la retribución por el servicio o conjunto de servicios.

El 18 de abril de 2020, se da el Decreto Legislativo N.º 1465- 2020, a través del cual, se establecen lineamientos que garanticen la continuidad del servicio educativo en los diferentes niveles de educación, durante el período de inmovilización social.

El 04 de mayo de 2020, mediante la Resolución Ministerial N.º 184- 2020- MINEDU, se dispuso que, el inicio de la prestación presencial del servicio educativo, se suspenda mientras esté vigente el estado de emergencia y la emergencia sanitaria, y a través de la Resolución Ministerial N.º 160- 2020 se implementa la estrategia «aprendo en casa».

Sin embargo, los centros educativos privados, deben cumplir el íter contractual al que se obligó, y no solo seguir la estrategia «aprendo en casa», entonces

surge un inconveniente, la prestación inicial (educación presencial), no se podía ejecutar más, o por lo menos sería ejecutable de manera parcial; sin embargo, la interrogante pasaba por los padres de familia, quienes preocupados por todas las prestaciones implícitas que incluía el servicio educativo, y que no se darían, reclamaban un reajuste en el monto al que se obligaron en un inicio.

Ante ello, algunas instituciones accedieron al pedido, sin embargo, otras, no lo hicieron, aduciendo, entre otras cosas, que debían cumplir con las remuneraciones de su personal; entonces, ¿cuál es la salida jurídica ante este acontecimiento?

Primero debemos entender que este contrato no se trata de cualquier acuerdo de prestación, sino que tiene un componente trascendente, el derecho fundamental a la educación, por tanto, cualquier análisis civil, debe ir concatenado con la protección del educando. Aquí tampoco cabe hablar de excesiva onerosidad de la prestación, puesto que la prestación, se ha tornado en imposible o es susceptible de cumplirse de manera parcial sin culpa de las partes, de esta manera, el Código Civil peruano, señala:

Artículo 1153.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 o 4⁽⁷⁾.

Como puede advertirse, el reajuste de la prestación, no es un favor que se le hace al comitente, acreedor o padre de familia, sino que es un derecho que le asiste la ley, sin embargo, el exigir su cumplimiento, se traduce en acudir a instancias judiciales para reclamarlo, lo que genera un costo enorme en las circunstancias actuales.

Lo que está claro, es que la prestación educativa, no solo incluye el aspecto pedagógico - académico, sino: el uso de las instalaciones de deporte, de computación, de danzas, el consumo de energía eléctrica y agua, servicios de limpieza, el deber de diligencia o vigilancia respecto a los menores, atención psicológica y médica, etc.; y evidentemente, estas prestaciones implícitas no se están efectuando en época de la pandemia, lo que justifica un reajuste en el pago.

Siempre hemos pedido que es el Estado el que, a través de su potestad legislativa, deba ordenar el reajuste o reducción de la contraprestación, en amparo a un

(7) Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:
1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 o 2.
2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

interés social, público o ético; equilibrar las prestaciones convenidas en un inicio, no significa controlar precios, pues si fuese así, ello tampoco podría hacerse a nivel judicial, significa entonces, el respeto del principio de solidaridad en una economía social de mercado.

Sin embargo, lo que hizo el Estado es emitir el Decreto Legislativo 1476-2020, que tenía como objetivo transparentar la información del deudor, y permitir a los padres buscar una elección adecuada sobre permanecer o no en la institución educativa privada durante dicho período, la tarea era principalmente el poder dar continuidad del servicio, pero ocurrió lo contrario, ya que el decreto ordenaba informar de manera parcializada y en un plazo de siete, el monto de ingresos y egresos de la entidad, bajo sanción administrativa, y de ofertar el costo por la prestación; de no realizar esta última o de no estar de acuerdo, el padre de familia, tenía dos posibilidades: aceptar las nuevas condiciones o resolver el contrato primigenio.

Si bien, resolver el contrato es un derecho que tienen los padres de familia, es entendible que no sea precisamente lo que desean, pues tal como se mencionó anteriormente, no se trata de cualquier prestación sino la de un derecho fundamental, pues es base del desarrollo de la personalidad de los menores, y cualquier cambio brusco, podría afectar el aspecto emocional y psicológico de estos. El resultado fue contundente, aproximadamente ciento cincuenta mil niños cambiados de centro educativo.

Así como en el contrato de mutuo dinerario, también se menciona al INDECOPI como un organismo que ayude a sancionar las infracciones contra el deber de idoneidad de la prestación, sin embargo, tampoco está encargado de imponer remedios contractuales:

El art. V.5 T.P. y art. 18 y 19 del Código de Protección al Consumidor, por una infracción al deber de idoneidad de los proveedores.

Artículo 73.- Idoneidad en productos y servicios educativos.

Artículo 74.- Derechos esenciales del consumidor en los productos y servicios educativos.

74.1 Atendiendo a la especialidad de los productos y servicios educativos, el consumidor tiene derecho esencialmente a lo siguiente:

- a. Que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del producto o servicio.
- b. Que se le cobre la contraprestación económica correspondiente a la prestación de un servicio efectivamente prestado por el proveedor de servicios educativos.

VII. Excesiva onerosidad de la prestación

Esta institución pertenece a la doctrina italiana y francesa de la Imprevisión, Europa ha sido el centro de eventos de catástrofes y epidemias, por lo que se veían en la necesidad de reconducir el contenido de los contratos, primero que la prestación sea posible y que esta sea afectada por acontecimientos extraordinarios, imprevisibles, pero sobre todo, lo que caracteriza esta institución es la irresistibilidad, puesto que un evento puede ser imprevisible, pero asumido en el riesgo natural de las partes o conocido como *alea* del contrato. No cualquier pérdida motivará la excesiva onerosidad de la prestación, puesto que el ganar o perder, está dentro del riesgo de los contratos, será entonces un evento que genere una pérdida mucho mayor de lo la parte pueda resistir.

La Sala Civil Permanente de Corte Suprema de la Justicia de la República, en el expediente 4245-2011, reconoció como objetivo de la institución la preservación del equilibrio contractual, y enunció los presupuestos de su aplicación, con apego a la ley: (i) que se trate de contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida; (ii) que se presenten acontecimientos imprevisibles o extraordinarios; y (iii) que estos ocurran con posterioridad a la celebración del contrato.

Finalmente, podremos decir que nuestra legislación establece en el art. 1440 del Código Civil⁽⁸⁾, que la parte perjudicada con el evento irresistible, puede pedir el reajuste de su prestación, mientras que el demandado, podría solicitarle al juez la resolución del contrato, la resolución solo debería habilitarse cuando el sacrificio del demandado sobrepase sus esfuerzos, y le resulte inexigible (León, 2020); la disposición normativa, no estimula el reajuste; lo que sí ocurre en la legislación italiana, pues es el perjudicado por el evento sobrevenido quien tiene derecho a demandar la resolución del contrato, y ante ello, el demandado puede ofrecer la modificación equitativa de las condiciones pactadas; es clara la postura del modelo italiano.

Un ejemplo de excesiva onerosidad de la prestación puede ser, el contrato de obra de una casa, dejada a la mitad por el estado de emergencia, pero al regresar del aislamiento, los costos de mano de obra y materiales, han subido de tal modo que solo sería posible cumplir con el costo sumamente alto, se afectó el elemento objetivo del contrato, la prestación en sí misma.

(8) Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

La excesiva onerosidad de la prestación es una institución diferente a la dificultad en el cumplimiento de la prestación, que sí tiene que ver los elementos subjetivos de los contratantes, pues hemos dicho que si bien la prestación no es excesivamente onerosa, porque económicamente no se incrementaron los costos, sí es de mucha dificultad generarse los ingresos que permitirán cumplir con la obligación; diremos entonces que hay dificultad para el cumplimiento de la devolución del dinero en el mutuo, también lo hay en los ingresos de los padres de familia para pagar la pensión escolar.

Sin embargo, las alternativas judiciales son distintas en ambos contratos, en el mutuo dinerario podría demandarse la suspensión de los créditos, en virtud a la buena fe y proscripción del ejercicio abusivo del derecho; mientras que, para el caso de la prestación educativa, existe la teoría del riesgo, ante un cumplimiento parcial sin culpa de las partes, que permite solicitar la disminución de la contraprestación. Pero, no debemos dejar de decir que las salidas judiciales, en esta coyuntura, es inoficiosa y muy perjudicial para los afectados con la emergencia.

VIII. ¿Es posible la intervención del Estado en la modificación del contenido contractual?

Hemos señalado que los remedios que procura la salida judicial, no sería eficiente, en la inmediatez requerida; tampoco administrativamente se pueden encontrar remedios contractuales, pero, en un inicio precisamos que la autonomía privada responde a una teoría normativista, ya que proviene del ordenamiento y es este quien establece los límites. El principio del *pacta sunt servanda*, no permite la intromisión de terceros ajenos a las partes que alteren el contenido contractual; sin embargo, por el principio de solidaridad o buena fe en los contratos, ante el desequilibrio prestacional, el legislador de 1984, estableció en el art. 1355 del Código Civil⁽⁹⁾, la posibilidad de la intervención estatal por razones de orden público, social o ético; respondiendo a la economía social de mercado, priorizando derechos fundamentales, cual mandatos de optimización (Alexy, 2017)

Si el legislador no ha estipulado la renegociación, como una obligación para las partes, ante eventos irresistibles que alteren el contrato, es el Estado el encargado de intervenir, antes que los daños sean mayores, saludamos las iniciativas del poder legislativo, aún en proyectos de ley, con el fin de suspender los créditos, y también los mandatos judiciales de desalojos. Pero aún requerimos que el Estado entienda su verdadero rol, en beneficio de la sociedad.

(9) Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

IX. Conclusiones

- El impacto de la pandemia por el Sars Cov-2 y, en estricto, la declaratoria de emergencia, han ocasionado afectación en diferentes aspectos sociales, y dentro de ellos, los contratos como el mutuo dinerario y el de prestación educativa.
- Ninguna declaratoria de emergencia justifica los requerimientos de incumplimiento de pago, puesto que no se ha afectado el elemento objetivo del contrato, las prestaciones, sino aspectos subjetivos de cada contratante, por tanto, es incorrecto hablar de excesiva onerosidad de la prestación, lo adecuado es decir que lo que ocurre es una dificultad en el cumplimiento.
- El Estado tiene una obligación no solo jurídica, sino moral de intervenir en la modificación del contenido de los contratos por razones de orden moral, social o ético, tal y como lo dispone el art. 1355 del Código Civil, priorizando derechos fundamentales.

X. Lista de referencias

- ALEX, R. (2017). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 3.a ed. Palestra Editores.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL Y OTROS. (2003). *El Contrato en General*. Tomos I, II y III. Primera reimpresión. Lima: Editorial Palestra.
- DIEZ PICAZO, L. (2016). *El contrato en general*. Volumen II, tomo I. Madrid- España: Editorial Tecnos.
- LEÓN HILARIO, L. (2020). *COVID-19, crisis sanitaria y retos del Derecho Civil: Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales*. Gaceta civil y procesal civil. Revista La Ley on line. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales>
- TAMANÍ RAFAEL, C. (2020). ¿Debemos seguir pagando nuestras deudas? Las dificultades para el cumplimiento de los arrendamientos y préstamos bancarios debido a la pandemia de COVID-19. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9441/debemos-seguir-pagando-nuestras-deudas-las-dificultades-para-el-cumplimiento-de-los-arrendamientos-y-prestamos-bancarios-debido-a-la-pandemia-de-covid-19>.
- VEGA, Y. (2020). *El coronavirus, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad*. LP. Pasión por el Derecho. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/coronavirus-fuerza-mayor-excesiva-onerosidad/>

Efectos del COVID-19, en la tenencia compartida y el derecho de vistas

Effects of COVID-19, on shared tenure and the right of views

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La patria potestad. III. Tenencia. IV. Tenencia compartida. V. Régimen de visitas. VI. COVID-19 (Coronavirus). VII. Efectos del COVID-19 en la tenencia compartida y derecho de visitas. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo analiza los efectos que viene produciendo el COVID-19, en las instituciones de amparo familiar, como es la tenencia compartida y el derecho de visitas; para tal efecto, se estudia las figuras de la patria potestad, tenencia, tenencia compartida y el derecho de visitas; como base para examinar supuestos concretos, donde es —casi— imposible materializar el contacto de los padres con sus hijos (y viceversa), producto de las medidas adoptadas por el gobierno (estado de emergencia y cuarentena); por lo que, se brinda recomendaciones para afrontar dicha situación; sin perjuicio de analizarse y ofrecerse sugerencias que permitan viabilizar las instituciones familiares, luego de concluida la cuarentena.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador extrajudicial. Con estudios concluidos de maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe.