

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Jack Bigio Chrem
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCION

El contrato de arrendamiento, ubicado dentro del Libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda de los Contratos Nominados, Título VI del Código Civil de 1984, ha sido regulado de manera autónoma. El Código vigente le da un tratamiento distinto al que tenía en el Código de 1936, empezando por su denominación, continuando con la distinción que hace respecto a los contratos de locación de servicios y de obra, así como la ampliación del ámbito de aplicación de dicho contrato al no limitarlo a la cesión del uso de cosas únicamente, como se hacía en el Código derogado.

El Código de 1936, al igual que el Código Civil colombiano, incluía en el contrato de arrendamiento la *locatio-conductio* ya de una cosa, ya de un servicio o de una obra, siguiendo el esquema del Derecho Romano. Sin embargo, estas tres clases de relaciones contractuales importan diferencias fundamentales, por lo cual se justifica su tratamiento diferenciado. Al separar estas categorías no se hace otra cosa que reconocer, a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones jurídicas y regular con más propiedad la realidad socioeconómica, ya que no se pueden equiparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio, que involucra la actividad humana. Por ello, las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.

El contenido de la obligación en el contrato de arrendamiento de un bien, la prestación, consiste en ceder el uso de ese bien; mientras que en los contratos de prestación de servicios y de obra se

El libro de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil, en su parte especial, dedica una atención preferente al contrato de arrendamiento, que tan hondo contenido social ha tenido y tiene en nuestro país.

El doctor Jack Bigio Chrem, distinguido especialista en la materia y participante directo en la elaboración del Código de 1984 -fue miembro de las Comisiones Reformadora y Revisora- nos alcanza con el presente artículo algunas reflexiones a propósito de la regulación del contrato de arrendamiento, incidiendo en la definición del contrato contenida en el artículo 1666 del Código Civil, el concepto de renta y sus modalidades, así como las diferencias que -en su opinión- existen entre el arrendamiento y otras figuras jurídicas, como el uso, el usufructo y el comodato.

tiene como contenido de la obligación la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre.

Es importante indicar, además, que se cambia la denominación del contrato, que antes era llamado locación-conducción de cosas y pasa a ser designado como arrendamiento, siguiendo el modelo de los Códigos Civiles de Italia y de la República de Bolivia.

En lo que respecta a los sujetos del contrato de arrendamiento, el Código Civil designa a quien se obliga a ceder el uso del bien con el nombre de arrendador; y denomina arrendatario, a quien se obliga a abonar la renta. De otro lado, en cuanto a la sistemática, el legislador ha considerado conveniente dividir la regulación del contrato de arrendamiento en capítulos, a diferencia del articulado del Código Civil de 1936, que normó la locación-conducción en un sólo título; esta innovación se ha efectuado con la finalidad de facilitar la comprensión de su texto y la sencilla ubicación de sus normas por el ciudadano.

Debe destacarse, además, que la normatividad del arrendamiento suprime toda referencia al arrendamiento agrario, dejando a la ley especial su tratamiento.

Asimismo, y en consideración a que el arrendatario es poseedor inmediato del bien, la regulación del arrendamiento en el Código Civil deja de normar el aspecto relativo a las mejoras, que pasa a ser tratado, como corresponde en el Capítulo Quinto, de la Sección Tercera, del Libro V de los Derechos Reales (artículos 916 y siguientes del Código Civil) referente a la posesión.

Siguiendo el antecedente del Código Civil peruano de 1852 y el modelo de los Códigos Civiles de Argentina e Italia, el legislador establece un límite máximo al arrendamiento de duración determinada, fijándolo, por regla general, en 10 años (artículo 1688 del Código Civil).

En lo que respecta al contrato de subarrendamiento, se invierte la regla contenida en el artículo 1523 del ordenamiento civil anterior, según la cual estaba permitido el subarrendamiento; en consecuencia, en adelante, el arrendatario queda prohibido de dar en subarriendo, salvo asentimiento escrito del arrendador.

En cuanto a la enajenación del bien arrendado, durante el curso de un arrendamiento celebrado por tiempo determinado, el artículo 1708 del Código Civil regula diversas soluciones, según el con-

trato se encuentre o no inscrito en el Registro.

Es preciso tener presente que el tratamiento del arrendamiento no incluye normas relativas a la obligación de saneamiento, por cuanto siendo el arrendador transferente de la posesión, son de aplicación a éste los principios generales contenidos en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil.

En general, puede afirmarse que se establecen diferencias importantes en relación al tratamiento que tuvo la locación-conducción de cosas en el Código Civil de 1936. Parte de estas innovaciones y sus alcances serán apreciados a lo largo del texto que se desarrolla a continuación.

1. ORIENTACION DE LA REGULACION DEL ARRENDAMIENTO

El arrendamiento, que en el régimen anterior era conocido bajo el nombre de locación-conducción de cosas, ha sido motivo de frecuentes fricciones entre propietarios y arrendatarios.

La excesiva protección que han dispensado al arrendatario las denominadas leyes de emergencia, ha conducido a una situación que ha causado un quebranto económico significativo para quien arrendaba un bien destinado a vivienda y ha provocado un desaliento en la construcción de éstas, agudizando su carencia en todo el territorio.

La Comisión Revisora es consciente que en el país existe un considerable déficit entre el número de viviendas construidas y las requeridas para cubrir las necesidades de la población y que no es posible en las condiciones actuales que el Estado asuma la tarea de corregir tal situación.

La regulación del arrendamiento busca encontrar, pues, el equilibrio entre los derechos del arrendatario y del propietario y, al mismo tiempo, conferir seguridad al inversionista para así desarrollar la industria de la construcción que con urgencia reclama el país.

En efecto, así como el arrendatario tiene derecho al uso de la vivienda durante el plazo del contrato y a no ser perturbado por el arrendador, éste a su vez tiene derecho a percibir la renta convenida y, al vencimiento del plazo del contrato, a obtener la pronta restitución del bien arrendado.

Finalmente, con el objeto de evitar la especulación que en muchos casos ha efectuado el arrendatario, especialmente de inmuebles dedicados a uso de vivienda, se ha modificado el tratamiento del

subarrendamiento, que en adelante sólo podrá convenirse cuando el arrendador preste asentimiento escrito para ello.

2. DEFINICION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Artículo 1666: «Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

Siguiendo el modelo de todos los contratos que regula el Código Civil, el artículo 1666 contiene la definición del arrendamiento, cuyos elementos componentes se exponen a continuación:

2.1. Contrato consensual

El arrendamiento es un contrato de carácter consensual, por cuanto se perfecciona con el sólo acuerdo de voluntades y, en consecuencia, genera obligaciones a cargo de las partes; sin que se requiera, a diferencia de los contratos de naturaleza real, de la entrega de la cosa como requisito de formación del contrato.

Por consiguiente, el contrato es perfecto cuando se forma el consentimiento mediante la manifestación de voluntad de las partes, esto es, cuando el arrendador acuerda con el arrendatario en cederle temporalmente el uso de un determinado bien a cambio del pago de una renta que éste debe abonarle.

El carácter consensual del arrendamiento queda precisado, pues, mediante la frase legal «se obliga» que emplea el numeral 1666 del Código Civil.

2.2. Contrato informal

No es un contrato solemne puesto que para su celebración no se establece una forma determinada cuya inobservancia se sancione con nulidad. De modo que las partes tienen plena libertad para establecer la forma en la que desean hacer constar el arrendamiento de toda clase de bienes.

2.3. Contrato con prestaciones recíprocas

Es un contrato con prestaciones recíprocas, por cuanto crea obligaciones a cargo de ambas partes. En principio, el arrendador es deudor de la prestación de entregar el bien que debe ceder temporalmente en uso; y, correlativamente, el arrendatario es deudor de la prestación consistente en pagar la merced conductiva. Es así que la reciprocidad se manifiesta no sólo mediante la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino en

la vinculación existente entre ellas, de tal manera que tienen la calidad de prestación y contraprestación.

2.4. Contrato oneroso

Se caracteriza también este contrato por ser oneroso, en la medida que implica tanto ventajas como sacrificios para el arrendador y el arrendatario.

2.5. Contrato conmutativo

El arrendamiento es un contrato conmutativo en la medida que las partes, desde la formación del contrato, están en condiciones de conocer con certeza cuáles son las ventajas que les va a reportar su celebración.

2.6. Bien materia del contrato

El objeto del contrato puede ser un bien material o inmaterial. De este modo, el arrendador puede dar en arrendamiento una cosa u objeto corporal al arrendatario; o también, un bien incorporeal, es decir un bien que no puede ser apreciado por los sentidos.

Por consiguiente, el ámbito del contrato se amplía en relación a lo que podía ser objeto del contrato de locación-conducción de cosas, según lo dispuesto en el artículo 1490 del Código Civil de 1936. Como se recuerda, en el régimen anterior, el numeral 1490 limitaba el arrendamiento a la cosas; es así que la cesión del uso de una cosa a cambio del pago de una merced conductiva constituía un contrato de locación-conducción y la cesión del uso de un bien incorporeal era un contrato atípico. Como consecuencia de la sustitución del vocablo «cosa» por el término «bien» se amplía el ámbito de aplicación del contrato de arrendamiento y se confiere carácter de contrato típico al arrendamiento de derechos a cambio del pago de una renta.

El numeral no hace distingo acerca de si el bien materia de arrendamiento debe ser necesariamente “no consumible” o, si puede ser un bien “consumible”. Por la naturaleza del contrato, en virtud del cual el arrendatario se obliga a devolver el mismo bien, se entiende que, en principio, el bien debe ser no consumible puesto que se cede el uso de un bien que debe ser restituido. Sin embargo, aunque no sea usual el arrendamiento de este tipo de bienes, nada obsta para que el referido contrato verse también sobre un bien consumible en la medida que dicho bien no sea consumido; puesto que un bien de naturaleza consumible no

necesariamente debe ser consumido. Así, por ejemplo, en el caso de arrendarse una colección de vinos a fin de ser exhibida en una feria. Asimismo, el bien materia de arrendamiento puede ser determinado o determinable.

Finalmente, cabe recordar que de acuerdo con lo prescrito por el inciso 1 del artículo 1409 del Código Civil, puede celebrarse contrato de arrendamiento sobre bien futuro.

2.7. Cesión del uso

Como se observa de la definición del contrato, nuestro Código regula el arrendamiento de uso. Por tanto, la celebración de este contrato no confiere al arrendatario el derecho de apropiarse de los provechos provenientes del bien materia del contrato. Así pues, se puede afirmar que el arrendatario es un poseedor que no hace suyos los frutos.

Nótese que la cesión del uso del bien es la obligación principal del arrendador, la misma que se cumple con la entrega del bien y sus accesorios al arrendatario, en el tiempo y lugar acordados.

2.8. Pago de cierta renta

El arrendatario se obliga esencialmente al pago de la renta. Conviene indicar que la renta es la merced conductiva, alquiler, canon arrendaticio, precio, compensación o contraprestación que se obliga a pagar el arrendatario al arrendador por la cesión temporal del uso de un bien.

La renta debe ser determinada o, al menos, ser susceptible de determinación. En cambio, si no se hubiera acordado la renta, el arrendamiento no se habría formado por falta de acuerdo sobre uno de sus elementos esenciales.

A este respecto, el tratadista de Derecho español Calixto Valverde y Valverde expresa lo siguiente:

«El precio, la merced o el alquiler, que todos estos nombres toma, ha de reunir la condición de cierto, si bien el concepto de certeza es muy amplio. No obsta a la certeza del precio, que éste no sea en numerario, más aún, aunque no medie precio, si éste es sustituido por una equivalencia también cierta, incluso la de servicios personales, o un aprovechamiento de otra finca, se está en el caso de un arrendamiento»¹

a. Modalidades que puede revestir la renta

La renta no tiene que consistir necesariamente en una suma de dinero, por cuanto el texto del artículo 1666 del Código Civil es deliberadamente abierto, respondiendo a la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de relaciones jurídicas que pueden encuadrarse en el arrendamiento. En otras palabras, la definición del contrato de arrendamiento alude a la renta convenida, a diferencia del artículo 1529 del Código Civil vigente, que al definir la compraventa se refiere expresa y exclusivamente a la obligación de transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio en dinero.

Conviene indicar a este respecto que el legislador se aparta de la definición que contiene el artículo 1493 del Código Civil argentino, según el cual se establece que la renta debe consistir necesariamente en una suma de dinero determinada.

En efecto, no tiene ningún sentido estimar que cuando el arrendatario paga una renta consistente en una prestación distinta a una suma de dinero a cambio de la cesión del uso de un bien, se está en presencia de un contrato atípico, por cuanto el contrato se regirá en definitiva por las reglas del arrendamiento, por ser éste el contrato que más se le asemeja.

En consecuencia, según nuestra legislación, el arrendador puede convenir con el arrendatario en que la contraprestación por el uso de un bien -la renta- esté constituida, indistintamente, por una suma de dinero, por servicios, mediante la transferencia de la propiedad de otro bien, mediante frutos, por una abstención, etc. Igualmente, puede establecerse como contraprestación, o como parte de ella, la obligación del arrendatario de efectuar las reparaciones que requiera el bien arrendado.

Puede acordarse el pago de renta mixta, es decir, que la contraprestación por el uso del bien consista, por ejemplo, en dar una suma de dinero y dar en propiedad el 50% de los frutos de un bien del arrendatario. También puede fijarse en una cantidad fija y en otra variable que resulte de aplicar un porcentaje de los beneficios obtenidos por el arrendatario, con el uso del bien, en un período determinado.

En cuanto a la hipótesis de renta pagadera en una suma de dinero, que constituye el caso más frecuente, es pertinente indicar que puede consistir

¹ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. t. III, parte especial: Derechos Personales o de Obligaciones. pp. 466-467.

en una suma de dinero determinada, por ejemplo, S/. 1,000.00 al mes; también puede convenirse la renta en un porcentaje determinado de las ventas que efectúe el arrendatario en un plazo establecido. Tal sería el caso de un arrendatario que conduce un establecimiento dedicado a las ventas al por menor que ha convenido con el arrendador que la renta será el equivalente del 2.5% de la venta bruta en un mes. En este caso, si bien el porcentaje se encuentra establecido, se trata de una renta no determinada pero determinable, estipulación que se encuentra admitida dentro del juego de la autonomía de la voluntad.

El legislador incluyó esta fórmula amplia, respecto a la naturaleza de la renta, a fin de posibilitar que el pago de la misma pueda ser efectuado por diferentes medios y no únicamente a través de una suma de dinero. La razón de ello reside en que se desea otorgar la calidad de típico, también, al contrato en virtud del cual se cede el uso de un bien a cambio de una contraprestación distinta a una suma de dinero, y sujetarlo a las normas del contrato de arrendamiento.

b. Pago en moneda nacional o extranjera

El pago de la renta puede establecerse en moneda nacional o extranjera. El pacto en moneda nacional puede consistir en una suma de dinero determinada o por determinar. En este caso, es de aplicación la regla general contenida en el artículo 1235 del Código Civil, según la cual se permite que el monto de la renta sea referido a índices de reajuste automático, o al valor de otras monedas o mercancías (puede consultarse la Exposición de Motivos del artículo 1235 del Código Civil).

Asimismo, el pago de la renta puede establecerse en moneda extranjera. Mas, en este supuesto se está frente a una obligación facultativa legal, por cuanto el arrendatario puede liberarse válidamente pagando en moneda nacional al tipo de cambio de venta que tenga la moneda extranjera el día del pago, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1237 del Código Civil, a cuya Exposición de Motivos procede remitirse. Es la intención del legislador concederle al deudor de una suma de dinero en moneda extranjera la facultad legal de extinguir la obligación con el pago de su equivalente en moneda nacional; facultad que, evidentemente, alcanza también al arrendatario.

c. Oportunidad de pago

Si bien el arrendamiento puede ser pactado en su forma frecuente, esto es, por períodos mensuales, es posible pactar su duración en períodos diarios,

semanales, quincenales, bimestrales, semestrales, anuales, etc.

El pago de la renta se podrá solicitar de acuerdo a como se haya acordado el período del arrendamiento. A falta de indicación, rige la norma supletoria del artículo 1681, inciso 2 del Código Civil, según la cual se presume que la renta debe pagarse cada mes.

Por otro lado, una vez determinado el período por el cual habrá de pagarse la renta, surge la cuestión respecto a si dicho pago deberá realizarse antes o después de transcurrido el período. En este punto la norma deja la decisión a las partes, quienes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden acordar que el pago de la renta se efectúe por períodos vencidos o adelantados. En consecuencia, la renta será exigible, de acuerdo a lo pactado, antes, durante o después del período establecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1676 del Código Civil. Asimismo, con carácter supletorio, se establece que a falta de acuerdo la renta será exigible por períodos vencidos; por consiguiente, el pago deberá efectuarse una vez transcurrido el período. Con esta solución se concede un beneficio al deudor de la renta, entendiéndose que el pago deberá corresponder a una contraprestación obtenida, a menos que las partes acuerden otra fórmula.

d. Lugar para efectuarse el pago

Respecto al lugar en que debe pagarse la renta, se establece una norma supletoria -por cuanto rige sólo a falta de estipulación de las partes- consignada en el inciso 2 del artículo 1681 del Código Civil, el cual establece, en principio, que el pago de la renta debe ser efectuado en el domicilio del arrendatario.

Esta norma no es sino la reiteración, para el caso del arrendatario, de la regla general contenida en el artículo 1238 del Código Civil, en virtud de la cual se dispone que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor. Siendo el arrendatario el deudor de la obligación de pago de la renta, la norma del inciso 2 del artículo 1681 guarda consonancia con lo que dispone el artículo 1238 del mismo cuerpo de leyes. Sin embargo, dado el carácter supletorio de estas disposiciones, las partes pueden acordar que el pago se realice en un lugar distinto al domicilio del arrendatario.

2.9. Duración del arrendamiento: temporalidad

El arrendamiento tiene la característica de ser

temporal. El legislador no desea que la propiedad se encuentre desprovista por largo tiempo del derecho de uso, que es uno de sus atributos.

Esta característica ha sido consagrada en el artículo 1688 del Código Civil, en cuanto establece que la duración del arrendamiento no puede exceder de 10 años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede exceder de 6 años. Por consiguiente, nuestra legislación no admite la validez de los arrendamientos perpetuos.

Cuando el arrendamiento excede de los referidos plazos se entiende reducido a los límites señalados. Este punto concuerda con la intención del legislador de preservar los contratos; por lo que, en lugar de quitarle validez al acto, se prefirió la fórmula en virtud de la cual se anulan los efectos en lo que excede los plazos máximos establecidos por ley.

2.10. Tracto sucesivo

Al tratar esta característica del arrendamiento, Luis María Rezzónico, profesor argentino de Derecho Civil, explica las razones por las cuales considera que se trata de un contrato de tracto sucesivo, de la siguiente manera:

«Es un contrato de ejecución o tracto sucesivo, continuativo, fluyente y no instantáneo: la obligación del locador, de proporcionar al locatario el uso [...] de la cosa dada en locación, se cumple a cada instante, continuadamente, así como recíprocamente el locatario cumple su obligación de pagar el precio de la locación. Puede decirse que por cada instante del uso y goce de la cosa locada por el locatario, corresponde al locador una parte proporcional del alquiler convenido»².

2.11. Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario

La doctrina no es pacífica al tratar el tema de la naturaleza jurídica del derecho que confiere el contrato al arrendatario. En efecto, hay quienes sostienen que el derecho de éste es de naturaleza real y otros que, por el contrario, afirman que se trata de un derecho personal.

Es importante tener presente que la consideración de si el derecho del arrendatario es de uno u otro carácter, generalmente responde al análisis que

efectúa cada autor de un determinado Derecho positivo, sea éste nacional o extranjero.

Sobre la base de esta premisa, debe admitirse que la doctrina prevaleciente, es aquella que considera al derecho del arrendatario como un derecho de crédito.

En nuestro régimen civil, el contrato de arrendamiento se forma por el consentimiento de las partes, sin que se requiera la entrega simultánea del bien para su perfeccionamiento; es evidente, por tanto, que el arrendatario tiene el derecho de solicitar al arrendador, en ejecución del contrato, la entrega del bien y de sus accesorios. Tiene, además, el derecho de exigirle una prestación de hacer consistente en que lo mantenga en el uso del bien. Finalmente, tiene derecho a no ser perturbado por el arrendador en su uso pacífico. Por consiguiente, todas estas obligaciones generan una relación personal entre arrendador y arrendatario.

Messineo, ilustre civilista italiano, al comentar sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario, expresa lo siguiente:

«[...] el derecho del arrendatario, para ejercitarse, tiene necesidad de la cooperación del arrendador, en cuanto hace falta que éste se preste a hacer gozar la cosa debida, la entregue, la mantenga en estado de servir para el uso y le garantice su pacífico goce.

[...] El arrendatario, por consiguiente, tiene una pretensión frente al arrendador, pero no tiene un poder inmediato sobre la cosa arrendada; y no puede oponer a los terceros tal poder»³.

De otro lado, debe tenerse presente que una vez que ha sido cumplida por el arrendador la prestación de entrega, es indudable que el arrendatario establece, a su vez, un contacto directo con el bien materia del contrato.

Asimismo, no puede desconocerse que si bien el contrato confiere al arrendatario sólo un derecho de uso, es incuestionable que éste ejercita su derecho poseyendo el bien, lo cual podría llevar a pensar que el arrendatario, como sostiene algún sector de la doctrina, tiene un derecho real. A este respecto, el profesor español Luis Díez-Picazo sostiene:

«El arrendatario es un poseedor de la cosa arren-

² REZZONICO, Luis María. Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil. p. 8.

³ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. t. V, p. 165.

dada y tiene sobre ella un poder directo e inmediato. Es quien utiliza la cosa, conforme a su destino, y quien extrae de ella sus utilidades y frutos sin la cooperación del arrendador»⁴.

Con mayor énfasis, el profesor argentino Luis María Rezzónico al comentar el artículo 1498 del Código Civil argentino señala que:

«[...] el derecho del locatario, lo mismo que las servidumbres, el usufructo o la hipoteca que gravan un inmueble, es oponible al sucesor del locador, al adquirente y nuevo propietario de la cosa arrendada. En otras palabras: que el arrendamiento sigue al inmueble al pasar éste del patrimonio del locador al patrimonio del adquirente, y ello significa que la locación confiere al locatario un verdadero *ius in re*, que se grava e imprime sobre la cosa locada y la sigue por doquiera, a pesar de las subalienaciones, lo cual revelaría que el derecho del locatario es un derecho "absoluto" y por tanto un derecho real»⁵.

Sin embargo, de admitirse que el derecho del arrendatario sería un derecho real, estaría dentro de sus características su carácter de oponibilidad absoluta frente a terceros, circunstancia que no se presenta al examinar las siguientes normas de nuestro ordenamiento legal:

(a) El inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil establece que si se enajena el bien en el curso de un arrendamiento que no ha sido inscrito en el Registro, el adquirente puede darlo por concluido. El legislador se aparta, pues, de la solución que consagra el artículo 1498 del Código Civil argentino, según el cual el adquirente debe respetar el derecho del arrendatario. Como se aprecia, el codificador argentino sí confiere oponibilidad absoluta al derecho del arrendatario frente a terceros.

(b) El inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil establece que el arrendamiento concluye si el arrendador es vencido en el proceso en el que se discute su derecho.

(c) El artículo 1670 establece que si se da en arrendamiento un mismo bien a dos o más personas, no se prefiere necesariamente al poseedor, sino que goza de prelación, en su caso, el arrendatario que de buena fe inscribió su derecho en primer lugar.

De todo lo expuesto puede concluirse, pues, que el derecho del arrendatario, aunque él posea el bien y, por tanto, se encuentre en contacto directo con el mismo, no tiene oponibilidad absoluta frente a terceros. Debe notarse que la excepción a la regla general, está contenida en el inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil que regula el caso de un arrendamiento inscrito, supuesto en que el adquirente deberá respetar el contrato, siendo indiferente para ello que el arrendatario se encuentre en posesión del bien.

A este respecto, es pertinente traer a colación lo que expresan los profesores españoles Blas Pérez González y José Alguer, quienes enseñan:

«El contenido de los derechos del arrendatario no se altera por su inscripción, sino que únicamente quedan garantizados frente al adquirente ulterior. Por ello no pierde el arrendamiento su naturaleza meramente obligatoria. El arrendatario no tiene un derecho real sobre la cosa, sino sólo el de que el arrendador o el que ocupe su lugar le mantenga en el goce pacífico de la cosa, sin tener acción directa contra tercero más que, a título de poseedor, cuando se trata de perturbación de mero hecho»⁶.

2.12. El arrendamiento y el derecho de uso regulado en los artículos 1026 a 1029 del Código Civil

Cuando el derecho de uso se constituye a título oneroso, presenta similitud con el derecho que adquiere el arrendatario mediante el arrendamiento.

En efecto, según la definición de cada una de estas figuras, cabe señalar como coincidencia entre ellas, que tanto el usuario como el arrendatario adquieren sólo el derecho al uso del bien, más no a los provechos que éste pudiera generar.

Coincide el derecho de uso con el arrendamiento en que su constitución no está sujeta a ninguna formalidad, pudiendo realizarse uno u otro mediante la forma que las partes o el constituyente elijan, según el caso.

Sin embargo, hay algunas diferencias que se considera necesario precisar. En primer término, como consecuencia del carácter real del derecho de

⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. vol. III, p. 57.

⁵ REZZONICO, Luis María. Op.cit. p. 59.

⁶ PEREZ GONZALES, Blas y ALGUER, José. Anotaciones en: ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. vol. II, p. 188.

uso, la transferencia del bien durante el curso del contrato no importa su extinción, efecto que sí se puede producir por voluntad del nuevo propietario en el caso, por ejemplo, de la venta del bien arrendado, a tenor de la facultad que le concede al arrendador el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

El derecho de uso es intransmisible; en consecuencia, no puede ser objeto de cesión a tercera persona (artículo 1029 del Código Civil), como sí puede suceder con el arrendamiento, que admite ser objeto de cesión de posición contractual en los casos permitidos por ley (ver Exposición de Motivos del artículo 1696 relativa a la cesión del arrendamiento).

Si bien, tanto el arrendamiento como el derecho de uso pueden tener origen contractual, el derecho de uso puede constituirse mediante acto unilateral y por testamento. En cambio, el arrendamiento sólo tiene como fuente al contrato.

De otro lado, si por ejemplo se concede por medio de contrato el derecho de uso de un inmueble a un tercero, por un plazo determinado, y si al finalizar éste, el usuario permanece en posesión del bien y el propietario no exige su devolución, aquél se habrá convertido en ocupante precario, por cuanto su título posesorio ha terminado. No ocurre lo mismo en el contrato de arrendamiento, en que la permanencia del arrendatario en el uso del bien, más allá del plazo convenido, se entiende como la continuación de la relación obligacional bajo sus mismas estipulaciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil.

2.13. El arrendamiento y el derecho de usufructo

Entre el contrato de arrendamiento y el derecho de usufructo existen, a primera vista, ciertas coincidencias. En ambos casos, se adquiere el derecho al uso de un bien ajeno, siendo el arrendatario y el usufructuario poseedores inmediatos del mismo. Tanto el derecho del arrendatario como el del usufructuario tienen, además, carácter temporal.

Eleodoro Romero Romaña expresa que cabe confusión entre estas figuras cuando, por ejemplo, se constituye el derecho de usufructo por contrato, con carácter oneroso y a corto plazo. El citado jurista afirma:

«Pero aún con el usufructo contractual cabe diferenciar el arrendamiento. En éste el locador está obligado a hacer entrega de la cosa en forma que sirva para el fin a que está destinada. [...] En el usufructo, en cambio, el propietario no tiene esa obligación, salvo que se pacte expresamente en el contractual»⁷.

Sin embargo, median entre ambas figuras importantes diferencias, que se señalan a continuación.

El usufructo es legislado como un derecho real, en virtud del cual al usufructuario se le confiere no sólo la facultad de usar un bien que no le pertenece, sino además, la de disfrutar del mismo de modo temporal. Así, se distingue básicamente del derecho del arrendatario en que éste es un derecho de crédito por el que sólo se le concede el derecho al uso del bien.

El carácter real del usufructo confiere al usufructuario, que aún no goza de su derecho, la acción reivindicatoria. La solución para el arrendatario que aún no ha entrado en posesión del bien se encuentra prevista por el Código Civil en la parte relativa a la inejecución de obligaciones. El arrendatario puede solicitar, pues, al arrendador la entrega del bien o la resolución del contrato.

La transferencia del bien no implica la terminación del derecho del usufructuario, en razón a que el nuevo propietario debe respetarlo. Por el contrario, la enajenación del bien arrendado puede originar la conclusión del contrato, si éste no se encuentra inscrito, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

La muerte del usufructuario extingue el usufructo. Al fallecimiento del arrendatario, los herederos tienen la opción de continuar la relación obligatoria, de conformidad con la facultad que les concede el artículo 1710 del Código Civil.

El usufructo puede ser constituido a título de liberalidad o a cambio de una contraprestación. El arrendamiento, como ya se ha señalado, es esencialmente oneroso. Si alguien cediera a otro el uso de un bien sin que éste pagara una retribución, el contrato no sería de arrendamiento.

El usufructuario tiene la libre disponibilidad de su derecho (no del bien sobre el que recae), facultad que puede ejercitar, sin el concurso de quien le confirió el derecho; así, por ejemplo, el usufruc-

⁷ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Derecho Civil t. II: Los Derechos Reales, p. 296.

tuario está en libertad de dar en arrendamiento el bien o de transferir su derecho a tercero a título gratuito u oneroso. No sucede lo mismo con el arrendatario, cuando se trata del subarrendamiento o cesión, que debe contar necesariamente con el asentimiento del arrendador (artículos 1692, 1696 y 1435, respectivamente, del Código Civil).

El origen de las dos figuras puede ser contractual, pudiendo el usufructo constituirse también por acto unilateral, por testamento o por la ley. Constituye usufructo legal: el que tienen los padres sobre los bienes de los hijos conforme al artículo 423, inciso 8, y el usufructo que tiene el cónyuge sobreviviente sobre el hogar en que vivió la familia a tenor de lo dispuesto en el artículo 732 del Código Civil.

Siendo el usufructo un derecho real, es oponible *erga omnes*, a diferencia del derecho del arrendatario que no presenta tal cualidad a menos que el contrato se encuentre inscrito.

El derecho que se confiere al arrendatario no es estrictamente de carácter personalísimo, cualidad que sí se presenta en el caso del usufructuario, y también en el caso de la persona que goza de los derechos reales de uso o habitación. Esta afirmación se sustenta en que en el primer supuesto, a la muerte del arrendatario el contrato no necesariamente concluye, en cambio en los otros sí. Además, el consentimiento del arrendador para que el arrendatario pueda subarrendar o ceder el contrato restan aún más el carácter personal que el derecho del arrendatario pudiera presentar.

2.14. El arrendamiento y el comodato

Según el texto del artículo 1728 del Código Civil, por el contrato de comodato el comodante se obliga frente al comodatario a entregarle gratuitamente un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

Se asemeja, entonces, al arrendamiento en que se trata de contratos en virtud de los cuales se concede el uso de un bien no consumible en forma temporal o para cierto fin.

De la propia definición legal de ambos contratos resalta la diferencia más importante entre ellos: mientras que el arrendador tiene derecho a recibir contraprestación por parte del arrendatario («cierta renta»), el comodante se obliga a entregar el

bien sin contraprestación a cambio. Se trata, pues, de un contrato a título gratuito. Afirma, a este respecto, José León Barandiarán:

«El comodato es un contrato gratuito. Se constituye en beneficio del comodatario, dado que éste viene a tener el uso de la cosa sin pago alguno correspondiente, de dinero, u otra cosa, o prestación de servicio. La gratuidad es esencial. El art. 1587 [léase 1728] precisamente se refiere a esta nota inherente a la figura. Si el comodatario estuviese obligado, en alguna forma, con una cierta prestación en reciprocidad, el negocio no sería comodato: sería arrendamiento o negocio innominado.»⁸ (corchetes agregados).

Como queda dicho, ambos contratos conceden el uso en forma temporal. Pero cuando se trata de un arrendamiento a plazo determinado, la ley interviene limitando su duración a 10 años, por regla general, lo que no ocurre con el comodato, que no tiene límite legal alguno.

Es de notar que el comodante goza de una facultad que no se confiere al arrendador. En efecto, el artículo 1736 del Código Civil permite al comodante obtener la restitución del bien antes del vencimiento del plazo, en la hipótesis que requiera el bien con urgencia imprevista.

2.15. El arrendamiento crea obligaciones de dar a cargo de ambas partes

En virtud de la celebración del contrato de arrendamiento se crean inmediatamente dos obligaciones con prestaciones de dar: (a) la del arrendador de entregar el bien en uso al arrendatario; y, (b) la de éste de pagarle una renta al arrendador.

De manera, pues, que el arrendatario es acreedor frente al arrendador en la obligación de entrega; y el arrendador es, a su vez, acreedor de la renta. Sin embargo, es preciso destacar que, respecto de la obligación de entrega, las posiciones de deudor y acreedor de ésta resultan intercambiadas durante la ejecución del contrato. En efecto, el arrendador que inicialmente es deudor de la prestación de entregar el bien se convierte después de haberla cumplido en acreedor de su restitución.

Conviene reiterar que, de acuerdo a los principios generales, quien se obliga a entregar un bien, se obliga a conservarlo hasta su entrega al acreedor (artículo 1134 del Código Civil).

⁸ LEÓN BARANDIARAN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. t. II, p. 43-44.