UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA

**El contrato de *shopping center*: Bases jurídicas para su utilización en el
mercado peruano**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Para optar el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa

AUTORES

Castañeda Julca, María Magdalena (0000-0001-8659-5188)

Nervi Tuero, Karol Norka (0000-0001-8141-4931)

Salcedo Sota, María Gabriela (0000-0002-4428-1882)

ASESOR

Zamudio Gutiérrez, Alfredo (0000-0003-2334-5290)

Lima, 23 de abril de 2019

DEDICATORIA

A nuestros padres, por su apoyo incondicional en nuestro crecimiento personal y profesional.

RESUMEN

Antiguamente el formato tradicional del modelo de negocios que operaba en las primeras galerías comerciales del país, se basaba esencialmente en la venta de los espacios comerciales que integraban estas edificaciones; posteriormente, la constante evolución y dinamismo de cualquier mercado, como el retail, generó que los agentes económicos involucrados en esta actividad, opten por un modelo de negocios más sofisticado, consistente en la cesión temporal de dichos espacios, a un tercero denominado locatario, a través de figuras contractuales típicas como el arrendamiento, usufructo, entre otras, no obstante, la administración del *shopping center* corresponde al operador.

En la presente investigación evidenciaremos como las diversas prestaciones que engloban a este vínculo contractual, develan claramente su naturaleza sui generis, que la distinguen de otras figuras contractuales típicas.

En tal sentido se hace necesario la emisión de un marco legal mínimo que regule este vínculo contractual, pues su falta de regulación, ha ocasionado que la prevalencia del operador sobre aquellos locatarios con menor poder económico, genere un desequilibrio en la contratación, propiciándose con ello la emisión de cláusulas abusivas, en claro perjuicio de los intereses del locador, por lo que su regulación, si bien mínima, pretende incentivar la participación equilibrada de ambas partes, brindando mayor seguridad jurídica y previsibilidad a la contratación moderna.

Palabras clave: shopping center, retail, operador, locatario, atípico, cesión temporal, arrendamiento, contrato, desequilibrio contractual, cláusula abusiva.

The shopping center contract: Legal basis for its implementation in the Peruvian market

ABSTRACT

We have witnessed the expansion and fast development of shopping centers in our country. Initially the business model used was based essentially on the sale of each one of the commercial spaces that integrated the building in which the shopping center was established. However, the constant evolution and dynamism of the retail market has generated that the economic agents involved in this business switched to a more sophisticated business model: the temporary assignment of the commercial spaces to a third party, called tenant, through contractual figures such as leasing, usufruct, among others, but maintaining the management of the shopping center in the hands of the owner of the building called operator.

The prestations that are established between the operator and the tenant, show a sui generis nature of the contract, which differentiate it from other contractual figures and it is necessary to issue a legal framework that regulates this new contractual type: the shopping center contract.

The lack of regulation of this business model has caused, in many cases, an imbalance in the negotiation power, leaving the tenants vulnerable, accepting abusive clauses, in clear disadvantage.

The aim of the regulation would be to encourage a power balanced participation of both parts in the contract, while at the same time achieving better legal protection for the weak part in it and to encourage greater dynamism in this type of modern contracting.

Key words: Shopping center, retail, tenant, leasing, abusive clause, atypical contract.

TABLA DE CONTENIDOS

1	INTRODUCCIÓN	1
2	MARCO METODOLÓGICO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	3
2.1	ENFOQUE	3
2.2	TIPO	4
2.3	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
2.3.1	Problema principal	4
2.3.2	Problemas específicos	4
2.4	OBJETIVO GENERAL	4
2.4.1	Objetivo principal	4
2.4.2	Objetivos específicos	4
2.5	DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
2.6	JUSTIFICACIÓN	5
2.7	HIPÓTESIS	6
2.7.1	Hipótesis principal	6
2.7.2	Hipótesis específicas	6
2.8	MOTIVACIÓN	6
2.9	ESTADO DE LA CUESTIÓN	6
2.10	MARCO TEÓRICO	7
3	MARCO CONCEPTUAL	8
3.1	EL <i>SHOPPING CENTER</i> (CENTRO COMERCIAL)	8
3.1.1	Definición	8
3.1.2	El <i>shopping center</i> como centro de distribución	9
3.1.3	Evolución de los <i>shopping center</i> en el Perú	10
3.1.4	Situación actual de los <i>shopping center</i> en el Perú	11
3.1.5	Clasificación de los <i>shopping center</i>	13
3.1.6	Sector <i>retail</i>	14
3.1.6.1	<i>Retail</i> tradicional	15
3.1.6.2	<i>Retail</i> moderno	15
3.2	EL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>	15
3.2.1	Definición	15
3.2.2	Elementos estructurales	16

3.2.2.1	Partes contratantes	16
3.2.2.2	Cesión temporal del espacio comercial.....	20
3.2.2.3	Precio	20
3.2.2.4	Reglamentos del <i>shopping center</i>	22
3.2.3	Objeto	23
3.2.4	Derechos de las partes contratantes.....	24
3.2.4.1	Derechos del operador	24
3.2.4.2	Derechos del locatario	24
3.2.5	Obligaciones de las partes contratantes.....	24
3.2.5.1	Obligaciones del operador:.....	24
3.2.5.2	Obligaciones del locatario	25
3.3	PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS CONTRATOS ATÍPICOS.....	25
3.3.1	Manifestaciones.....	26
3.3.1.1	Libertad de contratar	26
3.3.1.2	Libertad contractual	27
3.3.2	Límites	27
3.3.3	Atipicidad	28
4	PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>	29
4.1	TRATAMIENTO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL EN ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS.....	29
4.1.1	Uruguay	29
4.1.2	Colombia	30
4.1.3	Argentina.....	30
4.1.4	Brasil.....	31
4.2	TEORÍAS DE CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>	33
4.2.1	La teoría de la locación o del arrendamiento.....	33
4.2.2	Teoría del contrato atípico.....	36
4.2.3	Teoría del contrato de sociedad.....	36
4.2.4	Teoría de la concesión	37
4.3	DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL	39
4.3.1	Definición.....	39

4.3.2	El tratamiento del desequilibrio contractual en la legislación peruana ...	41
4.3.3	Causas que generan desequilibrio contractual	44
4.3.3.1	Posición de dominio	44
4.3.3.2	Abuso del derecho.....	44
4.3.3.3	Asimetría de la información	45
4.3.4	Importancia de la buena fe	46
4.3.5	El desequilibrio contractual en el contrato de <i>shopping center</i>	47
5	PROPUESTAS DE SOLUCION PARA LA REGULACION DEL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>	51
5.1	BASES PARA DETERMINAR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>.....	51
5.1.1	Análisis de los elementos del tipo contractual.....	52
5.1.1.1	Elemento objetivo	53
5.1.1.2	Elemento subjetivo	54
5.1.1.3	Elemento causal	55
5.1.2	Características del contrato de <i>shopping center</i>	55
5.1.2.1	Principal	56
5.1.2.2	Atípico.....	56
5.1.2.3	Nominado	56
5.1.2.4	Empresarial.....	56
5.1.2.5	Consensual.....	56
5.1.2.6	Informal.....	56
5.1.2.7	Prestaciones recíprocas	57
5.1.2.8	De tracto sucesivo	57
5.1.2.9	Oneroso – conmutativo	57
5.2	LA NEGOCIACIÓN ASIMÉTRICA EN EL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>.....	57
5.2.1	Ponderación de intereses.....	59
5.3	CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>	60
5.3.1	La renta mínima	60
5.3.2	La renta variable	60
5.3.3	La cláusula de autorización	61
5.3.4	El fondo de mantenimiento	61

5.3.5	El fondo de promoción	61
5.3.6	El pie de ingreso o derecho de llave	61
5.3.7	Los servicios públicos	61
5.3.8	La garantía	61
5.3.9	Los arbitrios	61
5.3.10	La obtención de las licencias	62
5.3.11	El pago a las sociedades de gestión colectiva.....	62
5.3.12	La revisión de los planos	62
5.3.13	La cláusula de mejoras.....	62
5.4	LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN MARCO NORMATIVO GENERAL EN EL TRATAMIENTO DEL CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i> EN EL PERÚ	62
5.4.1	Propuesta de un marco normativo.....	64
5.4.2	Exposición de motivos	64
5.4.3	Análisis de costo-beneficio	65
5.4.4	Propuesta de Marco de Normativo	65
6	CONCLUSIONES	72
7	RECOMENDACIONES	73
8	REFERENCIAS	74
9	ANEXOS	79
9.1	ENTREVISTADA N° 1	79
9.2	ENTREVISTADA N° 2	83

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Principales Indicadores.....	11
Tabla 2 Proyectos de Centros Comerciales que abrirán entre 2018 y 2019	13
Tabla 3 Centro Comercial Clasificación Local	14
Tabla 4 Información Consolidada al 2017	17
Tabla 5 Centros comerciales al 2017.....	20

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Proyecciones de Inversión en el Sector retail.	12
--	----

1 INTRODUCCIÓN

La presente investigación se encuentra enmarcada dentro del área del Derecho Empresarial, específicamente dentro del ámbito del Derecho Contractual Empresarial, en el cual encontramos el contrato de *shopping center*, entendido este último como el acuerdo de voluntades entre el operador de un centro comercial y el locatario, mediante el cual se cede el uso temporal de un espacio con fines de explotación comercial, a cambio de una contraprestación económica y bajo la administración controlada por parte del operador.

De la definición se aprecia que el uso de este contrato se realiza en el marco de las actividades de negocio que desarrollan dos sujetos de derecho: uno, en calidad de operador, quien será el propietario o administrador del *shopping center* y, otro, en calidad de locatario, quien es la persona natural o jurídica que se dedica a una actividad comercial al interior del *shopping center*.

En el escenario nacional, el contrato de *shopping center* no está regulado como tal en nuestra legislación, lo que en cierto modo ha “obligado” a las partes contratantes a recurrir a otras figuras contractuales previstas en el ordenamiento jurídico, a fin de desarrollar su actividad comercial. En este contexto, es muy común que los intervinientes en este negocio celebren un contrato de arrendamiento o un contrato de usufructo, entre otras figuras contractuales típicas, con la atinencia que la determinación del contrato a celebrarse, dependerá esencialmente del tipo de locatario al cual el operador haga la cesión de un determinado espacio al interior del centro comercial. Así, por ejemplo, podemos citar el caso de la empresa Inmuebles Panamericana S.A., que es propietaria del Centro Comercial Mega Plaza, la cual en su calidad de administrador de dicho centro comercial, celebra usualmente contratos de arrendamiento por un plazo mínimo de cinco años con los locatarios de menor envergadura¹, mientras que con las tiendas anclas celebra contratos de usufructo por 30 años.²

¹ Para fines del presente trabajo, se entenderá por locatarios de menor envergadura a los locatarios que no alcanzan a ser tiendas anclas.

² Memoria Anual 2017 de la empresa Inmuebles Panamericana S.A. publicada en la página web de la Bolsa de Valores de Lima, se señala lo siguiente: “Las operaciones de Inmuebles Panamericana S.A. consisten, principalmente, en el arrendamiento de locales para la exhibición y venta de productos y servicios en general. Para garantizar el éxito de la gestión los contratos de arrendamiento se pactan con un plazo de 5 años como mínimo a excepción de las tiendas anclas, las cuales firman contratos de usufructo por 30 años, teniendo como periodo forzoso los 10 primeros años”. https://www.bvl.com.pe/inf_corporativa74180_SVBQUMx.html

Sin perjuicio de ello, es importante tener presente que el contrato de *shopping center* es ciertamente un contrato complejo cuya naturaleza jurídica devela una serie de características que la hacen una figura contractual atípica, diferente a otras. Autores reconocidos en la doctrina internacional, como Lorenzetti (1999) señalan que las prestaciones del contrato de *shopping center* exceden ampliamente las prestaciones de un contrato de arrendamiento puesto que si nos remitimos a lo previsto en el artículo 1666° del Código Civil peruano, se establece que: “*Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida*”; no obstante y conforme se desarrolla en la presente investigación, la cesión del uso de un determinado espacio y la contraprestación que se da a cambio de ella, constituyen sólo algunos de los elementos del contrato de *shopping center*, siendo éste mucho más que la simple cesión temporal de un espacio comercial.

Por otro lado, es de mencionarse que si nos remitimos a los antecedentes de los primeros centros comerciales en el país (tales como Galerías Boza en el año 1956, Riso y San Isidro en 1960, entre otros) se aprecia que dichos centros comerciales basaban su actividad únicamente en la venta de espacios comerciales; es decir, eran actividades esencialmente inmobiliarias. Sin embargo, como cualquier mercado que se encuentra en constante evolución y dinamismo, generó que los agentes económicos involucrados en esta actividad, ante la constante búsqueda de la maximización de beneficios, cambien el formato tradicional de este modelo de negocios a uno más sofisticado, convirtiéndola en una actividad de comercio mucho más amplia que su inicial modelo de negocios. Así, con la inauguración del Jockey Plaza en 1997 se estableció un nuevo formato que no consiste en desprenderse del inmueble construido, es decir, no se vende, sino que el operador lo administra mediante la cesión temporal de dichos espacios a través de figuras contractuales como el arrendamiento y el usufructo, entre otras figuras, con la atinencia de que este nuevo formato brinda al operador un constante ingreso económico respecto del mismo bien inmueble, producto del pago de las rentas y otros conceptos por las actividades que despliega para el funcionamiento del *shopping center*, y que resulta atractivo para los locatarios instalar sus negocios en aquel por los beneficios que encuentra desarrollar su actividad al interior de los centros comerciales y no *puerta a calle* (mayor flujo de clientes, *marketing* a gran escala,

aprovechamiento de clientes indirectos y/o cruzados, mayor seguridad ante la delincuencia, etc.).

De la información bibliográfica obtenida encontramos que, con la amplia prevalencia económica y las diversas capacidades del operador en la administración de los centros comerciales, éste posee ciertas ventajas respecto de aquellos locatarios de menor envergadura que no alcanzan a ser anclas, colocándolos en una situación con menor ventaja para negociar con el operador y, por ende, con la probabilidad de que se generen situaciones de desequilibrio contractual en la relación entre empresarios.

En ese sentido, esta investigación tiene como objetivo principal, determinar la necesidad de contar con un marco normativo que regule el contrato de *shopping center* para garantizar la protección de las partes contratantes, y como objetivos específicos: i) determinar la naturaleza *sui generis* del contrato de *shopping center* e ii) identificar las cláusulas que generan el desequilibrio contractual en los contratos de *shopping center*.

2 MARCO METODOLÓGICO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

2.1 Enfoque

La presente investigación se desarrolla bajo la metodología crítica descriptiva por cuanto se efectúa una recopilación bibliográfica en torno al contrato de *shopping center*, conformada por la doctrina nacional y, esencialmente, internacional, la jurisprudencia judicial y arbitral, las normas legales, las entrevistas y los datos estadísticos, a efectos de conocer y comprender el objeto de la investigación.

Se realiza una descripción no sólo del contrato de *shopping center*, sino también del *sector retail*, el cual se encuentra en constante crecimiento y, por consiguiente, el auge en la relación contractual entre los operadores de estos centros y los empresarios interesados en desarrollar sus actividades económicas al interior de dichos inmuebles.

En ese sentido, el método utilizado es el cualitativo por cuanto se analiza la información encontrada del contrato de *shopping center*, así como el tratamiento legal y jurisprudencial que ha recibido en países como Brasil, Colombia, Uruguay y Argentina, a fin de establecer el contexto legal actual en el que se desenvuelve dicha figura jurídica, así como en el escenario nacional, donde hasta la fecha, no ha sido objeto de regulación por parte del legislador.

Todo ello permitirá establecer la naturaleza jurídica del contrato, así como los agentes económicos que participan en su celebración, y respecto de los cuales existen generalmente

diferencias económicas y de conocimiento, que hacen necesario evaluar la prevalencia del principio de equilibrio contractual que debe primar en el contrato, a fin de garantizar a ambas partes el logro sus objetivos, preservando dicho principio.

2.2 Tipo

Al ser el método de investigación a utilizar el cualitativo, el tipo de investigación que se desarrolla es inductivo, teniendo en cuenta que se recoge información desarrollada por autores que han definido el contrato de *shopping center* y han desarrollado su posición sobre la naturaleza jurídica de este contrato. Adicionalmente se toman en cuenta otros conceptos jurídicos relevantes para su estudio, como la autonomía privada y el desequilibrio contractual, entre otros conceptos, para que sobre la base de ello se establezca una propuesta de marco normativo mínimo del contrato de *shopping center*.

2.3 Planteamiento del problema

2.3.1 Problema principal

¿Resulta necesario contar con un marco normativo que regule el contrato de *shopping center* para garantizar la protección de las partes contratantes?

2.3.2 Problemas específicos

¿El contrato de *shopping center* es de naturaleza jurídica contractual *sui generis*?

¿Existe desequilibrio contractual entre las partes contratantes del contrato de *shopping center*?

2.4 Objetivo general

2.4.1 Objetivo principal

Contar con un marco normativo que regule el contrato de *shopping center* para garantizar la protección de las partes contratantes.

2.4.2 Objetivos específicos

Identificar la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center* con la finalidad de determinar su naturaleza *sui generis*.

Identificar las cláusulas que generan el desequilibrio contractual entre las partes contratantes en el contrato de *shopping center*.

2.5 Delimitación de la investigación

Siendo el contrato de *shopping center* un contrato complejo, el estudio completo de su estructura y funcionamiento bien podría ser abordado desde distintas disciplinas, tales como la Administración, la Economía, la Contabilidad, la Logística, los Recursos Humanos y la Ingeniería; no obstante, para efectos de la presente investigación, su estudio se centrará desde la óptica del Derecho, concretamente del Derecho Empresarial en su vertiente del Derecho Contractual Empresarial.

Más específicamente, únicamente será materia de investigación aquella relación contractual que emana entre el operador y el locatario que no califica como tienda ancla, y con los cuales generalmente suscriben contratos denominados de arrendamiento, por cuanto éstos representan la mayoría de locatarios con los que cuenta el *shopping center*.

Con lo expuesto, se logra delimitar la investigación, lo que es una exigencia de la metodología de la investigación científica.

2.6 Justificación

El tema materia de la investigación no ha sido tratado anteriormente por los especialistas en Derecho Empresarial con el enfoque que aquí se propone, siendo así un tema novedoso.

En el desarrollo de la investigación se analiza el contrato de *shopping center* y la necesidad de contar con un marco normativo en el Perú, debido a la expansión del sector *retail* en los últimos años, tal como se demuestra con las fuentes bibliográficas donde apreciamos que el Perú ocupa el noveno lugar a nivel mundial y el primer lugar a nivel de Latinoamérica, por sus políticas liberales que atraen a firmas internacionales y el plus del bono demográfico con el que cuenta el país.

El constante tráfico comercial y la evolución del mercado generan la necesidad de recurrir a nuevas formas de contratación para la satisfacción de necesidades, entre las cuales se encuentra la figura del contrato de *shopping center*, que no se encuentra prevista como tal en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que actualmente se recurre a figuras jurídicas típicas como el arrendamiento y el usufructo, aún cuando las prestaciones del contrato de *shopping center* superan ampliamente a las de los contratos anteriormente referidos.

La laguna jurídica que subyace al contrato de *shopping center*, es decir, la falta de legislación y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico nacional, ha ocasionado que las partes contratantes pacten libremente el contenido del contrato, bajo el *nomen iuris* de arrendamiento; no obstante, se advierte que las obligaciones asumidas por las partes no

corresponden a un arrendamiento típico, por cuanto contiene prestaciones que no se pactan en esta figura contractual, lo que genera la duda sobre su contenido, y la posible vulneración a una de las partes contratantes, ante el quebrantamiento del principio del equilibrio contractual.

En virtud a lo expuesto, resulta necesario evaluar la necesidad de contar con un marco normativo general, el cual regule al contrato de *shopping center* como una figura contractual diferente, y en el que se planteen condiciones mínimas que debe contener su celebración, para así reducir los riesgos de una contratación perjudicial para una de las partes contratantes.

2.7 Hipótesis

2.7.1 Hipótesis principal

La regulación general del contrato de *shopping center* permitirá garantizar la protección jurídica de las partes contratantes.

2.7.2 Hipótesis específicas

El contrato de *shopping center* es de naturaleza jurídica distinta al contrato de arrendamiento.

El desequilibrio contractual de las partes contratantes en el contrato de *shopping center* se manifiesta, generalmente, en perjuicio del locatario.

2.8 Motivación

El tema materia de investigación está directamente vinculado con la experiencia laboral que desarrollan las autoras en el sector contractual empresarial durante aproximadamente cinco años, por lo que cuentan con la experiencia necesaria para efectuar un adecuado análisis del contrato de *shopping center* y su regulación jurídica en el Perú.

Por otro lado, el desarrollo de la investigación constituirá un aporte jurídico práctico tanto para el operador como para el locatario, ya que al conocer la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center* les permitirá identificar las normas que le resultan aplicables, y al contar con una regulación específica se podrá garantizar el equilibrio contractual de las partes contratantes, que coadyuvarán al mejor desarrollo de las relaciones contractuales entre los empresarios (tanto operador como locatario).

2.9 Estado de la cuestión

Actualmente, en el Perú no se cuenta con una regulación especial sobre el contrato de *shopping center*; sin embargo, no es ajeno a nuestra realidad la vinculación contractual entre operador y locatario, ya que en la práctica se vienen generando estas relaciones jurídicas

bajo el *nomen iuris* de contrato de arrendamiento. A nivel doctrinario, el desarrollo del contrato del *shopping center* es escaso, por lo que sólo se cuenta con algunos artículos desarrollados por especialistas en Derecho Empresarial.

En el Perú existe la Asociación de Centros Comerciales y de Entretenimiento del Perú (ACCEP), la cual difunde el desarrollo del sector *retail* con estudios financieros, económicos y de mercado, los mismos que permiten apreciar datos estadísticos, indicadores y *ranking* de posicionamiento, entre otros, que evidencian la existencia de centros comerciales en el Perú que demandan un adecuado régimen normativo para su desarrollo y mayor promoción.

Más allá de opiniones ilustradas de algunos especialistas en la materia, el Derecho Peruano no ha desarrollado el contrato de *shopping center*.

A diferencia de lo anteriormente expuesto, en el extranjero, países como Argentina, Brasil y Uruguay, cuentan con mayor desarrollo doctrinario, promoviendo el interés jurídico en la materia.

2.10 Marco teórico

En el presente trabajo de investigación se desarrolla en el Título 3 la definición del *shopping center*, su evolución y participación en el mercado peruano y la forma de distribución de los productos y servicios que expenden a través del *retail* moderno, medio por el cual se permite a las partes contratantes (operador y locatario) desarrollar sus actividades comerciales, permitiendo de esta manera adentrarnos a la definición del contrato de *shopping center*, así como los elementos que lo conforman y la importancia de la autonomía contractual vigente en su celebración.

En el Título 4 denominado “Problemática del contrato de *shopping center*” se analizan las teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del contrato, entre las cuales se encuentra la teoría de locación o arrendamiento, la teoría de concesión y la teoría de *joint venture*, lo que permitirá hacer una comparación del contrato, a fin de diferenciarlo de esas figuras contractuales. Además, se desarrollan las definiciones generales del desequilibrio contractual, lo que permitirá identificar la forma cómo se manifiesta en los contratos de *shopping center*, así como las cláusulas que comúnmente se pactan, y que desde la evaluación realizada por las autoras califican como leoninas (abusivas).

En el Título 5 se sustenta la comprobación de las hipótesis, así como se expone la propuesta de un marco normativo mínimo respecto del contrato de *shopping center*.

3 MARCO CONCEPTUAL

3.1 El *shopping center* (centro comercial)

3.1.1 Definición

El *shopping center* (denominado así por su origen inglés) o centro de comercialización o paseo de compras (Farina, 1999), es un concepto creado por el arquitecto austriaco-americano Víctor Gruen (Dordan, 2017).

La International Council of Shopping Centers (ICSC) lo define como:

Un grupo de negocios minoristas y otros establecimientos comerciales que son planificados, desarrollados, pertenecen y son administrados como propiedad única. Se provee estacionamiento en el lugar. El tamaño y la orientación del centro son generalmente determinados por las características del mercado y del área de influencia que presta servicios al centro. Las tres configuraciones físicas principales de los centros comerciales son centros comerciales cerrados, abiertos y centros híbridos (2008, como se citó en Regalado et al., 2009, p. 20).

En el Perú, mediante la Norma A.070 del Reglamento Nacional de Edificaciones, se define al centro comercial como una:

Edificación constituida por un conjunto de locales comerciales y/o tiendas por departamentos y/u oficinas, organizados dentro de un plan integral, destinada a la compra-venta de bienes y/o prestaciones de servicios, recreación y/o esparcimiento (Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, art. 2).

El *shopping center* es considerado una especie de ciudad sofisticada, planificada cuidadosamente, desde su localización, la ubicación y distancia entre una tienda y otra, las playas de estacionamiento, el tránsito por los pasadizos, las áreas de comida y, en general, todo aquello que conforme su infraestructura, ha sido estratégicamente diseñado, con el fin de atraer a la mayor cantidad de público posible, por ello, Lorenzetti (1999) afirma que: “nada es casual, todo está extremadamente pensado, previsto y organizado.” (p. 698).

Ahora bien, es importante destacar que al ser el *shopping center* considerado como una ciudad, necesita de servicios como la electricidad, la telefonía, la limpieza y la seguridad, entre otros, para operar en óptimas condiciones y ofrecer el *confort* necesario a sus visitantes, por lo que se imponen una serie de normas de conducta por parte de los locatarios y de sus

visitantes³; dicha planificación se plasma en los “reglamentos del *shopping center*” cuyo cumplimiento es obligatorio y extensivo a todos sus locatarios y, en normas generales de urbanización, aplicable a sus visitantes.

De otro lado, cabe señalar que el éxito de un *shopping center* tiene como base, la posibilidad de adaptarse a la sociedad y al público objetivo al cual se dirige, cuyas necesidades de consumo con el pasar de los años se han hecho cada vez más complejas y variadas. En tal sentido, lo que se busca, es establecer una relación dinámica entre la compra y sus elementos complementarios: el entretenimiento, la cultura y los servicios diversos.

En consecuencia, el centro comercial consiste en:

Compartir, en un mismo lugar, actividades comerciales, culturales, gastronómicas y de entretenimiento, con alta calidad de espectáculo, infraestructura de lujo y la secuencia especial de un teatro. Con múltiples opciones en cada rubro, que permita el disfrute integral en un solo lugar (Dordan, 2017, p. 30)

3.1.2 El *shopping center* como centro de distribución

En un *shopping center* concurre gran afluencia de público o visitantes; así, de acuerdo a lo señalado por el Presidente de la Asociación de Centros Comerciales y de Entretenimiento del Perú (ACCEP), en el Perú un promedio de 61.6 millones de personas visitaron los diferentes *shopping center* cada mes (ACCEP, 2018), siendo ello justamente el aspecto comercial que busca el *shopping center*, esto es la circulación masiva de personas, por cuanto donde hay gente, hay consumo.

Como señala Lorenzetti, la idea del *shopping center* no consiste en que el individuo tenga la necesidad de consumir, sino que se vea inducido a ello, puesto que es poco usual encontrarse en un centro comercial y no adquirir algún producto o consumir algo por mínimo que éste sea, en tal sentido, se ve cómo esta forma de comercialización rompe la relación: necesidad-demanda, para sustituirla por la relación oferta-consumo (2009).

De lo expuesto, se concluye cómo las necesidades de los consumidores, se han hecho cada vez más complejas y variadas; en un primer momento existía únicamente el imperativo de cubrir las necesidades básicas del ser humano, configurándose la relación de *necesidad y demanda*, hasta llegar a lo que hoy en día representa el aspecto comercial que integra la

³ Entiéndase a todos aquellos potenciales compradores que visitan diaria y constantemente el *shopping center*.

noción central de lo que es un *shopping center*, donde se elimina, esta concepción clásica de *adquisición de bienes y servicios*, para sustituirla por el nexo de *oferta y consumo*.

3.1.3 Evolución de los *shopping center* en el Perú

Entre los antecedentes más remotos de los *shopping center* en el mundo, es decir, de esta modalidad de comercializar los bienes y servicios al público, se halla en el ágora griega, el foro romano o el bazar oriental (Regalado et al., 2009).

En América, sus orígenes se hallarían en los mercados al menudeo en las plazas de ciudades y pueblos. Así, con el pasar de los años, la idea fue modernizándose hasta que, en la segunda mitad del siglo XIX, se construyeron en algunas ciudades de Europa la *Galleria Vittorio Emmanuele II* en Milán (1865-1877), la *Kaisergalerie* en Berlín (1871-1873) y el GUM en Moscú (1888-1893) (Orrego, 2010).

No obstante, los centros comerciales o *shopping center* tal como se conocen en la actualidad, se originaron recién en la década de los años 50 en los Estados Unidos, luego de la Segunda Guerra Mundial. Aunque no se tiene certeza respecto a cuál fue el primer centro comercial en la era moderna, algunos historiadores afirman que sería el Northgate Center en Estados Unidos (Vargas, 2018).

En el Perú, el primer antecedente de un centro comercial se encuentra con la inauguración de la primera galería comercial: Galería Boza, en 1956, ubicada en el Jirón de la Unión, en Lima. Posteriormente se dio cabida a la primera generación de centros comerciales en 1960 con la apertura de Risso y San Isidro (llamado también este último, Todos), impulsados esencialmente por el crecimiento demográfico y económico que se concentraba en la capital. Posteriormente, vino la segunda generación de centros comerciales ya más modernos, con la apertura de Plaza San Miguel, que abrió sus puertas en octubre de 1976; Arenales, en 1979, y Centro Camino Real, en noviembre de 1980 en el distrito de San Isidro (Fasson, 2015).

Generándose así de manera progresiva la apertura consecutiva de más centros comerciales, como los conocidos: Jockey Plaza, Real Plaza y Open Plaza, entre otros.

Actualmente, el Perú cuenta con 79 centros comerciales, cuyas ventas brutas anuales superan los 20 mil millones de soles:

Tabla 1

Principales Indicadores

Indicador	2014	2015	2016	2017	2018*
Ventas brutas de los centros comerciales (millones de soles)	20,887. 3	20,878. 7	23,893. 6	25,647. 4	27,658. 4
Tasa de crecimiento de las ventas	14.6%	9.5%	4.4%	7.3%	7.8%
Visitas mensuales promedio a los centros comerciales (millones de personas)	50.0	54.7	60.1	61.6	66.2
Evolución del área arrendable (miles de m²)	2,378	2,469	2,696	2,764	2,840
Tasa de vacancia (en porcentaje)	4.20%	3.60%	3.30%	4.04%	2.37%
Número de centros comerciales	68	72	77	79	80
Número de tiendas	6,505	7,049	8,049	8,506	8,394
Empleos generados directos e indirectos **	-	-	138,165	156,207	169,307

*La proyección asume ventas brutas y visitas mensuales de Administradora Jockey Plaza iguales al 2017.

** No se cuenta con información para boulevard de Asia, Open Plaza y Urbanova.

Nota: Información del número de centros comerciales, de las tiendas y de las ventas brutas de los operadores. Adaptado de “Principales Indicadores”, por ACCEP, 2018.

3.1.4 Situación actual de los *shopping center* en el Perú

En la última década, los *shopping center* en el Perú se han incrementado considerablemente, pasando de ocho a 79 a nivel nacional, tal como se aprecia en la Tabla 1, de los cuales más del 60% se encuentran en Lima.

Dichos centros comerciales, conforme se ha señalado precedentemente, surgieron en 1960⁴ y se consolidaron en 1990, cuando se inició la recuperación económica del país, y se dio apertura al mercado internacional, y el control de la inflación, los que permitieron el incremento de las importaciones y la promoción del consumo masivo. (Regalado et. Al, 2009)

En cuanto a cifras, actualmente el Perú se posiciona como una economía atractiva para las inversiones en el sector *retail*. Tal es así que, según el último Marco Macroeconómico Multianual (en adelante, MMM) del Ministerio de Economía de Finanzas, se señaló que las inversiones en dicho sector continuarían en el 2019 con el dinamismo de años anteriores.

⁴ Ello teniendo en cuenta que Galerías Boza inaugurada en 1956, fue una especie de ensayo de centro comercial en el país.

Ello encuentra sustento en que dicho Ministerio, citando las proyecciones de la *Asociación de Centros Comerciales y de Entretenimiento del Perú (ACCEP)*, ratificó que la inversión en este sector crecería más del 30% en el periodo 2018-2019, respecto del año 2017 (Lozano & Bambarén, 2018).

Asimismo, el MMM muestra cómo el Índice de Desarrollo Global del Retail, posiciona al Perú en el puesto 9 de 30 economías emergentes, que son atractivas para el desarrollo de las inversiones en este sector, mientras que, a nivel de Latinoamérica, la economía peruana resulta siendo la más atractiva, ya que se posiciona en el puesto número uno de dicho ranking. (Lozano & Bambarén, 2018).

Respecto a la inversión en regiones, según cita el MMM, se prevé una inversión de S/. 1,758 millones para el periodo 2018-2019, representado en la apertura de cinco nuevos centros comerciales, de los cuales, cuatro se encontrarán en Lima (Lozano & Bambarén, 2018), conforme muestra en la siguiente figura:

Figura 1 Proyecciones de Inversión en el Sector retail.

La infografía explica las proyecciones de inversión del sector retail en el Perú en cuanto a la inauguración de los próximos centros comerciales. MEF: sector retail crecería más de un 30% entre el periodo 2018 – 2019, por La República, 2018.

Específicamente, sobre los nuevos proyectos de centros comerciales, la ACCEP brinda el siguiente detalle, respecto de la ubicación, operador y monto de la inversión:

Tabla 2

Proyectos de Centros Comerciales que abrirán entre 2018 y 2019

Proyecto	Ubicación	Operador	Inversión (millones de soles)
EN LIMA			
Torre del Arte	San Borja	Urbanova	ND
Begonias	San Isidro	Urbanova	ND
Mall Santa María	Santa María	Corporación EW	53.81
Puruchuco	Ate	Real Plaza	472.00
Mall Plaza Comas	Comas	Mall Plaza	365.80
EN PROVINCIAS			
MegaPlaza Huaraz	Huaraz	Inmuebles Panamericana	59.00

Nota. Los proyectos que ejecutarán los operadores durante los años 2018 y 2019. Adaptado de “Proyectos de Centros Comerciales que abrirán entre 2018 y 2019”, por ACCEP, 2018.

Pese al crecimiento del retail, este sector afronta en la actual coyuntura un importante desafío, representado por el denominado *m-commerce*, que no es otra cosa que el comercio electrónico efectuado a través de dispositivos móviles (entiéndase celulares, tablets, laptops y similares), el cual en los últimos años ha tenido un crecimiento importante, situación que ha exigido a los agentes económicos de dicho sector, adaptarse a las nuevas tendencias que impone el consumidor moderno, ello reforzando la experiencia de compra en los centros comerciales (Colliers International, 2016).

3.1.5 Clasificación de los *shopping center*

De acuerdo a Carlos Chinen Arquitectos y Consultores (2000, como se citó en Dordan, 2017), los *shopping center* pueden ser clasificados en cinco tipos: i) centros de conveniencia, ii) centro vecinal, iii) centro comunal, iv) centro regional y v) centro supra regional, conforme se exhibe a continuación:

Tabla 3

Centro Comercial Clasificación Local

TIPO		CONCEPTO	AREA PROMEDIO M2 (incluye tiendas ancla)	POBLACION CUBIERTA	EJEMPLOS
1	CCV	CENTRO DE CONVENIENCIA	500 m2 a 2,500 m2	5,000 hogares LOCAL	San Fernando Primax / Listos Mobil / Multimarket Repsol/Grifos
2	CV	CENTRO VECINAL	3,000 m2 a 5,000 m2	25,000 hogares SECTORIAL	Arenales Molicentro La Fontana
3	CSC	CENTRO COMUNAL	6,000 m2 a 24,000 m2	50,000 hogares DISTRITAL	San Isidro El Polo Caminos del Inca Molina Plaza
4	CR	CENTRO REGIONAL	25,000 m2 a 50,000 m2	100,000 hogares INTER-DISTRITAL	Mall Aventura Bellavista Open Plaza Angamos Open Plaza San Miguel
5	CSR	CENTRO SÚPER REGIONAL	50,000 m2 a 200,000 m2	150,000 hogares METROPOLITANO	Jockey Plaza Mega Plaza Plaza San Miguel Plaza Norte

Nota. Identificación de los centros comerciales en atención a diversos criterios, tales como dimensión del área y la población abarcada. Adaptado de Carlos Chinen Arquitectos y Consultores, 2000.

Siguiendo un criterio similar, los *shopping center* poseen distintos formatos, dependiendo principalmente de su tamaño y orientación, entre los que se destaca según la clasificación americana: suprarregional, regional, comunitario, vecinal y *strip center*. Asimismo, pueden segmentarse por su especialización: *power center*, *lifestyle*, *fashion mall* y *outlet*. (Fasson, 2015).

3.1.6 Sector *retail*

Resulta importante conocer algunos conceptos que están ligados directamente con el funcionamiento de cualquier *shopping center*, uno de estos conceptos clave está representado por el *retail*, el cual, en líneas generales, es el canal de distribución de bienes

y/o servicios del cual se vale el *shopping center* para la comercialización de éstos, aunque claro está, en su acepción de *retail* moderno.

Definida por Leyton (2013, como se citó en Respaldiza, 2017, p. 22), como “un sector de la economía, que abarca a todos los tipos de comercio involucrados en la comercialización masiva de productos o servicios a un gran número de clientes”.

Es de resaltar que el uso del *retail* se halla sobre todo ligado a las grandes cadenas de locales comerciales; sin embargo, también se incluye en este tipo de comercio, a aquellas tiendas o locales comerciales que se encuentran en cualquier ciudad que ofrecen venta directa al público (Perú Retail, 2018).

Los ejemplos más comunes de *retail* son: supermercados, tiendas departamentales, tiendas de ropa y moda, farmacias, etc. Ahora bien, con el avance de la tecnología, se incluye también el comercio *online*, a lo que se ha denominado *e-retail* o *e-commerce*.

3.1.6.1 Retail tradicional

El negocio del *retail* tradicional, involucra a las tiendas de abarrotes, negocios de barrio y Quiosco. Es de señalarse, además, que a pesar del crecimiento del *retail* moderno, los clientes mantienen la tendencia de comprar en canales tradicionales, ello debido a la cercanía y a la gran diversidad de oferta y menor precio que ofrece a su público (Perú Retail, 2018); sin embargo, no se ahondará en ello, pues para los fines de la presente investigación no resulta relevante.

3.1.6.2 Retail moderno

De acuerdo a Albuquerque (2016), por el *retail* moderno se agrupa a las grandes cadenas, formatos supermercadistas, tiendas de mejoramiento del hogar, tiendas departamentales, farmacias, cines, aunque claro está que, con el avance de la tecnología, se ha incluido en este formato de comercialización a las tiendas y boutiques que empiezan a desarrollarse en cadena.

3.2 El contrato de *shopping center*

3.2.1 Definición

Previo al enfoque del tratamiento específico del contrato de *shopping center*, conviene referir brevemente lo que señala la legislación nacional en referencia al contrato en general, el cual establece en su artículo 1351° del Código Civil que “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (1984).

Para Arias-Schreiber, el contrato constituye un acto jurídico plurilateral por excelencia y con fuerza vinculatoria, esto debido a que las partes quedan obligadas a satisfacer las obligaciones contraídas, de lo contrario “el Derecho contempla mecanismos encaminados a su corrección o compensación” (Arias-Schreiber, 1995).

Ahora bien, específicamente el contrato de *shopping center*, no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico nacional, motivo por el cual su desarrollo a nivel doctrinario es casi inexistente, no obstante; algunos autores como Echaiz, lo define en los siguientes términos:

Es el contrato mediante el cual el operador de un edificio de grandes dimensiones e integrado por una serie de locales comerciales otorga sobre éstos determinados derechos de explotación económica a favor de ciertas empresas que comercializan productos o servicios con los clientes que ingresan libremente a dicho edificio, sometiéndose estas empresas a las reglas de organización interna del operador (Echaiz, 2014).

Teniendo en cuenta ello, el contrato de *shopping center* es aquel contrato mediante el cual el propietario del centro comercial (*operador*), quien tiene a su cargo la administración del mismo, cede la tenencia y/o el uso de uno o más locales comerciales a otro (locatario), con el fin de que éste pueda desarrollar su actividad comercial a cambio de una contraprestación económica determinada y/o determinable, y donde el operador desplegará diversas actividades para atraer clientes al centro comercial, por lo que deberá someterse el locatario a los lineamientos establecidos por el operador.

Para Farina, nada impide que se recurra a otras figuras jurídicas como el usufructo o el dominio del local (1999).

3.2.2 Elementos estructurales

3.2.2.1 Partes contratantes

En el contrato de *shopping center* existen claramente dos partes contratantes que están directamente ligadas en la relación comercial, cuales son:

3.2.2.1.1 El operador

Generalmente es la persona jurídica⁵, la cual ostenta la propiedad del inmueble consistente en el centro comercial o *shopping center*, cuyos locales o espacios determinados existentes

⁵ Aunque nada impide que el empresario, sea una persona natural la propietaria del inmueble donde se halla el shopping center.

al interior de aquél son cedidos a los locatarios, interesados en desarrollar su actividad comercial en él.

Es de mencionar además que algunos autores consideran lo siguiente:

El organizador puede ser una persona física o jurídica, titular del emprendimiento o especialmente contratada para cumplir con la función organizativa: organiza, fiscaliza y planifica dicho emprendimiento comercial. Existe una obligación, cuyo deudor es la empresa organizadora, de planificar y conducir el shopping center (Ureta, 2008).

Es decir, es el titular del centro comercial, el cual es el encargado de la administración y organización del *tenant mix* del centro comercial. El *tenant mix* es definido como:

La distribución ordenada de los espacios comerciales en un complejo minorista, entendido como centro comercial, consiste en la búsqueda de una mezcla determinada, no casual, cuyo objetivo es que el consumidor o visitante no solo pasee por el Centro Comercial, sino que se convierta en una experiencia placentera, confortable y cómoda, planeando una ubicación estratégica de cada local, especificando funciones, a fin de optimizar en la mayor medida posible las rentas, de tal manera que nada quede librado al azar (Llinás, 2015).

En el Perú, se encuentran los siguientes operadores:

Tabla 4

Información Consolidada al 2017

Operador		En Lima	En Provincia	Total
ACCEP	Administradora Jockey Plaza	1	-	1
	Boulevard de Asia	1	-	1
	Cencosud Shopping Center	2	1	3
	Centenario Retail	1	4	5
	Corporación EW	2	-	2
	Inmuebles Panamericana	4	7	11
	Mall Aventura	1	1	2
	Mall Plaza	1	2	3
	Open Plaza	4	7	11
	Parque Arauco	7	3	10
	Plaza San Miguel	1	-	1
	Real Plaza	8	12	20
	Urbanova	8	-	8
	Viva GyM	1	-	1

		42	37	79
OTRO	Penta Realty Group	2		3
	Centro comercial Caminos del Inca	1	-	1
	El Polo	1	-	1
	InRetail	1	2	3
		5	3	8
	PERU	47	40	87

Nota: Información de los operadores de centros comerciales en el Perú. Adaptado de “Información consolidada al 2017”, por ACCEP, 2018.

3.2.2.1.2 El Locatario

Es la persona natural o jurídica quien representa a una marca comercial, bancaria o de cualquier otra índole, y quien, a cambio de una prestación económica, utiliza temporalmente las instalaciones de un determinado local al interior del *shopping center*, para desarrollar un fin comercial (Guadalupe, 2015).

En la doctrina argentina, se propone la figura del “consorcio de colocatarios”, teniendo como sustento principal de su planteamiento que, todas aquellas decisiones que involucren la administración del *shopping center* no pueden quedar a exclusivo arbitrio de su propietario, en la medida que muchas de estas decisiones inciden directa y fundamentalmente sobre los propios locatarios (Farina, 1999).

No obstante ello, es importante recalcar que ésta, es una decisión voluntaria que se funda esencialmente, en la necesidad de que las partes, negocien en igualdad de condiciones.

Los especialistas apuntan que la gran parte del éxito de todo centro comercial, es tener el *mix* adecuado de locatarios.

Así un estudio realizado en el 2009 se concluyó que: “De acuerdo con el análisis efectuado sobre los factores que contribuyen al éxito de los centros comerciales, se ha determinado que el *tenant mix* juega un papel fundamental” (Regalado et al., 2009).

En tal sentido y para efectos de la presente investigación, se ha considerado clasificar a los ocupantes del centro comercial, es decir, a los tipos de locatarios que operan al interior de éste, de la siguiente manera:

3.2.2.1.2.1 Tiendas ancla. - Denominadas también tiendas gancho, son aquellas tiendas de mayor extensión en un centro comercial determinado, cuya característica principal es la gran capacidad que tiene para atraer a gran cantidad de potenciales compradores, debido a la variedad de productos que ofrece y a su reconocimiento mismo en el mercado. Por lo general, se ubican en los extremos de los centros comerciales, de modo que, para llegar a ellas, es necesario recorrer la mayor superficie del centro comercial, favoreciendo el flujo de compradores a otras tiendas más pequeñas (El Comercio, 2011).

En el mercado peruano, se encuentran dentro de esta clasificación a las tiendas por departamento, home centers, cines, hipermercados y supermercados (Colliers Internacional, 2017).

Entre las tiendas por departamento se encuentran por ejemplo: Saga Falabella, Ripley, Zara; y como supermercados a Tottus y Plaza Vea.

3.2.2.1.2.2 Locales. - Engloba a todos aquellos comercios que no tienen la calidad de tiendas ancla, pudiendo ser restaurantes o tiendas de ropa, de calzado, maquillaje, etc. Algunos ejemplos: Topi Top, Don Belisario, Renzo Costa, Bata, otras.

3.2.2.1.2.3 Módulos. - Por lo general son negocios más pequeños que los locales, donde su capacidad de oferta en productos es limitada, aunque no es poco usual que determinadas marcas, además de tener un “local”, cuenten también con un módulo, como por ejemplo la marca “Renzo Costa” que cuenta con locales y módulos en el Shopping Center Jockey Plaza y en Real Plaza Salaverry.

Otros autores simplemente las clasifican en tiendas anclas y tiendas pequeñas, señalando que estas últimas son las que tienen mayores costos de alquiler, y además son las que aportan al fondo de promoción (PJ de Zavala Blog, 2014).

A continuación, se muestra información de las tiendas anclas y no anclas con los que cuentan algunos operadores en el país:

Tabla 5

Centros comerciales al 2017

Centro Comercial	Tiendas No Ancla	Tiendas Ancas
Jockey Plaza Shopping Center	525	7
Boulevard de Asia	339	2
Cencosud S.C.	250	6
Mall Plaza	368	16
Mall Aventura	382	7
Centenario Retail S.A.C	848	14
Corporación E. Wong	1109	13
Inmuebles Panamericana	970	28
Open Plaza	497	27
Parque Arauco	470	15
Plaza San Miguel	251	3
Real Plaza	1588	58
Urba Nova	211	10
Viva Gym	41	1

Nota. Información de las tiendas ancla y no anclas con las que cuentan los centros comerciales en el Perú al 2017. Adaptado de “Centros comerciales”, por ACCEP, 2018.

3.2.2.2 Cesión temporal del espacio comercial

Para efectos de que el locatario desarrolle su actividad comercial en el *shopping center*, resulta necesaria la cesión temporal de un espacio determinado en aquel; en tal sentido, si nos enfocamos en el escenario nacional, la cesión de ese espacio se efectúa normalmente a través de la celebración de un contrato de arrendamiento, cuando los locatarios desarrollan su actividad en locales o módulos, mientras que para los locatarios de tiendas anclas, lo usual es que celebren contratos de usufructo o superficie.

Por lo tanto, el contrato a celebrarse dependerá esencialmente del tipo de locatario al cual se cede el espacio de acuerdo a lo señalado por las entrevistadas N° 1 y 2,

De otro lado, debe tenerse presente que, aun cuando la importancia de este elemento resulte relevante, no deja de ser un elemento más dentro del vínculo contractual entre operador y locatario, conforme se seguirá desarrollando.

3.2.2.3 Precio

Conforme se ha indicado, por el contrato de *shopping center* se cede el uso y goce de un local comercial a cambio de una prestación económica pero dicha prestación no resulta ser

la que comúnmente se suele pactar en los contratos de arrendamiento, dado que no sólo está representada por la renta en sí que se paga por la cesión del local comercial, sino además por otros “conceptos adicionales” que integran el monto total que el locatario paga al operador, de acuerdo a lo señalado por la entrevistada N° 2.

En Brasil, país donde a nivel de la región latinoamericana, existe un mayor desarrollo a nivel doctrinario referente al contrato de *shopping center*, refieren que este precio estaría conformado por una renta fija anual (ajustada anualmente según un índice preestablecido) y otro porcentaje alquiler variable, así como el pago al fondo de promoción que va destinado al *marketing* y publicidad del *shopping center*.

Asimismo, se ha desarrollado también el concepto del denominado “*res sparata*” el cual no es otra cosa que el importe pagado por los locatarios que ingresan por primera vez al centro comercial, consistente en todo el material y la infraestructura intangible puesta a disposición del locatario por el operador, garantizándose al futuro inquilino que tendrá asegurado su lugar en una de las tiendas del centro comercial, coligiéndose que dicho pago es efectuado por única vez; en Uruguay, este pago podría asimilarse a lo que se denomina “pago por la llave”.

Por otro lado, en la doctrina argentina, Farina menciona el concepto de “expensas comunes”, el cual está representado por el pago que se efectúa por mantenimiento, vigilancia, alumbrado; se incluye también las mejoras o ampliaciones que lleve a cabo el operador, los gastos y comisiones de agencia que se generen por gastos de publicidad (1999).

Conforme se aprecia, en estos países, no existe uniformidad de criterios a la hora de determinar los conceptos que integran la contraprestación económica total que el locatario paga al operador, incluso se aprecia que hay disparidad de criterios en cuanto a su denominación.

En el Perú, la práctica comercial ha establecido por lo regular, que este pago integra una serie de conceptos como: la renta mínima, que se calcula normalmente en función al metro cuadrado, y la renta variable, que consiste en un porcentaje de las ventas, que por lo general asciende al 8.5% de las ventas netas (Salazar, 2015).

Adicionalmente, otros pagos diferentes a la renta que realiza el locatario, y que de acuerdo a Fasson se deben tener en cuenta al momento de arrendar un centro comercial son: i) El fondo de mantenimiento, que se paga también en función al metro cuadrado o monto fijo y sirve para pagar gastos de seguridad y limpieza de las áreas comunes del centro comercial, ii) El pago por la llave, pago que se efectúa como un derecho de admisión por el ingreso al

centro comercial, iii) El fondo de promoción para campañas publicitarias, y iv) Los gastos por servicios públicos, concepto que se paga por agua, luz, teléfono, entre otros. (Fasson, 2018).

No obstante; cabe señalar que el pago de estos conceptos dependerá mucho del tipo de locatario (tiendas ancla, módulos o locales) y de su poder de negociación frente al operador, quien al contar con mayor interés en que determinado locatario ocupe su centro comercial, optará por darle una serie de beneficios. A fin de contar con estos aliados, y para asegurar la presencia y permanencia de éstos, suelen “compensarlos” por las externalidades positivas que generan, a través del pago de una renta menor a la que cargan a los demás arrendatarios (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, Expediente 007-2007/CLC Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI).

Así lo señalaba incluso Fernando de la Flor en una entrevista realizada, donde afirmaba lo siguiente: "Las anclas, casi siempre, son parte de una cadena y son importantes porque generan un gran tráfico de visitas que contribuye a las ventas de los establecimientos menores. Por ello, los desarrolladores de centros comerciales, incluso, están dispuestos a cobrar menor renta a este tipo de tiendas" (El Comercio, 2011).

3.2.2.4 Reglamentos del *shopping center*

Documentos donde el operador establece las directrices que son de obligatorio cumplimiento para los locatarios, y en los cuales se prevé todo aquello relacionado al mantenimiento, la conservación y la limpieza de las áreas de propiedad común. La entrevistada N° 2, señala que los reglamentos no son objeto de modificación por parte de los locatarios, quienes no deciden nada respecto a lo que debe contener el mismo, en vista que únicamente corresponde al operador la administración del *shopping center*.

Al respecto MORANDI (Citado por Varón, 2016, p. 81) ha precisado lo siguiente:

la concedente suele dictar un reglamento que se asimila más a la ley que al contrato, sobre todo cuando la concedente se reserva la posibilidad de su modificación en cualquier momento y a su exclusivo juicio. Esta atribución facultativa es expresión del llamado dirigismo contractual, que no solo ha tenido aplicación en el ámbito socioeconómico de las relaciones privadas influidas por la intervención del Estado, y que responden a razones de interés público, sino que también tiene lugar en los negocios estrictamente privados, en los que la capacidad de decisión de una de las partes está totalmente debilitada frente a la prevalencia económica de la otra.”

Se considera al reglamento como un elemento esencial en este tipo de contratación, debido a que tiene por fin asegurar las condiciones óptimas para el adecuado funcionamiento del centro comercial, como el orden, la armonía, la seguridad, entre otros; de lo contrario, podría verse perjudicada no sólo la imagen del centro comercial, sino la de los que se encuentran instalados en ella.

En el Perú, la práctica comercial ha establecido el “uso” de tres tipos reglamentos. Así lo manifiesta la entrevistada N° 1, indicando que éstos son: i) Reglamento Interno, ii) Reglamento de Manual de Operaciones y iii) Reglamento de Manual de Diseño y Habilitación de Locales.

3.2.3 Objeto

El objeto del contrato contiene una serie de prestaciones, además del uso y goce de un bien a cambio de una prestación económica, pues como bien se ha afirmado precedentemente, existen además una serie de prestaciones adicionales que ambas partes contratantes deben cumplir; así, por ejemplo, está la obligación del operador de administrar el *shopping center* y del locatario de someterse a dicha administración, entre otras que abordaremos a detalle más adelante.

Por ello, el contrato de *shopping center* tiene una finalidad comercial más amplia y de beneficio para ambas partes contratantes, por cuanto existe un provecho en favor del operador, quien no sólo percibe el precio por el uso del local, sino que además le permite el desarrollo de un conjunto de conductas necesarias para la existencia del sistema negocial denominado *shopping center*, mientras que el locatario se beneficia del flujo de público que asiste al centro comercial por los atractivos y ventajas que este lugar ofrece, y donde él podrá realizar su actividad comercial.

Por tal motivo, es correcto afirmar, que el contrato de *shopping center*, es un contrato de colaboración empresarial, por cuanto existe un claro beneficio para las partes (ambos empresarios), en el caso del operador porque le permite la realización de su unidad de negocio: el *shopping center*, mientras que para el locatario, le resulta por diversos factores, más beneficioso en términos comerciales y hasta financieros desarrollar su actividad al interior del centro comercial, que hacerlo aisladamente.

3.2.4 Derechos de las partes contratantes

3.2.4.1 Derechos del operador

- Recibir en el modo y el plazo previsto en el contrato, el pago convenido por la cesión de los espacios comerciales del *shopping center*.
- Fiscalizar a través de auditorías o similares, las ventas mensuales de sus locatarios, a efectos de determinar el pago de la renta variable.
- El cumplimiento por parte del locatario de las obligaciones contraídas en el contrato de *shopping center*.
- Percibir de los locatarios, las contribuciones para el fondo de publicidad, pago de expensas o gastos comunes, entre otros.
- Exigir el cumplimiento de las políticas internas (Reglamento) a las que se han sometido los locatarios, en tal sentido, éstos últimos no pueden restringir los manejos de horarios del centro comercial, ni los estándares de imagen aprobados por el centro comercial.

3.2.4.2 Derechos del locatario

- A recibir en las condiciones y el plazo pactado las instalaciones del espacio comercial en el cual realizará su actividad comercial.
- Distribuir y comercializar los productos o servicios para lo cual se le cedió el espacio comercial en el *shopping center* (Lorenzetti, 1999).
- Que se ejecute el contrato en los plazos pactados.

3.2.5 Obligaciones de las partes contratantes

3.2.5.1 Obligaciones del operador:

- Ceder temporalmente el espacio comercial al locatario en las condiciones previstas en el contrato.
- Asumir las funciones de administración del *shopping center*.
- Estar a cargo de la organización, publicidad y marketing en general del *shopping center*, con la finalidad de captar la mayor afluencia de público posible.

Al respecto Lorenzetti (1999) afirma “La empresa titular del *shopping center* tiene las obligaciones propias del propietario locador, las que corresponden al prestador de servicios y las que incumben al empresario que organiza el emprendimiento”.

En la medida que es el encargado de la administración del *shopping center*, debe brindar las condiciones de confort y seguridad al interior del establecimiento.

3.2.5.2 Obligaciones del locatario

- La obligación esencial está representada por el pago del precio convenido por la cesión del espacio comercial. Al respecto refiere que: “es costumbre que sea determinado con una base y con un porcentaje sobre las ventas”, a lo que comúnmente se le adiciona “el pago por expensas comunes” (Lorenzetti, 1999).⁶ En tal sentido, queda claro que el pago del precio⁷ no está representado únicamente por la prestación económica que se realiza por el uso del local comercial, sino que a este precio, se le adicionan otros gastos que usualmente están relacionados con el mantenimiento y promoción del centro comercial.
- Regir su actividad dentro de las disposiciones establecidas en la normativa interna (Reglamentos del *shopping center*) los cuales contienen entre otros: Reglas sobre los horarios de atención, no pudiendo quedar al arbitrio del locatario su apertura al público, decoración y formatos que deben respetarse para la adecuación de las instalaciones, conforme a los estándares de imagen que el operador establezca.
- Ajustarse a los planes de ofertas y/o descuentos que el centro comercial determine como parte de sus campañas publicitarias.

3.3 Principio de la autonomía privada y los contratos atípicos

Atendiendo a que el objetivo principal de la presente investigación consiste en determinar la necesidad de regular el contrato de *shopping center* para garantizar la protección jurídica de las partes, es preciso que se analice la autonomía privada, considerada como principio fundamental que rige las relaciones jurídico contractuales.

Al respecto, De la Puente y Lavalle (2011) refiere que la autonomía privada es una potestad otorgada por el Estado a los privados a fin de que éstos puedan dictar normas que regulen sus propias conductas. Añade además que es el Estado quien debería establecer las reglas

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis: en su libro TRATADO DE LOS CONTRATOS, hace mención a ACOSTA para definir lo que son las expensas comunes: “las expensas comprenden todos los gastos de manutención: la reparaciones de piso y áreas de circulación, la colocación de letreros, los materiales, mano de obra común y especializada, los salarios del personal de limpieza, de seguridad y de administrativo, la recolección de basura y residuos, los consumos de energía, agua, gas calefacción, refrigeración, etc. También se incluye en este rubro los seguros de todo tipo que contrate el administrador para prevenir daños y siniestros que cubren tanto las áreas comunes como las alquiladas. Asimismo, si por la causa del tipo de mercadería o efectos comercializados por el locatario se incrementa la prima del seguro, será a cargo de este el pago de la diferencia.”

⁷ La determinación de este precio, es en la gran generalidad de casos lo que ocasiona las disputas entre locador y locatario, no obstante ello será abordado en el título siguiente.

para la vida en común en la sociedad, pero ha entendido que en el campo obligacional funciona mejor este poder cuando son las propias partes quienes crean las normas aplicables al acto que celebran, renunciando a establecer una regulación propia (De la Puente y Lavalle, 2011).

Es decir, en virtud de este principio los particulares cuentan con la potestad de regular sus relaciones obligacionales haciendo uso de los contratos típicos contemplados por el ordenamiento jurídico o a través de figuras creadas por ellos mismos, los cuales deberán enmarcarse dentro de determinados límites.

Y es precisamente en atención a esta libertad con la que cuentan las partes contratantes, que se generan las nuevas figuras contractuales, diseñadas para la satisfacción de los intereses de los particulares.

3.3.1 Manifestaciones

Esta autonomía privada que permite la autorregulación de las partes contratantes se manifiesta tradicionalmente a través de dos libertades que conforman la libertad de contratación: la libertad de contratar y la libertad contractual (Soto y Vattier, 2011).

3.3.1.1 Libertad de contratar

Se encuentra reconocida por el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política de 1993, al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público” (Constitución Política del Perú, 1993).

En consecuencia, por esta libertad, la persona no se encuentra en la obligación de contratar,⁸ sino por el contrario, se encuentra en la libertad de decidir con quién y cuándo contratar. Leyva (2010-2011) señala que “se contrata porque se quiere y se hace con la persona que se quiere”.

Así, por ejemplo, por esta libertad, el comerciante es libre de decidir dónde distribuir sus productos o prestar sus servicios, es decir, si hacerlo o no en un *shopping center*, y de optar por este último, tiene la libertad de elegir con qué *shopping center* contratar.

En el mismo sentido, el operador se encuentra en la libertad de decidir al locatario que ingresará al centro comercial que él administra, ya que no bastará que el locatario acredite su poder adquisitivo para asumir el pago de las rentas, pues el operador podría incluso,

⁸ Salvo los contratos forzosos.

considerar otros criterios, como la calidad de los productos o servicios, niveles de venta, entre otros aspectos que deberán acreditar los futuros locatarios, tal como lo señala la entrevistada N° 2.

3.3.1.2 Libertad contractual

Por esta libertad, se permite a las partes acordar los términos y condiciones del contrato. Se encuentra reconocida en el artículo 62 de la Constitución Política de 1993, aunque inapropiadamente se utiliza el término libertad de contratar:

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. (Constitución Política del Perú, 1993).

Partiendo de la premisa de que no es posible que el sistema legal contemple todas las innumerables posibilidades de acuerdos que pueden pactar las partes y que se generan por el dinamismo del mercado, es que se les concede la libertad de auto determinar los alcances de sus relaciones contractuales; ya que podría darse el caso que los acuerdos adoptados no encajen en los tipos contractuales existentes; de ser así, cuentan con la libertad de dejar de aplicar los tipos contractuales regulados, y en su caso celebrar un contrato atípico.

Al respecto, Soria y Osterling (2014) señalan la importancia de que las partes contratantes puedan satisfacer sus intereses con la creación de otras figuras contractuales por cuanto, las figuras reguladas por la ley podrían resultar insuficientes ya que el ordenamiento jurídico no tipifica toda la gama de contratos posibles de pactar.

3.3.2 Límites

Esta libertad otorgada por el Estado no es absoluta, ya que se encuentra sometida a determinados límites, tal como lo indica el Código Civil en su artículo 1354°, al señalar que el contenido del contrato no debe ser contrario a norma legal de carácter imperativo, en el mismo sentido se dispone en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil cuando se sanciona con nulidad los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Entre los límites a la autonomía privada, se tienen:

- i) Las normas legales imperativas, entendida como aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, debiendo ser cumplidas obligatoriamente por los particulares, sin posibilidad de pactar en contrario (Soto y Vattier; 2011, p.54).
- ii) El orden público, De acuerdo a Rubio, podría ser definido como “el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no pueden escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares. Para ello, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario (Rubio, 2012).
- iii) Las buenas costumbres: Son el conjunto de convicciones de ética social imperantes en una sociedad, en un determinado momento histórico y en un lugar geográfico específico. En el mismo sentido, Rubio sostiene que las buenas costumbres son determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporalmente ubicada. (Rubio, 2015)

Adicionalmente a estas limitaciones, también existen otras figuras jurídicas que limitan el ejercicio de la autonomía privada, tales como la buena fe y el abuso del derecho, las cuales serán abordadas en el acápite referido al desequilibrio contractual.

3.3.3 Atipicidad

A lo largo del desarrollo del mercado, las partes o agentes económicos realizan sus operaciones comerciales recurriendo a las figuras contractuales establecidas por el ordenamiento legal, es decir, a las figuras típicas, pero también lo hacen a través de figuras creadas por ellos mismos, permitiéndoles de esta manera satisfacer sus intereses, alejándose de las figuras que se encuentran pre establecidas en las normas legales, y como se indicó precedentemente, ello resulta válido, pues lo efectúan en el ejercicio de la autonomía privada del cual se encuentran investidos.

Doctrinariamente se entiende por contratos atípicos aquellas figuras contractuales que no han sido acogidas por el legislador y que, por ende, carecen de una regulación legal concreta (Soria y Osterling, 2014).

Se considera acertada la protección jurídica de estos contratos, en tanto se realicen respetando los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, por cuanto el contrato es una pieza fundamental de la actividad económica que realizan los agentes, quienes a pesar

de contar con un catálogo de tipos contractuales propuestos por la ley, deciden celebrar uno completamente nuevo que responda a las necesidades del negocio. De esta manera, los agentes económicos no se encuentran en la obligación de ajustar sus acuerdos para encajarlos en los tipos ya normados.

No obstante, las ventajas y facilidades del tráfico comercial que puedan generar los contratos atípicos, se tiene el inconveniente que exista el riesgo de que las partes contratantes no establezcan todas las respuestas para determinadas circunstancias, con lo cual estaríamos ante una falta de pacto, siendo de aplicación los usos y costumbres, lo que encuentra sustento en el artículo 2 del Código de Comercio el cual establece que:

Los actos de comercio, sean o no de comerciantes los que los ejecuten (...), se regirán por las disposiciones contenidas en él, en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza. (Código de Comercio, 1902)

El contrato de *shopping center*, es un ejemplo del ejercicio de la autonomía privada de los particulares, y que generalmente es tratado en la práctica comercial nacional como un contrato típico de arrendamiento -posición con la que discrepamos-, sin embargo, consideramos que independientemente del *nomen iuris* que las partes le asignen a este contrato, esto no resulta relevante al momento de analizar su naturaleza.

4 PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO DE *SHOPPING CENTER*

4.1 Tratamiento doctrinario y jurisprudencial en algunos países latinoamericanos

Es de remarcar que, en otros países de la región latinoamericana, esta figura contractual, tampoco se encuentra prevista en un ordenamiento legal específico que lo regule de manera íntegra; no obstante ello y conforme se ha desarrollado precedentemente, su uso constante en el tráfico comercial, lo ha convertido en un contrato con tipicidad social, motivo por el cual ha merecido el tratamiento doctrinario y jurisprudencial que intenta resolver las cuestiones controvertidas que surgen en su ejecución contractual, estableciéndose en algunos casos pautas generales para su tratamiento y, por supuesto, recurriendo a normas supletorias previstas en sus ordenamientos legales respectivos.

A continuación, se señalan algunos países:

4.1.1 Uruguay

El crecimiento económico en este país ha estado acompañado del poder adquisitivo de la población, generando un mayor consumo, por lo que, en la última década, el incremento del consumo de las familias se reflejó en niveles récord de ventas en casi todos los rubros del

sector *retail*. Sin embargo, pese a ser un país con una población pequeña, en comparación con el Perú, cuenta al 2017 con 15 *shoppings* (Uruguay XXI, 2018).

Respecto del contrato de shopping center, algunos autores afirman que se está frente a una figura atípica, por lo que se rige por los principios general del Código Civil (Semperena, Martínez, Pereira & Sánchez, 2010).

Asimismo, el contrato recoge otras peculiaridades como: el pago por aportes que deben efectuar los locatarios para la formación de un fondo promocional y publicitario, así como los pagos relacionados al fondo de mantenimiento, a los que únicamente tiene acceso la administración del *shopping center* (Semperena, Martínez, Pereira & Sánchez, 2010).

A nivel judicial, los jueces de este país, han tenido ocasión de atender controversias surgidas entre operadores y locatarios, y en las cuales han establecido ciertas peculiaridades del contrato en referencia al precio que debe pagar el locatario al operador, tales como: a) pago por la llave⁹, b) pago por adelantado del arrendamiento en la fase de construcción del *shopping center*, c) pago de impuestos (como el I.V.A. o el I.G.V.), y d) el pago de aportes de forma obligatoria al fondo de promociones del *shopping center*.

4.1.2 Colombia

Este país a diferencia de Perú, cuenta al 2017 con 226 centros comerciales y en el 2018 se inauguraron 24 nuevos centros comerciales (Vargas, 2018).

Este país cuenta con disposiciones en el Código de Comercio que, mediante los artículos 518° al 524°, regulan el arrendamiento de locales comerciales, el cual contiene un conjunto de normas destinadas a la protección de la actividad comercial. Sin embargo, se señala que el Código de Comercio no efectúa una regulación íntegra, por lo que se deberá recurrir a las disposiciones del arrendamiento de cosas del Código Civil (Varón, 2016).

4.1.3 Argentina

A nivel doctrinal no existe un criterio unívoco respecto de la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center*, donde en principio se suele denominar “contrato de locación” motivo por el cual al discutirse la competencia de los jueces para dilucidar la controversia surgida en la ejecución de estos contratos, existe discrepancia, pues algunos sostienen que debiera

⁹ A través de ella, el locatario se obliga a pagar una determinada cantidad de dinero en cuotas sucesivas previo a la ocupación del local comercial. Pagos que se efectúan previo a la celebración del contrato en sí, entendiéndose que este pago se efectuaría como un contrato preliminar por medio del cual el locatario busca asegurarse la reserva de un espacio determinando dentro de ese nuevo emprendimiento que constituiría el *shopping center*.

resolverse en el fuero civil, mientras que otro sector señala que, por tratarse de un contrato atípico, con elementos de distintos contratos, debiera resolver la Justicia Comercial (Rojo, 2014).

Aquí se ve cómo la falta de regulación en este país, trae consigo conflictos de competencia a la hora de resolver las controversias; no obstante, la Corte Suprema de este país, ya ha se pronunciado mediante el cual determinó la incompetencia de la Justicia Civil y su remisión al Juzgado Comercial, entre otros, por el siguiente motivo:

“El contrato que unía a las partes no era una simple locación de servicios, sino un contrato atípico de colaboración organizado en la forma de “centro comercial” o “shopping center”, dado que de sus cláusulas y anexos surgía que su objeto estaba destinado a una explotación comercial, que el precio estipulado estaba determinado por un valor mensual mínimo asegurado por un porcentaje de las ventas efectuadas y que se preveía un control por parte del centro comercial y que tales elementos no constituyen características que lo definan como un contrato de locación de bienes inmuebles”. (Rojo, 2014)

Dicho ello, Rojo (2014), concluye que el uso y el goce de un bien inmueble es solo un elemento más del contrato de *shopping center* por cuanto la relación jurídica que vincula a las partes excede ampliamente, el marco de un contrato de locación.

Para Lorenzetti (1999), jurista argentino, se trataría de un contrato mixto y conexo; mixto en la medida que, sobre un contrato de locación, concurren elementos de un contrato de servicios, y conexo, por cuanto los contratos están unidos entre sí por un elemento asociativo, representado por el interés común, que si bien no alcanza para afirmar la existencia de una sociedad, pero que tiene la virtud de que surjan entre las partes, una serie de obligaciones sistemáticas.

4.1.4 Brasil

Brasil cuenta con la Ley N° 8.245, Ley del Inquilinato, la cual contiene una serie de normas que regulan los arrendamientos de inmuebles urbanos y los procedimientos aplicables a ellos. En el capítulo II de la mencionada Ley se regulan disposiciones especiales para tres tipos de arrendamiento, los cuales son: residencial, para temporada y no residencial, siendo esta última modalidad o tipo de arrendamiento el que resulta de interés comentar para los fines de la investigación.

Así, en el arrendamiento no residencial, se encuentra el artículo 54° donde el legislador brasileiro ha precisado lo siguiente:

Art. 54. En las relaciones entre las tiendas y los emprendedores de shopping center, prevalecerán las condiciones libremente pactadas en los contratos de locación respectivos y las disposiciones procedimentales previstas en esta ley. (Ley 8.245, 1991)¹⁰

Es decir, mediante dicho dispositivo legal establece que, en estos contratos prevalezcan las condiciones libremente acordadas entre las partes. (Machado, s.f.).

Con esta regulación, se podría considerar que el legislador brasileiro ha puesto fin al debate de la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center*, al regularlo dentro de la ley del inquilinato; sin embargo, algunos autores consideran que ello no es correcta, y además que las disposiciones de dicha ley no resultan suficientes para solucionar las controversias surgidas entre las partes.

Es de destacar que, es muy común que los contratos posean cláusulas de radio, las cuales tienen como objetivo, establecer la prohibición al arrendatario de ejercer la misma actividad, en las proximidades del centro comercial, cuyo radio debe estar comprendido a una distancia aproximada no menor de dos kilómetros (Machado, s.f.) Al respecto, se cuenta con pronunciamientos judiciales que señalan su validez en el contrato, así se tiene lo resuelto por la Sala de Derecho del Tribunal del estado de Sao Paulo, en la Apelación N° 9219951-28-2009.26.0000 del 21.09.2011, la cual señaló que, su validez se basa esencialmente en la necesidad de garantizar la afluencia de clientes al centro comercial y en consecuencia proteger los ingresos y la propia continuidad del negocio (Machado, s.f.).

En la doctrina en dicho país, se encuentra a Pereira (1984, citado por Lorenzetti, 1999) quien señala que en la etapa de instalación de los diferentes negocios que integran el *shopping center*, se celebran contratos de locación, que si bien poseen características particulares, las mismas no llegan a desvirtuar el tipo; sin embargo, admite que podría tratarse de un contrato mixto, en la cual exista una locación de cosas y de servicios, representado por la cesión temporaria del uso y goce de un bien, y por las prestaciones intangibles al locatario, tales como agua, luz, seguridad, entre otros, que constituyen servicios.

¹⁰ Traducción libre de: “Artículo 54°: *Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.*”

4.2 Teorías de calificación de la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center*

Al respecto, la doctrina no es uniforme sobre la naturaleza jurídica, pues se ha intentado asimilar este contrato con otras figuras contractuales, principalmente con el de arrendamiento o también denominado locación por la doctrina extranjera.

Pues de concluirse que es un contrato atípico, se estará ante un contrato que carece de reglas específicas. Como señala Soria, es importante conocer si una figura contractual es típica o atípica, para de esta manera saber las reglas aplicables al contrato (Soria, 2016).

En ese orden de ideas, a continuación, se analizan las principales teorías identificadas por Lorenzetti (1999). Siendo éstas las siguientes:

4.2.1 La teoría de la locación o del arrendamiento

Los defensores de esta teoría afirman que el contrato de *shopping center* es de naturaleza locativa, debido a que se encuentra en él los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, como son el uso de un bien y el pago de la renta.

Por esta teoría se inclina Farina (1999) cuando señala que en el contrato de *shopping center*, la organizadora del *shopping center* entrega la tenencia de un local comercial a cambio de un precio, para su explotación comercial. Sin embargo; precisa el autor, que es una locación con características particulares, refiriéndose al lugar donde se situará el locatario, que será el *shopping center* y por todo lo que ello implica.

Pereira (1984, como se citó en Lorenzetti, 1999, p.702), también es de esta posición al señalar que los negocios que se instalarán en el bien jurídico que no les pertenece, lo hacen como tenedores, por lo que serán considerados locatarios. No obstante, admite la posibilidad de un contrato mixto, el cual contendría una locación de cosas (por la cesión del local) y una de servicios (por las prestaciones intangibles que le brindará el locador).

Para determinar si la naturaleza del contrato de *shopping center* corresponde a la de un arrendamiento, a continuación se explicarán los principales elementos de este contrato.

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado en el Libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda de los Contratos Nominados, Título VI del Código Civil de 1984, donde se encuentra definido por el artículo 1666°:

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

Entre los principales elementos estructurales que contiene se encuentran:

- Las partes: El Código Civil denomina a quien se obliga a ceder el uso del bien con el nombre de arrendador; y denomina arrendatario, a quien se obliga a pagar la renta.
- Objeto: Con la celebración del contrato de arrendamiento se crean dos obligaciones con prestaciones de dar: Una consistente en la obligación a cargo del arrendador de entregar el bien en uso al arrendatario, el cual puede consistir en un bien mueble o inmueble; y la otra, la del arrendatario de pagar la renta al arrendador por el uso del bien.

Respecto de la renta, Bigio (1994) señala que se podrá acordar el pago de una renta mixta por el uso del bien, el cual puede consistir por ejemplo, en dar una suma de dinero y dar el 50% de los frutos de un bien del arrendatario, así también podrá fijarse el pago de una renta fija y otra variable que resulte de aplicar un porcentaje de los beneficios obtenidos por el arrendatario.

Es decir, en el arrendamiento no necesariamente se pactará una renta determinada como pago, ya que también podría pactarse una renta determinable.

- Plazo: Las partes son libres de fijarlo; sin embargo, el legislador nacional establece un límite máximo de duración, fijándolo, por regla general, en diez años. Cuando el bien arrendado pertenezca a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede exceder de seis años.
- Formalidad: No requiere de ninguna formalidad para su validez.

Entre las principales obligaciones de las partes contratantes se encuentran (Northcote, 2009):

I. Del arrendador

- Entregar el bien de acuerdo a lo pactado en el contrato y en el estado necesario para utilizarlo.
- Mantener las condiciones para que el arrendatario continúe en uso del bien durante el plazo pactado.
- Realizar las reparaciones que sean necesarias.

II. Del arrendatario

- Pagar la renta en la forma y plazos pactados.
- Recibir el bien de acuerdo a las estipulaciones del contrato
- Pagar los servicios públicos suministrados en el bien.

- No introducir cambios ni modificaciones en el bien (mejoras), sin asentimiento del arrendador.
- Devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió.

De lo expuesto, se aprecia que tanto en el contrato de *shopping center* como en el contrato de arrendamiento, se cede el uso temporal de una cosa (bien inmueble) a cambio de un precio. Sin embargo, pese a estas semejanzas, se advierten diferencias porque el contrato de *shopping center* desborda al contrato de arrendamiento, ya que en primero encontramos las siguientes particularidades:

- En cuanto a las partes: i) el operador será aquella persona natural o jurídica que tiene por actividad comercial operar y administrar el *shopping centers*, cuyos espacios son entregados temporalmente a los locatarios de manera onerosa, ii) El locatario, es aquella persona natural o jurídica que desarrolla su actividad comercial de distribución en un espacio dentro del *shopping center*, sujetando su actividad a las directrices internas impartidas por el operador.
- En cuanto a las obligaciones: Del operador, la administración del *shopping center* y realizar las acciones necesarias, como la publicidad, para que de esta forma se capten clientes. Del locatario, cumplir con los pagos, cumplir con los horarios, ajustarse a los planes de ofertas y descuentos, trabajar bajo los estándares de imagen que maneje el operador, es decir se somete a la administración controlada de parte del operador.
- Generalmente se pacta el pago de una renta fija y variable, cuyo pago dependerá de la que resulte mayor en función de las ventas realizadas por el locatario. A fin de garantizar que el locatario no manipule los ingresos obtenidos para pagar una menor renta, se pacta la adquisición por estos de un sistema que controle los ingresos, e incluso que el operador pueda realizar auditorías.

No se comparte el enfoque de asimilar la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center* con la del contrato de arrendamiento, por cuanto las prestaciones particulares que contiene aquel contrato obedecen a un fin diferente al del contrato de arrendamiento, como se explica con mayor detalle en el título 5.

4.2.2 Teoría del contrato atípico

Como se indicó anteriormente, se entiende por contratos atípicos aquellos que no poseen una regulación legal propia (Soria y Osterling, 2014).

Es de esta posición, Gómez (1984, como se citó en Lorenzetti, 1999, p.703) quien señala que el contrato de *shopping center* sería un contrato atípico, debido a que las obligaciones que existen en este contrato exorbitan ampliamente la causa típica de una locación, por lo que considera inadecuado que se le apliquen las normas imperativas que rigen la relación jurídica de la locación.

La determinación de la tipicidad o no del contrato de *shopping center* es analizada en el título 5.

4.2.3 Teoría del contrato de sociedad

Los partidarios de esta teoría señalan que se trataría de un *joint venture*, por cuanto el organizador del *shopping center* participa de las ganancias del locatario.

Al respecto, el *joint venture* es definido por Farina (1999) como:

Un *acuerdo* que se celebra entre dos o más empresas que mantienen sus respectivas autonomías jurídicas con el fin de realizar un objetivo común mediante la aportación de recursos y la administración compartida de ellos. (p.784).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) lo define así:

Un proyecto conjunto o *joint venture* es un acuerdo contractual entre dos o más partes con la finalidad de ejecutar un proyecto empresarial en el cual las partes acuerdan compartir las ganancias y las pérdidas resultantes, al igual que la formación de capital y la aportación de los factores de producción (insumos) o los costes operativos de la empresa (OCDE; 2011).

De estas definiciones se colige que el contrato de *joint venture* es aquel celebrado entre dos o más personas (naturales o jurídicas) que se unen para realizar una determinada actividad, negocio o empresa, y por el cual compartirán las utilidades, así como las pérdidas que pudieran generar, sin crearse una persona jurídica distinta a las partes contractuales.

Para ilustrar su uso se considera oportuno citar el ejemplo brindado por Arbañil, donde se evidencia el aporte de bienes de las partes para alcanzar un fin común, cuando refiere el caso de dos empresas, una dedicada al acopio de frutas y la otra, una empresa que cuenta con maquinaria para procesar alimentos, así indica lo siguiente:

Ambas tienen como interés común el deseo de exportar productos envasados al mercado europeo. Si el dueño empresa acopiadora de frutas no tiene capital suficiente para implementar una empresa procesadora de alimentos y, de otro lado, si el dueño de la empresa procesadora no cuenta con los recursos necesarios para adquirir la materia prima para procesarla, ambas podrían celebrar un contrato de *joint venture* cuyo negocio específico consistiría en exportar conservas de fruta al mercado europeo. El aporte principal de ambas empresas sería: la empresa acopiadora pondría a disposición del *joint venture* la materia prima, es decir la fruta acopiada y, la empresa procesadora se encargaría de procesar la fruta y elaborar las conservas para exportar. Para celebrar este contrato, las partes tienen previamente que conocerse y manifestarse sus inquietudes e intereses. Si a ambas empresas les conviene lo que aporta la otra decidirán celebrar un contrato de *joint venture*. Como se aprecia, existe un interés común: exportar a Europa fruta conservada (Arbañil, 2007).

Una característica destacable del *joint venture*, está la de ser un contrato de colaboración empresarial con un objeto específico y en el cual cada parte contratante conserva su individualidad e independencia.

En ese sentido, descartamos esta teoría para explicar la naturaleza del contrato de *shopping center*, por cuanto en este último no existe un aporte de las partes contratantes para un fin común, ni tampoco, las partes contratantes participan en las pérdidas del negocio pues tanto operador como locatario asumen las ganancias y pérdidas de sus respectivos negocios.

4.2.4 Teoría de la concesión

Lorenzetti (1999) descarta esta teoría refiriéndose a la concesión comercial, por cuanto señala que el dueño del *shopping center* no es un empresario que distribuye bienes a través de los concesionarios que se instalan en el centro comercial.

Para determinar si el contrato de *shopping center* tiene la naturaleza jurídica de la concesión, a continuación, se define esta figura contractual.

Autores nacionales como Soria y Osterling, definen a la concesión privada como el contrato mediante el cual el concedente autoriza al concesionario a realizar una actividad o un determinado servicio, generalmente complementario a la actividad desarrollada por el concedente, y por un tiempo determinado (Soria y Osterling, 2014).

La justicia arbitral de Colombia también se ha manifestado sobre esta figura, pero utilizando la denominación de concesión de espacio, en los siguientes términos:

La denominada Concesión de Espacio hace referencia a la relación por medio de la cual, una persona natural o jurídica posee uno o varios establecimientos de comercio, que generalmente operan en cadena y sus servicios y/o productos están acreditados y son reconocidos por los consumidores, motivo por el cual atraen un público o clientela potencial y como instrumento de reducción de costos, optimización del espacio, mejora de sus rendimientos y servicios ofrecidos a sus clientes, opta por facilitar algunos espacios físicos de su establecimiento a terceras personas comerciantes que desean ofrecer sus productos o servicios al público que visita el establecimiento de comercio de aquella persona natural o jurídica. (Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, 2009)

De esta manera, es posible señalar que por el contrato de concesión privada el concedente deja de desarrollar la actividad que podría efectuarla, para darla en concesión. Lo que puede obedecer a diversas razones, tales como: la especialidad o responsabilidad frente a terceros; a fin de que sea brindada por el concesionario, quien soportará el riesgo de la explotación del servicio o actividad que brinde a los terceros. Así, por ejemplo, el propietario de un hotel, podría dar en concesión el restaurante; una universidad, los servicios de fotocopiado; una clínica, los servicios de estacionamiento.

Si bien, el contrato de concesión privada es atípico al no encontrarse regulado en el Ordenamiento Jurídico nacional, ello no ha sido impedimento para su utilización en el mercado peruano, y como todo contrato contiene elementos esenciales en su configuración, entre los cuales se encuentran (Soria y Osterling, 2014):

- Elementos objetivos: i) La prestación otorgada por el concedente al concesionario consistente en la autorización para el desarrollo de la actividad, ii) La actividad que desarrollará el concesionario será efectuada por su propia cuenta y riesgo, iii) La actividad del concesionario se encontrará sometida a la reglamentación que disponga

el concedente, pudiendo este último incluso modificarla de manera unilateral, al respecto Soria y Osterling, señalan que estos cambios deben realizarse en el marco de la buena fe. Así también, el concedente goza de la posibilidad de supervisar y controlar el cumplimiento de las prestaciones asumidas por el concesionario, quien se encontrará obligado a brindarle todas las facilidades para el ejercicio de dichas facultades.

- Elemento causal o función económica: La función económica gira en torno al permiso para el desarrollo y explotación de la actividad concedida al concesionario, quien se beneficiará por la clientela vinculada al concedente.

Dentro de las modalidades de concesión se encuentra además la de concesión comercial, la cual se diferencia básicamente de la concesión privada, debido a que en aquella el concedente encomienda al concesionario la comercialización de sus productos, siendo el concesionario un medio para colocarlos en el mercado (Soria y Osterling, 2014).

Si bien es cierto, se encuentran algunas semejanzas entre el contrato de concesión privada y el contrato de *shopping center*, tales como que en ambos contratos se concede un espacio para el desarrollo de una actividad económica, y el sometimiento del locatario a las reglas establecidas por el concedente y el operador, respectivamente; pese a ello, existen entre ambos contratos, importantes diferencias que las descartan como un mismo contrato.

Así se encuentra que la actividad comercial del operador consiste en la administración del *shopping center* (organización y planeamiento) con la finalidad de atraer la mayor cantidad de clientes, por cuanto él espera recibir de sus locatarios la renta variable que está en función a las ventas que estos realizan. El contrato de *shopping center* siempre será oneroso, por ser ese el negocio del operador.

Asimismo, se descarta la teoría de la concesión comercial, por las razones expuestas por Lorenzetti, y la cual compartimos.

4.3 Desequilibrio contractual

4.3.1 Definición

Para entender el desequilibrio contractual es preciso definir inicialmente el principio de equilibrio contractual.

Al respecto, Rodríguez (2011) refiriéndose al equilibrio contractual, señala lo siguiente:

Consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca. (p. 60).

Para Ordoqui (2015), la buena fe lleva a preservar el equilibrio objetivo entre la distribución de derechos y deberes entre las prestaciones asumidas por las partes, añadiendo además el mismo autor, que cuando las partes regulan derechos o facultades sólo en beneficio de una de ellas, y perjuicio de la otra, rompen el equilibrio natural del contrato.

Dicho ello, al referirnos concretamente al tema de desequilibrio contractual, en la doctrina existen diversas definiciones, entre ellas la de Stiglitz (2012), quien lo define como:

El poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas. La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. (p.16)

Bajo este orden de ideas, cuando se refiere el desequilibrio contractual estamos frente a una relación jurídica contractual, en la que dos o más partes tienen intereses en común y prestaciones que cumplir recíprocamente; sin embargo, una de ellas se encuentra en notoria ventaja respecto de su contraparte, por ejercer un poder económico y de conocimiento sobre diversas condiciones en el mercado que la otra no posee.

En palabras de Durand (2013) se entiende que:

“La parte débil de un contrato es aquella que no tiene el poder suficiente para establecer el esquema contractual o, que tiene un déficit considerable de información respecto del objeto del contrato y que lo pone en una situación de desventaja frente a la otra parte. De manera que la noción de parte débil no solamente está presente en los contratos de consumo masivo o en la contratación estandarizada o por adhesión, sino también puede estar presente en una relación contractual interindividual e incluso si la relación contractual tiene como partes a empresarios, en los que uno de

ellos, tenga el carácter de parte vulnerable si es que desconociera ciertos aspectos que posee la otra parte u otras características que lo coloquen en situación de desventaja frente a su contraparte”.

La lógica del desequilibrio contractual incluye e impone tener en cuenta cómo juegan a favor del contratante fuerte, una serie de circunstancias, tanto fácticas, incluso psicológicas, como de orden jurídico, y en perjuicio del contratante vulnerable, la sumisión de las condiciones impuestas. (De Castro, 2014)

A tenor de lo sentenciado por la jurisprudencia colombiana, “el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 2 de diciembre del 2015, recaída en el Expediente N° 36285).

4.3.2 El tratamiento del desequilibrio contractual en la legislación peruana

En la legislación nacional, específicamente en el Código Civil¹¹, las figuras jurídicas que salvaguardan el equilibrio contractual, son la excesiva onerosidad de la prestación, la cual se presenta durante la ejecución del contrato por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y que rompen el equilibrio contractual original esta figura se encuentra regulada en el artículo 1440 del código civil peruano; así también se encuentra la figura la lesión civil o contractual la cual se genera cuando un contratante se aprovecha del estado de necesidad apremiante del otro, con la finalidad de obtener una ventaja o beneficio patrimonial a su favor, este beneficio debe ser mayor a las 2/5 partes regulado en el artículo 1447 del código civil peruano.

De acuerdo a Moisset et al., refiriéndose a la lesión señala que con ello se busca proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas (2014).

¹¹ Artículo 1447° del Código Civil peruano de 1984

Si bien la lesión contractual evidencia el daño generado a la parte afectada dentro de una relación jurídica, por lo que para su compensación debe ser llevado a sede judicial.

Sin embargo, a pesar de la existencia de desequilibrio en los contratos, muchas veces las partes prefieren que estos sigan surtiendo sus efectos haciendo prevalecer la manifestación de la voluntad de las partes, sin perjuicio de que se puede cuestionar diferentes vicios.

El desequilibrio contractual suele estar presente en la relación entre proveedor y consumidor, es decir, es una relación de consumo, debido a que se parte de la premisa que el consumidor generalmente es la parte más vulnerable de esta relación contractual. Al respecto, el Perú no es ajeno a esta posición, por lo que se cuenta con un Código de Protección y Defensa del Consumidor aprobado por la Ley N° 29571, en el cual se señala lo siguiente:

“El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código” (Ley 29571, art II).

Con ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor busca proteger los derechos del consumidor respecto a la adquisición de bienes y/o servicios en su calidad de consumidor final, previniendo o eliminando conductas lesivas y disminuyendo la asimetría de la información frente a los proveedores dentro de una relación jurídica de consumo; ello distando de una relación jurídica comercial- distinta a la de consumo- existente entre dos partes contratantes con aparente igualdad de condiciones al momento de contratar y con la posibilidad de generar equilibrio contractual, pero por causas de predominio en el desarrollo de la actividad comercial a la que se dedican y en general por el poder económico y de negociación de una de las partes, ésta se ve beneficiada.

Pero no sólo el consumidor puede ser parte débil o vulnerable de una relación jurídica, debido a que puede darse el caso de que el desequilibrio contractual también se genere entre empresarios, en una relación comercial o mercantil, donde una de las partes se procure un mayor provecho en perjuicio de la otra.

Al respecto, señala Soto (2015) que la legislación europea al superar el tema con los contratos B2C (contratos de consumo), reconoce que existen problemas de desequilibrio en los contratos B2B (contratos mercantiles o entre empresas). Así, agrega lo indicado por Roppo (2011, citado por Soto, 2015):

Contrario a la idea según la cual (casi) todo el acervo comunitario en el área del derecho contractual hace referencia al acervo de los contratos B2C, se debe reconocer que también existe un acervo significativo en materia de contratos B2B, en forma de reglas europeas dirigidas específicamente a regular las relaciones contractuales entre empresas. La posibilidad de armonizar los contratos B2B está siendo objeto de discusión académica. El legislador europeo, cuando ha regulado los negocios B2B, ha adoptado diferentes perspectivas políticas sobre la base de un análisis caso por caso.

{...} el objetivo predominante de la regulación del mercado de los contratos B2B, es el de equilibrar la prohibición general de los acuerdos restrictivos de la competencia, con la necesidad de admitir acuerdos restrictivos que beneficien al mercado en favor del interés general, (i.e. mejorar la producción y la distribución de bienes y servicios para aumentar el progreso técnico y económico).

Otras veces, al contrario, la protección de la parte débil es el propósito principal y directo de la regulación de los contratos B2B. Este es el caso en contextos donde el legislador: i) nota asimetrías en la información u otras fallas del mercado que tengan la capacidad de generar un desequilibrio del poder contractual entre las empresas contrayentes, debido a su diferente posición en el mercado o, a los roles que éstas desempeñan; ii) considera dicho desequilibrio como una amenaza tanto a la justicia en las relaciones de mercado, como a la eficiencia de los mecanismos del mercado; iii) contrarresta dichos desequilibrios a través de normas dirigidas a proteger a la empresa que actúa como la parte débil del contrato. Aunque esta perspectiva se encuentra en la legislación europea aún en Estado embrionario, está presente, como se ve claramente, en las Directivas sobre agentes comerciales y sobre morosidad en las operaciones comerciales. Su presencia nos permite además, reconocer que la protección legal frente a las asimetrías del mercado que crean desequilibrios del poder contractual de la parte débil frente a la parte fuerte en un contrato empresarial, no está dirigida exclusivamente a los consumidores; una empresa también puede beneficiarse de dicha protección.

En el caso específico del contrato de *shopping center*, originado como consecuencia del acuerdo de voluntades de dos empresarios, que se vinculan en una relación comercial, también podrá darse el caso de desequilibrio contractual, sobre todo cuando una de las partes

goza de un amplio poderío económico como es el caso de los operadores, frente a los locatarios que no son tiendas ancla.

4.3.3 Causas que generan desequilibrio contractual

Al existir preponderancia en la relación contractual de una de las partes contratantes, respecto de la otra, se identifican algunos supuestos que desencadenan el desequilibrio contractual, entre los cuales se encuentran: (Soto, 2015)

4.3.3.1 Posición de dominio

En palabras de Ocampo (1995) La existencia de posición de dominio supone, la facultad de actuar de modo independiente en el mercado, es decir, tener un poder tal que, el agente o grupo de agentes de los que se trate, pueda decidir o elegir libremente, sin considerar al resto de participantes en el mercado, entre otros puntos, sus políticas empresariales, el nivel de precios de sus productos, sus contrapartes, etc.

En el Perú se cuenta con el Decreto Legislativo 1034 que regula la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas, la misma que contiene una definición de abuso de posición de dominio, donde se señala que éste se produce cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. Adicionalmente, la norma precisa que si el ejercicio de la posición de dominio no afecta a competidores reales o potenciales no es abuso de posición de dominio.

Si bien el desarrollo del abuso de la posición de dominio está orientado a sancionar conductas anticompetitivas enmarcadas dentro de una relación de competencia en sede administrativa, es decir la finalidad de esta norma es prohibir aquellas conductas que dañan el proceso competitivo. Sin embargo, para los fines de la presente investigación no corresponde analizar este supuesto ya que la relación jurídica contractual entre operador y locatario, no se enmarca dentro de una relación de competencia

4.3.3.2 Abuso del derecho

Al respecto Rubio (2015), señala que, “es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas; que, por lo tanto, ha sido recogido en los textos normativos (Tanto de 1936 como de 1984); que es aplicable no solo al derecho civil sino a todo el sistema jurídico”

Asimismo, agrega Rubio que el “abuso de derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito, al atentar contra la armonía de la vida social” (2015).

En el escenario nacional se encuentra regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, donde se señala expresamente que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho.

Se considera entonces, que el abuso del derecho se produce cuando el titular, en el ejercicio de sus derechos subjetivos, lo ejerce de tal manera que su conducta concuerda con lo prescrito por la norma jurídica (es decir, existe el ejercicio regular de un derecho) pero su ejercicio resulta contrario al principio de buena fe, afectando el derecho o legítimo interés de un tercero, el cual no se encuentra protegido por una norma jurídica específica. (Morales, 2016).

En ese sentido, el abuso del derecho en los contratos de *shopping center*, se manifestará en el ejercicio de los derechos subjetivos del operador, respecto del desarrollo de su actividad comercial, siempre que su ejercicio afecte manifiestamente los derechos de los locatarios, ya sea por la ausencia de norma expresa pertinente a este tipo de contratos o por el poco desarrollo de la doctrina o decisión a nivel jurisprudencial.

En los contratos de *shopping center* habrá abuso del derecho, cuando por ejemplo, el operador pactará con el locatario que para acceder a determinado *shopping center*, también deberá hacer uso de otro espacio en otro *shopping center* de propiedad del mismo operador. Si bien, podría señalarse a favor de dicho acuerdo, que en virtud de la autonomía privada las partes pueden celebrar libremente los acuerdos que mejor resulten para sus intereses; sin embargo, no se debe olvidar, que dicha libertad contiene límites, siendo una de ellas, el abuso del derecho.

4.3.3.3 Asimetría de la información

Para Sánchez-Daza (2001), supone cuando una de las partes en una relación o transacción económica tiene menos información que otra u otras.

Esta situación genera que, la parte contratante que posee mayor información relevante, respecto de las características en el mercado ya sea del producto, servicio o actividad comercial a la que se dedique, obtenga mayores ventajas y/o beneficios al momento de realizar la negociación, respecto de la otra y con ello se avista la asimetría en la negociación.

En los contratos de *shopping center*, habrá asimetría de la información, cuando una de las partes, generalmente, el operador cuenta con un vasto conocimiento respecto de la administración del centro comercial, así como con información económica, financiera, de mercado, entre otros en el sector *retail*, precisamente por ser ese su rubro de negocio, en comparación con los locatarios de tiendas o módulos, cuyos negocios consisten necesariamente en la distribución o comercialización de bienes o servicios; por ende, es muy probable que desconozcan, o tengan un conocimiento limitado sobre el funcionamiento del negocio del operador, lo que genera un alto riesgo de que se pacten acuerdos muy beneficiosos para la otra parte, sin que tomen las precauciones necesarias para preservar el equilibrio de las prestaciones.

4.3.4 Importancia de la buena fe

En este punto es de vital importancia resaltar la intervención del Principio de la buena fe, el cual supone el comportamiento leal y honesto de los sujetos intervinientes en la relación contractual, para la obtención del fin propuesto en el contrato, expresándose en la confianza depositada por las partes contractuales, respecto del actuar del otro, incluso desde antes de la celebración del contrato, es decir, desde la negociación, la celebración, e inclusive hasta la ejecución del mismo (Pérez et al., 2014).

De Los Mozos destaca que la buena fe se integra en un ideal de comportamiento en la vida social que queda incorporado al orden jurídico desde el Derecho Romano, constituyendo un principio universalmente reconocido y aceptado y de muy rica y variada trascendencia (Ordoqui, 2015, p. 62)

En ese sentido, la buena fe es la herramienta más importante para sostener que el contrato se adapte a las nuevas exigencias permitiendo la vigencia plena de la autonomía de la voluntad y del equilibrio prestacional. (Ordoqui, 2015).

El Código Civil peruano (1984), en el artículo 1362° se refiere a la buena fe en los contratos, al señalar lo siguiente:

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

Mario Castillo Freyre precisa que es evidente el carácter obligatorio e irrenunciable del artículo 1362° del Código Civil peruano, pues sería inimaginable que esta norma fuere de

carácter dispositivo, ya que si fuera así, las partes contratantes podrían pactar en contrario, despojándole del sentido práctico a dicha disposición (Ordoqui, 2015. p. 587).

El contrato de *shopping center*, sea típico o atípico igual se regirá por los principios generales establecidos en el Código Civil en materia contractual, como cualquier otro contrato; en ese sentido, las partes contratantes (tanto operador como locatario) deberán ceñir su conducta bajo el principio de la buena fe.

4.3.5 El desequilibrio contractual en el contrato de *shopping center*

Como ya se ha tratado, el desequilibrio contractual se genera cuando no hay igualdad entre las partes, es decir, cuando no están en una situación de equivalencia, en ese sentido; y refiriéndonos al contrato de *shopping center*, el desequilibrio se podrá generar ante el evidente poder corporativo y económico que ostenta en la mayoría de casos la empresa operadora del *shopping center*, siendo ésta última, la que tiene mejor posición en la relación contractual, así también es quien dirige las negociaciones, además de contar con el poder de decisión respecto de los locatarios que forman parte del centro comercial, sobre todo en aquellos (no ancla) que resultan ser la mayoría, quienes al encontrarse en una posición de desventaja, y con el deseo de instalar sus negocios en el *shopping center* del operador, optarán por aceptar condiciones que podrían ser gravosas para ellos.

Si bien el desarrollo de la presente investigación se basa en el análisis de la relación contractual entre el operador y los locatarios de menor envergadura¹², no es posible negar que el desequilibrio contractual, aunque en menor medida, también podría manifestarse en la relación contractual entre operador y los locatarios denominados tiendas ancla, donde la ventaja comercial puede recaer en estos últimos, quienes debido a su prestigio, inclusive internacional, gozarán de un poder corporativo y económico mayor al ostentado por el operador, lo que coadyuvará a que la negociación y contratación entre estas partes se realice en un escenario de equilibrio contractual, que el que pudiera existir frente a otros locatarios.

Por otro lado, el desequilibrio contractual y por ende la existencia de ventajas o beneficios hacia una sola de las partes, se manifiesta a través de las cláusulas abusivas. (Arana, 2010)

¹² Entiéndase a las que no califican como tiendas ancla

Refiriéndose a los contratos de consumo, Arana (2010) señala que la regulación de las cláusulas abusivas constituye un límite impuesto por la ley a la unilateralidad de la voluntad que tiene el empresario al imponer cargas al usuario o consumidor.

Por su parte, Córdova (2012, como se citó en De la Puente y Lavalle, 1995) refiriéndose al contrato de adhesión, señala que una cláusula es abusiva cuando en la relación contractual específica, se evidencia una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro, conocido también como cláusulas vejatorias, porque agravan la posición de un contratante que se adhiere al contrato predispuesto.

Por lo anteriormente señalado, tenemos que los particulares -en el libre ejercicio de la autonomía privada al momento de contratar-, con la finalidad de plasmar los derechos y obligaciones que les corresponden en un contrato, encuentran limitaciones que incluso superan a las limitaciones que le impone la ley, como son la moral, las buenas costumbres y el cumplimiento estricto de normas de orden público¹³, a las cuales podríamos sumar la buena fe y la proscripción del abuso del derecho.

Esta autonomía privada no solo permite decidir con quién contratar (libertad de contratar), sino en qué términos se desarrollará la relación contractual (libertad contractual); sin embargo, al existir dicha libertad en ocasiones se corre el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la ecuación económica y jurídica del contrato, el cual provoca un perjuicio para la parte más vulnerable frente a quien ostenta más poder económico, informativo y/o de negociación. (Alicenti, 2016)

La finalidad de identificar si una cláusula es abusiva, permitirá restablecer el equilibrio contractual entre las partes, en la etapa precontractual impidiendo que el proponente de las condiciones generales cometa un abuso sobre el contratante débil o en la etapa post contractual estableciendo sanciones, en caso de incumplimiento. (Arana, 2010)

Ahora bien, resulta importante resaltar que, las cláusulas abusivas no sólo se manifiestan en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores; sino que, éstas también suelen incorporarse en otras relaciones jurídicas, donde las partes contratantes pueden ser incluso empresarios, y como se ha anotado precedentemente, sucederá cuando una las partes se encuentra en condiciones de inferioridad frente a su contraparte, que es quien ostenta un

¹³ Artículo V del Título Preliminar y 1354 del Código civil.

mayor poder económico, y consciente de ello, impone condiciones, muchas veces abusivas en la contratación.

Así, el contrato de *shopping center* no es ajeno a esta situación, debido a que las partes suelen pactar acuerdos que desde nuestro análisis pueden ser calificados como transgresores al principio de equilibrio contractual, en ese sentido identificamos a los siguientes:

- Pie de ingreso o derecho de llave, consiste en el pago de una suma de dinero realizada por el locatario a favor del operador, por su ingreso al *shopping center*, incluso en algunos casos se suele pactar dicho pago por cada renovación del contrato de arrendamiento (Fasson, 2018).

Al respecto, se considera que si bien un primer pago realizado por el locatario, como derecho de admisión al centro comercial podría encontrarse justificado en cierta medida, como es el acceder a un espacio que ya cuenta con una infraestructura y la afluencia de público; sin embargo, no sucedería lo mismo si dicho monto se cobra cada cierto periodo o en cada renovación del contrato, ya que el mismo implicaría un ejercicio abusivo de la posición contractual que ostenta el operador frente al locatario, por cuanto esté el último no recibiría nada a cambio, es decir no se da una contraprestación por estos pagos, pudiendo atribuírsele incluso, la calificación de una indemnización disfrazada, pues el operador en aras de salvaguardarse de un posible perjuicio que pudiera generársele, se anticipa a ello y realiza dicho cobro al locatario; incluso si el supuesto perjuicio no llegara a suceder y el locatario cumpliera con cada una de sus obligaciones, el concepto de pie de ingreso nunca le sería devuelto al locatario, por lo que, este hecho reforzaría su condición de abusiva.

- Derecho de Permanencia: es un concepto que se cobra al locatario, generalmente en forma anual, que tendría como único sustento, como lo dice su nombre, que el locatario siga permaneciendo en el shopping center y por ende, pueda seguir desarrollando su actividad comercial en él.

Independientemente de la frecuencia y el monto que suelen pactar las partes por el derecho de permanencia, consideramos que, de no contener una contraprestación por parte del operador, este pago devendría en abusivo, sobre todo teniendo en consideración que, al inicio de la relación contractual, el locatario ya efectuó el pago del derecho de la llave. Cualquier pago posterior a ese primer pago, y tratándose de la misma relación contractual, no se encontraría justificado.

- Reubicación del locatario. Consiste en la facultad del operador, a cargo del *tenant mix*, de reubicar a los locatarios en espacios diferentes a los que venían ocupando, dentro del *shopping center*.

Al ser de interés del operador del *shopping center* atraer a los visitantes, éste procurará adecuar y acondicionar los espacios, lo cual incluso podría implicar reubicar a los locatarios, ya que podría darse el caso que la ubicación actual de alguno de éstos obstruye las obras necesarias para la ejecución del desarrollo del *shopping center*, lo que hace necesario su cambio; en ese sentido, consideramos justificada esta facultad del operador, sin que el locatario pueda oponerse a ello; sin embargo, la misma no podrá ejercitarse sin el reconocimiento de los daños eventuales que podrían ocasionarse al locatario porque de lo contrario resultaría abusivo (si la reubicación del locatario le genera daños y no se le reconocen, por ejemplo: los costos que implican acondicionar el nuevo espacio, la menor visibilidad ante el público, menor afluencia del mismo hacia su negocio, entre otros). Por ello consideramos que, a fin de garantizar un equilibrio de esta cláusula, el operador debiera asumir los gastos de la reubicación y garantizar el cambio a un espacio de iguales o mejores condiciones del que contaba el locatario.

- Obligación de instalarse además en otro *shopping center*. es decir, que para la celebración del contrato se impone al locatario, la obligación de instalar otra tienda o módulo en otro *shopping center* de propiedad del operador (Lorenzetti, 1999).

Como se señaló precedentemente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes cuentan con las libertades de contratar y contractual. Por la libertad de contratar, las partes gozan de la libertad de elegir con quién y cuándo contratar.

Con esta cláusula, se estaría vulnerando la libertad de contratar del locatario, restringiéndole su derecho a elegir con quien llevar a cabo determinadas relaciones jurídicas, por lo que acuerdos de este tipo generan desproporción en los beneficios y riesgos asumidos entre las partes, en especial por el locatario.

- Prohibición de instalarse en otro centro comercial de la competencia. Por esta cláusula el operador impone al locatario la obligación de no contratar con otro *shopping center* (Lorenzetti, 1999).

De igual manera que en la cláusula anterior, ésta resulta ser claramente lesivo a la libertad de contratar del locatario, y por ende, abusiva.

- Aplicación de penalidades para los supuestos resolución de contrato por parte del locatario. (Oliveira, B., & de Abreu, L. M. 2017)

Generalmente se suelen pactar penalidades excesivas, resultando para el locatario costosa la desvinculación contractual antes del vencimiento del plazo del contrato, por cuanto ante el temor de la aplicación de estas cláusulas, optará por continuar en el centro comercial, pese a que esta actividad ya no le podría resultar rentable, generándosele de esta manera perjuicios y por ende existiendo notoriamente un abuso.

Frente a esta situación, se sugiere considerar la flexibilidad de causales de resolución con penalidades menos gravosas, para casos donde el locatario no logre el mínimo de ventas que hagan rentable su continuidad en el *shopping center*.

Como se puede evidenciar, las cláusulas identificadas como leoninas (abusivas), guardan relación respecto de determinadas características, las cuales son la orientación de beneficiar o salvaguardar los intereses del operador del centro comercial, aun en perjuicio del locatario, evidenciando un desequilibrio en los derechos y obligaciones que corresponden a las partes, vulnerándose los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio.

5 PROPUESTAS DE SOLUCION PARA LA REGULACION DEL CONTRATO DE SHOPPING CENTER

5.1 Bases para determinar la naturaleza jurídica del contrato de *shopping center*

La importancia de determinar la naturaleza jurídica de este contrato radica no sólo en establecer si se está ante una figura contractual diferente a las reguladas por el ordenamiento jurídico y por tanto atípica, por las especiales características que la conforman, sino en conocer las reglas que se le aplicarán, no sólo durante la celebración del contrato, sino durante su ejecución y en la resolución de las controvertidas que pudieran generarse sobre su interpretación y alcances.

Ello, sin perjuicio de que nuestro Código Civil, contempla las reglas a las cuales se encuentran sometidos los contratos atípicos:

Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto

resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato (Código Civil de Perú, 1984).

Como se ha podido advertir de la investigación, en la realidad nacional los operadores del *shopping center*, suelen suscribir tres tipos de contratos, el de arrendamiento, uso y usufructo. Y para determinar qué tipo de contrato suscribirá el operador, bastará con conocer a su contraparte en la relación contractual.

Es así que, si se está frente a un locatario calificado como tienda ancla, se suscribirá un contrato de superficie o usufructo, debido a que son locatarios que resultan claves para el desarrollo del negocio ya que sirven de ancla o gancho para la atracción de clientes al centro comercial, además que suelen contar con una fuerte inversión.

Mientras que, con los locatarios de menor envergadura, que son la mayoría, suelen suscribir contratos de arrendamiento.

Ante este escenario, nos preguntamos si efectivamente el contrato que suscribe el centro comercial para la cesión temporal de sus espacios es un contrato típico, o nos encontramos frente a una nueva figura contractual.

La teoría más difundida y discutida sobre todo a nivel de la doctrina extranjera es aquella que señala que el contrato de *shopping center* es un contrato típico, denominado de arrendamiento, y sustentan su posición señalando que en el *shopping center*, al igual que en el arrendamiento se presentan las obligaciones de dar en uso un bien a cambio de una renta.

5.1.1 Análisis de los elementos del tipo contractual

A fin de demostrar que, en el Perú, el contrato de *shopping center* es una figura contractual atípica, es decir, una nueva figura jurídica generada como producto de la creatividad de los empresarios, para atender las nuevas necesidades y el aprovechamiento máximo de los bienes inmuebles, la someteremos al análisis de sus elementos esenciales para conocer su tipo contractual.

Tradicionalmente, se ha venido analizando el tipo contractual desde el punto de vista de las prestaciones; sin embargo, esto puede resultar peligroso por cuanto se puede arribar a conclusiones equivocadas, en la medida que existan prestaciones adicionales que desnaturalizan el tipo (Soria, 2016).

Osterling y Soria, señalan que es la ley la que prescribe los elementos esenciales de los contratos típicos, siendo estos elementos los que permitirán establecer si es que un determinado contrato celebrado se encuentra o no dentro del tipo contractual. Estos autores, siguiendo la teoría del María del Carmen Guete Alonso, señalan que estos elementos esenciales son los siguientes: Objetivo, subjetivo y causal. (Osterling y Soria, 2014)

A continuación, se efectúa el análisis de cada uno de estos elementos:

5.1.1.1 Elemento objetivo

Este elemento consiste en todas aquellas prestaciones mínimas e indispensables establecidas por las normas para considerar a un contrato dentro de un tipo contractual, el cual podrá contener incluso, prestaciones adicionales, además de las señaladas por la ley, pero que no deberán desnaturalizar la esencia del tipo contractual (Osterling y Soria, 2014).

De acuerdo con Torres (2002), toda relación jurídica tiene por objeto a la prestación, la cual consiste en la conducta o comportamiento que debe observar un sujeto del deber frente a otro sujeto de derecho, reduciéndose esa conducta en un dar, hacer o un no hacer. Y a su vez la prestación tiene por objeto a los bienes, derechos, servicios y abstenciones. Para una mejor comprensión, el autor cita como ejemplo el contrato de compraventa, señalando que la prestación del vendedor consistente en dar el bien vendido.

Por tanto, en el contrato de *shopping center* se encontrarán mínimamente las siguientes prestaciones indispensables:

- La cesión temporal de un espacio comercial en el *shopping center* por parte del operador y donde este último ejerce la administración controlada a fin de asegurar su adecuado funcionamiento, así como la publicidad y marketing destinado atraer a los clientes al centro comercial para el consumo de los bienes y/o servicios que distribuye el locatario.
- Pago de la renta fija o variable, la que resulte mayor, así como los demás conceptos económicos exigidos por el operador al locatario, tales como: el pago por el ingreso al centro comercial, por el fondo de promoción, gastos comunes, entre otros.
- Sometimiento de la actividad comercial del locatario a las disposiciones establecidas por el operador, tales como: horarios de atención, participación de los descuentos promocionales, estandarización de los espacios comerciales de acuerdo a formatos aprobados por el operador, fiscalización de ventas, entre otros.

En este extremo se aprecia que el contrato de shopping center comparte dos prestaciones mínimas con las del contrato de arrendamiento, por lo que algunos podrían considerar que estamos ante un arrendamiento.

Sin embargo, a fin de corroborar que ello no es así; a continuación, se continúa con el análisis de los otros dos elementos.

5.1.1.2 Elemento subjetivo

Este elemento está referido a la cualidad especial que debe tener el agente, es decir, a la condición o característica que debe cumplir la parte contractual, o ambas partes contractuales para calificar en el tipo contractual. (Osterling y Soria, 2014)

Así, por el ejemplo, en los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero, una de las partes contratantes debe ser una empresa bancaria, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 299¹⁴, con lo cual nos encontramos ante la exigencia legal de una cualidad de uno de los sujetos contratantes.

Como se ha señalado, el contrato de *shopping center* es aquel celebrado entre un operador y locatario, y no consideramos que los mismos deban cumplir determinados requisitos o tener ciertas cualidades para su celebración; sin embargo, por las características especiales que reviste el contrato de *shopping center*, es evidente que su celebración recaerá en sujetos que son empresarios, ya que el operador será aquel administrador de un *shopping center*, mientras que locatario será aquella persona natural o jurídica que realiza su actividad comercial en dicho centro comercial. Es decir, no estamos ante dos personas comunes, sino ante empresarios que persiguen un fin lucrativo, los cuales incluso pueden ser personas naturales.

¹⁴ El artículo 2° del D.L. N° 299, *señala lo siguiente*: “Cuando la locadora esté domiciliada en el país deberá necesariamente ser una empresa bancaria, financiera o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, para operar de acuerdo a Ley” Al respecto, se precisa que este artículo fue modificado por el Artículo 11 de la Ley N° 30822, publicada el 19 julio 2018, la misma que entrará en vigencia el 1 de enero de 2019, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 2.- Cuando la locadora esté domiciliada en el país debe necesariamente ser una empresa bancaria, financiera, cooperativa de ahorro y crédito que solo opera con sus socios y que no está autorizada a captar recursos del público u operar con terceros, inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito No Autorizadas a Captar Recursos del Público, o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, para operar de acuerdo a Ley.”

5.1.1.3 Elemento causal

Es entendido como la función económica o causa típica que cumple un contrato en todos los contratos de su misma categoría. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, la causa típica es la transmisión de la propiedad, en el arrendamiento financiero es el financiamiento, y en el contrato de arrendamiento es la cesión del uso (Soria, 2016).

Al respecto, en Argentina con motivo de la resolución de una controversia judicial sobre el contrato de locación de local comercial en un *shopping center*, se señaló lo siguiente:

El motivo determinante -que deviene en la causa propia del presente contrato-, lo constituye la funcionalidad, organización, atracción ejercida sobre el público y por los servicios que ofrece el Shopping Center (bares, restaurantes, espectáculos, salas de juego para niños, guarderías infantiles, etc.). De modo que el locatario se instala allí por todo esto, lo cual determina un desfile incesante de público que, muchas veces, va sólo a pasear, pero del cual surgen clientes. (Juez Hernán Daray - 1997).

En el contrato de *shopping center* la causa, no es la cesión del uso de un local o módulo, como en el arrendamiento. El locatario que se instala en el *shopping center* lo hace con el fin de aprovechar el flujo de clientes que atrae el centro comercial en atención a las actividades y atracciones que se desarrollan en el mismo, lo cual le permitirá una mayor probabilidad de comercializar sus bienes o productos.

En ese sentido, consideramos que la causa o función económica de este contrato es más amplia y de beneficio para las partes contratantes, ello en tanto al operador le permite desarrollar su unidad de negocio denominada shopping center y al locatario le permite gozar de las ventajas que ofrece éste, que hacerlo aisladamente; para lo cual el operador enfoca sus esfuerzos en atraer al público o clientes, pues su éxito se reflejará en el pago de la renta variable de parte de sus locatarios, quienes se encontrarán obligados a pagar este monto cuando sea mayor a la renta fija pactada.

Por todo lo expuesto, consideramos el contrato de shopping center es un contrato que no tiene una regulación legal específica en el Perú por ser un contrato atípico.

5.1.2 Características del contrato de *shopping center*

Habiéndose identificado la naturaleza atípica de este contrato; a continuación, se describen sus características:

5.1.2.1 Principal

En cuanto a su autonomía, los contratos se clasifican en: i) Principales, es aquel que no depende de otro que le precede, ii) Accesorios, aquél que depende lógica y jurídicamente de otro contrato y; iii) Derivados, cuando se desprende de otro contrato.

El contrato de *shopping center* es principal, ya que subsiste por sí mismo, produciendo sus efectos sin necesidad de la existencia de otro contrato.

5.1.2.2 Atípico

Como se indica del análisis de los elementos típicos de los contratos, el de *shopping center* resulta ser atípico por no encontrarse regulado en el ordenamiento jurídico nacional.

5.1.2.3 Nominado

A nivel doctrinario y en el tráfico comercial se le conoce como contrato de *shopping center*.

5.1.2.4 Empresarial

Es un contrato suscrito por empresarios, es decir, es un vínculo de naturaleza jurídico mercantil, que involucra intereses empresariales.

5.1.2.5 Consensual

Al ser un contrato atípico, no cuenta con una forma prevista en la legislación nacional, por lo que para su perfeccionamiento bastará el acuerdo de voluntades, generándose de esta manera obligaciones a cargo de las partes; sin que se requiera algún requisito adicional como por ejemplo: la entrega del bien. Esta obligación sólo surge de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

5.1.2.6 Informal

Los contratos en general se clasifican por la forma de su constitución en i) formales cuando tienen una forma prescrita por la ley, los cuales a su vez pueden ser *ad solemnitatem*, cuando su inobservancia es sancionada por la ley, y *ad probationem*, cuando no se sanciona con nulidad su inobservancia, e ii) informales, son aquellos que no tienen una forma prescrita por la ley.

El contrato de *shopping center* al ser una figura contractual atípica, no cuenta con una solemnidad para su celebración, cuya inobservancia sea sancionada con nulidad, en ese sentido, resulta ser un contrato informal, de modo que las partes gozan de la libertad de establecer la forma de su celebración.

5.1.2.7 Prestaciones recíprocas

Por la prestación, los contratos pueden ser unilaterales cuando contienen una sola prestación, o bilaterales cuando existe prestación y contraprestación.

El contrato bajo análisis crea obligaciones a cargo de ambas partes contratantes, ya que el operador debe ceder temporalmente el espacio comercial en el *shopping center* que administra y gestiona una serie de actividades para su adecuado funcionamiento, mientras que correlativamente el locatario es deudor de la prestación consistente en pagar la renta y otros conceptos económicos, además de cumplir el reglamento interno, manifestándose de esta manera la reciprocidad a través de la existencia de prestación y contraprestación.

5.1.2.8 De tracto sucesivo

El contrato de *shopping center* resulta ser de tracto sucesivo por cuanto el cumplimiento de las prestaciones a las que están obligadas las partes, se efectúa en un periodo determinado.

5.1.2.9 Oneroso – conmutativo

Por su valoración, los contratos pueden ser: gratuitos u onerosos, este último implica se da cuando cada una de las partes sufre un sacrificio que se compensa con una ventaja, los cuales a su vez se clasifican en conmutativos, y aleatorios.

El contrato de *shopping center* es oneroso en la medida que implica tanto ventajas como sacrificios para el operador y locatario. Y conmutativo, en atención a que las partes, desde la formación del contrato, están en condiciones de conocer cuáles son las ventajas que les va a reportar su celebración.

5.2 La negociación asimétrica en el contrato de *shopping center*¹⁵

El desequilibrio contractual desarrollado en la presente investigación, y que mayormente se presentará en perjuicio del locatario, debido a que el operador cuenta con mayor poder de decisión, ya que es titular del emprendimiento, posicionándolo con ventaja, especialmente frente a los locatarios de menor envergadura, podrá ser combatida con eficiencia a nivel contractual, con el establecimiento de condiciones contractuales cercanas a la realidad de las partes, para que se pueda dar estricto cumplimiento de ellas, en aras de lograr el debido equilibrio dentro de la relación jurídica del contrato de *shopping center*; pudiendo así,

¹⁵ Tomando como referencia para el análisis “METODO DE NEGOCIACION DE HARVARD” Fue creado por el Profesor de la Facultad de Leyes Roger Fisher.

obtener la rentabilidad deseada y que ambas partes puedan desarrollar su comercio en un escenario que le aporte beneficios a ambos.

Es así que, habiendo identificado las principales cláusulas que suelen pactarse en los contratos de *shopping center*, a nuestro entender resultan ser leoninas (abusivas) las siguientes:

- Aquellas que contengan o se refieran a los pagos por la continuación o permanencia en el *shopping center*, en el entendido de que su único sustento sería por la permanencia del locatario; sin que se le otorgue alguna ventaja o beneficio por ello, sobre todo porque además de ello, ya existe el pago de la renta, lo que le da el derecho a hacer uso del espacio comercial.

Situación distinta sería, si el operador garantizara que este pago se destinará, por ejemplo, a la realización de mejoras en el *shopping center*, generando la optimización de las condiciones en las que se desarrolla la actividad comercial para la realización de mayores ventas por parte de los locatarios, lo que indudablemente también beneficiará al operador, pues se generará mayor probabilidad de que sus locatarios le paguen la renta variable, y no la mínima.

- Las cláusulas que permitan al operador por decisión unilateral reubicar al locatario a otro espacio comercial dentro del *shopping center*, sin que se contemple la reparación de los daños que podría generársele al locatario.

Consideramos que será posible la reubicación, siempre y cuando se realice una correcta descripción de las condiciones que deben presentarse para la reubicación de un locatario y las cuales se deberán cumplir en el caso concreto, así como el pago de los posibles daños, y las condiciones del nuevo espacio donde se garantice la afluencia de público y la visibilidad de la tienda o módulo de cara a los consumidores, entre otros aspectos que mitiguen cualquier desequilibrio contractual.

- Aquellas cláusulas que tienen como finalidad limitar la libertad de contratar del locatario, ya sea obligándolo a suscribir contratos de *shopping center* con otros centros comerciales de propiedad o administración del operador, o restringiéndolo de contratar con otro operador, puesto que es de libertad del locatario decidir con quién contratar, por ello consideramos que si el operador deseara que el locatario forme parte de otro *shopping center* de su propiedad, debiera proponerle beneficios y/o ventajas que resulten atractivas, mas no condicionarlo a pertenecer a un *shopping center* adicional, para recién tener acceso al que desea.

Por otro lado, el hecho de que se obligue al locatario a no hacer uso de un espacio comercial en el *shopping center* de la competencia, genera una competencia desleal, por lo que no podrá ser pactado. Consideramos que esta medida además perjudica al mismo operador en cuyo aparente beneficio se pacta este acuerdo, por cuando mientras mayor sea la exposición del locatario y de su marca, este podrá expandir su negocio en el mercado permitiéndole obtener mayores ingresos y como consecuencia de ello, el operador pueda llegar a contar con más locatarios de marcas reconocidas dentro de su establecimiento que atraerá a los consumidores y por ende obtener mayores ingresos en el cobro de sus rentas.

- Las cláusulas en las que se apliquen penalidades excesivas en caso de resolución del contrato por parte del locatario, antes del plazo estipulado, son aquellas que resultan ser compensatorias, por lo que, consideramos que su pacto frente al incumplimiento de las obligaciones es necesaria, en este caso teniendo el operador como expectativa el flujo de ingreso durante determinado tiempo, proveniente de la cesión de uso de un espacio dentro del centro comercial en favor del locatario, por lo que esta cláusula permite la distribución eficiente de los riesgos entre las partes, sin embargo esta debe estar orientada a representar el equilibrio económico sobre el cual se ha realizado su análisis costo-beneficio sin generar perjuicio alguno en contra del locatario.

En términos generales, para lograr obtener las óptimas condiciones que se pretende, al momento de realizar las negociaciones de las condiciones contractuales, importa ponerse en el lugar del otro y no intentar obtener beneficios en menoscabo de la parte más vulnerable de la relación contractual, la existencia del compromiso dentro de la relación contractual, que permitirá ser prácticos precisos con nuestras pretensiones y establecer de manera clara acuerdos que protejan los intereses de ambas partes, intereses que sobre el particular se señalarán a continuación.

5.2.1 Ponderación de intereses

En este punto, resulta importante resaltar que, cada una de las partes intervinientes en los contratos de *shopping center* (es decir, el operador y el locatario), buscan la explotación máxima de las actividades comerciales a las que se dedican y, con ello, obtener los mejores márgenes de ganancia. Así, por el lado del operador, su interés consiste en atraer la mayor cantidad de público o visitantes para el consumo de los productos y/o servicios, así también lograr la mejor utilización y distribución de los espacios del *shopping center* en aras de que se forje una especie de ciudad comercial, en la que los consumidores más que ir a comprar

y/o consumir determinado, producto y/o servicio, vivan una experiencia diferente a la tradicional, pudiendo realizar diversas actividades recreativas. Por el lado de los locatarios, específicamente de los locales y módulos, su interés está en desarrollar su actividad comercial en un lugar donde haya afluencia de público, lo que genera mayor probabilidad de las ventas de sus productos o servicios, y por qué no, también podrán tener el interés en el reconocimiento de su marca, ya que el *shopping center* funciona como una vitrina de publicidad. Por lo que, ambas partes deberán reconocer su relación de interdependencia, es decir el *shopping center* no podría desarrollarse sin locatarios que expongan sus productos y/o servicios y de igual manera los locatarios no podrían maximizar su nivel de exposición a los productos y/o servicios que ofrecen, sin la organización, administración, publicidad entre otros recursos que el operador ofrece, en ese sentido, el comprender la relación de interdependencia existente, logrará el crecimiento de las partes y que ambas obtengan beneficios en la relación contractual.

5.3 Contenido mínimo del contrato de *shopping center*

Conforme se ha desarrollado precedentemente, el contrato de *shopping center* por las prestaciones que suele contener, resulta ser una figura contractual compleja.

A fin de que un futuro locatario pueda agilizar la negociación de estos contratos, y conocer las reglas que generalmente se pactan con el centro comercial, Fasson identifica el contenido mínimo respecto del cual las partes contratantes deben ponerse de acuerdo al momento de celebrar el contrato, siendo estos los siguientes (Fasson, 2018):

5.3.1 La renta mínima

La cual se calcula generalmente en función al metro cuadrado del área o local comercial materia de la cesión temporal a favor del locatario, así como la oportunidad de la facturación, la cual normalmente se realizará a principio de cada mes.

5.3.2 La renta variable

Representada por el porcentaje, que en nuestra práctica comercial generalmente asciende al 8.5% de las ventas netas que se generan en el local o módulo y que normalmente se facturan al vencimiento de cada mes. El acuerdo deberá indicar que este pago se realizará sólo si excede la renta mínima.

5.3.3 La cláusula de autoría

Por esta cláusula se facultará al operador a realizar auditorías al locatario, la cual podrá ser a través de sociedades auditoras, con la finalidad de determinar el cálculo de la renta variable. Pudiendo incluso pactarse, que de encontrarse diferencias en su cálculo, se aplicarán penalidades en contra del locatario y/o considerarse como una causal de resolución.

5.3.4 El fondo de mantenimiento

Como se señaló, el operador al ejercer la administración contralada del *shopping center*, demanda de recursos para los servicios de seguridad y la limpieza de las áreas comunes del centro comercial, así como el mantenimiento de los ascensores, escaleras mecánicas, entre otros, por ello, pacta con el locatario el pago para el fondo de mantenimiento, el cual podrá pactarse en función al metro cuadrado cedido al locatario.

5.3.5 El fondo de promoción

Como administrador del *shopping center*, el operador también será el encargado de realizar las campañas de publicidad y marketing, por ello, también se deberá establecer en el contrato, el monto que debe abonar cada locatario para dicho fin. Estos recursos serán destinados, por ejemplo, para realizar campañas publicitarias esencialmente en días festivos como: Día de la madre, Día del Padre, Fiestas Patrias, Navidad, entre otras fechas donde el consumo es mayor a lo usual.

5.3.6 El pie de ingreso o derecho de llave

Respecto de este pago, en el contrato se deberá establecer el monto a pagarse y la oportunidad en que se efectuará, y como ya se indicó, consideramos que este pago debe realizarse una sola vez.

5.3.7 Los servicios públicos

El monto y la oportunidad del pago a realizarse por este concepto, constituido por el pago de la energía eléctrica, del agua, teléfono y el POS.

5.3.8 La garantía

Las partes deberán pactar el tipo de garantía, generalmente es carta fianza, a fin de respaldar cualquier tipo de incumplimiento derivado del contrato.

5.3.9 Los arbitrios

Como señala Fasson, si bien la cuponera de los arbitrios se emite a nombre del propietario del centro comercial, es uso y costumbre que sea el titular del espacio cedido, quien asuma

el pago de los arbitrios del área o local comercial materia de arrendamiento. Consideramos que para que ello sea exigible al locatario, se deberá pactar así en el contrato.

5.3.10 La obtención de las licencias

Deberá acordarse que será de obligación del locatario, la tramitación y obtención de las licencias o permisos para la apertura y acondicionamiento del local, en caso este sea entregado en obra gruesa.

5.3.11 El pago a las sociedades de gestión colectiva

A fin de que los locales de los locatarios puedan contar con música, se deberá acordar en el contrato quien será la parte responsable de tramitar los permisos respectivos y el pago ante las instituciones correspondientes como APDAYC y UNIMPRO, generalmente se suele pactar que estos gastos serán de cargo del locatario.

5.3.12 La revisión de los planos

En los *shopping center* no se suele dejar a criterio del locatario su instalación en aquel, no sólo por un tema de seguridad, sino también por la armonía visual, en ese sentido, las partes deberán acordar la autorización por el locador, la revisión de los planos con la finalidad que se cumpla con los estándares de seguridad adecuados (se acostumbra entregar el manual de instalación de locales comerciales) así también, para que se garantice la armonía visual con el diseño de todo el centro comercial.

5.3.13 La cláusula de mejoras

En la mayor parte de los casos son los centros comerciales quienes se quedan con aquellas mejoras que no se pueden remover, retirándose solo aquellas que no afecten la parte estructural del local.

Es importante que el contrato de *shopping center* contenga mínimamente lo señalado, esto con la finalidad de evitar el pago de penalidades o incurrir en causales de resolución, las cuales son pactadas a la par en estos contratos.

5.4 La necesidad de establecer un marco normativo general en el tratamiento del contrato de *shopping center* en el Perú

La complejidad del mundo en el que se vive hoy en día, representada por la innegable globalización, así como apertura y la expansión de nuevos mercados, ha traído como consecuencia, entre muchas otras, que las relaciones contractuales, se hayan vuelto con el devenir del tiempo, más complejas y variadas, ajustadas precisamente a las necesidades del

mercado y de sus propios agentes; no obstante, lo que en la realidad se desarrolla como un cauce natural, con el derecho, no siempre y por infortunio, ocurre lo mismo, lo cual supone un reto permanente para las legislaciones pertinentes de cada país.

En la presente investigación, se ha evidenciado que el contrato de *shopping center*, es constantemente usado en nuestro escenario nacional, sin embargo, pese a ello, a la fecha no existe una legislación específica que resulte aplicable a este vínculo contractual que, por sus particularidades, es ciertamente complejo. En tal medida, es oportuno señalar que dicha regulación, no pretende estandarizar la contratación, por cuanto queda claro, que si bien los operadores son empresarios usualmente de gran poder económico; los locatarios, si tienen un espectro variado en su clasificación, pues se incluye desde las tiendas ancla (cuyo poder de negociación es igual de fuerte o hasta mayor que el del operador) hasta aquellos comercios menores, con los cuales la negociación es notoriamente mínima, circunstancia que motiva la búsqueda de un marco normativo base que regule aquellas situaciones que puedan generar desequilibrio en la relación contractual entre las partes, a la vez que haga más dinámica y dote de mayor seguridad jurídica a la contratación.

El fin de la propuesta es dotar de un marco legal mínimo, que permita una mayor previsibilidad y seguridad jurídica a sus contratantes, sin que ello implique en modo alguno, menguar la autonomía de voluntad de éstos, ni se afecte la libertad contractual, sino por el contrario permita un mayor dinamismo en la contratación moderna. Así mismo se evite o al menos minimice la exposición a riesgo de situaciones amparadas en cláusulas abusivas en perjuicio esencialmente de locatarios, cuyo poder de negociación es mínimo, siendo estos, en ocasiones los más perjudicados con no contar con una legislación al respecto.

Debe tenerse presente además que, el sector *retail* y la expansión de los centros comerciales en el Perú, tiene proyecciones altamente favorables, que posicionan al país en lugares expectantes en comparación a sus pares de Latinoamérica e, incluso, a nivel mundial, y que convierten al país en un mercado atractivo para las inversiones. En tal sentido, es oportuno implementar una adecuada tipificación legislativa de este contrato, pero no mediante una ley rígida, sino a través de una ley marco, que a la vez permita una negociación más fluida de las partes contratantes, en la medida que queden establecidos ciertos parámetros que eviten pactos respecto de cláusulas notoriamente leoninas (abusivas) en perjuicio de quien ostenta una ventaja negocial, lo cual permitirá el desarrollo y el fortalecimiento de este tipo de contratación moderna, tan usado en la actual práctica comercial.

5.4.1 Propuesta de un marco normativo

En la realidad contractual es usual la existencia de cláusulas leoninas (abusivas) y el contrato de *shopping center* no es ajeno a que se generen este tipo de situaciones, como producto del mayor poderío económico, corporativo y de conocimiento del sector retail del operador, frente a algunos locatarios.

Si bien el libre ejercicio de la voluntad de las partes se da a través de la libertad contractual y la libertad de contratar, éstas deben encontrarse dentro de los límites normativos establecidos, así como de los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio, por lo que, el pasar por alto alguno de ellos, afecta el desarrollo eficiente de la relación jurídica contractual generando perjuicios en contra de la parte más vulnerable. En ese sentido, es importante arribar a una negociación que prepondere el equilibrio entre las partes contratantes, que satisfaga los intereses respecto a sus necesidades y que ello tenga como consecuencia el desarrollo de las partes en la actividad comercial a la que dedican en el sector *retail*.

5.4.2 Exposición de motivos

Con la globalización y la apertura de nuevos mercados, constantemente los agentes económicos crean nuevas y cada vez más complejas relaciones contractuales, que obedecen estrictamente a las necesidades del mercado y de los intereses de éstos, lo que supone la existencia de una especie de fenómeno tendiente a la incursión de contratos empresariales cada vez más especializados, que únicamente gozan de una “tipicidad social”, y no así de una regulación pertinente en la norma.

En este contexto, se aprecia una especie de exigencia implícita de cada país, en la revisión constante de sus legislaciones a fin de ir adaptando sus marcos institucionales a las necesidades del mercado y sus agentes económicos, por cuanto éstas se hallan en una permanente evolución y dinamismo.

Por ello es importante contar con un marco normativo mínimo que reúna los principales aspectos que giran en torno al contrato de *shopping center*, a la vez que se genere un escenario que permita a las partes contratantes negociar en igualdad de condiciones, dotándolas así de una mayor protección jurídica a la que gozan actualmente.

La garantía de los derechos constitucionales de las partes contratantes no versa únicamente sobre el respeto a la voluntad de éstos y la buena fe, sino que además resulta necesario el

empleo de mecanismos legales que permitan y/o faciliten que la contratación sea más viable y permita un mayor dinamismo en las relaciones contractuales.

5.4.3 Análisis de costo-beneficio

De parte del Estado peruano, la presente iniciativa no demandará gasto alguno al presupuesto nacional. No obstante ello, su implementación sí podría generar algunos costos a los agentes económicos dedicados principalmente a la actividad empresarial de la administración de *shopping center* (entiéndase, a los operadores); sin embargo, desde una perspectiva integral del asunto, la emisión de un marco normativo mínimo que regule los aspectos principales de la contratación entre operador y locatarios, es relevante por cuanto permitirá establecer las pautas y criterios básicos que deben tener en cuenta estos contratos, reduciendo los tiempos y la negociación entre las partes.

Asimismo, es de resaltar que, entre los beneficios de este pretendido marco normativo, tenemos el de promover que la negociación entre las partes contratantes se desenvuelva en un escenario donde se preserve el equilibrio contractual entre éstas.

Lo anotado en las líneas precedentes pretende brindar mayor seguridad jurídica a la contratación entre las partes contratantes, hecho que es permanentemente buscado por los agentes económicos involucrados, en los que está en juego sus patrimonios y el interés permanente de una mayor expansión y proyección en el mercado.

5.4.4 Propuesta de Marco de Normativo

Por todo lo anteriormente expuesto, a continuación se propone el siguiente marco normativo:

“Ley del Contrato de Shopping Center”

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Finalidad de la ley

La presente ley tiene por finalidad regular el vínculo contractual entre el operador y el locatario en el contrato de *shopping center*, siendo su contenido de naturaleza dispositiva, salvo que esta ley señale lo contrario, dotando a las partes contratantes de mayor seguridad jurídica.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

La presente ley es de aplicación a todas aquellas personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que realicen su actividad comercial en un *shopping center*, ya sea en calidad de operador o de locatario.

Artículo 3.- Glosario de definiciones

Para efectos de esta ley entiéndase por:

- a) Actividad comercial: todas aquellas actividades efectuadas por el locatario, tendientes a la venta y/o comercialización de bienes y/o servicios en el shopping center.
- b) Espacio comercial: sitios constituidos dentro del *shopping center*, los cuales son cedidos temporalmente al locatario.
- c) Fondo de promoción y publicidad: monto fijo o porcentual que se cobra al locatario para efectos de realizar campañas publicitarias.
- d) Fondo de mantenimiento: monto que se cobra al locatario en función al metro cuadrado arrendado o un monto fijo, que tiene como finalidad pagar los gastos de seguridad y limpieza de las áreas comunes del centro comercial, como cubrir los costos del mantenimiento de ascensores, escaleras mecánicas, entre otras.
- e) *Shopping center* (centro comercial): edificación constituida por un conjunto de locales comerciales y/o tiendas por departamentos y/u oficinas, administrado por el operador y destinada a la compraventa de bienes y/o prestaciones de servicios, recreación y/o esparcimiento.

Artículo 4º. - Interpretación del contrato

El contrato de *shopping center* se interpretará de acuerdo a las siguientes reglas:

PRIMERA. - Las cuestiones jurídicas que giren en torno a este contrato, se rigen por la presente ley y las cláusulas que libremente acuerden las partes contratantes, prevaleciendo estas últimas en caso de conflicto.

SEGUNDA. - Se aplicará supletoriamente las disposiciones generales sobre contratación contenidas en el Código Civil, siempre que le resulten aplicables y no vulneren la naturaleza jurídica del contrato de shopping center.

TERCERA. - las sumillas de los artículos de esta ley son referenciales y no se consideran para la interpretación de la presente ley.

TITULO II

EL CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Artículo 5º. - Definición

Por el contrato de *shopping center*, el operador encargado de su administración, cede el uso temporal de un espacio comercial a favor del locatario, con el fin de que éste desarrolle su actividad comercial, a cambio de una prestación económica, sometiéndose a la administración controlada por parte del operador.

Artículo 6º. - Partes contratantes

Las partes contratantes que integran este contrato son:

Artículo 6.1.-El operador

Es la persona natural o jurídica, encargada de la administración del *shopping center*, quien dicta las directrices bajo las cuales se desenvolverá el funcionamiento y gestión del *shopping center* y la totalidad de locales comerciales que lo integran.

Artículo 6.2.-El locatario

Es la persona natural o jurídica que explota económicamente un nombre comercial, quien, a cambio de una prestación económica, adquiere el uso temporal de un espacio comercial con el fin de desarrollar su actividad comercial en el *shopping center*.

Artículo 7º. -Formalidad

El contrato de *shopping center* debe ser celebrado por escrito.

Si las partes contratantes estiman conveniente pueden solicitar la inscripción ante el Registro pertinente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Artículo 8º. -Plazo

En el contrato de *shopping center* debe señalarse expresamente el plazo de duración del mismo, siendo que a falta de ello se entenderá que el contrato es celebrado por el plazo de un año.

Artículo 9º.- Renovación

El contrato de *shopping center* se entiende renovado bajo las mismas condiciones si es que alguna de las partes contratantes no ha expresado por escrito su voluntad de no renovarlo con una anticipación no menor a 60 días calendarios antes del vencimiento de su plazo.

TITULO III

OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES

Artículo 10º. -Obligaciones del operador

El operador está obligado a:

- a) Entregar el espacio comercial en el modo y plazo previsto en el contrato de *shopping center*.
- b) Cumplir con eficiencia las funciones de administración y gestión del *shopping center*.
- c) Realizar la publicidad y marketing del *shopping center*.
- d) Entregar, siempre que le sea solicitado cuando menos por el 20% de los locatarios, la información referente al uso de los fondos recaudados por publicidad, marketing y/o mantenimiento.
- e) Promover la afluencia de público al interior del *shopping center*.
- f) Entregar a la firma del contrato, los reglamentos internos del *shopping center*.

Sin perjuicio de las señaladas, las partes contratantes libremente podrán acordar otras obligaciones, siempre que no contravengan el alcance de las disposiciones de la presente ley.

Artículo 11º.- Reglamentos

Cualquier modificación a los reglamentos deberá ser puesta en conocimiento inmediato y oportuno al locatario, por cualquier medio idóneo que permita garantizar que éste ha tomado conocimiento.

El incumplimiento que se produjera como consecuencia de la falta de comunicación oportuna por el operador, no se le será imputable al locatario.

Artículo 12º. -Obligaciones del locatario

El locatario está obligado a:

- a) Pagar la renta mínima o la renta variable, según corresponda.
- b) Pagar los gastos comunes correspondientes a la administración y mantenimiento del *shopping center*, así como los aportes al fondo de promoción y publicidad.

- c) Destinar exclusivamente el uso del espacio comercial para la realización de la actividad comercial.
- d) Permitir al operador, la inspección del espacio comercial.
- e) No introducir cambio y/o modificaciones al espacio comercial, salvo que cuente con la autorización expresa del operador.
- f) A devolver el espacio comercial al vencimiento del plazo, en el estado en que lo recibió, sin mayor deterioro que el de su uso ordinario.

Sin perjuicio de las señaladas, las partes libremente podrán acordar otras obligaciones en el contrato, siempre que no contravengan el alcance de las disposiciones de la presente ley.

Artículo 13°.- Reubicación del espacio comercial

El operador podrá reubicar al locatario en otro espacio comercial del shopping center, siempre que éste cuente mínimamente con las mismas o similares condiciones del espacio originalmente ocupado por el locatario.

Los gastos en los que incurra el locatario por la reubicación, serán reembolsados por el operador.

Artículo 14°.- Cesión de posición contractual

En caso el operador ceda su posición contractual a un tercero, deberá informarle al locatario mediante comunicación escrita con una anticipación no menor de 15 días, otorgándosele a este último la facultad de resolver el contrato sin que ello genere penalidad alguna.

El locatario no podrá ceder su posición contractual, salvo autorización del operador.

Artículo 15°.- Devolución de espacio comercial

El locatario deberá efectuar la devolución del espacio comercial en un plazo razonable otorgado por el operador, quien deberá tener en cuenta la dimensión de la instalación del espacio comercial cedido y la naturaleza del negocio.

TITULO IV

LA RENTA

Artículo 16.- Renta mínima

Es el pago fijo de la renta mensual.

Artículo 17.- Renta variable

Es el pago de la renta que se calcula en función a un porcentaje del valor de las ventas netas realizadas por el locatario.

Artículo 18.- Determinación de la renta

El locatario pagará únicamente y en forma mensual, la renta mínima o la renta variable, la que resulte siendo mayor.

Artículo 19.- Oportunidad del pago

El pago de la renta mínima o variable, según corresponda, podrá pactarse por periodos vencidos o adelantados.

Artículo 20.- Del reajuste de la renta

Al término de cada año de vigencia del contrato, el operador podrá efectuar el reajuste de la renta, conforme a las disposiciones establecidas en el Código Civil.

Cuando el contrato sea por plazos menores a un año no podrá efectuarse reajuste alguno, salvo pacto distinto de las partes

TITULO V

PAGOS ADICIONALES

Artículo 21.- El derecho de llave

Es el concepto que se paga como derecho de ingreso y/o admisión al shopping center, el cual en ningún caso, podrá ser mayor al valor de las dos rentas mínimas establecidas en el contrato, y cuyo pago se realiza en una sola oportunidad.

Cualquier otro concepto de cargo del locatario que tenga como sustento la continuidad o permanencia en el shopping center, se considerará por no puesto.

Artículo 22.- Del fondo de Promoción y Publicidad y Gastos comunes

El locatario realiza el pago de estos conceptos de acuerdo a los criterios y en las oportunidades establecida por el operador.

A falta de acuerdo, se realizarán en función al metraje del espacio comercial cedido y en periodo mensual.

TITULO VI

Artículo 23.- Causales de resolución

- a) Si en el plazo de 60 días de efectuada la reubicación del locatario, éste acreditara la reducción notable de sus ventas, en comparación al espacio originalmente cedido, podrá resolver el contrato unilateralmente, previa comunicación al operador y en el plazo de 10 días de conocida la reducción.
- b) La cesión de posición contractual del operador, sin consentimiento del locatario.
- c) El incumplimiento en el pago de la renta por dos periodos consecutivos o por periodos intermitentes mayores a tres rentas.

La declaratoria del operador o locatario en situación de concurso, quiebra y/o en estado de disolución y liquidación, voluntariamente o por petición de terceros, salvo pacto distinto de las partes.

Artículo 24.- Seguros

El operador podrá solicitar al locatario los seguros contra riesgos y contingencias de incendio y líneas aliadas, así como aquellos que garanticen sus obligaciones y la responsabilidad civil frente a terceros.

Artículo 25.- Prohibiciones (Cláusulas que no podrán pactarse)

No se permite pactar:

- a) Que el operador exija al locatario el cobro de nuevos conceptos económicos que no ofrezcan contraprestación alguna, salvo que dicho cobro se encuentre sustentado por norma legal.
- b) Imponer al locatario como condición, instalarse además en otro *shopping center* de propiedad o titularidad del operador.
- c) Prohibir al locatario contratar con otro operador.
- d) El cobro mayor a doce rentas mensuales dentro de un periodo anual.
- e) El cobro de conceptos relacionados al derecho de continuar en el *shopping center*, cualquiera sea su denominación.

Artículo 26.- Penalidades

Cualquier inclusión de penalidades que se pacten como consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las partes contratantes, no podrá fijarse sobre un monto tal, que pueda poner en peligro la continuidad del negocio del que deba asumirlo,

DISPOSICIONES TRANSITORIAS FINALES

PRIMERA. - Para efectos de la presente ley, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, implementará en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, y demás normas pertinentes, la inscripción de este contrato.

SEGUNDA. - La presente ley entrará en vigencia, al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

6 CONCLUSIONES

1. Resulta necesario contar con un marco legal mínimo que recoja los aspectos esenciales de la vinculación contractual entre operador y locatario en el contrato de *shopping center*, pues con ello se pretende evitar o al menos mermar que la prevalencia de una de las partes contratantes cause un desequilibrio en la contratación y, por ende, un perjuicio a los intereses de una de las partes contratantes. Dicho marco normativo mínimo, propiciará que la contratación sea más viable, reduciendo los tiempos y brindando a las partes contratantes una mayor protección jurídica, generando así el mayor dinamismo de este tipo de contratación moderna.
2. Hemos determinado que el contrato de *shopping center* es un contrato cuya naturaleza jurídica es *sui generis*, por cuanto la totalidad de las prestaciones que lo integran no se presentan en otras figuras contractuales. Por cuanto el objeto del contrato tiene una finalidad comercial más amplia y de beneficio para las partes contratantes, ello en tanto al operador le permite desarrollar su unidad de negocio denominada shopping center y al locatario le permite gozar de las ventajas que ofrece éste, que hacerlo aisladamente.
3. En el presente trabajo se ha evidenciado que la prevalencia económica, generalmente del operador, respecto de aquellos locatarios con menor poder económico y/o de conocimiento en el mercado, produzca un desequilibrio en la contratación, que se traduce en la emisión de cláusulas leoninas (abusivas) que causan perjuicio a los intereses de una de las partes contratantes.

7 RECOMENDACIONES

1. La emisión de un marco legal mínimo que regule el vínculo contractual entre operador y locatario por las razones expuestas en el presente trabajo de investigación, no obstante, su regulación no debe afectar los principios de libertad contractual y libertad para contratar, sino por el contrario se debe propender a facilitar la contratación y brindar una mayor seguridad jurídica a las partes contratantes.
2. Consideramos que resulta necesario conocer la naturaleza jurídica de los contratos, principalmente para determinar las normas que resulten aplicables; sin perjuicio de las reglas generales que se les apliquen a todos los contratos sean típicos y atípicos. Sino también porque, esto permitirá interpretar y resolver las controversias que pudieran surgir, ya que al conocer la función para la cual fue diseñado el contrato, la cual es comercial, las partes contratantes podrán enfocar sus esfuerzos en que el contenido se enmarque en dicho fin.
3. Si bien, en el contrato de *shopping center* como en toda relación contractual se presume la existencia del principio de equilibrio, no basta que exista solo en la negociación de las condiciones a establecerse, sino también en la ejecución del contrato e incluso en la extinción del mismo, para que finalmente este resulte ser útil, logre la satisfacción de los intereses de las partes y el fiel cumplimiento de su finalidad, atendiendo a que el *shopping center* resulta ser un espacio de conglomeración de diversas tiendas, es imprescindible la participación de los locatarios. Por lo que recomendamos que, en aras de permitir una mayor participación de estos en un escenario de equilibrio contractual, se celebren acuerdos que garanticen la sostenibilidad económica de ambas partes contratantes.

8 REFERENCIAS

- Alicenti, E (2016), Cláusulas abusivas, desnaturalización de las obligaciones y derecho supletorio, *En Conicet-UniCet*, recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/05/Cl-usulas-abusivas-1.pdf> [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- Arana, M. (2010). Contrato de consumo: cláusula abusiva, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, (Vol. 6, Núm. 10). Recuperado de <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/77/75> [Consulta: 20 de enero de 2019].
- Arbañil, B. (2007), La regulación del contrato de joint venture en el ordenamiento jurídico peruano. *En II Congreso Nacional de Derecho Comercial*. Recuperado de <http://img3.xooimage.com/files/0/5/9/joint-venture-ord...peruano10c15b1.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2018].
- Arias-Schreiber, M. (1987) *Exegesis Código Civil Peruano de 1984*, Tomo 1, Contratos: Parte General. Lima: Studium Editores.
- Asociación de Centros Comerciales del Perú (2018). Los Centros Comerciales en el Perú: Oportunidades de inversión 2018, En Asociación de Centros Comerciales del Perú. Recuperado de http://accep.org.pe/wp-content/uploads/2018/06/brochure_2018.pdf. [Consulta: 10 de diciembre de 2018].
- Bigio, J. (1994). El contrato de arrendamiento. *Themis* (30). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11443/11961> [Consulta: 6 de octubre de 2018].
- Carlos, E. (2007). *Controversias contractuais em shopping centers* (Tesis para optar el grado de maestro en Derecho. Facultades integradas. Curitiba, Brasil.) Recuperado de <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043690.pdf> [Consulta: 20 de noviembre de 2018].
- Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali” en el caso entre Aerocali S.A Vs. Librería Atenas S.A. Jaime Olano Martínez (Arbitro Único). Laudo Arbitral de agosto 20 de 2009. Recuperado de <https://www.ccc.org.co/wp-content/uploads/2011/05/Aerocali-S.A.-Vs.-Librer%23U00c3%23U00ada-Atenas-S.A..pdf> [Consulta: 20 de octubre del 2018].
- Presidencia de la República del Perú. (25 de julio de 1984). Decreto Legislativo N° 295 que aprueba el Código Civil. Recuperado de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp [Consulta: 3 de octubre de 2018].
- Colliers International. (2016). Reporte de investigación & pronóstico. Reporte Comercial 4T. En Colliers International. recuperado de http://www.colliers.com/-/media/files/latam/peru/tkr%20retail%204t-%202016_redise%C3%B1o_ok.pdf [Consulta: 20 de octubre del 2018].
- Colliers Internacional (2017). Reporte Comercial 1S 2017. En Colliers Internacional. Recuperado de https://www.colliers.com/-/media/files/latam/peru/tkr%20retail%201s%202017_final.pdf [Consulta: 20 de noviembre de 2018].

- Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993) Constitución Política del Perú 1993. Recuperado de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp [Consulta: 3 de octubre de 2018].
- Congreso de la República del Perú. (02 de setiembre de 2010). Código de Protección al Consumidor [ley N° 29571]. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-ley-n-29571-538113-1> [Consulta 14 de abril de 2019]
- Córdova, Y (2012). *Las cláusulas generales de contratación en el Perú y su relación con el estado de desprotección de los derechos del consumidor*, (Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor De San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política Unidad de Post-grado. Lima, Perú) Recuperado de http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1185/Cordova_cy.pdf?sequence=1 [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- De Castro, G (2014), Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 746, España, p. 2827-2862 Recuperado de https://app.vlex.com/#PE/vid/556764546/graphical_version [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- De la Puente y Lavalle, M (2011). *El contrato en general*. Tomo I. Lima, Palestra Editores.
- Dordan, K. (2017). *Proyecto inmobiliario: Centro Comercial en el terreno del Cuartel San Martín* (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Politécnica de Madrid, Lima: Perú) Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9306> [Consulta: 09 de noviembre de 2018].
- Durand, J. (2013). El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado *VOX JURIS*(24) 2 , p 115. Recuperado de <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/55> [Consulta: 07 de diciembre de 2018].
- Echaiz, D. (2014). El consumidor en los contratos inmobiliarios. *Foro Jurídico*, (13), 8. Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13771/14395> [Consulta: 07 de diciembre de 2018].
- El Comercio. (2 de febrero de 2011). Tiendas con gancho. Recuperado de https://www.esan.edu.pe/sala-de-prensa/2011/12/09/el_comercio_eric_lopez_12_02_final.pdf [Consulta: 24 de setiembre de 2018].
- Fasson, A. (20 de julio de 2018) Algunas consideraciones para celebrar un contrato de arrendamiento con un centro comercial. *Conexiónesan*. Recuperado de <https://estudiomuniz.pe/algunas-consideraciones-celebrar-contrato-arrendamiento-centro-comercial/> [Consulta: 13 de noviembre de 2018].
- Fasson, A. (9 de noviembre de 2015). El Derecho y el retail como socios estratégicos para el crecimiento económico del Perú. *Conexiónesan*. Recuperado de www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/11/09/derecho-retail-como-socios-

- estrategicos-para-crecimiento-economico-peru/ [Consulta: 13 de noviembre de 2018].
- Fasson, A (2018), Las últimas tendencias del *fashion retail*: del contrato de arrendamiento a las *fashion and beauty trucks*, *Conexión.es*, recuperado de <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2018/06/27/las-ultimas-tendencias-del-fashion-retail-del-contrato-de-arrendamiento-a-las-fashion-and-beauty-tru/> [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- Farina, J. (1999). *Contratos comerciales modernos, Modalidades de contratación empresarial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Guadalupe, A. (2015) Tesis Inclusión de contratos modernos en la legislación comercial ecuatoriana, para la obtención del grado en derecho. Facultad de jurisprudencia con especialización mayor en derecho empresarial y menor internacional. Universidad del Pacífico. Quito.
- Inmuebles Panamericana (2017) Memoria Anual Centros Comerciales Megaplaza. En *Bolsa de Valor de Lima*. Recuperado de https://www.bvl.com.pe/inf_corporativa74180_SVBTQUMx.html [Consulta: 20 de noviembre de 2018].
- Karpat, L. (1999). *Centros Comerciales*. 2ª ed. Brasil. Río de Janeiro: Editorial Forense.
- Leyva, J (2010-2011). Autonomía privada y contrato. *Revista Oficial del Poder Judicial* (6 y 7), 283-284. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12.+Doctrina+Nacional+-+Jos%C3%A9+Leyva+Saavedra.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc> [consulta: 1 de setiembre de 2018].
- Llinás, A., (20 de octubre de 2015). Tenant Mix de los centros comerciales, un juego donde todos ganan. *Grupo CIEC Noticias*. <http://grupociec.com/blog/wordpress/2015/10/20/tenant-mix-en-los-centros-comerciales-un-juego-donde-todos-ganan/> [Consulta: 20 de noviembre de 2018].
- Lorenzetti, R. (1999). *Tratado de los contratos* – Tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Lozano, I., & Bambarén, R. (3 de setiembre de 2018). MEF: sector retail crecería más de un 30% entre el periodo 2018-2019. *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/economia/1310693-mef-sector-retail-creceria-30-periodo-2018-2019> [Consulta: 8 de octubre de 2018].
- Machado, L. Cláusula de raio em contratos de locacao em “shopping centers”. *publica Direito*. Recuperado de <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9b8ef27229c42198> [Consulta: 20 de noviembre de 2018].
- Moisset, L. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII Contratos en general. Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-vii.pdf> [Consulta: 08 de diciembre de 2018].

- Northcote, C (2009). El contrato de arrendamiento y el arrendamiento financiero. *Actualidad empresarial*. Recuperado de http://aempresarial.com/web/revitem/41_9227_10867.pdf [Consulta: 02 de octubre de 2018].
- Ordoqui, G. (2015). *La buena fe contractual*. Editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L., 2015, Lima.
- Ocampo, F (1995), La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso, *Ius Et Veritas*, (10) Edición de Aniversario. Lima, Perú. Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15498/15948> [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- OCDE. (2011). Definición Marco de Inversión Extranjera Directa. 4ta. ed. Edición. OCDE. Recuperado de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264094475-es.pdf?expires=1539045209&id=id&accname=guest&checksum=E61C017B2BB783857CF76EDC2AAF7313> [Consulta: 8 de octubre de 2018].
- Orrego, J. (15 de mayo de 2010). La historia de los Centros Comerciales en el Perú [Entrada en Blog]. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juanluisorrego/2010/05/15/historia-de-los-centros-comerciales-de-lima-1/> [Consulta: 19 de noviembre de 2018].
- Pérez, L. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, artículo 1362 Gaceta jurídica, Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-vii.pdf> [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- Perú Retail. (29 de junio de 2018). ¿Qué es el retail?. *Retail Perú*. Recuperado de <https://www.peru-retail.com/que-es-retail/> [Consulta: 4 de octubre de 2018].
- Perú Retail. (5 de setiembre de 2018). ¿Qué es el canal tradicional?. *Retail Perú*. Recuperado de <https://www.peru-retail.com/retailtv/que-es-el-canal-tradicional/> [Consulta: 4 de octubre de 2018].
- PJ de Zavala Blog (2014) La miopía de los centros comerciales en el Perú [Entrada en Blog]. Recuperado de <https://pjdezavalablog.com/2014/10/31/la-miopia-de-los-centros-comerciales-en-el-peru-2/> [Consulta: 31 de octubre de 2014].
- PQS TV Entrevistas. (2016). ¿Qué es el retail moderno?. [Entrevista a Víctor Albuquerque, Director de Análisis Sectorial de Apoyo Consultoría]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=SRO_vgGRCj8 [Consulta: 4 de octubre de 2018].
- Presidencia de la República del Perú. (24 de junio de 2008). Decreto legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. [Decreto Legislativo N° 1034]. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-aprueba-la-ley-de-represion-de-condu-decreto-legislativo-n-1034-217892-3/> [Consulta: 08 de Diciembre de 2018].
- Regalado, O.; Fuentes, C.; Aguirre, G.; García, N.; Miu, R.; Vallejo, R. (2009). *Factores críticos de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao*. Lima: Universidad ESAN. Recuperado de http://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/ESAN/95/Gerencia_global_13.pdf [Consulta: 08 de diciembre de 2018].

- Comisión de Defensa de la Libre Competencia, INDECOPI (2011), Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI en el Expediente 007-2007/CLC. Recuperado de <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/Res059-2011CLC.pdf> [Consulta: 23 de octubre de 2018].
- Respaldiza, C. (2017). *Mezcla de mercadotecnia y Retail Tottus Canta Callao 2015* (Tesis de Maestría, Universidad César Vallejo, Lima: Perú). Recuperado de http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/13885/Respaldiza_RDCCA.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 23 de octubre de 2018].
- Rodríguez, L (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Revista de la facultad derecho PUCP*, (66), 60. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/3126/3463> [Consulta: 07 de diciembre de 2018].
- Rojo, R. (2014). Cuestión de Competencia en los contratos de shopping center – Criterio de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación. *Revista de derecho comercial del consumidor y de la empresa*. Recuperado de https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjAt7GW0tPhAhXNSt8KHVK3BpQQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fworks.bepress.com%2Ffromulo-rojovivot%2F2%2Fdownload%2F&usq=AOvVaw0I8MvBY_tQN57Arebwih3D [Consulta: 20 de noviembre de 2018].
- Rubio, M. (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. 11ª. Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Rubio, M. (2012). *El Derecho Civil*. 3ª. Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (12 de marzo de 2012). Vista la Causa N° 4886 [Expediente N° 004886-2010]. Recuperado de <https://app.vlex.com/#vid/472749594> [Consulta: 08 de Diciembre de 2018].
- Salazar, F. (30 de noviembre de 2015). ¿Qué debemos tener en cuenta antes de entrar en el negocio del retail en un centro comercial? *Conexiónsan*. Recuperado de <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/11/30/debemos-tener-cuenta-antes-entrar-negocio-retail-centro-comercial/> [Consulta: 20 de noviembre de 2018].
- Sánchez -Daza, A. (2001). Información asimétrica y mercados financieros emergentes: el análisis de Mishkin. *Análisis Económico*, XVII (34), 35-66. Azcapotzalco, México. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa> [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- Semperena, S., Martínez, G., Pereira, M. & Sánchez, W. (16 de julio de 2010). Sobre la naturaleza jurídica del contrato de shopping center (Congreso de Salto – Uruguay). *Diario Judicial.com* La actualidad desde el derecho. Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/nota/3225> [consulta: 17 de noviembre del 2018].
- Soria, A. (2016). *INDEJUR Los Contratos típicos* [Presentación para el Diplomado de Actualización en Contratos Típicos] Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=eHOaZURuC2Y> [Consulta: 20 de noviembre de 2018].

- Soria, F. & Osterling M. (2014). *Contratos modernos. Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. Lima. Universidad Peruana de Ciencias Aplicables (UPC).
- Soto, C. & Vattier C. (2011). *Libertad de Contratar y Libertad contractual*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Soto, M. (2015). *Desequilibrio o asimetría en las relaciones contractuales entre empresarios* (Trabajo de grado para optar el título de Abogada, Corporación Universitaria Lasallista, Facultad de Ciencias Sociales y Educación, Programa de Derecho. Antioquia, Colombia) Recuperado de http://repository.lasallista.edu.co/dspace/bitstream/10567/1623/1/Desequilibrio%20_asimetria_%20relaciones%20_contractuales%20_empresarios.pdf [Consulta: 08 de diciembre de 2018].
- Stiglitz, R. (2012). El desequilibrio contractual. Una visión comparatista, *Revista Javeriana*, julio-diciembre p. 16 Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11463/9996> [Consulta: 07 de diciembre de 2018].
- Torres, A. (2012). *Código Civil – comentarios y jurisprudencia*. Lima, IDEMSA.
- Ureta, R. (11 de octubre de 2008). Un desafío para el Derecho Contractual. *El Litoral*. Recuperado de <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2008/10/11/nosotros/NOS-08.HTML>. [Consulta: 24 de setiembre de 2018].
- Uruguay XXI, *Promoción de inversiones, exportaciones e imagen país*. (28 de febrero de 2018). Informe Oportunidad de inversión: Retail. Recuperado de <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/noticias/articulo/informe-oportunidades-de-inversion-retail/> (Consulta: 20 de noviembre de 2018).
- Vargas, L. (24 de julio de 2018). Colombia: Los malls y su influencia en la sociedad colombiana. *América Retail*. Recuperado de <https://www.america-retail.com/colombia/colombia-los-malls-y-su-influencia-en-la-sociedad-colombiana/> [Consulta: 13 de noviembre de 2018].
- Varón, V. (2016). Diferencias legales entre el Contrato de Arrendamiento de Local Comercial y Contrato de Concesión de Espacio Comercial. (Tesis de para optar el grado de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana Cali, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Santiago de Cali: Colombia). Recuperado de http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8550/Diferencias%20_legales_entre_contrato.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 20 de octubre de 18].

9 ANEXOS

9.1 Entrevistada N° 1

Fecha: 17 de Octubre del 2018

Tema de investigación: Contratos que se celebran con Centros Comerciales

Objetivo: Conocer la realidad contractual que se desarrolla en un Centro Comercial respecto a la negociación, celebración y ejecución de los contratos en los que un centro comercial (en adelante El Operador) otorga en arrendamiento y/o usufructo un espacio o área a favor de sus locatarios, enfocado desde la experiencia de la entrevistada.

La presente entrevista no fue grabada y la transcripción es en mérito a la información recogida más relevante, que será de aporte al desarrollo de la investigación.

1. ¿Cómo se inicia la negociación o acercamiento entre El Operador y locatario?

Con la emisión de una carta de intención por parte de El Operador, en donde se señala expresamente que el mismo no genera ningún tipo de obligación ni contraprestación a las partes, pero que tiene por finalidad garantizar al locatario que durante el plazo indicado en dicha carta, goza del beneficio de optar por arrendar o usufructuar un área con El Operador.

2. ¿Qué contratos suele suscribir El Operador con los locatarios para ingresar al centro comercial?

Usualmente se celebran contratos de arrendamientos para el caso de locatarios que desean arrendar espacios de pocos metros cuadrados como por ejemplo de los locales y módulos, cuyas cláusulas generalmente ya se encuentran previamente redactadas, por lo que si bien es cierto no son de adhesión prácticamente funcionan como si lo fueran Cabe indicar que el poder de negociación del locatario es baja pero puede darse el caso que El Operador acepte modificar alguna que otra cláusula del Contrato. Cabe precisar que en estos casos por ser contratos de arrendamiento, tienen un plazo máximo de 10 años, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil.

Asimismo, también se suscriben con locatarios que necesitan más cantidad de metros cuadrados contratos de superficie o usufructo; como por ejemplo con las tiendas departamentales a quienes se les conoce también como “tiendas anclas” porque tienen por finalidad atraer flujo de público), quienes por la gran inversión en instalación, acondicionamiento, entre otros, requieren contar con un contrato de más de 10 años, por lo que se recurre a estas figuras diferentes al arrendamiento.

Adicionalmente los locatarios aceptan adherirse a cumplir con el Reglamento interno, el Reglamento de Manual de Operaciones, el Reglamento de Instalación del

Local, cuyos documentos son redactados por El Operador, y cuyo contenido no es negociable.

3. ¿Existe la posibilidad de negociación de algunas cláusulas en los contrato con El Operador?

Sí claro, por ejemplo se suele negociar el monto de las penalidades o incluir las Líneas amarillas, que son espacios de los estacionamientos, pero que de manera temporal serán destinados a la implementación de carpas para la exhibición y venta de los productos del locatario.

En el caso de las tiendas por departamento las cuales por su nivel de inversión y el poder atractivo de sus marcas para el público que acudirá al centro comercial, tienden a obtener beneficios que no obtendría un locatario menor, como la exoneración del pie de ingreso y/o garantías.

4. ¿Qué conceptos económicos asume generalmente un locatario?

- En principio la renta mínima y renta variable, esta última puede ser fluctuar entre el 8 % y 8.5% promedio de las ventas sin IGV. En este caso la renta tanto la mínima como la variable será ajustada por inflación, correspondiente al valor del dinero en el tiempo, Si es en soles, se hace un ajuste por inflación que establece el INEI, Si es en dólares, el ajuste es de acuerdo a la tasa por inflación LIBOR. Al aplicar este ajuste, estamos haciendo lo que se conoce como “indexación a la renta”; Normalmente este ajuste se hace cada año calendario, aunque los locatarios prefieren que se haga en la fecha de aniversario de la celebración de su contrato.
- Asimismo, asume los siguiente pagos:
 - i) Por pie de ingreso (en algunos casos suele pagarse incluso por cada renovación contractual), ii) Doble renta mínima en los meses de julio y diciembre, por ser los meses de mayor cantidad de venta de un centro comercial iii) Garantías, iv) Fondo de mantenimiento que sirve para cubrir los gastos por seguridad y limpieza de las áreas comunes del Centro comercial, v) Fondo de promoción al centro comercial (Para campañas publicitarias del centro comercial), vi) pago de servicios públicos tales como

energía eléctrica, agua, entre otros similares, vii) Arbitrios; viii) revisión de planos, entre otros

5. ¿Cuáles son las principales obligaciones asumidas por un locatario?

Una característica relevante para este tipo de contratos es que como se le va a cobrar una renta variable en función a sus ventas, éstas pueden ser auditadas con la finalidad que El Operador pueda verificar que las rentas pagadas han sido las que efectivamente corresponden por ello muchos centros comerciales les obligan a adquirir a sus locatarios un sistema contable para la fiscalización de las ventas netas. Otras obligaciones que deben de cumplir los locatarios es invertir en elementos publicitarios del centro comercial como tótems o en su propia revista, por citar algunos ejemplos.

6. ¿Desde su experiencia, qué acuerdos pueden generar un desequilibrio contractual entre operador y locatario?

La aplicación de penalidades por ejemplo por resolución anticipada del contrato o para no afectar el master plan del centro comercial la reubicación de manera unilateral del área arrendada por el locatario sin que se evalúe el posible perjuicio o se le otorgue alguna compensación.

7. ¿De generarse alguna controversia, cuál es la vía que utilizan para su solución?

En principio recomendando un trato directo, si a pesar de ello ya no es posible, se recurre a la vía judicial, y para el caso del desalojo se ha incorporado en los contratos la cláusula de allanamiento futuro.

8. ¿Tiene algún comentario adicional sobre los contratos de *shopping center*?

- En los centros comerciales también se desarrollan los llamados *Show Rooms* ideados para módulos, y que son arrendados por plazos menores a un año y la última tendencia es celebrar contratos denominados “Pop Up Store” que tiene por finalidad lanzar un producto en un área poco usual pero que llame la atención del consumidor.
- No existe un criterio especial para el otorgamiento de las licencias en el sector *retail*, hecho que genera muchas veces demora en la gestión y emisión de los mismos, representando más de un dolor de cabeza para el sector *retail* en general, porque no pueden operar sin licencia de funcionamiento.
- Sugiero implementar beneficios tributarios para el sector *retail*, que sirva de incentivo para el emprendimiento de los empresarios, ello en la medida que el sector

retail aporta mucho al crecimiento económico y contribuye notablemente al PBI de nuestro país.

9.2 Entrevistada N° 2

Fecha: 16 de noviembre de 2018.

Realizada por las alumnas del posgrado UPC, con fines de investigación académica para optar el grado de Magister.

1. Desde su experiencia, ¿Cómo podríamos clasificar a los locatarios que ocupan los shopping center?

Los locales de los shopping center se encuentran ocupados por las tiendas anclas, las cuales tienen la finalidad de funcionar como gancho o atracción hacia las otras tiendas; también se encuentran conformados en su mayoría por los locales y módulos, cuyas dimensiones son menores y cuya elección por parte del operador dependerá del sector al cual se encuentra orientado el centro comercial.

2. ¿Qué contratos suelen suscribir los centros comerciales con estos locatarios?

Con las tiendas anclas se suelen suscribir contratos de superficie o de usufructo en atención a la dimensión de espacios que éstas requieren; mientras que con las demás tiendas, se suscriben contratos de arrendamiento, éstos son la mayoría.

3. ¿Cuáles son los criterios que utiliza el operador para identificar a sus potenciales locatarios?

Desde mi experiencia, la solvencia económica del futuro locatario es importante, pero no es suficiente para celebrar el contrato de arrendamiento. Ya que además de ello, se consideran otros criterios que deberá cumplir el futuro locatario, tales como: el nivel de posicionamiento de la marca en el mercado, el público al cual está dirigido el producto o servicio, nivel de ventas, entre otros factores.

4. ¿Cuáles son las principales prestaciones de las partes en los contratos de shopping center?

La del operador, es entregar el espacio o local al locatario y ejercer la administración del shopping center; mientras que la del locatario es hacer uso del local en las condiciones pactadas, así como pagar la renta fija o variable, el derecho de permanencia, el derecho de pie de ingreso, fondo de publicidad y de promoción, entre otros conceptos.

5. ¿La relación contractual del operador con el locatario se rige además por algún reglamento?

El operador como titular del shopping center, somete al locatario al cumplimiento del reglamento del Centro Comercial, cuyo contenido es elaborado exclusivamente por el operador, y que se encuentra representado generalmente por los siguientes:

- a) El reglamento interno y normas generales.
- b) El reglamento Operativo y Manual de Diseño y Habilitación de locales

6. ¿Considera usted que existe desequilibrio en los contratos de shopping center?

Desde mi experiencia, todos los contratos que se suscriben son negociados; sin embargo, el nivel de negociación no es el mismo con todos los locatarios. En el caso de los locatarios que no son tiendas anclas, existe un margen menor para la negociación, lo que acarrea incluso, que en algunas circunstancias, éstos consideren que solo trabajan para pagar la renta.

7. Considera usted que el contrato de shopping center debe ser regulado en nuestra legislación nacional

Considero que el contrato de shopping center debe ser analizado en todos sus extremos. Es necesario determinar las causas y los deberes que integran este contrato y si protege o no los intereses individuales que le dieron vida.

Al realizar una comparación de las obligaciones que el legislador nacional reguló en el Código Civil para el contrato de arrendamiento, con las obligaciones emanadas del contrato de shopping center, es posible concluir que estas últimas exceden ampliamente las prestaciones de aquel, por lo que las nuevas necesidades del mercado ameritan que se regule este tipo de contrato.