

El *pacta sunt servanda* y la revisión del contrato

Pacta sunt servanda and revision of contract

Carlos Alberto Soto Coaguila

RDP

RESUMEN

En el presente artículo el autor aborda el tema que contiene el principio *pacta sunt servanda* y los principios generales de la contratación privada, bajo el sistema del derecho peruano. Se preocupa, en un primer momento, presentar las figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos: como la lesión y la onerosidad excesiva; desarrollando el tema de las cláusulas abusivas y la modificación de los contratos por parte del Estado. Por último, el autor analiza si debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero ajeno a la relación contractual.

PALABRAS CLAVE: contrato; *pacta sunt servanda*; revisión, onerosidad excesiva, lesión, cláusulas abusivas, revisión unilateral; principios del contrato.

ABSTRACT

In this article the author addresses the subject that contains the principle of *pacta sunt servanda* and the general principles of private contracts under the Peruvian legal system. From the beginning he concerns himself with a presentation of the legal concepts that permit a revision of contracts; such as injury and excessive monetary burden; developing the subject of abusive clauses and the modification of contracts by the State. Finally, the author analyzes whether an outside third party should be permitted to revise the contractual relationship.

KEY WORDS: contract; *pacta sunt servanda*; revision; excessive burden; injury; abusive clauses; unilateral revision; contractual principles.

Sumario

1. El contrato y los principios de la contratación privada
2. El principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*
3. Figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos
 - A. *Lesión*
 - B. *Desaparición de la base del negocio*
 - C. *Cláusula penal: penalidad convencional excesiva*
 - D. *Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*
4. Modificación de los contratos por parte del Estado mediante la dación de normas legales
5. A modo de conclusión: ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero?

1. El contrato y los principios de la contratación privada

El contrato es definido por el Código Civil peruano de 1984 como el “acuerdo de dos o más partes para crear”, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351), y el artículo 1402 precisa que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir “obligaciones”, excluyendo por lo tanto a las relaciones jurídicas reales.

En tal sentido, mediante un contrato, las personas (naturales o jurídicas), de forma libre y voluntaria, contraen obligaciones con la finalidad de satisfacer sus intereses.

El contrato, como toda institución jurídica, se basa en determinados principios, como la autonomía privada o autonomía de la voluntad, el consensualismo, la buena fe, el *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos. Estos principios contractuales han sido recogidos por el legislador peruano de la siguiente manera:

La *autonomía privada* o *autonomía de la voluntad* es concebida como la facultad o el poder jurídico que tienen las personas para regular sus intereses, contando para ello, con la libertad para contratar¹ y la libertad contractual o libertad para determinar el contenido del contrato.² Confor-

¹ Cfr. Artículo 20., inciso 14, de la Constitución Política del Perú:

“Toda persona tiene derecho:

14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

² Conocida como la libertad contractual, y regulada en el artículo 1354 del Código Civil:

me a este principio, nadie está obligado a contratar; uno contrata porque quiere, con quien quiere y como quiere. Es conveniente precisar que la libertad de contratación se encuentra reconocida como un derecho fundamental de toda persona (artículo 2o., inciso 14, de la Constitución Política del Perú de 1993).

El *principio del consensualismo*, regulado en el artículo 1352 del Código Civil peruano, establece que los contratos se celebran por el solo consentimiento de las partes contratantes. En tal sentido, el contrato se considera concluido cuando nace la voluntad común de ambas partes, es decir, en el momento en que confluyen las voluntades de los contratantes y éstas se fusionan en una sola: el consentimiento. El acuerdo de voluntades es, pues, sinónimo de contrato.

Sobre la base de los principios de la autonomía privada y del consensualismo, las partes cuentan con la libertad de formalidad, que permite a los contratantes dotar a su contrato de la formalidad que mejor convenga a sus intereses;³ excepcionalmente, algunos contratos deben celebrarse según la formalidad impuesta por ley bajo sanción de nulidad, conocida también como formalidad solemne o *ad solemnitatem*; en estos casos, la manifestación de voluntad se expresa únicamente a través de ella, por lo que, *contrario sensu*, de no observarse dicha formalidad no habrá manifestación de voluntad, y sin ésta no hay negocio jurídico posible. Empero, por regla general, los contratantes tienen libertad para elegir la formalidad que adoptará su contrato, si será verbal, escrita, etcétera.

Otro principio de igual importancia es la *buena fe contractual*. En virtud de este principio los contratantes están obligados a comportarse con lealtad y honestidad en sus relaciones contractuales. A su vez, se les impone a los contratantes el deber de actuar conforme a derecho. En la práctica, este principio debe traducirse en un respeto por el otro contratante, en los deberes de información, de confidencialidad y de claridad durante las tratativas previas, al momento de celebrar el contrato y durante la ejecución del mismo; en el no aprovechamiento del estado de necesidad de alguno de ellos, en la ausencia de mala fe, de engaño, de fraude, etcétera. Al

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

³ “Artículo 143. Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”.

respecto, el Código Civil peruano ordena que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes (artículo 1362). El principio de la buena fe también es una regla para la interpretación de los negocios jurídicos (artículo 168).

Según el *principio del efecto relativo*, los efectos de un contrato sólo afectan a las partes contratantes, vale decir, a las personas que lo han celebrado, por lo que, *contrario sensu*, no puede afectarse (para beneficiarse o para perjudicarse) la esfera jurídica de terceras personas, las cuales son ajenas a la celebración del contrato. Este principio admite como excepción que un contrato afecte a determinados terceros: i) herederos, porque al fallecimiento de una persona éstos adquieren sus derechos y obligaciones, siempre que sean transmisibles (artículo 1363),⁴ y ii) los acreedores, cuando se vean defraudados por sus deudores (artículo 195).⁵

Una vez que se ha celebrado un contrato, se crea entre las partes una relación jurídica obligacional, por medio de la cual se deben cumplir los acuerdos contenidos en el contrato. En este escenario se hace indispensable dotar de fuerza vinculante y jurígena al contrato. Mediante el princi-

⁴ Así, por ejemplo, las obligaciones *intuitu personae* son intransmisibles, pues se contraen considerando las cualidades personales de la parte contratante, como cuando se contrata a un escultor renombrado para que diseñe una estatua, y antes de cumplir con la ejecución de su prestación, fallece.

⁵ “Artículo 195. El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito”.

pio de la *obligatoriedad del contrato* o *pacta sunt servanda*, los contratos deben cumplirse. La obligatoriedad de un contrato otorga seguridad jurídica a las partes y al tráfico patrimonial.

A continuación desarrollaremos con amplitud el principio del *pacta sunt servanda*, pues *con frecuencia se enfrentan el carácter intangible de los contratos y la posibilidad de su revisión por un tercero*.

2. El principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*

El artículo 1361 del Código Civil peruano establece que: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

En esta norma encontramos positivizado el principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia.

Para referirse a la obligatoriedad del contrato, tradicionalmente, la doctrina civil ha equiparado los efectos vinculantes del contrato con los efectos de la ley, expresando que “los contratos son ley entre las partes”. Así, los códigos civiles, especialmente los promulgados durante los siglos XIX y XX, prescriben que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes que lo han celebrado. Tal es el caso, por mencionar algunos, de los códigos civiles de:

- Francia⁶
- Italia⁷
- Chile⁸

⁶ Código Civil Francés de 1804: “artículo 1134. *Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal* entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe”.

⁷ Código Civil Italiano de 1942: “artículo 1372. *El contrato tiene fuerza de ley entre las partes*. No puede ser disuelto sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley”.

⁸ Código Civil de la República de Chile de 1855: “artículo 1545. *Todo contrato legalmente*

- Argentina⁹
- Uruguay¹⁰
- Bolivia¹¹
- Colombia¹²
- Venezuela¹³
- Ecuador¹⁴
- Puerto Rico¹⁵
- Proyecto de Código Civil de Argentina¹⁶
- Anteproyecto del Código Europeo de Contratos¹⁷

Si bien la usual equiparación de la fuerza obligatoria del contrato con la ley misma es producto de la tradición y costumbre jurídicas, creemos que

celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

⁹ Código Civil de la República Argentina de 1869: "artículo 1197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una *regla a la cual deben someterse como a la ley misma*".

¹⁰ Código Civil de la República Oriental del Uruguay de 1868: "artículo 1291. Los contratos legalmente celebrados forman una *regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma*".

¹¹ Código Civil de Bolivia de 1976: "artículo 519. *El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por ley*".

¹² Código Civil de Colombia de 1873: "artículo 1602. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

¹³ Código Civil de Venezuela de 1982: "artículo 1159. *Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley*".

¹⁴ Código Civil de Ecuador de 1970: "artículo 1588. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

¹⁵ Código Civil de Puerto Rico: "artículo 1044. Las obligaciones que nacen de los *contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de las mismas*".

¹⁶ Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio: "Artículo 964. Contratos discrecionales. *Los contratos discrecionales obligan a las partes como la ley misma, y en sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales y los usos*".

¹⁷ "Artículo 42. Efectos entre las partes y a favor de terceros.

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos a favor de terceros como se previene en las reglas del presente título".

Este proyecto ha sido elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, actualmente presidida por el jurista español José Luis de los Mozos y de los Mozos.

debe ser abandonada, pues, desde el aspecto jurídico ambas categorías —obligatoriedad del contrato y de la ley— son distintas. La expresión “fuerza de la ley” cumple una función más bien retórica, y es utilizada con la finalidad de enfatizar el vínculo jurídico entre los contratantes que han celebrado válidamente un contrato.

El maestro Manuel de la Puente y Lavalle¹⁸ presenta algunas diferencias entre los efectos del contrato y la ley:

- a) El contrato reglamenta una situación jurídica particular, y por regla general sólo produce efectos entre las partes. En cambio, la ley contempla un mandato, prohibición o permisión de carácter general y abstracto, que alcanza a todos los ciudadanos que se encuentren en los supuestos de hecho previstos en la norma.
- b) El contrato es el producto del acuerdo de voluntades de dos o más partes. La existencia de la ley no requiere de un acuerdo de voluntades, pues ésta se forma por el *ius imperium* del Estado, a través de un poder público, que en el Perú está a cargo del Poder Legislativo.
- c) El contrato a menudo tiene vida efímera, ya que se extingue cuando se crea la relación jurídica contractual, y ésta cuando se ejecutan las prestaciones correspondientes. Por su parte, la ley es dictada con un sentido de perdurabilidad en el tiempo, ya que a través del orden establecido persigue el logro del bien común de toda la sociedad.
- d) Un contrato puede quedar sin efecto por otro contrato o por un acto unilateral o, excepcionalmente, por la intervención legislativa del Estado. Pero una ley sólo puede derogarse, expresa o tácitamente, por otra ley.

Luego de establecer las diferencias entre los conceptos y los efectos del contrato y la ley, cabe concluir que tanto el contrato como la ley son figuras jurídicas que cumplen funciones y tienen efectos distintos.

La idea de equiparar la obligatoriedad del acuerdo contractual a la obligatoriedad de la ley es una tradición jurídica que viene desde el derecho romano. Los jurisconsultos romanos querían indicar una idea exacta y

¹⁸ Cfr. Puente y Lavalle, Manuel de la, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, 2a. ed. actualizada, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, t. I, p. 311.

completa de la obligatoriedad del contrato, y no encontraron una frase más apropiada para expresarla que decir que el contrato constituye una ley para las partes: *legem contractus dedit*.

Sin duda, más de una persona se habrá preguntado por qué obligan los contratos. Al respecto, existen varias teorías que intentan precisar el fundamento de la obligatoriedad del contrato. Entre las cuales podemos destacar la *teoría positivista-normativista*, según la cual los contratos obligan porque así lo dispone la ley; la *teoría del imperativo categórico* estima que los contratos son obligatorios en virtud de un postulado de la razón, es decir, los contratos obligan porque obligan; la *teoría del poder de la voluntad* que señala que el contrato es obligatorio porque deriva del poder de la voluntad de la persona —así, si uno contrata y promete algo, y luego cambia de parecer, la ley lo obliga a cumplir lo prometido—; la *teoría de la justicia correctiva*, que basándose en las ideas de justicia de Aristóteles, señala que el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro es lo que da lugar a la restitución de un valor equivalente en lo posible; esta justicia correctiva intenta equilibrar las situaciones de ambas personas; la *teoría utilitarista*, desde un punto de vista *individual*, señala que es ventajoso para el contratante cumplir lo estipulado, pues, de lo contrario, en el futuro nadie contrataría con él; la *teoría utilitarista*, desde un punto de vista *social*, ya que para la sociedad es útil que los contratos se cumplan, ya que de no ser así, la sociedad sería un caos. También existen *teorías religiosas y morales* que se apoyan en los mandatos divinos, donde un mandamiento de la ley divina es no faltar a la palabra empeñada, y en el plano social, el amor al prójimo impide violar lo prometido; *teorías de la veracidad y la confianza*, que modernamente dicen que el contrato es obligatorio por la confianza que la promesa genera en los demás, la misma que no debe ser defraudada.

Individualmente, ninguna de las teorías responde satisfactoriamente al carácter obligatorio de los contratos. Todas, en términos relativos, son válidas, dependiendo de la posición ideológica de cada persona. Por nuestra parte, creemos que si el Estado ha conferido autonomía y libertad a las personas para que autorregulen sus intereses, celebrando toda clase de contratos dentro de los límites que ha impuesto, resulta lógico concluir que también haya tenido que dotar de fuerza vinculante y obligatoria a los contratos, ya que de lo contrario no existiría seguridad jurídica en la

contratación, fin supremo en todo Estado de Derecho. En tal sentido, el legislador dicta normas expresas para brindar seguridad jurídica a las personas, para que si mañana celebran un contrato y una de las partes no cumple con sus obligaciones, el contratante perjudicado tenga acción para exigir su cumplimiento.

Bajo este contexto, si dos personas celebran un contrato, en ejercicio de su autonomía privada y conforme a los mandatos de la buena fe, dicho contrato será obligatorio. Así, si uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones asumidas en el contrato, el Estado faculta al contratante perjudicado con el incumplimiento para que solicite el cumplimiento (ejecución forzada), la resolución del contrato y/o la indemnización por los daños que eventualmente ha sufrido.

Una consecuencia del *pacta sunt servanda* es la intangibilidad o irrevocabilidad del contrato. Que el contrato sea intangible significa que una vez celebrado válidamente no podrá ser modificado o dejado sin efecto. La única forma de privar de efectos jurídicos al contrato será por un nuevo acuerdo, por la vía de la novación, la compensación (voluntaria), la condonación o el mutuo disenso.

En este sentido, un contrato válidamente celebrado y no sujeto a ningún vicio de voluntad o defecto extrínseco no puede ser alterado por un tercero o, unilateralmente, por una de las partes, tampoco por el juez¹⁹ o por el legislador.

Para que no existan dudas sobre el carácter intangible de un contrato, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 62, dispone lo siguiente:

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 solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

¹⁹ Salvo excepciones puntuales y referidas a situaciones específicas como la lesión, la desaparición de la base del negocio, la excesiva onerosidad de la prestación, la frustración del fin del contrato, la cláusula penal excesiva y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, que comentaremos más adelante.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente (las cursivas son del autor).

Según esta norma constitucional, los contratos no podrán ser modificados legislativamente; por el contrario, el Estado tiene el deber de garantizar la libertad contractual (términos y condiciones del contrato) y el cumplimiento de los contratos.

3. Figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos

Teniendo en cuenta que el contrato es un acuerdo de dos o más partes, y que, sobre la base de la autonomía privada, los contratantes tienen libertad para determinar el contenido de sus contratos, incorporando los términos, cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, no queda la menor duda que ellas —las partes— pueden prever la revisión de sus propios contratos cuando se presenten situaciones que alteren las circunstancias contractuales (por ejemplo: incremento de precios, escasez de productos, imposibilidad de ejecutar la prestación, etcétera).

Por lo tanto, resulta contraproducente decir que el contrato se puede revisar y modificar por un tercero que no ha intervenido en su celebración, ya que ello conllevaría a una falta de respeto al *pacta sunt servanda*, a la intangibilidad de los pactos y, desde luego, a la libertad contractual. Sin embargo, existen figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos por un tercero —juez, árbitro o legislador—, en determinadas situaciones. Estas figuras son:

- a) Lesión.
- b) Excesiva onerosidad de la prestación.
- c) Frustración del fin del contrato.
- d) Cláusula penal excesiva.
- e) Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos.

A. Lesión

La lesión en los contratos se presenta cuando un contratante se aprovecha del estado de necesidad apremiante²⁰ del otro, con la finalidad de obtener una ventaja o beneficio patrimonial a su favor. Este beneficio se traduce en una desproporción entre la prestación y la contraprestación, la cual, según lo dispone el artículo 1447 del Código Civil peruano, debe ser mayor de las dos quintas (2/5) partes.

Conforme lo dispuesto por la norma citada, cuando exista lesión en un contrato, la parte lesionada o perjudicada puede solicitar judicialmente la *rescisión*²¹ del contrato, a fin de que el juez declare la ineficacia del negocio jurídico desde el momento de su celebración. El lesionado podrá interponer la *acción de reajuste*, según el artículo 1415 del Código Civil peruano, solamente cuando el lesionante-demandado no pueda devolver la prestación recibida, por ejemplo, si el bien se hubiera vendido a un tercero o ya no se encuentre en su poder.

Por medio de cualquiera de las acciones (rescisión del contrato o reajuste), lo que busca el lesionado es la revisión el contrato en sede judicial, alegando y probando que el demandante se ha aprovechado de su estado de necesidad, que el contrato no es justo, no es equitativo y que, por el contrario, es leonino, es vejatorio para él.

Por otro lado, el lesionante —seguramente— argumentará que no ha habido ningún vicio de la voluntad —dolo, error, violencia o intimidación—, sino que ha habido un consentimiento libre entre las partes para celebrar

²⁰ El artículo 327 del Proyecto Único de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998, en su primer párrafo, amplía los supuestos de lesión, estableciendo que “Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y *sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza*. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones (...).”

²¹ La rescisión, en el derecho peruano, es una figura jurídica distinta a la resolución. Mediante la rescisión se deja sin efecto un contrato por *causales existentes* al momento de su celebración. Y por la resolución se deja sin efecto un contrato por *causales sobrevinientes* a su celebración.

el contrato, que el objeto y la finalidad son lícitos y que, por lo tanto, el contrato debe respetarse, pues de revisarse judicialmente se estaría vulnerando la seguridad jurídica, principio fundamental de toda sociedad.

Manuel de la Puente, presentando varios supuestos de lesión, se pregunta: “¿Debe respetarse la santidad de estos contratos o, por el contrario, debe el derecho proporcionar remedios a fin de alcanzar la rescisión de los mismos o su modificación?”. El maestro nos dice que: “La respuesta es difícil, casi diría dolorosa para un amante del Derecho, porque el problema de la lesión tiene sus raíces en el viejo conflicto, que en nuestros tiempos se presenta con tan angustiosa frecuencia, entre la seguridad jurídica y la justicia”.²² Ante su pregunta responde categóricamente:

Me inclino, pues, rendidamente, por la justicia. Pienso que si llega a ser indispensable sacrificar la seguridad jurídica que resulta de un contrato cuando la justicia contractual lo exige, debe hacerse el sacrificio (...). No cabe aceptar que aun cuando en un contrato oneroso exista una evidente desproporción entre la prestación y la contraprestación y que tal desproporción no haya sido querida por las partes, sino impuesta por uno de los contratantes al otro abusando del estado de necesidad en que éste se encuentra, el Derecho se ponga una venda y se abstenga de intervenir sólo porque el contrato es obligatorio entre las partes.²³

Pero también hay posiciones contrarias a la regulación de la lesión. Alfredo Bullard, máximo exponente del análisis económico del derecho en el Perú, en un interesante y crítico artículo titulado: “La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”, sostiene que la lesión:

(...) trata de impedir que los “malos samaritanos”²⁴ se aprovechen del estado de necesidad de alguna persona para obtener contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio desde el punto de vista eco-

²² Cfr. Puente y Lavalle, Manuel de la, “La lesión”, *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, núm. 37, diciembre de 1983, pp. 161 y 162.

²³ *Ibidem*, pp. 170 y 171.

²⁴ Para Alfredo Bullard, los “malos samaritanos”, a diferencia del buen samaritano que ayuda a sus semejantes si recibir o solicitar nada a cambio, son egoístas, sólo ayudan a los heridos a cambio de un beneficio económico.

nómico. Esta figura persigue desincentivar una conducta excesivamente egoísta. Sin embargo, al hacerlo, la lesión crea un incentivo peligroso en sentido contrario. Así, la lesión, desincentiva operaciones de rescate que puedan ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente. En esa circunstancia es difícil tener una respuesta clara. Por un lado, no se quiere que la gente se aproveche del estado de necesidad de otros, por el otro, se quiere que quienes estén en estado de necesidad encuentren la mayor cantidad de opciones posibles para salir de dicho estado. (...) La lesión es una suerte de control de precios en el que las prestaciones son evaluadas a fin de determinar si han sido fijadas de manera justa o como consecuencia del aprovechamiento de un estado de necesidad. Pero al hacerlo envía a los agentes económicos el mensaje que los precios o contraprestaciones que pacten pueden ser evaluados por el juez, de la misma manera que lo haría un regulador de precios en un servicio público, solo que incluso con menores herramientas para poder hacerlo. Así como los controles de precios generan escasez y colas para obtener productos, la lesión puede generar escasez de rescatadores y “colas” de potenciales rescatados esperando un rescate.²⁵

Para el profesor Bullard,

No existen, pues, bases para cuestionar un acto de los que la legislación peruana califica normalmente como lesión. Si uno entiende la ley de la oferta y demanda, y entiende que las condiciones de oferta y demanda responden a la relación entre utilidad y escasez, entenderá que los valores resultantes de un contrato celebrado bajo el estado de necesidad de una de las partes (es decir, bajo una situación de escasez extrema) es una mera aplicación de las leyes de oferta y demanda. Lo otro es confiar en un mecanismo similar al control de precios.²⁶

Por último, Alfredo Bullard sostiene que:

Corresponde a la religión y a la ética motivar conductas altruistas. La solidaridad es finalmente un principio que es deseable exista en todo ser

²⁵ Cfr. Bullard González, Alfredo, “La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”, *Themis-Revista de Derecho*, Lima, Segunda Época, núm. 43, 2001, p. 225.

²⁶ *Ibidem*, p. 234.

humano, como quizás coincidamos todos. El valor de la solidaridad está en que se ejerce libre de coacción. Por eso no existe solidaridad impuesta, ello sería mera obligación. Admiramos al buen samaritano porque era libre de no ser bueno, pero no por eso podemos condenar como malo a quien pidió algo a cambio de ayudar. *No le corresponde al Derecho crear buenos samaritanos, solo le corresponde establecer reglas que mejoren el bienestar de los individuos.* Y la lesión no contribuye a ese fin²⁷ (las cursivas son del autor).

Particularmente, ante la difícil disyuntiva de optar por respetar en forma sacrosanta los contratos o por permitir su revisión por un tercero, esto es, inclinarse por la seguridad jurídica o por la justicia contractual, me he sentido por largo tiempo dubitativo, considerando las importantes ventajas y desventajas de ambas posiciones.

He concluido que no coincido con mi buen amigo Alfredo Bullard cuando afirma que no es tarea del derecho crear buenas personas, buenos ciudadanos. Yo creo que le corresponde al Estado, por medio del derecho, crear los incentivos necesarios para que las personas se comporten con lealtad y honestidad en sus transacciones comerciales. No olvidemos que el derecho regula las conductas de las personas. Si ello es así, ¿no deberá corregir y sancionar la mala fe del contratante que se aprovecha del estado de necesidad, de la debilidad en la que se encuentra su contraparte? ¿Es la buena fe un principio retórico que no tiene ninguna utilidad práctica? Es ciertamente respetable la posición del análisis económico, entendida como una metodología de trabajo, pero también es cierto que el derecho debe alcanzar ciertos fines, como la justicia, la seguridad jurídica, la solidaridad, el bien común. Y para ello no basta con el acercamiento desde la perspectiva económica, aunque ésta sea indispensable en todo análisis; por ende, la posibilidad de conjugar al máximo los fines señalados se puede lograr, en este caso, en la medida que se permita la revisión de aquellos contratos en los que un contratante no haya actuado conforme al principio de la buena fe. En este ámbito, no debemos olvidar que la justicia se encuentra por encima de la libertad contractual de los contratantes.

²⁷ *Idem.*

Sin embargo, pese a que todos los días somos testigos de cuando un contratante se aprovecha del estado de necesidad del otro y obtiene una ventaja patrimonial a su favor, ¿por qué no existen demandas por lesión en el Perú?

Creemos que esta situación se debe en gran parte a la solución legal que ha previsto el legislador peruano en el artículo 1447 del Código Civil, que faculta, por regla general, al contratante lesionado a pedir la rescisión del contrato, olvidando que si el lesionado solicita la rescisión del contrato es porque desea que el juez declare la ineficacia del mismo, con lo cual las prestaciones ejecutadas deben restituirse. Pero, ¿cómo pedirle al contratante lesionado que restituya la prestación recibida, si dicha prestación la utilizó para salir de su estado de necesidad? Esto puede ser un contrasentido. Obviamente, podría acordar con un tercero la venta del bien a un precio justo, pero para ello el lesionado tendrá primero que recuperar el bien y el tercero entregar por adelantado parte del precio para que el lesionado devuelva la prestación al lesionante. Y, en este caso, ¿no cabría acaso la mala fe del lesionado al simular una venta con un tercero? Aquí estaríamos ante una “solución” a un supuesto de mala fe mediante un engaño, lo que atentaría contra la finalidad que dio cabida a la figura de la lesión.

Es por ello que nuestra posición, en estos casos, es que se permita la revisión del contrato, pero otorgando al contratante lesionado la facultad de pedir tanto la rescisión del contrato como el reajuste, con lo cual ya no tendría que acudir a simulaciones. Por otro lado, la carga de la prueba del aprovechamiento debería trasladarse al supuesto lesionante, ya que es diabólico pedirle al contratante lesionado que pruebe el aprovechamiento de su co-contratante.

En definitiva, la lesión es una figura que excepcionalmente debe permitir la revisión del contrato y, como diría el recordado maestro Guillermo A. Borda:

Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular o rescindir el contrato, pues la igualdad matemática es del todo imposible. Pero cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo lo han sido en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia, *cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado*

de estas circunstancias para sacarles provecho, el juez no puede convalidar tales convenciones que resultan repugnantes a la moral y las buenas costumbres. Será necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites. Por que el derecho presupone la justicia y no todo contrato, por el hecho de serlo, es justo, como lo pretendían los voceros del liberalismo.²⁸

B. Desaparición de la base del negocio

La base del negocio es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o desaparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”.²⁹

Karl Larenz, autor de un extraordinario libro titulado: “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, advierte que:

La expresión “base del negocio” puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato —sépanlo o no los contratantes—, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”.³⁰

Para Eduardo Benavides,³¹ el concepto de “desaparición de la base del negocio” incluye dos posibilidades:

²⁸ Cfr. Borda, Guillermo A., *Manual de contratos*, 6a. ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973, p. 61.

²⁹ Cfr. Puente y Lavalle, Manuel de la, *op. cit.*, t. II, p. 565.

³⁰ Cfr. Larenz, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. Carlos Fernández Rodríguez. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 37.

³¹ Cfr. Benavides Torres, Eduardo, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Lima, Cultural Cuzco S. A. Editores, 1990, p. 56.

- a) *La excesiva onerosidad de la prestación*: que comprende no sólo la ruptura grave del equilibrio económico de las prestaciones, sino también todo supuesto en el que la prestación deviene excesivamente gravosa y entra dentro de un alea anormal incompatible con la naturaleza del contrato que le dio origen y con la función que cumple.
- b) *La frustración del fin del contrato*: como un supuesto de ineficacia funcional de la relación contractual, en la cual la prestación, siendo posible de ejecutar y sin ser excesivamente onerosa, ha dejado de satisfacer el interés del acreedor, interés que por ser esencial ha sido considerado por ambas partes como fin del contrato.

Siguiendo al profesor Eduardo Benavides, analizaremos los supuestos de revisión del contrato debido a la excesiva onerosidad de la prestación y a la frustración del fin del contrato, dentro de la categoría genérica de *desaparición de la base del negocio*.

a. *Excesiva onerosidad de la prestación*

La excesiva onerosidad de la prestación se presenta en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se rompe el equilibrio contractual original y la ejecución de la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa frente a la contraprestación del otro contratante.

En este caso, conforme lo dispone en el artículo 1440 del Código Civil peruano, la parte perjudicada puede solicitar la revisión judicial del contrato para que el juez reduzca su prestación o aumente la contraprestación de la otra parte, y con ello logre reestablecer nuevamente el equilibrio contractual en dicho contrato. Empero, si no fuera posible equilibrar las prestaciones por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias del caso o porque lo solicita el demandado, el juez ordenará la resolución del contrato.

A diferencia de la lesión, donde existe un desequilibrio originario de las prestaciones que se presenta al momento de celebrar el contrato, en la excesiva onerosidad de la prestación el desequilibrio es posterior a la celebración del contrato.

Según Eduardo Benavides,³²

Determinar cuándo la prestación se hace excesivamente onerosa es siempre cuestión de hecho que el juez debe calibrar según las circunstancias del caso. No es suficiente la simple ruptura de la equivalencia entre las prestaciones, objetiva o subjetiva, ni una agravación de la onerosidad de la prestación o una dificultad mayor. Tampoco basta que la desproporción cause un daño, una pérdida grave, un agravio patrimonial considerable, ni siquiera que el cumplimiento pueda llevar al perjudicado a la ruina económica.

Tratándose de un supuesto de desaparición de la base del negocio, la perturbación tendrá que ser de tal magnitud que la relación de equivalencia, el equilibrio querido por las partes, resulte totalmente destruida, de manera que el contrato confrontado con su sentido originario ya no puede calificarse razonablemente de bilateral, ni pueda hablarse de una contraprestación. Tal como lo decía la jurisprudencia de los tribunales suizos, alemanes y británicos, la prestación se convierte desde el punto de vista económico en otra completamente distinta de lo que originariamente pensaron y quisieron las partes, la relación pierde su sentido de negocio de cambio, su significado integral, su fundamento, sus efectos son, pues, lo de “otro” contrato.

Nuevamente, en estos casos de ruptura del equilibrio contractual, de la alteración de las circunstancias contractuales, surge la interrogante de si se debe respetar el *pacta sunt servanda* o se debe optar por revisar el contrato.

Para Manuel de la Puente,

(...) es justo que mediante la revisión o resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato se alcance la recuperación del equilibrio original entre los intereses de las partes, desde que la ausencia de ese equilibrio frustra el propósito buscado al contratar. Es, además, contrario a la buena fe que, al amparo del principio de la obligatoriedad del contrato, se pretenda ejecutar éste de manera que no guarda una relación razonable con lo previsto por las partes al celebrarlo.³³

³² *Ibidem*, pp. 382 y 383.

³³ Cfr. Puente y Lavallo, Manuel de la, *op. cit.*, t. II, p. 575.

Un importante sector de la doctrina considera que el fundamento por el cual debe revisarse el contrato se debe a la existencia de la cláusula implícita o tácita *rebus sic stantibus*. Según esta cláusula, el cumplimiento de los contratos queda subordinado al mantenimiento del estado de las cosas existentes al momento de la celebración del contrato.³⁴

Sin embargo, tal como advierte Benavides, la cláusula *rebus sic stantibus* tiene serias limitaciones, “(...) pues de dársele crédito habría que liberar al obligado de su promesa cada vez que las circunstancias contractuales cambien, sin preguntarnos siquiera por el carácter del evento que motiva el cambio, sin tomar en cuenta siquiera los efectos que produce en la relación, o los riesgos asumidos.”³⁵ Por su parte, Manuel de la Puente afirma:

No creo que en todo contrato, sea cual fuere su clase, exista una cláusula implícita según la cual la obligatoriedad de la relación jurídica creada por el contrato (*pacta sunt servanda*) esté subordinada a que subsistan las circunstancias que existieron cuando se celebró el contrato (*rebus sic stantibus*). Nada hace suponer esto, ya que, si realmente las partes desearan que ello fuera así, cuidarían que la cláusula fuera expresa, dada su excepcional importancia, evitándose el riesgo de que se objetara el carácter implícito de la misma.³⁶

Coincido con ambos autores y considero que la cláusula *rebus sic stantibus* es peligrosa si se aplica sin más miramientos que un cambio en el estado o las circunstancias del contrato. Más aún, todo en la vida cambia, y en el tráfico patrimonial, en los negocios, las circunstancias siempre variarán.

Otros encuentran el fundamento de la revisión del contrato en la teoría de la imprevisión. Conforme a esta teoría “(...) la necesidad de resolver un contrato o modificar su cumplimiento cuando entre el momento de la celebración y el de la ejecución sobreviene un acontecimiento imprevisible que hace esa ejecución muy difícil”.³⁷

³⁴ *Ibidem*, p. 563.

³⁵ Cfr. Benavides Torres, Eduardo, *op. cit.*, p. 51.

³⁶ Cfr. Puente y Lavalle, Manuel de la, *op. cit.*, t. II, p. 572.

³⁷ Cfr. Benavides Torres, Eduardo, *op. cit.*, p. 53.

La teoría de la imprevisión, si bien supera la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, también resulta incompleta, ya que sólo se preocupa por la presencia de un acontecimiento imprevisible, dejando de lado las consecuencias de dicho acontecimiento, esto es, la mayor onerosidad de una de las prestaciones. Esta teoría no toma en cuenta los efectos que el acontecimiento imprevisible ha generado en la relación contractual.³⁸

Por último, existe la tesis de Eduardo Benavides de encontrar sustento a la excesiva onerosidad de la prestación en la teoría de la desaparición de la base objetiva del negocio. Este profesor sostiene que cuando en una relación contractual de ejecución continuada, periódica o diferida, la base objetiva del negocio desaparece, ya no estamos frente al contrato en su “versión original”, por llamarlo de alguna manera; en tal sentido, dicha relación contractual debería revisarse en sede judicial a fin de reestablecer el equilibrio, si ello no es posible se ordenará la resolución del contrato.

Permitir la revisión del contrato, en los supuestos de la excesiva onerosidad de la prestación, no conlleva de modo alguno una vulneración del *pacta sunt servanda*, pues si bien existe un riesgo al contratar, ese riesgo debe ser el que normal y razonablemente esperaría un contratante prudente y diligente, sin embargo, si a causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (devaluación de la moneda, inflación, guerras mundiales, desastres naturales, etcétera) las circunstancias contractuales se alteraran, tornando excesivamente onerosa una de las prestaciones, es justo que el contrato sea revisado excepcionalmente por las partes.

Desde luego, las propias partes pueden revisar el contrato, renegociar las condiciones, pero si ello no es posible por la falta de decisión e interés de una de ellas, el Estado debe otorgar, en forma excepcional, acción al contratante perjudicado para solicitar la revisión judicial o arbitral del contrato.

En palabras de Eduardo Benavides, que hago más,

(...) la institución de la revisión de los contratos por excesiva onerosidad acepta la plena validez del principio de la autonomía de la voluntad dentro de la contratación, pero condicionado y limitado por las exigencias de

³⁸ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

la vida social, y reconoce, al mismo tiempo, que la fuerza obligatoria del contrato debe seguir siendo afirmada como principio general y de primer orden, aunque vinculada indisolublemente en su aplicación al principio de la buena fe. Lejos de postular un enfrentamiento irreconciliable entre los valores de seguridad y justicia, la excesiva onerosidad entiende ambos valores como compatibles y complementarios, procurando armonizarlos sin olvidar que la justicia, valor fundante, se encuentra en el objeto mismo del Derecho.³⁹

b. *Frustración del fin del contrato*

Los contratos, y en particular las relaciones jurídicas obligatorias creadas por ellos, tienen un carácter instrumental, son vehículos que permiten a las partes satisfacer sus intereses.

El derecho contractual moderno, en palabras de Eduardo Benavides,

(...) considera a la obligación como vehículo para la actuación de los intereses de los particulares. El acreedor no quiere simplemente recibir un bien, una suma de dinero, un servicio. Le interesa sobre todo el “para qué”. Aquel destino al cual se pretende aplicar el bien, el dinero, el servicio, adquiere valor esencial y es en función de esa finalidad que ambas partes, y no solo una de ellas, deciden vincularse y establecer una relación prestación-contraprestación.⁴⁰

El mencionado autor agrega que:

A ambas partes les interesa que el dinero entregado en mutuo lo es para construir una casa, que el local arrendado será usado por el arrendatario como bodega, que los insumos suministrados lo son para fabricar alimentos, que el servicio de outplacement intentará reubicar a los trabajadores cesantes de una empresa en el mercado laboral, etc.⁴¹

³⁹ *Ibidem*, p. 384.

⁴⁰ Cfr. Benavides Torres, Eduardo, “Hacia una revalorización de la finalidad contractual”, en Bullard, Alfredo y Fernández, Gastón (eds.), *Derecho civil patrimonial*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 173.

⁴¹ *Ibidem*, p. 173.

En este contexto, la frustración del fin del contrato:

...se presenta cuando, aún siendo posible de cumplir la prestación, ésta pierde su utilidad, su interés, su sentido, su razón de ser. Este interés o utilidad, por ser aceptado como básico y esencial por ambas partes, ha sido constituido en fin del negocio. La frustración del fin ocurre tanto por imposibilidad de alcanzar el fin del contrato como por satisfacción del interés fundamental por la obtención del fin por otros medios.⁴²

El *leading case* sobre la frustración del contrato puede encontrarse en el conocido *Caso de la Coronación*. Cuando Eduardo VII de Londres iba a ser coronado, debía trasladarse con el cortejo real hasta el lugar de la coronación. Con esta ocasión, muchos propietarios alquilaron sus habitaciones, ventanas y hasta balcones, para que los interesados pudieran observar el paso del cortejo real. Pero Eduardo VII enfermó repentinamente y el cortejo se suspendió. Ante este suceso, las Cortes inglesas

...establecieron que la posibilidad de esperar el desfile de coronación del muy popular Príncipe de Gales era lo que una parte vendía y la otra compraba, y no la simple entrega de una habitación en arrendamiento por un par de días. Ambas partes habían contemplado como razón determinante para contratar el que el bien tuviese la característica esencial de *permitir asistir al paso del desfile* que tantas expectativas y entusiasmo había generado. Tanto es así, que la renta fue fijada en sumas bastante por encima de lo normal. Por lo tanto, al suspenderse el desfile, el contrato resultaba frustrado por desaparecer su fundamento (“Chandler vs Webster”, “Krell vs Henry”, 1903).⁴³

En estos y otros supuestos de frustración del fin o finalidad del contrato, el juez debería ordenar la ineficacia del contrato. En estos casos el *pacta sunt servanda* se relativiza, ya que dicho contrato no se ejecutará porque su finalidad no se puede alcanzar, ya que las partes no pueden alcanzar el propósito práctico y empírico que los llevó a contratar.

⁴² Cfr. Benavides Torres, Eduardo, *Excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 383.

⁴³ Cfr. Benavides Torres, Eduardo, “Hacia una revalorización de la finalidad contractual”, op. cit., pp. 173 y 174.

No debe confundirse el *fin* con el *motivo*. El motivo siempre es subjetivo, es el interés que exclusivamente busca cada contratante. Empero, el fin siempre es objetivo, es el propósito que persiguen ambas partes al contratar.

C. Cláusula penal: penalidad convencional excesiva

El Código Civil peruano no define a la cláusula penal. El artículo 1341 del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce, estableciendo que “el pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere (...)”.

Para el legislador peruano, la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, resarcitoria. Nosotros no compartimos esta posición. Para nosotros la cláusula penal cumple primordialmente dos funciones: preventiva y punitiva.

Sin embargo, conforme a las funciones preventiva y punitiva, la cláusula penal es:

...la prestación —de dar, de hacer o de no hacer— libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y, en caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, el deudor estará obligado al pago de la penalidad pactada.

Adicionalmente, la cláusula penal también “puede” cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con las complicaciones y costos que ello implica, pues los daños y perjuicios serán reparados mediante el cobro de la penalidad pactada, si ello es posible.

Contrariamente a las funciones preventiva y punitiva que debe cumplir la cláusula penal, el legislador peruano abre la posibilidad de reducir ju-

dicialmente las penas convencionales. El texto del artículo que permite la reducción judicial es el siguiente: “Artículo 1346. El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

De nuestra parte, no aceptamos que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación, o que habiéndola cumplido parcialmente, acuda al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó en el contrato. En el fondo, este hecho no es otro que la “revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados”, máxime en caso de haber negociado y celebrado paritariamente el contrato.

La inmutabilidad o reducción de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina y casi todos los códigos civiles admiten la reducción judicial de la cláusula penal. El Código Civil peruano, como hemos visto, no escapa a esta postura revisionista y proteccionista del deudor.

En tal sentido, nos preguntamos: ¿la cláusula penal, o mejor dicho, las penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena?

Basándonos en las funciones preventiva y punitiva de la cláusula penal, respondemos negativamente. Estamos convencidos del respeto a los acuerdos contractuales y somos contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

Por lo tanto, si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

- a) Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.
- b) Que la pena sea manifiestamente excesiva.
- c) Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.

- d) Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

La premisa de que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito y no una realidad. La idea de la “parte débil” en la relación contractual, denominada también como el “débil jurídico”, es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el Digesto, Labeón y Paulo señalan que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos, en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor.⁴⁴

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil. Nada más absurdo. Si una persona natural acude a comprar panetones a un supermercado, entonces será la parte débil frente al fuerte empresario; pero si el que acude a comprar los panetones es una empresa minera, ¿podemos decir que será una parte débil? Desde luego que no. Entonces, el deudor no puede ser calificado *per se* como la parte débil.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes —productores o empresarios— que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser tanto un campesino como un reconocido abogado.

No debemos, pues, seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata hay personas

⁴⁴ Labeón, en el D. 18,1,21, escribe que “[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento”, y Paulo, en el D. 50, 17,172, afirma que “En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor”.

que tienen mayor información que otras, que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

Respecto a la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal, debemos decir que ello es normal. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, ésta no serviría para nada, ya que no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Si, por ejemplo, los contratantes celebran un contrato de arrendamiento con una renta mensual de US\$ 200.00 e incorporan una penalidad de US\$ 1.00 por cada día de retraso en la devolución del bien arrendado, es lógico que el arrendatario no tendrá ningún incentivo para devolver el departamento, sino que por el contrario, tal vez opte por quedarse más tiempo en el departamento. Indudablemente esto sería una injusticia para el acreedor. ¿Podría afirmarse que el pobre deudor (arrendatario infiel) es una parte débil? Claro que no. Las penalidades que se pacten siempre serán enormes, y ello porque la naturaleza de la pena convencional es reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar el incumplimiento de parte del deudor.

Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad que exista una cláusula penal. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin que sea necesario que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin que para ello se requiera de una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Pero sabemos que la realidad es distinta. La realidad negocial nos demuestra que en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento, y que, por el contrario, se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como *medios compulsivos*, que permiten reforzar el cumplimiento de las obligaciones y los

contratos. Estos medios compulsivos son las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar, desde luego, las garantías reales (prenda, hipoteca) y las garantías personales (fianza, aval).

En relación con las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, ya que teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena —que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo— debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento (que en principio debiera ser espontáneo) para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas generalmente serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen casi siempre la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se dice que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello: ¿es el acreedor el que ha decidido que la penalidad se aplique, o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación? Dicho de otra forma: ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas el deudor, ya que si él cumple con sus obligaciones en forma diligente y oportuna, el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, asumir la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor ha cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe Osterling escribe que “[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello”.⁴⁵

Al respecto, considero que la situación de cumplimiento parcial o irregular de la prestación debe analizarse desde otra perspectiva.

Si el acreedor acepta que el deudor cumpla parcialmente su obligación, por ejemplo, en un arrendamiento el arrendatario está obligado al pago de la renta de US\$ 200.00 el 15 de cada mes, pero el 15 sólo paga

⁴⁵ Cfr. Osterling Parodi, Felipe, “Obligaciones con cláusula penal”, *Libro homenaje a Mario Alzadora Valdez*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1998, p. 319.

US\$ 150.00 y le dice al arrendador que el saldo se lo entregará en una semana, en este caso, lo que hay es una modificación al contrato original de arrendamiento en lo que respecta al pago de la merced conductiva de ese mes. Si luego de este pago parcial, aceptado por el acreedor (arrendador), éste intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no sólo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar.

Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación. Por ejemplo, si la renta debía pagarse mediante abono en una cuenta bancaria y el deudor arrendatario sólo abona el 50%, es decir, abona la suma de US\$ 100.00, no hay duda que el deudor cumplió parcialmente su obligación, pero en ningún momento hay una aceptación de parte del acreedor arrendador. Y tal rechazo de cumplimiento parcial se va a demostrar cuando el acreedor exija el pago de la penalidad convenida.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y, en caso de hacerlo, seguramente indicará que es con cargo al cambio de la mercadería o reducción del precio. En este último caso, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse. Lo normal que puede ocurrir es que el acreedor reciba el bien y luego se entere de los defectos, por ejemplo, si el deudor debe entregar 100 galones de combustible de 97 octanos y éstos están adulterados con kerosene, pero son entregados oportunamente en los almacenes del acreedor, el rechazo del acreedor al cumplimiento defectuoso del deudor se hará evidente cuando le exija el cambio del producto o, en su caso, el pago de la penalidad convenida.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones —impropiamente denominadas por el Código Civil peruano como inexecución de obligaciones—, no se está refiriendo única y exclusivamente al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tar-

dío o defectuoso. En todos estos supuestos, se está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria; por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, ésta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Si el deudor incumple sus obligaciones y causa un daño de US\$ 100.00 y se pactó una pena de US\$ 1,000.00, ésta debe reducirse, ya que el acreedor no puede ni debe enriquecerse a costa del deudor. Ello en razón que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento y no el enriquecimiento del acreedor.

Sin embargo, como hemos señalado, para nosotros la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y una función punitiva, ambas estrechamente relacionadas. En consecuencia, cuando el deudor incumple con sus obligaciones debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada, pues aquí los daños nada tienen que ver. Se previene —así se estimula la conducta deseable— y se castiga el incumplimiento, sin tomar en cuenta ni valor los posibles daños.

La penalidad convencional, como su nombre lo indica, es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna.

Anteriormente hemos dejado constancia de nuestro rechazo a la reducción de las penalidades convencionales libremente pactadas en los contratos paritarios.⁴⁶ En este trabajo nos ratificamos nuevamente en el carácter intangible e inmutable de las penalidades convencionales.

⁴⁶ Cfr. Soto Coaguila, Carlos Alberto, “La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales”, *Libro homenaje a Jorge Avendaño*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, t. II, pp. 831-863.

D. Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos

Denominamos contrato predispuesto al contrato que ha sido redactado, total o parcialmente, y en forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica con la finalidad de imponer sus condiciones a personas que sólo podrán aceptar celebrar o no el contrato bajo las condiciones impuestas.⁴⁷

Como en estos contratos predispuestos (masivos, estandarizados, en masa, por adhesión) no existe la negociación de las condiciones del contrato, ni la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido contractual, se presentan casos en los que la parte contratante (predisponente) que elabora unilateralmente el contrato por adhesión o las cláusulas generales de contratación, abusa de la posición jurídica de prediseñar el esquema contractual, e incluye condiciones que exclusivamente lo benefician o que perjudican únicamente al contratante que se adhiere. Una forma usual, en nuestro medio, es la exoneración o limitación de la responsabilidad de los productores o proveedores. Existe pues un desequilibrio en dicha relación contractual. Estas condiciones son conocidas en la doctrina como “cláusulas abusivas”, “cláusulas vejatorias” o “cláusulas leoninas”.

Una cláusula es calificada de abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro.⁴⁸ También son vejatorias porque agravan la posición de un contratante que se adhiere al contrato predispuesto.

Tomando en cuenta lo expresado, una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Un desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual predispuesto.

⁴⁷ Mayor información sobre la contratación predispuesta y las cláusulas abusivas puede encontrarse en nuestra obra *Transformación del derecho de contratos*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, capítulo II.

⁴⁸ Cfr. Puente y Lavalle, Manuel de la, *El contrato en general*, op. cit., t. III, p. 202.

- d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.

La doctrina sostiene que dichas cláusulas deben ser nulas o ineficaces, pudiendo ocasionar, inclusive, la nulidad de todo el contrato si dicha cláusula es esencial en la relación contractual.

Las cláusulas de un contrato no *deben* calificarse como abusivas en abstracto, sino que deben interpretarse dentro del contexto de la relación contractual. No es razonable solicitar la nulidad de una cláusula que, por ejemplo, exonere o limite la responsabilidad del empresario o proveedor, sin antes interpretar esa cláusula limitativa de responsabilidad dentro de la relación contractual. Por ejemplo, puede presentarse el caso, que el proveedor de un bien limite su responsabilidad una vez transcurrido el tiempo de la garantía ofrecida, en consecuencia, esta cláusula no es abusiva por el único hecho de limitar la responsabilidad del proveedor, debiendo analizarse en estos casos si tal limitación de su responsabilidad es *equitativa* o *no* en dicha relación contractual.

Para controlar o contrarrestar el uso y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, las personas pueden defenderse mediante el ejercicio de su propia libertad de contratación o autonomía privada, o agrupándose en asociaciones de consumidores (protección autónoma), las que les dirán *no contraten con tales empresarios o proveedores porque sus contratos son abusivos*. Pero el Estado también puede controlar los abusos en este sistema de contratación masiva a través de mecanismos administrativos, legislativos y/o judiciales (protección heterónoma).

El tema que nos interesa en este trabajo, y que conlleva a la revisión del contenido de un contrato, es el control judicial de las cláusulas abusivas.

La intervención judicial para controlar el uso de cláusulas abusivas incorporadas en los contratos predispuestos es un control *expost*, pues el contrato ya se celebró. Mediante este control, los jueces tienen la facultad de declarar la nulidad o la ineficacia de las cláusulas que se consideren abusivas, y aun la nulidad de todo el contrato si existe un claro desequilibrio de la relación contractual.

El control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos no está regulado o permitido por el ordenamiento jurídico peruano. No existe norma expresa que autorice a los jueces para declarar la nulidad

de cláusulas abusivas, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos de Norteamérica, Israel, España o Argentina.

Empero, pese a la ausencia de una norma expresa en el Código Civil peruano que permita la intervención judicial para anular las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, creemos que mediante una correcta aplicación del principio general de la buena fe, el juez puede revisar el contenido del contrato. Según el artículo 168, los negocios jurídicos deben interpretarse según lo expresado por las partes y conforme al *principio de la buena fe*; por su parte, el artículo 1362 establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según el *principio de la buena fe* y la común intención de las partes. Si bien los artículos mencionados no facultan *expresamente* al juez para que revise el contenido contractual, ello no es óbice para que la parte que considere que una cláusula del contrato predispuesto es abusiva o vejatoria, solicite al Poder Judicial su intervención, a fin de que el juez revise el contrato sobre la base del viejo y siempre vigente principio de la buena fe. Como sabemos, la buena fe impone a las personas el deber jurídico de comportarse leal y honestamente en toda las fases de la contratación privada (negociación, celebración y ejecución). Este comportamiento debe medirse con una regla de conducta, un *estándar jurídico* de un prototipo de conducta social media (el buen padre de familia, el buen contratante) dentro de un contexto determinado.

En suma, mediante la aplicación de la buena fe contractual, el juez puede declarar nulas o ineficaces las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, pues no existe buena fe en el predisponente de las cláusulas generales de contratación que, por ejemplo, incorpora condiciones que perjudican al otro contratante o desnaturalizan la relación jurídica contractual, limitando o exonerando su responsabilidad. En este sentido, nada impediría al adherente perjudicado por una cláusula abusiva, solicitar al juez que, sobre la base del principio de la buena fe, la declare nula o ineficaz, e incluso ordene la nulidad de todo el contrato si la cláusula abusiva constituye el núcleo del mismo.⁴⁹

⁴⁹ También se puede consultar nuestro trabajo Mosset Iturraspe, Jorge y Soto Coaguila, Carlos Alberto, "La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles", *El contrato en una economía de mercado*, Lima, Editora Normas Legales, 2003, pp. 321-346.

4. Modificación de los contratos por parte del Estado mediante la dación de normas legales

¿Puede el Estado dictar leyes para modificar, directa o indirectamente, los términos o condiciones de un contrato válidamente celebrado?

En el derecho peruano el tema ha generado largos y encendidos debates.

El Código Civil peruano, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, mediante el artículo 1355, permite que por consideraciones de interés social, público o ético, el Estado dicte leyes para imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Como señaló en su oportunidad el autor del proyecto de la parte general de los contratos del Código Civil, doctor Max Arias-Schreiber Pezet, esta norma se encuentra inspirada en un interés comunitario (social, público y ético), y no se aplicará a

...las condiciones de validez y forma de los contratos celebrados antes de la vigencia del nuevo Código (1984), pues en caso contrario se estaría infringiendo la norma constitucional sobre irretroactividad de la ley. *Esto no significa que este Código no se aplique inclusive a las consecuencias de los contratos en ejecución*⁵⁰ (El subrayado es nuestro).

Comentando este artículo, Manuel de la Puente y Lavalle ha manifestado que: “No cabe duda que la razón de ser del artículo [1355] es principalmente regular el intervencionismo del Estado en la contratación”.⁵¹ En otro pasaje de su obra *El contrato en general*, el maestro peruano agrega que “las reglas y limitaciones a que se refiere el artículo 1355 del Código Civil son aplicables tanto a los contratos celebrados antes de dictarse la ley que las imponga como a los celebrados después”.⁵²

Sin embargo, en la Constitución Política del Perú de 1993 se incorporó un texto normativo tendiente a garantizar la *intangibilidad de los contratos*. El artículo 62 de la carta política prescribe que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cual-

⁵⁰ Cfr. Revoredo, Delia (comp.), *Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil de 1984*, Lima, OKURA Editores, 1985, t. VI, p. 19.

⁵¹ Cfr. Puente y Lavalle, Manuel de la, *op. cit.*, t. I, p. 234.

⁵² *Ibidem*, p. 238.

quier clase”, y que cualquier conflicto derivado de una relación contractual se deberá solucionar en la vía arbitral o judicial conforme los mecanismos de protección previstos en el propio contrato o contemplados en la ley.

Existe, pues, un evidente conflicto normativo entre el artículo 1355 del Código Civil (que permite la intervención del Estado en los contratos) y el artículo 62 de la Constitución Política (que garantiza la intangibilidad de los contratos y el respeto a los acuerdos contractuales). Frente a este conflicto se han planteado diversas hipótesis:

- a) Por un lado, se ha dicho que el artículo 1355 se encuentra derogado tácitamente por el artículo 62 de la Constitución, ya que el texto constitucional contempla el mismo supuesto normativo que el artículo del Código Civil.
- b) Otros sostienen que el artículo 1355 continúa vigente, que no existe incompatibilidad con el texto constitucional, ya que se aplica excepcionalmente a las situaciones previstas en la norma (interés social, público o ético), para lo cual argumentan que el Estado no puede renunciar al *ius imperium* de dictar leyes para regular y ordenar las conductas de las personas.
- c) Otro sector se ha pronunciado porque la garantía de intangibilidad contractual que otorga el artículo 62 sólo está referida exclusivamente a los contratos-ley o contratos de estabilidad jurídica que celebra el Estado con inversionistas nacionales o extranjeros, con la finalidad de otorgar garantías y seguridades, es decir, garantizar que las reglas jurídicas al momento de su inversión no serán modificadas unilateralmente por el Estado.
- d) Finalmente, se dice que el artículo 1355 es inconstitucional por contravenir la norma contenida en el artículo 62 de la Constitución. Y mientras no se solicite su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el juez o árbitro, en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, deberá preferir la norma constitucional.

Sin perjuicio de lo anotado anteriormente, la intervención del Estado en los contratos en ejecución es mucho más compleja, especialmente en lo referido a la aplicación de las normas en el tiempo.

Conforme lo dispone la parte pertinente del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”. Por su parte, el artículo III del título preliminar del Código Civil peruano establece que “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones en la Constitución Política del Perú (las cursivas son del autor).

La teoría adoptada por el legislador peruano, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, es la de los hechos cumplidos, según la cual, “cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (*tempus regit factum*)”.⁵³ En consecuencia, conforme a esta teoría, los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta, y los hechos cumplidos después de su promulgación por la nueva.⁵⁴

Por lo tanto, si el Estado peruano —sobre la base del *ius imperium*— dicta una ley, ésta será obligatoria al día siguiente de su publicación y se aplicará a todas las situaciones y relaciones jurídicas existentes. Hasta aquí todo en orden. Pero, ¿si la nueva ley contiene normas que pueden afectar los términos y condiciones de un contrato en plena ejecución, se aplicarán o no? No es fácil responder a esta interrogante. Nosotros somos de la opinión que, por regla general, la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en ejecución, más aún cuando el artículo 62 de la carta política garantiza la intangibilidad de los contratos. Por lo tanto, en caso de que la nueva ley pretenda modificar los términos de un contrato, en aplicación del control de constitucionalidad de las leyes, se deberá preferir la norma constitucional sobre la norma legal.

Sin embargo, existen opiniones que sostienen que si la nueva ley contiene normas de orden público, también debe aplicarse a los contratos en ejecución. Bajo este criterio, el artículo 1355 tendría plena vigencia, ya

⁵³ Cfr. Espinoza Espinoza, Juan, *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 138.

⁵⁴ Cfr. Alzamora Valdez, *Introducción a la ciencia del derecho*, Lima, Tipografía Sesator, 1980, p. 283.

que cuando existan razones de interés social o público, el Estado podría dictar leyes para modificar los términos de un contrato.

Desde luego, la nueva ley podría evitar este conflicto de aplicación inmediata de la ley, contemplando una disposición transitoria que establezca que sus reglas no se aplicarán a los contratos en ejecución sino únicamente a los contratos que se le celebren durante la vigencia de dicha norma. Una buena técnica legislativa debería orientar a nuestros legisladores al momento de dictar las leyes y evitar futuros conflictos formativos.

Como pueden apreciar, el tema no está acabado, por lo que el debate continúa.

5. A modo de conclusión: ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero?

Antes de responder a la interrogante planteada, es conveniente entender al contrato no sólo desde el aspecto jurídico (acuerdo de dos partes para crear obligaciones), sino desde una perspectiva económica y social, para lo cual debemos preguntarnos: *¿para qué se contrata?, ¿qué finalidad persiguen las personas cuando celebran un contrato?*

Desde una perspectiva económica y social, “el contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado”. En tal sentido, cada parte debe colaborar con la otra a fin de lograr que el contrato surta todos los efectos queridos.

No debe pensarse que el acreedor únicamente tiene un derecho de crédito contra su deudor, también tiene el deber de colaborar con su deudor para que éste cumpla a cabalidad con sus obligaciones. Un contundente ejemplo de la colaboración del acreedor para que su deudor cumpla se encuentra en el artículo 1252 del Código Civil peruano, que regula el ofrecimiento judicial o extrajudicial del pago por consignación. El texto del artículo es el siguiente:

Artículo 1252. El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.

Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviere impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, *cuando el acree-*

dor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido (...) (las cursivas son del autor).

Como podemos ver en la norma transcrita, si el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor cumpla con sus obligaciones, éste puede consignar judicial o extrajudicialmente el pago.

Cuando las personas contratan, lo que buscan o desean alcanzar es un propósito práctico. Por ejemplo, la persona que encargó la confección de un vestido a un sastre, colaborará con éste para que el vestido sea perfecto, hará sugerencias y tal vez hasta le indique sus defectos corporales a fin de que el sastre pueda tomarlos en cuenta al momento de confeccionar el vestido. Lo mismo sucederá con el dueño de un terreno que contrata los servicios de un arquitecto o ingeniero; en este caso, el dueño le informará acerca de si le agrada la luz del sol por las mañanas o no, si desea tener ventilación o si ello no le resulta relevante, etcétera. En general, en todos los contratos, los contratantes siempre realizan actos de colaboración necesarios para que su deudor no sólo cumpla con su obligación, sino, y sobre todo, que dicho cumplimiento satisfaga sus intereses oportuna y eficientemente.

Ahora bien, ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero? Considero firmemente que por regla general no debe permitirse. En tal sentido, la intervención del Estado mediante la dación de leyes que modifican contratos en ejecución o la facultad para que el deudor solicite al juez la reducción de las penalidades excesivas deben estar prohibidas por el legislador. Como hemos manifestado, las penalidades convencionales tienen por finalidad reforzar el cumplimiento de los contratos, por lo que la reducción judicial de una penalidad libremente pactada desnaturaliza la finalidad y la función de la cláusula penal. Por su parte, la intervención del Estado en los contratos en ejecución genera inseguridad jurídica para los contratantes. Además, en ambos casos, se atenta con el principio del *pacta sunt servanda*.

No olvidemos que los contratos se celebran para ser cumplidos, que durante su ejecución se pueden presentar situaciones imprevistas, no cabe la menor duda, pero también debemos tener presente que toda persona al celebrar un contrato asume un riesgo. Un contrato que originalmente era favorable o beneficioso para una parte, puede tornarse en desfavorable o perjudicial debido a circunstancias imprevistas. Por ejemplo, una persona arrienda un local comercial durante tres años a cambio de una renta mensual de US\$ 500.00, y luego la zona donde está ubicado el local se revaloriza debido a mejoras ambientales y los alquileres se incrementan a US\$ 700.00 por locales de similares características; el propietario —por más que lo desee— no podrá incrementar unilateralmente la renta o resolver el contrato, no tiene otra opción de respetar el acuerdo contractual. No cabe duda de que el propietario recibirá una renta menor que los otros propietarios, pero esos son los riesgos normales de contratar. Así pues, nadie puede desvincularse de una relación contractual alegando que el contrato ya no le conviene o que no le resulta beneficioso como lo era originalmente. Téngase presente que no hay libertad sin riesgos y, en el ámbito contractual, éstos son consustanciales a los contratos de larga duración.

Sin embargo, frente a un caso de lesión, de excesiva onerosidad de la prestación, de frustración del contrato o de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos ¿también debemos respetar en forma sacrosanta los acuerdos contractuales? Creo y estoy convencido de que el contrato es un vehículo jurídico que permite el tráfico patrimonial, la circulación de la riqueza, el intercambio de bienes y servicios, pero no puede ser el medio que legitime “el abuso o el aprovechamiento de un contratante sobre otro, alegando el respeto de los contratos y el respeto de la libertad contractual”. Un contrato que no se ha celebrado conforme al principio de la buena fe, o cuyas circunstancias contractuales se han alterado, como consecuencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, no puede ser eficaz. En estos supuestos, resulta indispensable que el legislador diseñe mecanismos tendientes a revisar judicialmente del contrato. No obstante, como ya hemos comentado, un sector de la doctrina se ha pronunciado por la derogación o eliminación de la lesión y de la excesiva onerosidad de la prestación porque atentan contra la libertad de contratación y el respeto a los contratos, además sostiene que dichas figuras obstaculizan el tráfico patrimonial e impiden la inversión privada, tanto nacional como extranjera.

Pero creo que eso no es así. Todos los peruanos somos testigos de que en el Perú existe inversión privada, y que el tráfico patrimonial no se ha visto interrumpido. En todo caso, si hay recesión o si la inversión privada se ha detenido, no se debe a la existencia de figuras jurídicas como la lesión o la excesiva onerosidad de la prestación que, por lo demás, se encuentran reguladas en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Las razones de la falta de inversión, en mi particular opinión, no tienen como causa estas circunstancias, sino factores de diferente índole, como la inestabilidad política, económica, legislativa, social, entre otros que no es la ocasión de analizar.

Particularmente, creemos que la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación conjugan muy bien dentro de un sistema económico respetuoso de la seguridad jurídica, pero también de la justicia contractual. En tal sentido, mediante la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación se permiten la corrección de las desproporciones y el restablecimiento de los desequilibrios que se presentan diariamente en la contratación.

Para concluir, no debemos olvidar que la seguridad jurídica y la justicia no son principios que se contraponen, por el contrario, se coadyuvan y necesitan mutuamente, pues mediante ambos se puede alcanzar el bien común, entendido como el bienestar de cada uno y el de toda la sociedad en su conjunto.

—+—