

ESTUDIOS

La Justicia Contractual en el Contrato de hoy *

CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ **

ABSTRACT:

In the following lines, the author tries to show the foundation on which institutions and contractual figures of vital importance in the private negotiation relations have been constructed, in an attempt to rescue and to revalue the principle of Contractual Justice and others of undeniable value in estates of the Contract Right.

Thus, the lack of foresight, the injury, the massive hiring and the penal clause, find capacity in these lines for the development of the central subject of this communication, at moments at which the standardized contractual relations constitute the most recurrent way of interchange of goods and services in the market; where one of its main participants -the human being- seemed to be left of side.

Key words: contract - contractual justice - good faith - injury - lack of foresight - massive hiring - penal clause.

RESUMEN:

En las siguientes líneas, el autor pretende mostrar el fundamento sobre el cual se han construido instituciones y figuras contractuales de importancia vital en las relaciones negociales privadas, en un intento por rescatar y revalorizar el principio de Justicia Contractual y otros de innegable valor en predios del Derecho de Contratos.

Así, la imprevisión, la lesión, la contratación masiva y la cláusula penal, encuentran cabida en estas líneas para el desarrollo del tema central de la ponencia, en momentos en que las relaciones contractuales estandarizadas constituyen la manera más recurrente de intercambio de

* Ponencia presentada y sustentada en las VIII Jornadas de Investigación – I Internacionales, Mesa temática «La Justicia Contractual», realizadas los días 29 y 30 de agosto de 2007, en la Universidad de Medellín – Colombia.

** (Trujillo – Perú) Profesor – Investigador a tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín – Colombia. Correo electrónico: ccarranza@udem.edu.co

bienes y servicios en el mercado; donde uno de sus actores principales –la persona humana – pareciera ir quedando de lado.

Palabras clave: contrato – justicia contractual – buena fe – lesión – imprevisión – contratación masiva – cláusula penal.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Cumplimiento inexorable frente a circunstancias sobrevenidas: la revisión del contrato por imprevisión.*–3. *Lesión: seguridad jurídica vs. justicia contractual: un conflicto acuciante.*–4. *¡Lo tomas o lo dejas!: la contratación masiva y las cláusulas abusivas.*–5. *Brevísimos apuntes sobre la modificación de la cláusula penal: ¿un acto de justicia contractual?*–6. *Conclusión.*–7. *Bibliografía consultada.*

1. INTRODUCCIÓN

En tiempos en los cuales las relaciones contractuales masivas constituyen la manera más recurrente de intercambio de bienes y servicios, donde la igualdad jurídica sigue siendo aún el elemento esperanzador frente a una chocante y cada vez creciente desigualdad económica, donde el consumidor no tiene más alternativa que aceptar las condiciones del empresario, donde la rapidez del comercio ha hecho desaparecer toda posibilidad de negociación, donde el mercado –si bien terreno propicio para la libre competencia– sigue siendo aún hoy espacio fértil de asimetría informativa entre quienes acuden a él para la realización de innumerables transacciones, y donde el contrato –finalmente– ha quedado reducido a un *lo tomas o lo dejas...* con todo ello ¿puede hablarse de justicia contractual hoy?

¿Puede hablarse de justicia contractual¹ cuando un contratante se aprovecha de la situación de necesidad o apremio económico de su par para obtener beneficios económicos que en una situación de equiparidad tal vez no hubiese obtenido, y más aún cuando exige el respeto irrestricto del contrato?

¿Puede aún invocársele cuando se exige el cumplimiento fiel del contrato a quien por efecto de la alteración imprevista de las circunstancias bajo las cuales concertó el negocio, sufre el incremento excesivo de la prestación a su cargo, con el grave riesgo de su afectación patrimonial?

Y finalmente, ¿está presente la justicia contractual cuando se pretende evitar, bajo el argumento de la inmutabilidad del contrato, que el juez pueda reducir la penalidad a cargo del deudor cuando ésta se torna manifiestamente excesiva?

Si bien es cierto el contrato se orienta a una finalidad eminentemente patrimonial, muchas de las instituciones contractuales tienen como sustrato fines distintos que

¹ Puede leerse en esta obra, el excelente trabajo del profesor FRANCISCO TERNERA BARRIOS, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, «El Concepto de Justicia Contractual en Colombia», en el cual se efectúa un recorrido por las distintas lecturas a las cuales ha sido sometida la justicia contractual, y cómo ésta encuentra cabida desde el momento de la construcción del contrato hasta su ejecución posterior, vía las previsiones legales contenidas en el Código Civil y Código de Comercio colombianos.

aqué², por lo cual pensamos que la visión e interpretación que debe hacerse del mismo debe efectuarse sobre la base no solo del mero dato patrimonial sino atendiendo al plano de la buena fe y, por supuesto, la justicia contractual.

El contrato no puede quedar reducido a un simple mecanismo facilitador del intercambio de bienes o la prestación de servicios, en el cual la atención se centre exclusivamente en las obligaciones asumidas sin importar los sujetos que las contraen, o sin que se tomen en consideración las consecuencias graves que, en ciertos casos, podría acarrear el cumplimiento estricto de lo comprometido (piénsese en la excesiva onerosidad de la prestación, por poner un caso).

Esta realidad actual que mira la forma pero olvida el fondo, que enarbola el mercado pero que voltea la mirada cuando se trata de sus actores directos, nos enfrenta a un reto crucial: o nos aferramos a seguir exaltando el mercado y sus reglas a veces no tan invisibles, y dentro de él al contrato como simple instrumento de intercambio, o centramos de una vez por todas la atención en los individuos de carne y hueso, sujetos que desprovistos muchas veces de información suficiente y escaso poder negociador, deben enfrentarse día a día a contratos prerredactados, intereses usurarios, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad o reservas en las facultades de resolver el contrato cuando el predisponente así lo considerara.

Es por ello que pretendemos con este escrito revalorizar el principio de justicia contractual por medio del análisis de cuatro instituciones cruciales del Derecho de Contratos, para mostrar su operatividad dentro de ellas y poner de relieve, aunque suene ya redundante, al principal y a veces olvidado actor principal del mercado: la persona humana.

2. CUMPLIMIENTO INEXORABLE FRENTE A CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS: LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN

Al ser considerada una institución que colisiona con el principio del *pacta sunt servanda*, y con él, la seguridad jurídica que debe presidir todo acuerdo negocial libremente entablado; la admisión de la imprevisión³ como causal de resolución del contrato no ha sido para nada pacífica.

Partiendo por el ámbito legislativo, bástenos referir que su recepción por los textos normativos latinoamericanos no es absoluta.

Chile, Uruguay y Colombia⁴ no han previsto en sus respectivos Códigos civiles normas particulares que permitan la aplicación de la imprevisión, como si lo hacen otros cuerpos legales de la región⁵; aunque respecto a este último país, nos encon-

² El matrimonio no constituye solo vinculación patrimonial, sino que la institución misma reposa en una ligazón más trascendental, como es la afectiva; o la donación, que no se circunscribe exclusivamente a una transmisión gratuita de bienes hacia un tercero beneficiado, sino que se alimenta de una finalidad distinta al mero fin patrimonial, un fin altruista por ejemplo.

³ O excesiva onerosidad de la prestación, como se le denomina en Perú.

⁴ Sea éste el momento para agradecer de manera efusiva la colaboración valiosa que nos prestó el profesor CARLOS FERNANDO GÓMEZ VÁSQUEZ, investigador de la Universidad de Medellín, para conocer los antecedentes legislativos de la figura de la imprevisión en el querido país de Colombia.

⁵ Perú, Argentina, Bolivia y Brasil, pueden ubicarse dentro de este grupo.

tramos –como sostiene el profesor Rivera–⁶ frente a un caso intermedio, pues si bien pueden ubicarse en su Código Civil algunas normas que aluden someramente a la figura (arts. 1882, inc. 4 y 2060, inc. 2), es el Código de Comercio quien la ha previsto concretamente, al prescribir el artículo 868 que procederá la revisión de lo pactado si circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, alteran o agravan la prestación de futuro cumplimiento; sea para reajustarlo a términos de equidad o terminarlo, cuando esto no sea posible.

Pero es en el ámbito doctrinario donde solemos encontrar mayor resistencia a la regulación de la imprevisión, constituyendo su incidencia respecto a la fuerza obligatoria del contrato, el respeto a la palabra empeñada, la confianza del tráfico, entre otros, los fundamentos más recurrentes sobre los cuales se apoyan las opiniones contrarias a su formulación.

Se ha dicho que los contratos constituyen, por antonomasia, un acto de previsión; que se los pacta como definitivos presumiéndose su irrevocabilidad, puesto que por encima del interés de los contratantes está la seguridad del tráfico, la confianza recíproca y el estímulo de una ventaja futura, que son el alma del comercio.⁷

De otro lado, haciendo reposar la crítica en la obligatoriedad del acuerdo, ha llegado a sostenerse que ésta ha sufrido un «(...) grave quebranto cuyo alcance es de tal naturaleza que rompe con toda la teoría del contrato», y aún más, que ahí «(...) donde se tenga en cuenta la imprevisión, el contrato quedará a un lado»⁸.

En último término, y desde los predios del análisis económico del Derecho, se plantea la inadmisibilidad de la institución al considerarse que en materia económica no existe nada imprevisible, es decir, lo imprevisible resultaría extraño al contrato, ya que lo único tangible es la presencia de acontecimientos previsibles a muy alto costo⁹.

Sea cual fuere el argumento esgrimido para atacar la teoría de la imprevisión, lo cierto es que no puede negarse hoy en día su absoluta y plena vigencia; pues a pesar que su aplicación trastoca –qué duda cabe– los cimientos del *pacta sunt servanda*, al permitir que un contrato válidamente celebrado y de cumplimiento obligatorio sea materia de revisión; la justicia del contrato y la sumisión de éste al principio de buena fe, exigen que se detenga la ejecución de lo pactado cuando un evento extraordinario e imprevisible altera el equilibrio del negocio, con grave detrimento para el contratante obligado a cumplir.

El contrato representa el medio más eficaz para facilitar el tráfico comercial además de satisfacer intereses diversos de los particulares; pero bajo ningún punto de vista puede convertirse en un instrumento que produzca el daño económico de un sujeto, por un lado, y el enriquecimiento de otro a expensas del perjuicio de aquél.

⁶ RIVERA, JULIO CÉSAR, «La Teoría de la Imprevisión. Estudio comparativo entre algunas legislaciones latinoamericanas», en: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos (Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera)*, AA.VV., Oviedo Albán, Jorge-Carranza Álvarez, César (Directores), Editorial Industria Gráfica Libertad, t. I, Trujillo (Perú), 2005, p. 141.

⁷ RISOLÍA, MARCO AURELIO, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Abeledo-Perrot, 2.ª edición, Buenos Aires, 1958, pp. 188-189.

⁸ DE BUEN LOZANO, NÉSTOR, *La decadencia del contrato (con un apéndice «Veinte años después»)*, 2.ª edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1986, pp. 246-247.

⁹ PATRÓN SALINAS, Carlos, citado por CASTILLO FREYRE, MARIO y VÁSQUEZ KUNZE, RICARDO, *Analizando el Análisis (Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004, p. 82, nota 3.

Las partes al contratar no solo son conscientes de las ventajas que les reportará el negocio, sino particularmente de las circunstancias bajo las cuales éste se realiza, en el entendido que ellas se mantendrán durante toda la vida del contrato. Pero cuando sobreviene un hecho extraordinario, de alcance general, no contemplado en el curso de las tratativas ni mucho menos al finiquitarse el acuerdo, que torna excesivamente gravoso el cumplimiento de la prestación para una de las partes; entonces, invocando los principios anteriormente mencionados, es justo que dicho contrato sea revisado para restablecer su paridad originaria e impedir con ello el perjuicio patrimonial del afectado.

Así lo entendió la jurisprudencia francesa en un fallo del Consejo de Estado de 1916, cuando permitió que el contrato celebrado entre la Compañía de Alumbrados de Burdeos y la Municipalidad de esa ciudad fuera revisado al haber sucedido un hecho imprevisto –la Primera Guerra Mundial– que supuso el encarecimiento del carbón, materia prima –precisamente– del servicio prestado por tal compañía¹⁰.

Posteriormente, y siempre en Francia, la Ley *Faillot* de 1918 contempló la posibilidad de rescindir o suspender la ejecución de los contratos anteriores al 1 de agosto de 1914, que comportaran la entrega de mercaderías o artículos u otras prestaciones sucesivas o solo diferidas, mientras durara la guerra y hasta tres meses después de cesadas las hostilidades, si se «(...) establecía que a causa del estado de guerra la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes comportaría cargas o le causaría un perjuicio cuya importancia excedería en mucho las previsiones que razonablemente pudieron tenerse en el momento del contrato»¹¹.

Y mucho más atrás en la historia, sustentados en la vieja cláusula *rebus sic stantibus*, cuya inserción se consideraba tácita en todo acuerdo contractual, los estudios doctrinarios han registrado como antecedentes del instituto en comentario textos de Cicerón (De Officiis, De los deberes) y Séneca (De beneficiis); en tanto otros parecen apreciarlo en unas líneas de Neratius en el Digesto («*rebus sic stantibus loquimur*»: se habla estando así las cosas, Ley 8.^a, Libro VII, título 4.^o, de *condictio causa data, causa non secuta*) y en un pasaje de Marcelo (Digesto, 45-I, párr. 98)¹².

Sin embargo, como lo reconoce Rezzónico,¹³ la formulación más clara de la teoría de la imprevisión se encuentra en una expresión de los post-glosadores, según la cual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*,¹⁴ y además, en los desarrollos de los canonistas medievales, cuyos tribunales consideraban contrario a la moral cristiana y la equidad el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro, cuando las circunstancias bajo las cuales se pactó el negocio hubiesen sido alteradas por acontecimientos imprevisibles.

Con todo, a pesar de su negación por quienes hacen prevalecer el cumplimiento fiel del contrato por sobre la justicia del mismo, no hay duda que la imprevisión ha asentado ya su estructura sobre bases sólidas, con la consecuencia de hacer voltear la

¹⁰ Los detalles de este caso pueden revisarse en: MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, «Imprevisión. Legislación de América del Sur», en: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos (Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera)*, AA.VV., cit.; p. 165.

¹¹ Citado por: REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Editorial Perrot, 2.^a edición (actualizada y aumentada), Buenos Aires, 1954, p. 17.

¹² *Ibidem*, p. 21.

¹³ *Ibidem*, pp. 21-22.

¹⁴ Los contratos a término o de tracto sucesivo, se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado.

mirada a los principios de buena fe y equidad cuando de interpretar y ejecutar el negocio se trata¹⁵.

Lo anterior queda de manifiesto cuando encontramos en los Códigos civiles normas cuyo propósito no es alterar las bases del mercado como creen algunos, sino proteger a sus actores directos, a efectos que los negocios entablados en él reposen bajo fundamentos de justicia y equidad. La imprevisión constituye un claro ejemplo de ello.

Ante tal realidad, queda por decir, parafraseando a Rezzónico¹⁶, que puede vislumbrarse un hermoso porvenir a instituciones como el Abuso del Derecho, la lesión y la figura que en este apartado hemos abordado, en la medida que desaparezca el individualismo acendrado en las instituciones y se impregnen del espíritu de solidaridad social que debe cubrir con su manto todo el ámbito jurídico.

3. LESIÓN: SEGURIDAD JURÍDICA VS. JUSTICIA CONTRACTUAL: UN CONFLICTO ACUCIANTE

La lesión constituye otra de las instituciones jurídicas donde la justicia contractual adquiere incuestionable relieve.

Si bien puede considerarse al contrato como la vía más idónea para la articulación de los más diversos intereses privados con vistas a la constitución, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales; en no pocas ocasiones es posible advertir la producción de abusos de una parte contratante en desmedro de la otra, que situada en un plano de inferioridad tiende a aceptar cláusulas contractuales abusivas y lesivas a sus intereses, vulnerándose con ello aquel principio por el cual se exige a todo contratante la observancia y despliegue de determinada conducta, ya sea al tiempo de las tratativas precontractuales,¹⁷ o en la celebración y posterior ejecución del contrato: nos referimos al principio de buena fe.

Son diversos los supuestos en los cuales una de las partes del contrato puede encontrarse en seria desventaja al contratar: la desigualdad económica supone uno de ellos, pues generalmente conlleva enfrentar el mayor poder negociador del contratante más fuerte con la consecuencia predecible de aceptar –sin mayor discusión, por supuesto– las condiciones y términos impuestos por aquél. Claro ejemplo de esto podemos advertirlo en contratos suscritos con entidades del sistema financiero, de seguros, con compañías de venta a crédito y en algunos contratos de prestación de servicios.

¹⁵ Bien se ha escrito que «la buena fe y la equidad constituyen el alma de los contratos». OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD, «Justicia contractual: Principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación», en: *Derecho de Contratos, Teoría General del Contrato*, Editorial Félix Varela, t. I, La Habana, 2003, p. 40.

¹⁶ REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *op. cit.*, p. 156.

¹⁷ Sobre el particular, recomendamos vivamente la obra de la profesora española MEDINA ALCOZ, MARÍA, *Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Forum Casa Editorial, Lima, 2006, 104 pp.

Pero no solo la disparidad económica genera desventajas al contratar,¹⁸ pues puede suceder que por circunstancias diversas, una persona se encuentre en un estado de necesidad tal que lo obliga a contratar en medio de una situación a todas luces desfavorable a sus intereses, contexto del cual su co – contratante se aprovecha para obtener beneficios desmesurados, los cuales no se hubieran producido si el negocio se hubiese llevado a cabo en términos de igualdad.

Frente a esta reprochable realidad, el legislador tiende a establecer reglas y sanciones, para recomponer el desequilibrio originario a fin que aquello que se entrega guarde consonancia o encuentre compensación con lo recibido. La lesión contractual¹⁹ –por medio de la regulación contenida en los diversos Códigos civiles del continente– coadyuva precisamente a esto, pues como escribió Josserand:

«Los apetitos no deben ser desencadenados libremente: el más débil tiene necesidad de ser protegido contra el más fuerte, los más honestos y confiados contra los más voraces y astutos. En este aspecto, como en otros muchos, el derecho se opone a la fuerza y realiza, de manera más o menos afortunada, la justicia en la libertad²⁰.»

No obstante estar dirigida la lesión a salvaguardar los intereses de la parte que contrató en circunstancias de necesidad apremiante, es posible encontrar opiniones contrarias a su regulación al considerar que con ella se perdería el respeto a la palabra empeñada, se generarían riesgos inadmisibles a la seguridad comercial impidiendo la celebración de más contratos, y además, porque si ambas partes contrataron libremente asumiendo obligaciones, no es posible «intervenir» en tal contrato, porque de lo contrario se estaría vulnerando lo realmente querido y deseado por ellas.

La historia de la lesión ha oscilado entre quienes han apoyado su regulación normativa y entre quienes se han mostrado contrarios a ello.

Desde los debates del Código francés se hacía sentir ya el rechazo a esta institución. Berlier señalaba que era contraria al interés público, que constituía un funesto cebo para la masa de vendedores en general; en tanto Regnaud sostenía que por recaer en la masa de compradores, ninguno se creará propietario en tanto dure la acción rescisoria, ninguno se permitirá introducir mejoras o pedir prestado sobre su inmueble, al no poder ofrecer una sólida hipoteca²¹.

Se la ataca también al reparar en su mala comprensión de la teoría del valor, puesto que dos personas pueden asignar al mismo bien valoraciones distintas, según sus preferencias, limitaciones presupuestarias y las circunstancias de realización de la

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en la carencia de información que enfrentan día a día los consumidores en sus actividades diarias de consumo.

¹⁹ Para la ampliación de este tema, pueden consultarse nuestros escritos: «La Lesión. Pareceres en torno a su regulación en el Código Civil del Perú», en: *Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana*, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 107, junio, Bogotá, 2004, pp. 291-330; y «La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los Principios del Unidroit», en: *Boletín de Información, Ministerio de Justicia de España*, Madrid, año LX, núm. 2026, diciembre 2006, pp. 7-22.

Del mismo modo, Bianca, C. MASSIMO, *Derecho Civil-El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Fernando Hinestrosa-Cortés, Edgar (traductores), 3, 2007, p. 705, para quien la lesión constituye un fenómeno individual, que se refiere al contrato en particular que resulta de una desproporción de los valores de mercado; cotejo de los valores de las prestaciones que debe observarse al momento de su estipulación.

²⁰ JOSSERAND, LOUIS, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado (teleología jurídica)*, Editorial José M. Cajicá Jr., Puebla, 1946, p. 113.

²¹ MAZEAUD, HENRI, LEÓN Y JEAN, *Lecciones de Derecho Civil*, Ejea, parte segunda, vol. I, Buenos Aires, 1960, pp. 254-255.

operación.²² Y además, por atentar contra la seguridad de los pactos libremente acordados, introduciendo en ellos cuotas de incertidumbre e inestabilidad.

Recientemente en la Argentina, un Proyecto de Ley suscrito por el Senador Luis A. Falcó pretende derogar el texto del artículo 954 del Código Civil, basándose en el argumento que:

«(...) viéndolo...bajo la óptica psicológica que el codificador no llegó a conocer, la lesión podría importar el dominio de la personalidad infantil, que juega a borrar el pasado, por encima de la adulta», agregando que, «(...) la lesión se ha convertido en una salida de emergencia, algo que se puede plantear, temerariamente, cuando todo lo demás está perdido. Un artículo indefinido y vaporoso, que entrega al magistrado un poder de evaluación enorme, y que avasalla todo resto de seguridad jurídica...²³.»

En Perú, comentando la aplicación del instituto, el desaparecido profesor Arias-Schreiber comentó:

«Si bien es verdad que un comerciante puede no ser ajeno al aprovechamiento de una necesidad apremiante..., lo cierto es que conferirle la posibilidad de accionar por lesión constituye un riesgo para el fluido y acelerado tráfico contractual que es propio de esta área²⁴.»

Apreciamos, pues, que las opiniones son varias y los argumentos diversos, pero quiérase o no la lesión tiene carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento nacional²⁵ –y en varios otros del continente–, y entonces hay que observarla y aplicarla allí donde resulte imperioso hacerlo, así como plantear las modificaciones que sean necesarias en aras de preservar la institución en los tiempos actuales, mas no propiciar su eliminación con el pretexto de salvaguardar la intangibilidad del pacto, y con ella, la seguridad jurídica.

No puede hablarse de seguridad jurídica o de mantener inalterables los acuerdos contractuales cuando éstos se convienen sobre la base del aprovechamiento de un contratante y el perjuicio de otro. Hacerlo solo serviría para legitimar un acto injusto, que ciertamente resulta contrario a la justicia del contrato, la moral y la buena fe.

Bien ha escrito el profesor Saux:

«(...) habida cuenta de que aun cuando el Derecho, gracias a Dios, todos los días nos recuerda que su proteiforme naturaleza cultural no tolera íconos eternos, también es cierto que hay ciclos que decantan criterios y consolidan consensos, y precisamente la lesión jurídica...es uno de los más representativos estandartes de esta preocupación jusfilo-

²² BULLARD GONZÁLES, ALFREDO, «La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de los Contratos», en: *Thémis-Revista de Derecho*, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, núm. 43, p. 228.

²³ SAUX, EDGARDO I., «Una riesgosa propuesta: la derogación del vicio de lesión (art. 954, Código Civil)», en: *Revista La Ley*, 2006-A, 1109.

²⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Gaceta Jurídica Editores, t. I, Lima, 1995, p. 276.

²⁵ El Código Civil de Perú regula la lesión contractual en los artículos 1447 al 1456.

sófica de las últimas décadas de proteger al más débil en la descarnada lucha que tiene como escenario la arena del mercado²⁶.»

Con distintas palabras pero en sentido similar, escribió el profesor Borda:

«Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular o rescindir un contrato, pues la igualdad matemática es del todo imposible. Pero cuando la lesión es grosera, cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo 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 buenas costumbres. Será necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites. Porque el Derecho presupone la justicia y no toda convención, por el hecho de serlo, es justa, como lo pretendían los voceros del liberalismo. En el Derecho moderno, estos conceptos pueden considerarse definitivamente triunfantes²⁷.»

Luego de la anotación de estas posiciones, advertimos que en todas estas discusiones subyace un debate de larga data respecto a cuál debería ser el valor que debe primar en los contratos: la seguridad jurídica o la justicia de los mismos.

Si se opta por la seguridad jurídica, estaremos a que los contratos no podrán ser revisados para corregir desequilibrios o sancionar abusos, pues si el contrato se celebró en un marco de libertad plena, donde los contratantes pudieron prever los sacrificios y ventajas que obtendrían con su celebración, entonces deberá estarse a lo pactado en el reglamento contractual y al posterior cumplimiento de lo allí acordado.

Pero si recurrimos a la justicia, tendrá que aceptarse que en el contrato no necesariamente convergen sujetos situados en el mismo plano negocial, que no siempre es posible obtener resultados justos, que muchas veces el contrato se convierte en un instrumento de explotación y abuso de aquella parte que posee el mayor poder económico contra la que no lo tiene. En ese orden de ideas debería admitirse la posibilidad de revisar estos contratos para tornarlos equitativos y sancionar, cuando ello resulte imperioso, al contratante que obró burlando la buena fe que debe presidir todo acuerdo.

Si todo apunta a una opción, pues el lógico que tendríamos que inclinarnos por la justicia, sin lugar a dudas. Pero nos atrevemos a pensar que no sería descabellado superar este tipo de debates, porque un contrato adquirirá seguridad en la medida que haya sido celebrado dentro de los parámetros que impone la justicia contractual. Ninguno de estos valores –seguridad jurídica y justicia contractual– son irreconciliables, muy por el contrario entendemos que son correspondientes. Que uno presupone al otro. Que la justicia de un contrato, finalmente, supondrá su seguridad jurídica y el despliegue consecuente de todos los efectos jurídicos queridos por las partes.

Para concluir este apartado, solo resta por decir que consideramos repudiable –y repugnante, en palabras de Borda– encontrar contratos concertados sobre la base de la explotación de la necesidad ajena. Es irresponsable no prestar atención a desequilibrios prestacionales generados por la conducta de un sujeto que valiéndose de la necesidad apremiante de otro obtiene beneficios desmedidos. No parece justo reducir

²⁶ SAUX, EDGARDO I., *op. cit.*

²⁷ BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, 2.ª edición, Buenos Aires, 1966, p. 60.

todo el problema a una mera cuestión de valorización, ni menos pensar que todo tiene su explicación en lo económico y en las leyes de la oferta y la demanda, como algún sector de la doctrina pretende defender.

El problema es mucho más serio, y es por ello que la lesión aún permanece, y debería seguir permaneciendo en nuestras legislaciones. Pero claro, repensándola y formulando nuevos criterios para su adecuación a la realidad de hoy; no negándola, ni mucho menos pidiendo su derogación.

4. ¡LO TOMAS O LO DEJAS!: LA CONTRATACIÓN MASIVA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS²⁸

La contratación privada ha supuesto el tránsito de aquella formulación clásica del denominado contrato paritario –en el cual es posible advertir la constitución de relaciones contractuales sobre la base de los principios de libertad de conclusión y configuración interna– a un moderno esquema que ha excluido de su *íter* formativo no solo la fase de las tratativas, sino además la libertad de configuración interna, esto es, la posibilidad del contratante de negociar y decidir el contenido que regulará el negocio que celebra. Se denomina a éste *contratación masiva* o *predispuesta*.

Cierto es que la revolución industrial, el surgimiento de la gran empresa y la producción en serie, ocasionaron que los cimientos sobre los cuales reposaba la contratación clásica se vieran seriamente afectados por un hasta entonces fenómeno que exigía una readecuación de sus estructuras²⁹.

Resultaba obvio que la configuración del contrato tradicional no estaba «aún preparada» para adecuarse a las nuevas exigencias del mercado: no era ya posible que el empresario discutiera con cada uno de sus potenciales clientes las condiciones mediante las cuales se llevaría a cabo la transacción o que, en todo caso, el consumidor tuviera a su alcance cierto grado de «manejo» de las mismas para celebrarlo, por lo que un esquema estandarizado para relaciones entonces masificadas resultaba del todo necesario, ya que como bien señala el profesor argentino Carlos Gustavo Vallespinos:

«(...) el medio económico en el cual se ha venido desarrollando el individuo en su vida de relación ha ido marcando, al igual que en otras instituciones del derecho, el “tipo contractual” capaz de satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, a un hombre de requerimientos sencillos que se movía en un ámbito reducido, formalista y regido por una economía primaria, le correspondió un contrato tipificado, ceremonial, solemne, como lo fue el que estuvo vigente durante los primeros tiempos del dere-

²⁸ Para la exposición de este apartado, nos servimos de las ideas anotadas en la ponencia que sustentamos en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, celebrado en setiembre de 2006 en la Universidad de Medellín, denominada «Las cláusulas abusivas en la contratación privada»; claro está, con algunas necesarias correcciones y adiciones al texto original.

²⁹ Sobre la influencia de éstos, y otros cambios, en el ámbito contractual, puede revisarse con provecho, Vallespinos, Carlos Gustavo, «Las condiciones generales de los contratos», en: *Contratos*, AA.VV., Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Félix A. - Stiglitz, Rubén S. (directores de la obra), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp. 120-121.

cho romano. Por el contrario, el sujeto de nuestros días, agobiado por la insuficiencia de recursos, a quien le toca desenvolverse en una economía esencialmente dinámica y caracterizada por la presencia de monopolios u oligopolios capaces de controlar la ley de la libre competencia le corresponderá, lógicamente, un mecanismo contractual extremadamente diferente al vigente en el derecho romano o al previsto por las legislaciones liberales e individualistas del siglo pasado¹.»

Como bien ha puesto de relieve el profesor Díez-Picazo, una de las transformaciones más relevantes de la dinámica económica ha sido lo que podría nombrarse como la *estandarización de la materia contractual*, que ha supuesto el reemplazo del antiguo molde tradicional por el de la pura adhesión².

Sin embargo, prontamente dos hechos llamaron la atención: en primer término, a la pretendida igualdad jurídica de los contratantes le salió al frente la desigualdad económica entre ellos³: de un lado, la gran empresa y todo su poderío económico y negociador, y por otro, el cliente individualmente considerado, a quien no le quedaba más alternativa que adherirse a las estipulaciones que de manera antelada y unilateral había redactado aquélla, colocando a este último únicamente en la posibilidad de aceptar o no.

En segundo lugar, el riesgo inherente de adherirse, si bien a un clausulado predeterminedo, a un conjunto de condiciones inequitativas, y por ende gravosas, que situaban al aceptante en un plano de inferioridad frente al predisponente, lo que ha llevado a la doctrina a denominarlas *cláusulas abusivas*.

Así, nacido para viabilizar los desafíos que implicaban las transformaciones advertidas en la producción masiva de bienes y la prestación de servicios, dicho mecanismo ha oscilado entre su aptitud para facilitar el tráfico comercial y las consecuencias gravosas que, para el consumidor, trae aparejado ese poder del cual se encuentra premunido el empresario de disponer de manera exclusiva un conjunto de cláusulas, que si bien permiten la celebración masiva de un sinnúmero de contratos, también actúa como vehículo para introducir en ellos exoneraciones de responsabilidad, así como beneficios y prerrogativas excesivas que colocan, a quien se adhiere a las mismas, en una situación de indefensión absoluta, al no estarle permitida ninguna posibilidad de discusión.

En ese contexto las cláusulas abusivas –o vejatorias– hacen su aparición para quebrar el equilibrio contractual, para oscurecer con la sombra de la injusticia una relación patrimonial que debería conceder iguales derechos y obligaciones, o para someter a una de las partes a un contenido que no ha discutido pero que una vez aceptado, coadyuvan a acentuar aún más su calidad de parte débil⁴.

¹ *Ibidem*, pp. 124-125.

² Un estudio más amplio de la evolución del contrato, y en concreto de la estandarización de la materia contractual, puede encontrarse en: FARÍA, JOSÉ EDUARDO, *El Derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 163-173.

³ Con toda razón se lanza la pregunta siguiente: ¿quién puede hablar hoy de equilibrio de los contratantes frente a las realidades económicas contemporáneas?, en VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *op. cit.*, p. 123.

⁴ Han escrito los Stiglitz: «(...) las cláusulas abusivas son incorporadas con una finalidad inequívoca: la de consolidar la posición contractual del predisponente. Propósito que desemboca en una situación de desequilibrio, la cual existe con motivo de la apuntada falta de reciprocidad en las prestaciones debidas. Las ventajas se estipulan solo en beneficio del predisponente». Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 96.

Bien ha dicho Mosset⁵, que la existencia como regla general de cláusulas de positivo beneficio para una de las partes –el predisponente– y correlativamente gravosas o vejatorias para la otra –el adherente– no es sino la consecuencia de la redacción unilateral y falta de discusión.

Para combatirlas, las legislaciones han seguido distintos caminos. O han apostado por un catálogo cerrado (o «lista negra») de cláusulas abusivas, o previsto una «cláusula genérica o abierta», que posibilite la incorporación de cualquier estipulación cuyo contenido resulte perjudicial para el adherente.

El Perú –por medio del artículo 1398 del Código Civil– ha optado por un repertorio cerrado. Esto quiere decir que con prescindencia de otras posibilidades, el codificador nacional solo tiene como tales a las expresamente consignadas en su texto.

Sin embargo, en la actualidad nuestro país cuenta con un Anteproyecto de Reforma al Código Civil en el cual se modifica dicha tesitura, procediéndose a incorporar como inciso décimo del artículo 1398 del mismo, una *cláusula abierta* que permite que cualquier estipulación que cause, en detrimento de la otra parte, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de los contratantes, en contravención del principio de buena fe, pueda ser considerada ineficaz y por tanto inaplicable para quien se adhirió.

Las cláusulas abusivas otorgan a quien las redacta ciertos beneficios o prerrogativas en desmedro del adherente. Estas pueden consistir en exonerar o limitar la responsabilidad del empresario; en permitirle suspender en cualquier momento la ejecución del contrato, o atribuirle la libertad de rescindirlo o resolverlo; o de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogarlo o renovarlo tácitamente⁶.

Ellas no necesariamente suponen beneficios pecuniarios para la parte que las impone, sino que en algunos casos le otorgan ventajas o facilidades, como por ejemplo reservarse la fijación de la fecha de entrega del bien⁷ o el de establecer plazos diminutos para la satisfacción de garantías.

Lo hasta aquí escrito nos permite concluir que, efectivamente, la problemática de las cláusulas abusivas debe plantearse en consideración a dos flancos íntimamente relacionados: los acelerados cambios del tráfico comercial y la protección efectiva de quien accede al mercado para contratar con el empresario.

De hecho el legislador, atento a los cambios de su tiempo, no puede soslayar que en muchos casos la predisposición exclusiva y excluyente de cláusulas da lugar a la comisión de abusos. Por ello, cuánta razón cabe otorgar a lo expresado por Mosset Iturraspe:

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 135.

⁶ Descripción efectuada sobre la base del artículo 1398 del Código Civil de Perú. Sin duda, otras cláusulas más pueden ser consideradas abusivas; v. gr. la que imponga prórroga de jurisdicción territorial en contratos de tiempo compartido. Sobre este particular tema, sugerimos consultar: ESTIGARRIBIA BIEBER, MARÍA LAURA - GLIBOTA LANDRIEL, VERÓNICA M. L., «La prórroga de jurisdicción como cláusula abusiva en los contratos de tiempo compartido, en el Derecho argentino», en: Revista *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm.107, junio, Bogotá, 2004, pp. 331-341; en el cual se efectúa un detallado análisis de esta cláusula que impone al adherente la iniciación de acción judicial ante tribunales o instancias distintas al lugar donde celebró el contrato –su país o ciudad de origen–, con notables perjuicios para su persona.

⁷ STIGLITZ, RUBÉN S. - STIGLITZ, GABRIEL A., *op. cit.*, p. 97.

«Es indudable que la contratación por adhesión es una ancha puerta para la introducción de la injusticia en la contratación. La libertad de predisponer no puede ser absoluta, no puede considerarse como un fin en sí misma⁸.»

Y es precisamente con ese sentir, que debe el legislador proveer un marco regulatorio que sin afectar el tráfico de bienes y servicios, permita sancionar aquellos comportamientos empresariales que valiéndose de su especial situación económica y negociadora, predisponen contenidos contractuales inadmisibles para aquel que acude al mercado a satisfacer sus necesidades⁹.

Las medidas implementadas para dicho propósito son loables. Pero ello no es suficiente. Se hace necesario, partiendo de la realidad negocial misma y el camino ya avanzado, ir perfeccionándolas para suprimir las que no han mostrado mayor trascendencia en su aplicación práctica, reemplazándolas por formulaciones más acordes a los avances de la vida económica.

El legislador nacional, además de sancionar la existencia de cláusulas abusivas, incorpora algunas normas adicionales de protección al contratante adherente en el Código Civil. Así la preeminencia de cláusulas incorporadas al formulario por sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto (art. 1400) y la interpretación *contra stipulatorem* (art. 1441), según la cual las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda en favor de quien no las redactó.

Puede colegirse entonces, que la regulación que provee nuestro legislador va en camino de asegurar debidamente la protección del contratante que se enfrenta con contratos prerredactados y a quien solo le queda como alternativa aceptarlos o no. Pero queda claro que ella debe andar de la mano con la labor que realiza el juez cuando tiene ante sí un contrato cuyo contenido resulta perjudicial y abusivo para una de las partes, pues ante todo deberá estarse por la conservación del contrato, como acertadamente menciona la profesora Estigarríbia, en cita que seguidamente glosamos:

«Ante tales cuestionamientos, debe el Magistrado poner especial cuidado en esta tarea que, efectivamente, altera el ejercicio de la autonomía de la voluntad –al menos del predisponente–. Evidentemente, los defensores del individualismo y de la economía neoliberal defienden a ultranza el criterio *pacta sunt servanda*; sin embargo, en el sub – estudio – que pone de manifiesto las tremendas asimetrías sociales, culturales,

⁸ MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Interpretación económica de los contratos. Justicia contractual*, Rubinzal - Culzoni editores, 2.ª edición, Santa Fe, 1994, p. 137.

⁹ Así se dejó sentado también en las conclusiones de la IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos, celebrada en La Habana en el 2005, en la cual se mencionó: «Los contratos de contenido predispuerto son imprescindibles a la luz del tráfico jurídico actual, pero se hace cada vez más necesario proteger los derechos del adherente, en especial si pertenece al concepto de consumidor particularmente frágil». RELATORÍA DE LA IV JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO DE CONTRATOS, LA HABANA, en: *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, núm. 138, Trujillo (Perú), 2005, p. 210. Con similar tesis, pero centrando la atención en las cláusulas abusivas, se expidió la VI JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO DE CONTRATOS de La Habana, que concluyó expresando que «no solo en materia de la competencia sino también en las leyes de defensa de los consumidores y la normativa de seguros, se prevé la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales que se consideren abusivas y se brindan soluciones civiles para el caso de que se produzcan los actos prohibidos».

económicas y, lógicamente, contractuales– resulta necesaria la intervención tuitiva, mediante la eliminación de las cláusulas vejatorias y la consecuente integración, que posibilite el cumplimiento del fin del contrato¹⁰.»

Qué duda cabe que la protección del contratante débil ha dejado de ser un tema baladí para constituirse hoy en día en una de las preocupaciones principales en todo estudio o intento de regulación que se pretenda realizar en sede del Derecho de Contratos.

Son tiempos en los cuales principios otrora olvidados como la buena fe, la moral y la justicia contractual, van abriéndose paso frente a posturas individualistas que consideran que todo aquello que se asuma por medio de un contrato debe cumplirse indefectiblemente, cueste lo que cueste, mas aún si el compromiso se asumió con plena libertad.

En nada afecta al mercado y sus reglas, ni tampoco a la seguridad de las convenciones, tomar partido por una visión digamos «más humana» del contrato, en el cual la persona sea revalorizada, donde la regulación no solo apunte al logro de un mercado eficiente, sino también a crear normas protectivas en beneficio de contratantes, que por diversas circunstancias se constituyen en la parte débil de las transacciones.

El camino por recorrer es todavía largo. Se han dado sin duda pasos importantes, pero como diría uno de los poetas peruanos más universales –César Vallejo– aún hay mucho por hacer.

5. BREVÍSIMOS APUNTES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: ¿UN ACTO DE JUSTICIA CONTRACTUAL?

Finalizamos este escrito con una mención muy breve respecto a uno de los temas que en el Derecho peruano está cobrando especial atención: la inmutabilidad de la cláusula penal.

La cuestión problemática radica en la redacción actual del artículo 1346 del Código Civil, según el cual:

«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.»

Según esta prescripción, a pesar que las partes hayan fijado anteladamente para el caso de incumplimiento un monto por concepto de cláusula penal, aquél puede ser reducido equitativamente por el juez si el deudor demuestra los supuestos que contiene la parte final de la norma –es decir, que sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o de manera irregular–, con lo cual se retorna a la larga disputa entre la posibilidad de revisión del acuerdo –y de la cláusula penal en concreto– y el respeto de lo libremente acordado.

¹⁰ ESTIGARRIBIA BIEBER, MARÍA LAURA, «El rol del Juez ante el abuso en los contratos predispuestos», en: *Gaceta de la OCMA*, publicación de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial-Corte Suprema de Justicia de la República, año V, núms. 57-58, Lima, 2006, p. 49.

Un sector de la doctrina nacional se pronuncia en los términos siguientes:

«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 contrato¹¹». (cursivas del autor de cita).

En el mismo sentido:

«Lo que pareciera ser una buena intención por parte del legislador para proteger a los deudores en desventaja en la contratación, termina repercutiendo en perjuicio del propio deudor, pues serán ellos quienes tengan que asumir los pasivos del ambiente de inseguridad jurídica y la falta de confianza en el cumplimiento de los contratos que el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal contribuye a configurar en nuestro país¹².»

Aunque por la finalidad de este escrito no resulta menester detenernos en el análisis de la norma anteriormente citada, centraremos nuestra atención en el fundamento que encierra esta norma.

Es cierto que la cláusula penal actúa como mecanismo de desincentivo frente al caso de incumplimiento e indemnizatorio, cuando el acreedor ha sufrido daños por efecto de éste; pero no debe perderse de vista que lo que subyace a la norma es precisamente la protección de un contratante –el deudor– que por circunstancias diversas –las cuales tendrán que ser debidamente analizadas por el juez– ve tornarse excesiva la penalidad que acordó al tiempo de celebrar el contrato.

Resulta irrelevante pretender hacer un listado de los escenarios en los cuales un sujeto celebra un negocio, pero no puede negarse que las situaciones en que aquello puede ocurrir son tantas que negarle una «válvula de escape», como es la posibilidad de lograr la reducción de la cláusula penal, sería contrario a la justicia que debe imperar en cualquier convención privada.

Ese es el sentido en que parecen entenderlo también algunas legislaciones del continente que han previsto similar regulación. En Argentina, en un párrafo adicionado al artículo 656 del Código Civil por la Ley 17.711, se establece que «Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor»; y Colombia, quien por medio del artículo 1601 de su norma sustantiva, posibilita la reducción de la penalidad atendiendo a determinados supuestos.

¹¹ Soto Coaguila, Carlos Alberto, «El pacta sunt servanda y la revisión del contrato», en: Hechos de la Justicia, Revista de los Magistrados del Poder Judicial del Perú, núm.10, año 5, Lima, 2007, tomado de www.hechosdelajusticia.org; página visitada el 20 de mayo de 2007. En términos similares se pronuncia el mismo autor en: «Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano», en: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, tomado de www.indret.com; página visitada el 20 de mayo de 2007: «Las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados debe respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, por lo que no participamos de la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el juez».

¹² REBAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, «La disfuncionalidad de la cláusula penal: ¿por qué es perjudicial el artículo 1346 del Código Civil?», en: *Actualidad Jurídica*, t. 136, marzo 2005, p. 49.

Concordamos en que deben respetarse los acuerdos contractuales cuando éstos han sido entablados paritariamente, y que la revisión del contrato solo debe producirse de manera excepcional –en los casos que tuvimos oportunidad de apreciar a lo largo de este escrito–, de modo que no reine el caos en las transacciones realizadas en el mercado. Pero también me inclino a pensar en el perjuicio que puede causar al deudor la existencia de una penalidad excesiva, y que por un acto de justicia debe reducirse a términos racionales; supuesto éste en el cual se coloca el legislador nacional.¹³ La excusa que debe respetar y cumplir lo establecido por la cláusula no parece ser suficiente.

Un contrato libremente celebrado no elimina *per se* el riesgo del abuso que pudiera cometer una parte en perjuicio de la otra; por lo que en aras de la justicia contractual debe mantenerse la prescripción anotada precedentemente y permitir que el Juez resuelva en el sentido de la reducción de la cláusula penal excesiva.

6. CONCLUSIÓN

Por todo lo anotado respecto a la justicia contractual y la manera como ésta encuentra cabida e interactúa con figuras trascendentales del Derecho de Contratos, podemos señalar sin temor a equivocarnos –como de alguna forma hemos dejado entrever hasta aquí– que nos encontramos ante una institución fundamental del ámbito contractual, llamada a informar cualesquier interpretación o análisis que pretenda efectuarse en esta sede; máxime si con dicho ejercicio se aspira a revalorizar al contratante que se enfrenta al mercado mediante la celebración de convenciones que en no pocas ocasiones introducen desequilibrios que alteran la deseable paridad que debe primar en los negocios, no obstante con ello se afecte la seguridad jurídica.

7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

7.1 FUENTES DOCTRINALES

ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Gaceta Jurídica Editores, t. I, Lima, 1995, 412 pp.

BIANCA, C. MASSIMO, *Derecho Civil-El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Fernando Hinestrosa-Cortés, Edgar (traductores), 3, 2007, 769 pp.

BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, 2.^a edición, Buenos Aires, 1966, 938 pp.

BULLARD GONZÁLES, ALFREDO, «La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de los Contratos», en: *Thémis-Revista de Derecho*, editada por

¹³ Como señala Corral Talciani, «...el uso generalizado incrementa el riesgo del abuso. El peligro de una manipulación de las cláusulas penales para obtener beneficios indebidos es más real en un contexto social y económico en el que las penas privadas son cada vez más frecuentes». CORRAL TALCIANI, HERNÁN, «La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho civil de los países del cono sur», en: *Contratación Privada* (contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos), Soto Coaguila, Carlos Alberto-Jiménez Vargas Machuca, Roxana (coordinadores) Jurista editores, Lima, 2002, p. 165.

- estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, núm. 43, pp. 223-234.
- CARRANZA ÁLVAREZ, CÉSAR, «La Lesión. Pareceres en torno a su regulación en el Código Civil del Perú», en: *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 107, junio, Bogotá, 2004, pp. 291-330.
- «La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los Principios del Unidroit», en: *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia de España, año LX, núm. 2026, diciembre, Madrid, 2006, pp. 7-22.
- CASTILLO FREYRE, MARIO y VÁSQUEZ KUNZE, RICARDO, *Analizando el Análisis (Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004, 190 pp.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, «La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho civil de los países del cono sur», en: *Contratación Privada (contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos)*, Soto Coaguila, Carlos Alberto-Jiménez Vargas Machuca, Roxana (coordinadores) Jurista editores, Lima, 2002, pp. 163-190.
- DE BUEN LOZANO, NÉSTOR, *La decadencia del contrato (con un apéndice «Veinte años después»)*, Editorial Porrúa S.A., 2.ª edición, México, 1986, 330 pp.
- ESTIGARRIBIA BIEBER, MARÍA LAURA-GLIBOTA LANDRIEL, VERÓNICA M.L., «La prórroga de jurisdicción como cláusula abusiva en los contratos de tiempo compartido, en el Derecho argentino», en: *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 107, junio, Bogotá, 2004, pp. 331-341.
- ESTIGARRIBIA BIEBER, MARÍA LAURA, «El rol del Juez ante el abuso en los contratos predispuestos», en: *Gaceta de la OCMA*, publicación de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial-Corte Suprema de Justicia de la República, año V, núm. 57-58, Lima, 2006, pp. 47-50.
- FARÍA, JOSÉ EDUARDO, *El Derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, 283 pp.
- JOSSERAND, LOUIS, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado (teleología jurídica)*, Editorial José M. Cajicá Jr., Puebla, 1946 358 pp.
- MAZEAUD, HENRI, LEÓN Y JEAN, *Lecciones de Derecho Civil*, Ejea, parte segunda, vol. I, Buenos Aires, 1960, 410 pp.
- MEDINA ALCOZ, MARÍA, *Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Forum Casa Editorial, Lima, 2006, 104 pp.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1988, 494 pp.
- *Interpretación económica de los contratos. Justicia contractual*, Rubinzal-Culzoni editores, 2.ª edición, Santa Fe, 1994, 382 pp.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, «Imprevisión. Legislación de América del Sur», en: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos (Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera)*, AA.VV., Oviedo Albán, Jorge-Carranza Álvarez, César (Directores), t. I, Editorial Industria Gráfica Libertad, Trujillo (Perú), 2005, 353 pp.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD, «Justicia contractual: Principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación», en: *Derecho de Contratos, Teoría General del Contrato*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp. 21-56.

- REBAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, «La disfuncionalidad de la cláusula penal: ¿por qué es perjudicial el artículo 1346 del Código Civil?», en: *Actualidad Jurídica*, t.136, marzo 2005, pp. 47-49.
- REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Editorial Perrot, 2.ª edición (actualizada y aumentada), Buenos Aires, 1954, 157 pp.
- RISOLÍA, MARCO AURELIO, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Abeledo-Perrot, 2.ª edición, Buenos Aires, 1958, 392 pp.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, «La Teoría de la Imprevisión. Estudio comparativo entre algunas legislaciones latinoamericanas», en: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos (Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera)*, AA.VV., Oviedo Albán, Jorge-Carranza Álvarez, César (Directores), t. I, Editorial Industria Gráfica Libertad, Trujillo (Perú), 2005, 353 pp.
- SAUX, EDGARDO I., «Una riesgosa propuesta: la derogación del vicio de lesión (art. 954, Código Civil)», en: *Revista La Ley*, 2006-A, 1109.
- SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, «Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano», en: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, tomado de www.indret.com; página visitada el 20 de mayo de 2007.
- «El pacta sunt servanda y la revisión del contrato», en: *Hechos de la Justicia, Revista de los Magistrados del Poder Judicial del Perú*, núm. 10, año 5, 2007, Lima, tomado de www.hechosdelajusticia.org; página visitada el 20 de mayo de 2007.
- STIGLITZ, RUBÉN S.-STIGLITZ, GABRIEL A., «Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor», Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, 283 pp.
- TERNERA BARRIOS, FRANCISCO, «El concepto de justicia contractual en Colombia», artículo a publicarse en las Memorias de las VIII Jornadas Nacionales-I Internacionales de la Universidad de Medellín; así como en la Revista Oficial del Poder Judicial de Perú.
- VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, «Las condiciones generales de los contratos», en: *Contratos*, AA.VV., Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Félix A. - Stiglitz, Rubén S. (directores de la obra), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp. 119-136.

Documentos:

- RELATORÍA DE LA IV JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO DE CONTRATOS, LA HABANA, en: *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, núm. 138, Trujillo (Perú), 2005, pp. 209-213.
- RELATORÍA DE LA VI JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO DE CONTRATOS, LA HABANA: celebrada en La Habana los días 24, 25 y 26 de enero de 2007.

Textos Legales:

- CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA, Editorial Legis, Colección códigos básicos, Bogotá, décimo sexta edición, junio 2006.
- Editorial Unión Ltda., Bogotá, edición actualizada, 2004.
- CÓDIGO CIVIL DE ARGENTINA, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005.
- CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, Editora Jurídica Grijley, Lima, 7ma. edición, 2006.
- CÓDIGOS CIVILES DE BRASIL, PARAGUAY y BOLIVIA, tomados de SPIJ, Sistema Peruano de Información Jurídica, Ministerio de Justicia de Perú, 2007.