

# El artículo 62 de la Constitución y la inmutabilidad contractual

## The article 62 of the Constitution and the contractual immutability

*Luis E. Reyes Sánchez<sup>1</sup>*

### RESUMEN

Los términos determinados por las partes, con los que fijan libremente el contenido del contrato conforme a las normas vigentes al momento de su celebración, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, así lo prevé el artículo 62º de la Constitución. En tal virtud, las disposiciones contractuales devienen inmutables. Es para establecer garantías y otorgar seguridad jurídica o, por el contrario, tal inmutabilidad resulta contradictoria respecto al conjunto de nuestro ordenamiento jurídico y, también, frente a la fuerza de las situaciones fácticas, que provienen de las actividades económicas que se ejercen en el mercado, cuyo dinamismo impone realidades distintas de las que dieron origen a la celebración del contrato. En tales situaciones, se advierte que las estipulaciones derivadas del contrato no son absolutas y no siempre determinan el inexorable cumplimiento de las obligaciones pactadas.

**Palabras clave:** Inmutabilidad contractual, artículo 62, Constitución, regulaciones contractuales.

### ABSTRACT

The terms determined by the parties, by which the content of a contract is freely established according to the current norms, at the celebration moment, can not be modified by laws or any other regulations, as it is written in the article 62 of the Constitution. In such virtue, the contractual regulations are immutable. It is to establish guaranties and give legal security or, by the contrary, such immutability is contradictory against to our legal organizations and, also, the power of real situations which come from economic activities of the markets, whose dynamism put different realities that give birth to the contract celebration. In such situations, it is warned that specifications derived from the contract are not absolute, and do not always cause the inexorable accomplishment of agreed responsibilities.

**Key words:** Contractual immutability, Article 62, Constitution, contractual regulations.

---

<sup>1</sup> Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad Privada Antenor Orrego.

## 1. Introducción

El mercado es el ámbito en el que se origina el conjunto de relaciones que constituyen las personas entre sí, celebrando transacciones orientadas a las satisfacciones de sus necesidades materiales. Por eso, las personas contratan porque tienen la necesidad de armonizar los intereses opuestos que se dan entre quien oferta y quien demanda. En el contrato se integran las relaciones sociales de contenido patrimonial que, en principio, deben sustentarse en condiciones de equidad.

El estudio del contrato, y su función moderadora dentro de las relaciones económicas entre las personas, no puede realizarse sin tener presente al mismo tiempo el tema acerca del mercado, puesto que éste existe y, en la medida que evoluciona, concurre y desarrolla la actividad contractual.

Las partes, al tener la posibilidad de fijar libremente el contenido del contrato que celebran, asumen ineludiblemente el cumplimiento de las obligaciones acordadas. Para establecer garantías y otorgar seguridades, la norma constitucional preceptúa que los términos pactados son invariables, no pueden ser modificados por ley o disposición alguna.

Frente a ello, se advierte que no sólo se contrata para el momento de la celebración, sino también, y sobre todo, para el período de su ejecución. Durante la vigencia del contrato, pueden concurrir situaciones fácticas, ajenas a la voluntad de las partes expresadas en él, que inevitablemente trastocan las relaciones establecidas entre los contratantes, produciendo alteraciones significativas en las prestaciones que deben cumplir cada uno y que, aún tratándose de contratos conmutativos, no se pudieron prever en el momento de la celebración. También, puede producirse una situación heterónoma en que la persona, respondiendo a imperativos ajenos a ella misma y sin que su voluntad sea expresada enteramente libre, conviene en las decisiones contractuales, por lo que el contenido del contrato puede tener efectos inequitativos en la relación contractual.

En definitiva, siendo la economía de mercado la opción que estimula la actividad económica de los países en el mundo de hoy, el rumbo de tales economías, en el sentido de su orientación, es en el que se induce la actividad contractual.

## 2. La libertad de contratación

### 2.1. La teoría clásica de la autonomía privada

El mercado se dinamiza en la acelerada actividad de relaciones económicas, las que únicamente son posibles

de instituirse mediante la celebración cada vez más intensa de los contratos. Toda actividad del mercado adquiere vigor entre el empuje de la oferta y de la demanda. Dentro de ello, la realización de todo negocio se concreta cuando adquiere contenido jurídico, que se expresa en la celebración del contrato.

Las necesidades y preferencias de las personas son las que impulsan el mercado mediante el consumo, que se constituyen el principal elemento regulador de la actividad económica. Productores y consumidores, entre oferta y demanda de los bienes y servicios, establecen el precio que corresponde pagar.

Para los mayores exponentes del liberalismo económico, el mercado es su más genuina expresión, el generador de la riqueza, el que promueve la producción y circulación de los bienes que resultan de la actividad libre de las personas. Se trata de un fenómeno, que no debe regirse por la intervención del Estado, sino por sus propias leyes naturales. El éxito de las actividades del mercado está en lo que se da en llamar la “mano invisible”, que según sostiene Guido Di Tella, “presupone que la persecución por parte de cada productor y de cada consumidor de su máxima satisfacción y bienestar es deseable y es lo que llevará a todo el sistema económico a su óptimo”<sup>1</sup>.

El resultado positivo del mercado —expresan frecuentemente los más tradicionales liberalistas— radica en que su funcionamiento no sea interferido por cualquier otra acción extraña al mismo. Sea cual fuere la intervención del Estado, sólo es para perturbar el libre juego de las leyes económicas naturales. El Estado no debe alterar el funcionamiento del mercado, debe asumir ciertas labores en beneficio de la sociedad como: la construcción y conservación de la infraestructura, la salud y educación de la población, la seguridad de las personas y la vigilancia de la seguridad externa. El liberalismo se fundamenta en que el individuo es el único responsable de sus actos y plenamente conciente de las consecuencias de los mismos. No es necesaria intervención alguna que lo cautele de las inconveniencias en su desenvolvimiento natural. Por eso, los liberales propugnan limitar al máximo el poder coactivo del Estado sobre las personas y su actividad socio-económica.

Los que cuestionan las regulaciones en materia económica, le otorgan al mercado un destino aleatorio, desde que no se rige por ningún patrón; por eso mismo, es vano cualquier intento de ordenación que reglamente su funcionamiento. “Laissez faire, laissez passer” es un imperativo que se instaura con la libre iniciativa individual impulsada por el afán del lucro, con la libre competencia como reguladora de la producción y de los precios, y tam-

bién del libre juego de las leyes económicas naturales, que demandan que el contrato es la expresión de la autonomía privada que se manifiesta en el poder absoluto de la voluntad. En ésta se fundamentan los deberes y obligaciones que libremente asumen las personas.

En 1789, el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano precisaba que “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”. Entonces, en la medida que las personas decidan por sí mismas, sin que haya ley que limite su libertad de decisión, asumen la responsabilidad de los actos que celebren. En la libre voluntad de los hombres está el origen del derecho y de la ley, que se erigen sobre la base de la autonomía privada, en su absoluta determinación: *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, en rigor, –y, a despecho de los liberales a ultranza– se afirma que el principio de la autonomía privada nunca ha tenido un contenido absoluto. La misma Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del Siglo XVIII admite expresamente que el ejercicio de la libertad tiene los límites, que “sólo pueden ser determinados por ley”.

Se sostiene que, “el mercado es una institución y es una organización creada por los seres humanos. No es un ente que se autorregula por sí mismo. Es decir, tiene sus reglas, pero no está separado ni de la vida social ni de la vida política”<sup>2</sup>. Contrariamente a los postulados del extremo liberalismo, en nuestros tiempos, el mercado está signado por disposiciones legales que algunas veces fijan precios, determinan utilidades, restringen su ilimitado desarrollo o impiden abusos de quienes en el mercado actúan en función de poder. El mercado, en la actualidad, “ya no se refiere sólo al intercambio y la producción de bienes tangibles de manera organizada. Exige también una forma metódica y sistemática de producir e innovar tecnológicamente, la capacidad de manipular sistemas simbólicos, como la ciencia y la tecnología y la renovación de conocimiento”<sup>3</sup>.

Todo ello, ha generado que el contrato, también creación humana, desde su más clásica determinación signada por la plena autonomía de la voluntad, se orienta en la actualidad hacia una perspectiva diferente, no se trata de la “crisis del contrato” sino de su lógica evolución, sin que para ello tenga que apartarse de sus características esenciales.

## 2.2. La teoría normativista

Frente a la doctrina clásica de la autonomía privada, en el siglo XIX, apareció la teoría normativista, por la que

se establecía que las personas no celebran contrato en un orden ajeno al del Estado. Todo contrato se desarrollaba dentro del ordenamiento jurídico del Estado y por eso las obligaciones que de él emanaban adquirirían fuerza vinculante.

Luigi Ferri sostiene que las personas al realizar un contrato “lo hacen en cuanto miembros de una organización jurídica que les confiere tal poder. Los contratos crean relaciones jurídicas (obligaciones) a través del establecimiento de normas que tienen valor de mandatos jurídicos, en atención a que existen tribunales que aplicaran sanciones en caso de incumplimiento. La autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural sino el poder conferido por el Estado, es decir por el ordenamiento, el cual puede someterlo, por tanto, a cargas y límites de naturaleza formal y sustancial. La autonomía privada es estructural y sustancialmente limitada. Ella crea normas que son realización de un derecho preexistente, es decir, de normas superiores (legales). Por consiguiente, no es una actividad creativa absolutamente libre y espontánea, Ella no crea “el derecho”, porque la existencia del derecho, es decir, del ordenamiento jurídico, es un presupuesto: ella crea “derecho”, es decir, normas jurídicas que desarrollan, individualizan, un derecho preexistente; normas que insertándose en el ordenamiento asumen las características de la juricidad”<sup>4</sup>.

La teoría normativa de los contratos establece que la voluntad del Estado es la única fuente de los derechos subjetivos, puesto que son el conjunto de normas creadas por él las que otorgan efectos jurídicos a las decisiones derivadas de la autonomía privada, que por lo demás, proviene de la delegación que la ley otorga a los particulares para crear derecho.

Entonces, corresponde precisar que, en principio, el Estado posibilita que los particulares ejerzan ampliamente su autonomía privada. Ellos establecen libremente el contenido contractual, en tanto no sean contrarios al orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, esto no es suficiente, para que las personas se vinculen armoniosamente entre sí. La inexorable realidad establece que la igualdad jurídica de las personas se erige sobre una base social asimétrica, con lo cual el equilibrio entre las partes contratantes resulta muy poco conducente, tratándose del establecimiento de relaciones equitativas.

Frente a ello, no cabe duda, la intervención del Estado es vital, al dictar normas que, advirtiendo del desequilibrio social y económico, promuevan la celebración de los contratos en condiciones equitativas dentro de un marco jurídico adecuado, que posibilite el libre ejercicio de la autonomía privada.

El Estado no debe constituirse en el garante de la libertad absoluta, debe transformarse en un propulsor del equilibrio entre el ejercicio de la libertad individual y las condiciones de igualdad legal, impidiendo las desigualdades concurrentes en tanto resulten abusivas.

El Estado, para asegurar a las personas el disfrute de la igualdad de las libertades, necesariamente debe transformarse en un firme interventor en las relaciones interindividuales para corregir las desigualdades. La economía, el mercado, el derecho y, en particular, el contrato provienen de la actividad humana, por lo tanto, al no ser reconocidos por las ciencias naturales, resultan más bien susceptibles de asumirse como parte de las realizaciones del hombre.

El mercado se desarrolla en una confluencia entre lo jurídico-político y lo económico, no es una entidad independiente del poder político ni el Estado es una derivación de la economía, ambos coexisten para promover el desarrollo y el bienestar común. En ésta perspectiva, el mercado afina la diversidad de sus actividades económicas mediante la intensa celebración de los contratos, con los que sus actos adquieren notabilidad jurídica.

Por eso mismo, la economía de mercado en una sociedad, depende del juicio de sus sostenedores que saben conducirlo a mejores destinos. El mercado, como el Derecho, siempre es el resultado de la obra humana, perfectible en su propio dinamismo, puesto que en ninguna situación se desarrollan en una invariable dirección, Así como es la vida humana, sus comportamientos son múltiples y disímiles, responden a diversos factores que intervienen en una realidad social, pero también, les asisten los principios normativos que fijan sus líneas rectoras, al propender un proceso ordenado en el curso de su activo devenir.

Se debe admitir, entonces, que la Constitución, y sobre todo la ley ordinaria, no cumplen una función subsidiaria en una sociedad que proclame a la libertad como su máxima expresión. La libertad es el sustento esencial de la vida humana, permite que las personas adquieran dinamismo, al ejecutar sus posibilidades y abriendo otras nuevas en una permanente realización. Entonces, la libertad de las personas y las normas legales que la configuran deben concebirse dialécticamente, para comprender su movimiento y multiplicidad. Sobre todo, entre la libertad y la ley, que una no estorbe a la otra, al mismo tiempo que favorezca el interés individual como el de la sociedad.

### 3. La libertad contractual en el Código Civil

Sólo es posible que las personas establezcan sus relaciones económicas, asistan a sus necesidades y requerimientos propios, mediante la celebración de los contratos. La coincidencia absoluta entre la oferta y la acepta-

ción determina la existencia del contrato. Este será válido, si es expresión de la libre voluntad de quienes los celebran, pero también, se exige que esa facultad de las partes para decidir sus propios actos, concorra conforme el ordenamiento jurídico establecido.

El libre albedrío no es lo que corresponde a la correcta determinación de los contratantes. La libertad para contratar y fijar el contenido de las obligaciones que sólo pueden importarle a ellos, no debe celebrarse sin observancia de las normas que interesan al orden público, puesto que éstas son de sujeción ineluctable para toda persona que decide contratar válidamente.

El orden público se define como el conjunto de principios que constituyen el sustento de un sistema jurídico admitido por el Estado. Su contenido es básicamente jurídico, desde que se fundamenta en normas de carácter imperativo, por lo que al Estado, en su *ius imperium*, para que prevalezca realmente dicho orden, le corresponde asumir sus atribuciones coercitivas y coactivas.

Pero además de su contenido jurídico, el orden público es también de contenido económico, expresado en el conjunto de reglas básicas que rigen la organización y actividad económica de un país, tales como la libertad económica orientada a resolver las necesidades individuales y colectivas de la población, la disposición de los recursos para satisfacerlas, la producción y consumo de bienes y servicios en condiciones de confianza y seguridad entre los actores económicos que actúan en el mercado, con la concurrencia de la libre oferta y demanda, la libre iniciativa, y la competencia.

La libre iniciativa privada no es una entelequia, es un legítimo atributo de la condición humana, que no puede eludir la ley positiva. Libre, afirma Schopenhauer, significa “acorde con la voluntad”<sup>5</sup>, para lo que el profesor de Filosofía de la Universidad de Sevilla Juan Arana, estudiando a dicho pensador, anotaría que, “libre es aquel ser cuya identidad no se encuentra encadenada a ningún principio de unidad que no sea él mismo”<sup>6</sup>. Entonces, toda persona tiene derecho a emprender y desarrollar con libertad y autonomía la actividad económica de su preferencia, la celebración de los contratos que considere con quienes estime y fijar la configuración del mismo. Pero también es innegable que en el ejercicio de esa misma libertad, sin recusar la autonomía privada, ésta debe afirmarse compatibilizándola con los principios del orden público establecido.

Toda persona es libre para decidir si contrata o no y con quién, pero también tiene la posibilidad, en ejercicio de su libertad contractual, “determinar libremente el contenido del contrato”, como así lo prevé el artículo 1354º

del Código Civil. Por su parte, el artículo 1356<sup>º</sup> del mismo Código, precisa que cualquier disposición legal sobre contratos es “supletoria” a la expresa voluntad de los contratantes, que prevalece sobre aquella. Y, sólo cuando las partes libre y plenamente estén conformes con la totalidad de su contenido, el contrato quedará concluido, previene el artículo 1359<sup>º</sup> del Código Civil. A partir de este momento, “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”, prescribe el artículo 1361<sup>º</sup> del señalado Código. Es decir, el contrato, contiene normas con fuerza vinculante para los contratantes, no tanto respecto de aquello que proviene de la ley, sino de su libre voluntad, que fija el contenido y los efectos del contrato, los que pueden estar comprendidos o no en la ley<sup>7</sup>. Eso sí, lo acordado no debe trascender los límites de las normas imperativas.

Para los liberalistas clásicos, de antes como de hoy, la autonomía de la voluntad se sustenta en el principio de “*pacta sunt servanda*”, que exige el cumplimiento del contrato en los términos contenidos en él. Aquello que las mismas partes libremente han establecido en el contrato, es a lo que están obligadas a cumplir, aún cuando se hubieran modificado las condiciones que existieron al momento de su celebración y que las partes no pudieron prever.

Como sostiene Walter Gutiérrez<sup>8</sup>, “El contrato es en esencia una decisión económica y cualquier cosa que se diga sobre él deberá tener presente esta realidad”; antes, el mismo autor había afirmado que “Todo contrato es un acto de mercado”.

Entonces, cómo conducirse en el tema contractual, para no desvirtuar sus fundamentos esenciales. Acaso, seguir empeñados en reivindicar la teoría clásica de la autonomía privada, siempre forzando hacia los predios de la libertad irrestricta, o ceñirnos a la teoría normativista, ejerciendo la libertad contractual acorde al ordenamiento jurídico establecido. Si el ejercicio de la autonomía privada nunca fue absoluto, tampoco las leyes imperativas muchas veces son coherentes o devienen insuficientes o resultan contraproducentes con el propio ordenamiento legal.

Optar por una u otra concepción es una exigencia orientada a determinar el sustento del orden jurídico establecido, en el que las personas no sólo fijan el contenido del contrato para el momento de la celebración. Lo pactado es para el tiempo de su ejecución, en realidades futuras no siempre posibles de prever, totalmente ajenas a la propia voluntad de las partes y que tampoco se debe reconocer, es expresada enteramente libre. Se imponen, muchas veces, situaciones heterónomas, subyacentes al

contenido expreso del contrato, que pueden influir significativamente en su modelación y en los efectos del mismo.

Si el contrato es una decisión económica, las condiciones heterónomas que rodean a la “libre” voluntad de las partes en su celebración –entre otras– pueden derivar del mercado, de la “mano invisible” que lo dinamiza; las fuerzas de la oferta y de la demanda son las que determinan el escenario donde deben actuar quienes deciden contratar, operando en condiciones que se rigen por imperativos ajenos a la misma voluntad de los contratantes.

Como acto del mercado, el contrato, inevitablemente, se origina, desarrolla y tiene eficacia en concordancia directa con la evolución del mismo mercado. Deborah Owen y Robin Griffiths sostienen que “los mercados están formados por multitudes que tienden a actuar en manada, los que se encuentran sujetos a cambios de humor dramáticos, positivos o negativos. Estos cambios pueden ir demasiado lejos”<sup>9</sup>. Así, las economías se desarrollan en ciclos de expansión y contracción que tienden a ocurrir en intervalos regulares, presentándose fases de agudas crisis, de inflación y recesión. Es en este contexto, de naturaleza inconstante e impredecible, que los contratos se negocian, se celebran y durante el período de su vigencia deben ejecutarse.

El mercado se distingue por el número y extensión de sus operaciones, sus acciones para satisfacer las necesidades de la vida humana, el incremento del trabajo, la creación de nuevas fuentes de producción y comercialización, las comunicaciones rápidas entre las diversas regiones de un mundo cada vez más globalizado. Todo lo cual enfrenta, en cada momento, a una diversidad de realidades cambiantes y multiformes, dentro de las cuales fatalmente tienen que desenvolverse las relaciones contractuales, tanto para reconocer derechos como para exigir el cumplimiento de obligaciones.

Si el contrato fue concluido válidamente, según las normas vigentes al tiempo de su celebración, y sus disposiciones sobre las cuales las partes afirmaron su consentimiento respondiendo a determinada circunstancia. En esa situación, sucede que ulteriormente, esas disposiciones contractuales se ven trastocadas significativamente por la propia actividad del mercado y, en los hechos, modifican sustancialmente los niveles de la relación contractual, generando situaciones desproporcionadas e injustas entre las partes contratantes. A este respecto, siendo los contratos obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos, no siempre debe prescindirse de considerar las nuevas realidades que enfrentan los que lo celebraron. Sin ninguna duda, los contratos se celebran para cumplirse,

pero también la palabra empeñada no debe condenar a los contratantes.

Para quienes en el mercado postulan la inmutabilidad de las disposiciones contractuales, la libre iniciativa o la autonomía privada, constituyen su más sacrosanta expresión y cualquier acto contrario sería simplemente un sacrilegio, lo que resulta admitir, en rigor, que la eficiencia económica solo respondería a la libertad individual.

Ante tales consideraciones, corresponde admitir, sin perjuicio de la autonomía privada o libertad contractual, que lo expresamente pactado para regir una determinada relación económica—ni en los tiempos del más rancio liberalismo— ha sido absolutamente establecido, puesto que para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho, la ley regula su ejercicio. Junto a la autonomía privada de las personas concurren las normas imperativas que no puede soslayarse. Como sostiene Mes-sineo, las disposiciones de carácter imperativo son aquellas que “prescriben al sujeto un deber-hacer o un no poder hacer incondicional; y, por consiguiente, no se admite que el sujeto no haga lo que está prescrito o haga lo que le está prohibido”<sup>10</sup>.

La celebración de los contratos dinamiza el mercado, puesto que sin él no son posibles las relaciones económicas. La libertad contractual y la fuerza obligatoria de los contratos no son conceptos absolutos, puesto que en determinadas situaciones es posible la revisión de los términos pactados. Entonces, para que la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía, los contratos no residen sólo en su contenido económico, son, además, expresión fundamental de la libertad jurídica de las personas manifestada en la autonomía de la voluntad, comprendida dentro del orden jurídico establecido; y, también, es la intervención judicial en la solución de los conflictos, impidiendo el abuso.

No se trata de violentar las reglas fundamentales del mercado, menos vulnerar la autonomía privada en su iniciativa para fijar los contenidos del contrato. En una asimétrica realidad, las regulaciones provenientes del Estado son inevitables para impedir los desequilibrios que afecten a las partes débiles de las relaciones y se evite el abuso, así como se propenda a un eficiente desarrollo económico en función del interés de la sociedad.

El Código Civil de 1984, tiene establecido la intervención del Estado para armonizar las relaciones contractuales cuando las condiciones pactadas hubieran sido desequilibradas por la fuerza de la realidad, postulando que en el contrato, al ser un negocio de interés particular, no se incurra en aprovechamiento indebido de

una parte en desmedro de la otra o que los actos de los particulares se convierta en un problema de dimensión social.

### 3.1. La excesiva onerosidad en la prestación

El contrato, en cuanto estuviera expresado en él, resulta obligatorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias no necesariamente es así. El contrato se negocia y, luego que se celebra, pasa a ejecutarse durante el período de su vigencia. En este lapso, sin que dependa de la voluntad de las partes, tampoco es posible que ellas lo hubieran previsto, se producen hechos extraordinarios e imprevisibles que inexorablemente llevan a que se distorsionen los niveles de las prestaciones pactadas, tornándose excesivamente onerosa. Esta situación, admitida por el artículo 1440<sup>o</sup> del Código Civil, se va a producir, entre otras circunstancias, por el cambio de las políticas macroeconómicas dispuestas por el Gobierno, o se afronta una grave devaluación monetaria.

Tales son algunas de las situaciones que pueden alterar las relaciones contractuales existentes, ocasionando excesiva onerosidad en las prestaciones. El escenario que sirvió de marco para que las partes asumieran recíprocamente sus derechos y obligaciones es otro, que trastoca las relaciones originalmente constituidas beneficiando a una parte en desmedro de la otra. En esta circunstancia, es el Juez, el que dispone aumentar o reducir la contraprestación, ordenando se modifiquen los términos que originalmente fueron pactados, para procurar el equilibrio entre las partes, cesando la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible, se decidirá la resolución del contrato. En cualquier solución, es evidente que las condiciones inicialmente pactadas, resultaron con destinos diferentes a los establecidos en el contrato, provenientes de decisiones ajenas a la voluntad de las partes contratantes.

### 3.2. La lesión

Hay lesión cuando celebrado validamente un contrato, en él se registra el aprovechamiento de una parte en perjuicio de la otra, que negocia urgido por una necesidad apremiante. Moisset De Espanés sostiene que “Se trata de una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquél que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas. El elemento más notable es el 'daño' o lesión que sufre quien recibe menos de lo que le corresponde, o paga mucho más de lo que debería pagar”<sup>11</sup>.

La lesión se produce, según el artículo 1447<sup>o</sup> del Cód-

go Civil, cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de la celebración del contrato es mayor de las dos quintas partes, en situaciones en que concurra el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, salvo que dicha desproporción fuese mayor a los dos tercios, en cuyo caso el aprovechamiento se presume. En esta situación, pese a la libre voluntad formal expresada por las partes al celebrar el contrato, siendo evidente el injusto enriquecimiento aprovechándose de la necesidad de lesionado, puede dar lugar a que el Juez ordene el reajuste del valor orientado a equilibrar las prestaciones o el contrato se rescinde, salvo que el mismo lesionado –aún lo pactado– se compela abonar el saldo del justo valor. Entonces, el consentimiento expresado por las partes al momento de la celebración del contrato es posteriormente modificado por un mandato judicial o por acto unilateral del lesionado, ante su inminente ineficacia.

### 3.3. Las cláusulas abusivas

En el caso de los contratos celebrados en masa, las cláusulas generales de contratación, pueden resultar abusivas en perjuicio del consumidor o usuario, Una cláusula es abusiva cuando en una determinada relación se establecen ventajas a favor de la parte que las redacta en perjuicio de la contraparte que solamente tiene la posibilidad de aceptar el contrato predispuesto. Soto Coaguila sostiene que una cláusula es abusiva en los contratos celebrados con cláusulas generales, cuando exista: a) Desviación de la buena fe contractual, b) Desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual, c) detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual, y d) Atribución exorbitante a favor del predisponente del esquema contractual<sup>12</sup>.

En los contratos predispuestos las cláusulas son abusivas cuando atribuyen al predisponente mayores derechos y le reportan más beneficios que los razonables, se introduzcan limitaciones o restricciones de los derechos y facultades de los aceptantes o que también se supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones o cargas del aceptante. Con ello, se desnaturaliza la relación jurídica creada por el contrato formalmente aceptado, sea por adhesión o con cláusulas generales de contratación, que previamente no hubieran sido aprobadas administrativamente.

En la situación anotada, por lo establecido por el artículo 1398º y 1399º del Código Civil, puede dar lugar a que las condiciones que inicialmente se hubieran “pactado” entre las partes devengan en inválidas.

### 3.4. Limitaciones a las decisiones contractuales

Puede presentarse el caso que las partes hubieran expresamente establecido en el contrato celebrado, que el incumplimiento de la obligación por cualquiera de ellas exija al trasgresor el pago de una penalidad, sin que para ello sea necesario acreditar los daños y perjuicios sufridos por la contraparte agraviada. Dicha penalidad, previa al hecho producido, es fijada en un monto acordado por los contratantes. En esta circunstancia, si la penalidad fuera manifiestamente excesiva respecto el agravio o si la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, el juez puede reducir equitativamente el monto de la pena pactada, modificándose así la voluntad de las partes expresada en el contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 1346º del Código Civil.

En la eventualidad que las partes convengan expresamente en la celebración de contrato que renuncian a la acción de excesiva onerosidad de la prestación o a la acción por lesión, según los artículos 1444º y 1453 del Código Civil, dicho pacto no tiene eficacia alguna, pues resulta nulo, pese a la manifestación expresada de la voluntad de los contratantes.

En las obligaciones del saneamiento de los contratos celebrados transfiriendo bienes, las partes están facultadas a pactar su ampliación, restricción o supresión, en aplicación del artículo 1489º del Código Civil. Sin embargo, aún la renuncia al saneamiento que las partes expresamente hubieran convenido, éste acuerdo deviene ineficaz, si resulta que el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien, al momento de la celebración del contrato o de la renuncia pactada. También, no tiene efecto legal el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por hecho voluntario suyo, como está previsto en los artículos 1520º y 1528º del Código Civil.

En el ámbito del derecho de obligaciones, se establece que toda estipulación convenida por las partes es nula, si con ellas se excluye o limita la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de terceros de quién éste se valga. Sigue la misma suerte, si con el pacto se exoneran o limitan de responsabilidad en los casos que el deudor o dichos terceros violen obligaciones de orden público. A este respecto, es aplicable el artículo 1328º del Código Civil.

### 3.5. El abuso del derecho

Rubio Correa<sup>13</sup> sostiene que el acto que se califica como abuso del derecho es el que en principio es lícito;

formalmente, constituye el ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate, pero que, sin embargo, es considerado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social.

En el abuso del derecho, se distingue la existencia de un derecho previamente reconocido. En ejercicio del mismo, en uso de su libertad y para lo que no está expresamente prohibido, el titular del derecho, por acción u omisión, se excede el límite de su deber de no dañar, lesionando el derecho de otro, al que ocasiona perjuicio.

Las consecuencias derivadas de las relaciones contractuales, expresamente pactadas, pueden llevar a que los alcances de las mismas desborden los márgenes convenidos, modificando fácticamente las prestaciones. Ello puede dar lugar a situaciones que afecten la armonía en las relaciones entre las partes intervinientes en el contrato. Desde su posición contractual, puede verse significativamente favorecida en su derecho, que trasladado a la otra parte, ésta enfrente una situación, en el que el cumplimiento de la obligación convenida le resulte abusiva. A este respecto, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, prescribe que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, por cuyo motivo, la parte afectada tiene la facultad de acudir a la tutela jurisdiccional efectiva para evitar o suprimir el abuso.

Es posible, entonces, que como consecuencia del cumplimiento de obligaciones pactadas libremente por las partes en la celebración del contrato y, sin que las mismas hubieran violentado normas imperativas, lo pactado deviene en abusivo. Esta situación puede dar lugar a las acciones por abuso del derecho y, con ello, los términos pactados deben ser revisados en su contenido original a fin de evitar mayores daños al contratante ubicado en posición de desventaja.

### 3.6. El enriquecimiento sin causa

En la falta de derecho para enriquecerse en perjuicio de otro, se entiende que existe enriquecimiento sin causa. Se trata de la adquisición de una indebida ventaja patrimonial de una parte, que produce simultáneamente a la contraparte un empobrecimiento sin ninguna causa que lo justifique. Tal enriquecimiento y empobrecimiento no deben provenir de una determinación prevista expresamente por la ley; en este caso, incumbe ejercer la acción que corresponda, a fin de que el perjuicio sea resarcido, así lo tienen previsto los artículos 1954º y 1955º del Código Civil.

En una relación patrimonial, el enriquecimiento de uno a expensas del otro, debe estar ausente de toda justificación, aún cuando los sujetos hubieran establecido

obligaciones que deben cumplir. Pero, resulta que de ello se deriva una ventaja significativa en favor de uno, que correlativamente en la misma medida ocasiona un detrimento en el patrimonio del otro. Es decir, existiendo un nexo de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, se propende la restitución de aquello obtenido sin justa causa.

Es mediante la acción in rem verso, promovida por el empobrecido para obtener del Juez la decisión indemnizatoria por la cual el enriquecido indebidamente le debe restituir aquel valor obtenido en su perjuicio, con lo cual, evidentemente se modifican los términos derivados de obligaciones originalmente establecidas.

## 3. La libertad de contratación en la Constitución

### 3.1. Inmutabilidad de los términos contractuales

El artículo 62º de la Constitución de 1993, al garantizar la libertad de contratar válidamente, según las normas vigentes al tiempo de su celebración, preceptúa que “Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. El segundo párrafo de la norma en mención precisa: “Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantía y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”. Entonces, por dicha disposición, las decisiones contractuales celebradas validamente por las partes, resultan ser inexorablemente invariables, inmodificables.

Por el contrario, el artículo 1355º del Código Civil, desde 1984, establece que por consideraciones de interés social, público o ético, por ley, se “puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato”. Con esta disposición, es posible la intervención del Estado para regular la voluntad privada expresada en el contenido del contrato. A este respecto, la Corte Suprema ha precisado que “El Estado tiene la facultad de intervenir en la vida económica de la Nación en razón a intereses correspondientes a la sociedad como un todo, por encima de la voluntad de los particulares; situación que se produjo en la coyuntura económica que tuvo que enfrentar el Estado peruano a inicios de 1990 con hiperinflación y recesión, obligando al Poder Ejecutivo a dictar múltiples medidas destinadas a corregir tales situaciones”<sup>14</sup>.

Aún la jurisprudencia anotada, entre la aplicación del artículo 62º de la Constitución de 1993 y el artículo 1355º del Código Civil de 1984, inevitablemente se pro-

duce una derogación tácita por la nueva ley respecto de la anterior, no sólo porque resultan incompatibles, sino además, porque la norma superior prevalece sobre la de menor jerarquía. Es por eso que De La Puente y Lavalle refiere que “Cuando se discutía en el Congreso Constituyente Democrático el que después fue el artículo 62º de la Carta Magna, se advirtió a su Comisión de Constitución que una declaración de rango constitucional en el sentido que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, daría lugar a que los jueces, por respeto al principio de la jerarquía de las normas, se verían obligados a preferir el proyectado artículo constitucional sobre el artículo III del Título Preliminar y el artículo 1355º del Código Civil, lo que determinaría un indeseable desconcierto en la administración de justicia. Además, daría lugar a la acción de inconstitucionalidad contra estos artículos, lo que sería menos deseable”<sup>15</sup>.

Vigente el artículo 62º de la Constitución, es evidente su incompatibilidad con la norma civil anotada, aún cuando el profesor Carlos Cárdenas Quirós cree “posible intentar una interpretación diferente de orden más bien restrictivo”<sup>16</sup>. Dicho autor distingue un hecho cierto, que la celebración de los contratos se sujeta a las normas imperativas y de orden público y, también, las normas de carácter supletorio en todo aquello que no hubieran previsto las partes. Pero además, Cárdenas, en la aplicación de la señalada norma constitucional, distingue a los contratos en general y a los contratos-ley, para considerar que en el caso de éstos últimos, el *jus imperium* del Estado está limitado mediante un contrato. Lo que no parece suceder –precisa el señalado autor–, “que deba atribuirse estos mismos alcances a los contratos celebrados entre particulares, cualquiera que sea su clase”<sup>17</sup>. El mismo Cárdenas Quirós afirma que si por el precepto constitucional, “no pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales”, en el caso de los contratos en general, importaría atribuirles el carácter de los contratos-ley, “no obstante no contar con la participación directa del Estado”<sup>18</sup>.

Al diferenciar los contratos en general de los contratos-ley en particular, en el entender del citado autor, el artículo 62º de la Constitución presenta “las cosas de modo diferente”. “La interpretación sistemática, en el marco de un ordenamiento jurídico, importa que cada norma debe interpretarse interdependientemente con otras a fin de llegar a establecer su exacto sentido y alcance”<sup>19</sup>.

Para el profesor Cárdenas, en el caso del primer párrafo del artículo 62º de la Constitución, si las “normas de

orden público son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, éstas últimas deben ocupar necesariamente su lugar. Empero, ello no ocurrirá si las nuevas normas tienen naturaleza puramente supletoria”, para las que regiría plenamente la inmutabilidad del contenido de los contratos por ley posterior a su celebración. Por eso, para ser coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto, Cárdenas sostiene que los contratos en general reservan su intangibilidad “sólo a aquellos aspectos que no conciernen a cuestiones que involucran normas de orden público o imperativas”<sup>20</sup>. Por consiguiente, concluye el indicado civilista, el artículo 1355º del Código Civil “conservaría plena virtualidad jurídica y resultaría perfectamente concordante con el texto constitucional”<sup>21</sup>.

En esa misma línea, Gutiérrez Camacho<sup>22</sup> sostiene que el propio Estado no ha renunciado a su función de legislar, realizando su propia interpretación acorde con la vigencia tanto de la comentada disposición constitucional como de la referida norma civil. De lo contrario –precisa dicho autor– no se explicarían las diversas disposiciones legales que el mismo Estado ha venido dictando y que dado su carácter imperativo, de algún modo, modifican los contenidos contractuales. Son ejemplos concluyentes que cierran dicho debate. La antinomia entre el artículo 62º de la Constitución y artículo 1355º del Código Civil es solo aparente.

Sin embargo, esa determinación no es tan cierta. Cabe anotar que la incompatibilidad de las indicadas normas constitucional y civil subsiste. Los actos contradictorios del propio Estado, al dictar normas que alteran “los términos contractuales”, solo ahondan aquella discordia. En el caso del proceso de transformación de cooperativa a sociedad anónima de las empresas agrarias azucareras se dictaron los decretos de urgencia 112-96, y 022-97 para imponer un singular procedimiento de “reconocimiento” de los créditos asumidos por las indicadas empresas, promoviéndose la modificación de los contenidos contractuales formalmente celebrados con anterioridad. De no observarse dicho trámite los créditos legalmente determinados caducaban. Con el Decreto de Urgencia 045-2000 se impuso que las acreencias de las azucareras sean asumidas por el denominado Fondo Económico Especial. Frente a ello, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha precisado: “...la mencionada norma colisiona con el principio de la libre contratación previsto en el artículo sesentidós de la Constitución Política, puesto que se estaría modificando al titular de la obligación... Que si bien el Estado se encuentra facultado para expedir leyes que con-

tribuyan al desarrollo de los diversos sectores económicos, como es el caso del sector empresarial agrícola, no puede expedir leyes que vulneren derechos constitucionales ya reconocidos...”. En virtud de tal consideración, se declaró inaplicable el artículo 3º del Decreto de Urgencia 045-2000<sup>23</sup>.

Ciertamente, el artículo 62º de la Carta Magna alude a los contratos en general y en particular a los contratos-ley, pero advierte que en ambos casos se preceptúa de modo análogo que los “términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. De lo que resulta la incompatibilidad entre el señalado precepto constitucional y el artículo 1355º del Código Civil; por eso mismo, en relación al tiempo de vigencia y por su jerarquía, prevalece el texto constitucional sobre la norma ordinaria, produciéndose inexorablemente la derogación tácita de ésta última<sup>24</sup>.

Además, frente a lo preceptuado por el artículo 62º de la Constitución y la posibilidad de la vigencia del artículo 1355º del Código Civil –según lo opinado por Cárdenas Quirós– por ley se pueden establecer modificaciones al contenido de los contratos si son imperativas, y la inmodificación de los términos contractuales solo estaría reservada al caso de las “normas supletorias”. Aquí, corresponde tener presente el principio: “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”, es decir, nadie debe distinguir donde la ley no distingue, pues en el texto de la citada norma constitucional, no se establece la eficacia de las normas imperativas expedidas posteriormente respecto a la modificación de los términos del contrato.

Tampoco es una determinación emanada del citado artículo 62º de la Constitución considerar la posibilidad de que las disposiciones contractuales son inmodificables sólo por leyes supletorias y que estas son las que no alterarían los contenidos contractuales expresamente pactados por las partes, puesto que el texto constitucional no distingue a las leyes imperativas de las supletorias. Además, corresponde tener presente que los términos contractuales son la voluntad de partes en cuanto se haya expresado en ellos, y prevalecen sobre las leyes supletorias, que sólo rigen en aquellos asuntos que pudieran estar ausentes en el contrato, según los artículos 1356º y 1361º del Código Civil, máxime si las normas supletorias no resultan aplicables a la relación contractual cuando se trata de establecer o restringir derechos, conforme lo previsto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Si el contrato está bien redactado y las partes han previsto todos los ángulos de los derechos y obligaciones que asumen, las leyes supletorias sobran. Entonces, la

voluntad de los Constituyentes de 1993, para asegurar que los términos contractuales no sean modificados posteriormente a su celebración por ninguna “ley o disposiciones de cualquier clase”, incluye sobre todo a las normas imperativas. En ese propósito se refería el Constituyente Torres y Torres Lara, que “debe determinarse el equilibrio de la contratación en la relación uno a uno y no por decisiones legislativas que a la larga resultan absolutamente demagógicas y paralizadoras de la economía, porque la economía de mercado se basa en la contratación y si la contratación no es segura, no puede producirse lo que se llama estabilidad para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convocado al país”<sup>25</sup>.

Para bien o para mal, los términos establecidos por las relaciones contractuales sean entre los privados o entre estos y el Estado, estando vigente el texto de la primera parte del artículo 62º de la Constitución, son inmodificables por leyes imperativas o por leyes supletorias. Lo precisado en el segundo párrafo de la misma norma y referido en particular a los contratos-ley, que no pueden ser modificados legalmente, sólo tiene un contenido redundante. En este sentido, el Pleno del Tribunal Constitucional, ha señalado “(D)e una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62º de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no solo los términos contractuales contenidos en un contrato ley, sino en general, todo término contractual no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”<sup>26</sup>.

#### 4.2. Incoherencias constitucionales

En el artículo 62º de la Constitución de 1993 se preceptúa que “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo del contrato”; precisando ella misma, en su artículo 2º inciso 14º que “Toda persona tiene derecho... A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Con ello, se reconoce al contrato como expresión de la libre iniciativa privada, que “Se ejerce en una economía social de mercado”, según se establece en el artículo 58º de la Constitución. En el mercado, las fuerzas vitales: oferta y demanda, siempre están en permanente dinamismo complejo y muchas veces contradictorio. Por eso, la situación en un tiempo resulta diferente en otro. Los ciclos de prosperidad y de crisis son una constante en el curso del mercado. Esta indiscutible realidad resulta extraña a la determinación constitucional de la inmutabilidad de los términos contractuales, incólumes e invariables en el tiempo, que deben cumplirse sin considera-

ción alguna a las implicancias generadas por la situación del mercado, y aún si las relaciones contractuales hubieran devenido en injustas.

La Constitución registra contradicciones consigo misma, al asumir: “la iniciativa privada es libre” y garantizar la “libertad de contratar”, al mismo tiempo exige que, su ejercicio “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”, como así lo fija el artículo 59º de la Carta Magna. Ella misma, atribuye al Estado facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo “toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”<sup>27</sup>, correspondiendo al Estado la defensa de los consumidores y usuarios. “Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”, según lo previsto en los artículos 61º y 65º de la señalada Constitución.

Es por eso, una paradoja que quienes defienden la autonomía privada desde posiciones de extremo liberalismo, para los que el Estado no debe legislar sobre las actividades del mercado, ella es labor de la “mano invisible”, sean, al mismo tiempo, ardorosos defensores de la inmutabilidad de las decisiones contractuales impuesta por la norma constitucional, reclamando su vigencia a favor de los inversionistas que requieren de seguridad jurídica.

El contrato se celebra por dos o más partes y responde al interés recíproco de quienes intervienen en él. La utilidad del contrato esta determinada entre derechos y obligaciones, oferta y demanda, siempre será así. Por tanto, la seguridad jurídica no sólo debe responder al interés de una parte sino de ambas. No se ofrece seguridad jurídica, porque una ley imperativa así expresamente lo señale. Será la claridad y estabilidad de las leyes que estructuran el conjunto del ordenamiento jurídico las que otorguen seguridad jurídica demandada por los actores del mercado para contratar. Que la autonomía privada sea ejercida libremente, también exige que se regule y fiscalice la actividad contractual, sustentados sobre la base de principios firmes, ajenos al humor de los poderes del Estado, cuyas decisiones antojadizas generen incertidumbre en vez de confianza.

Quienes ejercen el poder político, al conducir el Estado, deben adoptar decisiones coherentes con los ordenamientos jurídicos y económicos establecidos; al mismo tiempo, responder a las vicisitudes impuestas por la realidad; las leyes dictadas con posterioridad a la celebración del contrato deben mantener relaciones contractuales equitativas.

Pero no solo es la expedición de leyes pertinentes, también habrá seguridad jurídica, no por que las decisiones contractuales sean inmutables, sino porque existan autoridades judiciales que no prevariquen o que impidan

el fraude a la ley, cuando su deber es “cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”<sup>28</sup>, al mismo tiempo que sus fallos respondan al deber del Estado: “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”<sup>29</sup>.

### 4.3. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un presupuesto de las libertades y de los derechos fundamentales. Significa la existencia de reglas estables, predecibles y justas. Es una condición necesaria para la firmeza de un Estado de Derecho, que lleve consigo la vigencia de un sistema de derechos fundamentales plenamente garantizados.

La seguridad jurídica promueve el desarrollo adecuado de los derechos sociales y económicos, al imponer la existencia de un marco jurídico estable. Aún cuando el concepto estabilidad es más económico que jurídico, desde que la inestabilidad afecta la dinámica de los diversos factores económicos; en tanto que inseguridad jurídica descende de las decisiones tomadas de acuerdo con la ley y su interpretación existentes en un momento determinado, pero que tiene resultados diferentes a los previstos, al haberse producido inesperados cambios en la ley o se impone distinta interpretación. Por el contrario, la seguridad jurídica inmuniza frente a las eventuales manipulaciones o arbitrariedades, prevaleciendo la justicia y la paz social.

El Estado, en un régimen de economía de mercado, está obligado al establecimiento de la seguridad jurídica que garantice su desarrollo mediante un orden que promueva, fomente y genere confianza. El mercado opera adecuadamente si cuenta con instrumentos legales debidamente estructurados, que se sustraigan de la simple discrecionalidad o al arbitrio de sus propios agentes y al de los entes públicos, impidiendo los excesos que distorsionen su funcionamiento. En todo orden la intervención del Estado debe tener a la ley como fundamental referente, respecto de la cual, igualmente, se sujetaran las relaciones jurídico-económicas, alejándolas de los excesos en la contratación o de la interpretación interesada de las condiciones pactadas, que provengan del abuso del derecho o del poder.

La seguridad jurídica, constituye un valor de orden público, sin el cual no es posible el desarrollo económico, menos la justicia social. Ella funciona a cabalidad cuando las leyes se apliquen, se reconozcan los derechos y se respeten las obligaciones contractuales. Las leyes que se dicten posteriormente al tiempo del contrato, se orientan a evitar el abuso, a mantener la equidad entre los contra-

tantes o responden a exigencias superiores en interés de la sociedad en su conjunto. Así, también, los sistemas judiciales ordinarios o alternativos, unificando sus criterios y en una labor de sincronización entre el derecho positivo y la realidad social, expiden fallos con soluciones correctas a las controversias surgidas entre los contratantes en el período de la ejecución, motivados por situaciones fácticas que no existieron al momento de la celebración del contrato, y que ellos no pudieron prever.

La seguridad jurídica no es una entelequia, tampoco es una realidad porque así lo imponga una ley obstinada; debe responder a la dinámica de una determinada realidad socioeconómica. Es la consecuencia del conjunto de factores, de funcionamiento recíproco, sistemático y consolidado en el tiempo, sobre la base de un ordenamiento jurídico firme, que se demande legítimo por los actores del mercado, los que deberán actuar –en opinión de Fernando Lugo– “dentro de la ley y con racionalidad”<sup>30</sup>.

## 5. Ex post facto

### 5.1. La crisis financiera de los Estados Unidos de Norteamérica

Suele admitirse que Estado Unidos de Norteamérica es la capital del libre mercado y la libre iniciativa privada. Para éste país, la libertad es su enseña sempiterna, que muchos suponían absoluta. La verdad es que la intervención del Estado siempre ha existido en los Estados Unidos de Norteamérica. En 1890, la Ley Sherman fue dictada contra los monopolios. El presidente Franklin Delano Roosevelt estableció la política del New Deal, para salvar a su país de la gran depresión de 1929; para ello, dispuso la congelación de precios y salarios y limitó drásticamente las utilidades. Por eso, se sostiene que allí donde “Las leyes del mercado no habían sido suficientemente eficaces y rápidas para enmendar sus propias fallas, el Estado tuvo que intervenir”<sup>31</sup>.

A principios de la década de 1980, Ronald Reagan sostenía que “que el Estado no es la solución, es el problema”, y con él sucesivos gobernantes norteamericanos se empeñaron en considerar que todo lo bueno para el mercado es la desregulación, las exoneraciones tributarias, los blindajes legales para no limitar la libre iniciativa privada. “Esta libertad –lo sostienen los Provinciales de la Compañía de Jesús de América Latina– (es la) que rechaza cualquier interferencia del Estado en la iniciativa privada, se opone a los planes sociales, desconoce la virtud de la solidaridad y acepta únicamente las leyes del mercado”<sup>32</sup>.

Esa política permitió que el mercado, sobre todo el financiero, actuase a su libre albedrío, empeñado en una

voraz actividad lucrativa, sin importar las consecuencias futuras. Las instituciones financieras gozaban de su “libertad”, dedicadas a maximizar sus utilidades. En ese afán los negocios inmobiliarios se extendieron desproporcionadamente apoyados en las garantías provenientes de la capacidad de pago de las hipotecas, colocaron créditos a través de derivados financieros sin ningún tipo de supervisión o regulación, incrementando significativamente la cartera de los llamados clientes subprime<sup>33</sup> (personas sin niveles de solvencia ni liquidez). Luego, los bancos sin control se lanzaron a vender carteras hipotecarias a los agentes financieros no bancarios, comprometiéndose en esta vorágine a las más importantes entidades aseguradoras y de inversión.

Las entidades financieras no fueron capaces de autorregularse, ingresaron a una lógica especulativa apoyada por la ausencia de leyes reguladoras en el mercado y el Estado, simplemente, se limitó a no hacer nada, en tanto la burbuja crecía, sin que ninguna entidad pública se preocupara por informarse, investigar o en cumplir su función reguladora, menos fiscalizadora. Así, la morosidad del pago de los créditos hipotecarios por parte de clientes de las hipotecas subprime fue incrementándose a volúmenes significativos, la economía norteamericana ingresó a una agobiante crisis, que explotó en el segundo semestre del 2008, afectando a los diversos sectores de la economía de dicho país y los demás países del mundo.

El régimen norteamericano para morigerar la crisis ha impulsado una política de “salvataje” para preservar su economía, destinando en los últimos meses del 2008, 700 mil millones de dólares para “rescatar” su sistema financiero, cuando antes urgentemente ya había nacionalizado las dos financieras hipotecarias más grandes Fannie Mae y Freddie Mac, que cubrían el 45 por ciento de los préstamos hipotecarios.

La intervención del Estado es inevitable. La principal aseguradora AIG recibió un “préstamo” de 85000 millones de dólares, pero se obligó a entregar el 79.9 por ciento de su capital accionario al Estado norteamericano, es decir, se otorga un préstamo a cambio de una participación significativa en el capital. El préstamo está destinado a ser devuelto, y está garantizado con todos los activos de la AIG, con una tasa penalizadora fijada para incitar la devolución lo más rápidamente posible. “Una vez agotado el crédito, el Estado Federal seguirá siendo accionista del 79.9 por ciento. Entonces ocurre que realizó una toma de control... ¡una expropiación!”<sup>34</sup>.

Entre otras de las medidas de salvataje adoptadas por el gobierno de Estados Unidos es que los clientes con ingresos medios gozarán del beneficio de la exención de

la Tasa Mínima Alternativa, que impida impuestos más elevados. Se prohíbe la práctica conocida como “mark to market”, que permita a las entidades financieras asignar a un bien el valor del mercado. Se limita los sueldos de los directivos de las compañías participantes en los programas, y no se les reconocerá beneficios multimillonarios que los hubieran pactado con sus empleadoras, en caso de ser despedidos. Se elevará los impuestos a las empresas que paguen a sus directivos 500 mil dólares al año, y se crea un consejo de supervisión del programa de salvataje.

Allí, donde el Estado no cumplió su función reguladora del mercado, el economista Iguíñiz sostiene que “En el contrato se establece la calidad de la vida que cada persona y sus dependientes merecen y como para el neoliberal el mercado debe ser el que tiene la última palabra, porque es en él donde se ejerce más plenamente la libertad que legitima los contratos, tenemos una justicia que surge de dicha libertad”. El mismo autor precisa: “La bienvenida autonomía respecto del Estado, que suponen los derechos privados es aprovechada y extendida a las relaciones económicas independientemente del efecto que tengan sobre la sociedad”<sup>35</sup>.

La actual crisis económica norteamericana que está produciendo graves consecuencias socioeconómicas en dicho país, revela que la autorregulación de los mercados no funciona y que es necesaria la presencia del Estado para evitar los mayores males que acarrea dicha crisis, que está poniéndolo al borde de la recesión. El rol que debe cumplir el Estado es de regulador y fiscalizador, puesto que “El sistema de mercado no regulado acaban destruyéndose así mismos”<sup>36</sup>. Es así, que en cada una de las medidas adoptadas para salvar su economía, se advierte que el Estado norteamericano está interviniendo decididamente en las actividades del mercado y sobre todo modificando las relaciones contractuales que venían produciéndose, no tanto en defensa de los derechos privados sino en bien de los intereses del conjunto de la sociedad estadounidense. En ella, quíerese o no, se admite el concepto de justicia, no tan ceñido a la libertad irrestricta de los contratantes, resultando atinente, la frase romana de contenido jurídico: “Libertas est potestas faciendi id quod Jure licet”, la libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite.

Definidamente, entonces, las personas se relacionan económicamente con eficacia, si los contratos que celebran lo hacen sobre la base del orden jurídico, que les otorga fuerza vinculante y produce efectos jurídicos válidos. La intervención del Estado debe ser para que prevalezca la equidad entre quienes contratan, indivi-

dualmente considerados y, también, socialmente comprendidos.

## 5.2. Garantías y seguridades para la inversión privada

El desarrollo de la economía liberal –reclaman algunos– se impulsa favoreciendo la inversión privada mediante la celebración de contratos con cláusulas de seguridad jurídica, contratos-ley que establezcan garantías y otorguen seguridades al inversionista.

En esa perspectiva, en el Perú el Decreto Legislativo 708, Ley de la Promoción de la Inversión en el Sector Minero, ya cumplió 17 años de vigencia. Junto a las normas de naturaleza similar, dictadas para los sectores de energía e industria, la segunda parte del artículo 62<sup>o</sup> de la Constitución otorga las garantías y seguridades, que los contratos-ley no pueden ser modificados legislativamente.

El tiempo en el que se dictó la Ley de Promoción a las inversiones mineras y los contratos celebrados por el Estado peruano con los inversionistas no es el actual. Sin embargo en este lapso, la publicación “Perú: The Top 10000 Companies 2008” señala que, efectuado el balance de ingresos y gastos de las principales empresas del país, las cinco compañías con mayores utilidades en el 2006 fueron empresas mineras. La Southern Perú Cooper Corporation tuvo 1273.67 millones de dólares en utilidades netas; Minera Yanacocha, 567.66 millones de dólares; La Cia. Minera Antamina, 517.85 millones de dólares; La Sociedad Minera Cerro Verde, 444.62 millones de dólares; y la Cia. de Minas Buenaventura, 428.06 millones de dólares

Tales resultados responden al incremento del precio de los metales en el mercado internacional. Pues, en la última década, el precio del cobre se cuadruplicó y el del oro y de la plata se triplicó. Por eso, la señalada publicación reportó que las utilidades de las 100 empresas más ganadoras sumaron 7714 millones en el 2006, lo que significó el 51% más que las ganancias el año anterior, 2005.

Las mineras no sólo han obtenido ganancias, sino sobreganancias, que el economista Humberto Campodónico<sup>37</sup> estima que éstas últimas superaron entre el 2006 y 2007 los US \$ 3 mil millones. En esta realidad, no presente al momento de la celebración del contrato-ley, no resultaría adecuado considerar el pago del impuesto a la sobreganancias extraordinarias generadas por la elevación de los precios internacionales de los metales.

No tiene porqué desalentarse las inversiones en el país, menos quebrantar la estabilidad jurídica. Frente a una realidad diferente a la del momento de la celebración de los contratos entre el Estado y el inversionista minero,

es conveniente considerar que han variado las condiciones que originaron la celebración de los contratos de inversión y, en estas nuevas situaciones, es pertinente propender hacia un mejor equilibrio en las prestaciones asumidas por las partes. Si las mismas varían por la fuerza de la actividad del mercado, por eso también, debe procurarse condiciones más justas entre los contratantes, como en la excesiva onerosidad en la prestación, que prevé el artículo 1440º del Código Civil.

La libertad de contratar y de contratación es propia de toda relación económica, así debe ser siempre. Pero allí también, le atañe al Estado la función de redistribuidor de oportunidades en las desigualdades existentes. No corresponde promover la seguridad de ventajas para una sola de las partes contratantes, menos generar inseguridad. Se trata, sostiene Paulo VI, siguiendo las enseñanzas de León XIII en la centenario *Rerum novarum*, que “El consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del derecho natural. Lo que era verdadero acerca del justo salario individual, lo es también respecto a los contratos internacionales: una economía de intercambio no puede seguir descansando sobre la sola ley de la libre concurrencia, que engendra, también demasiado a menudo, una dictadura económica. El libre intercambio solo es equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social”<sup>38</sup>.

Las normas que establecen la inmutabilidad de las disposiciones contractuales, por la fuerza de la realidad, son inconsistentes. La defensa de dicho sistema puede hacerse en nombre de la “legalidad” expofesa e interesadamente establecida, pero no corresponderá al deber de procurar la legítima equidad en las relaciones contractuales.

## NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Di Tella, Guido, “Teoría de la nueva planificación”, en *Desarrollo económico*, octubre - diciembre 1970, enero - marzo, 1971, Vol. 10, Nos. 39 - 40, Instituto de Desarrollo Económico Social, pág. 331.
- Plaza, Orlando, “Los mercados: un acercamiento desde la sociología”, en *Perú Hoy*, Mercados globales y (des) articulaciones internas, 1era. edic. DESCO, Lima, 2007, pág. 27.
- Idem, pág. 29
- Ferri, Luigi, “Lecciones sobre el Contrato”, Traduc. Nélvor Carreteros T., 1era. edición, Editora Jurídica Grijley, Lima - Perú, 2004, págs. LIII y LIV.
- Schopenhauer, Arthur, “Loa dos problemas fundamentales de la ética”, trad. de P. López de Santa María, Siglo XXI, Madrid, 1993, pág. 49.
- Arana, Juan, “Los filósofos y la libertad, Necesidad natural y autonomía de la voluntad”, Edit. Síntesis S.A. España, 2004, pág.137.
- A diferencia de los contratos típicos que son establecidos por la ley, los atípicos no están regulados legalmente. Pero, ambos son validamente eficaces si son celebrados conforme el ordenamiento jurídico, dentro del cual. precisa el artículo 2º inciso 24. a. de la Constitución. “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.
- Gutiérrez Camacho, Walter, “Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas”, Tm. VII, Contratos en General, 1era. edic. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004, pág. 46.
- Owen, Deborah y Griffiths, Robin, “Como analizar el mercado”, 1era. edic. en español, Bs. As. 2008, pág. 27.
- Messineo, Francisco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Tm. I, Traducción de S. Sentis M. Bs. A. Argentina, 1979, pág. 47.
- Moisset de Espanes, Luis, “Lesión, elementos”, en Código Civil comentado por 100 mejores cuando exista
- Soto Caguila, Carlos Alberto, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos” las partes expresada en el contrato., en *Contratación Privada*, Juristas editores, Lima Perú, 2002, pág. 237.
- Rubio Correa, Marcial, “Para leer el Código Civil - Título Preliminar”, Tm. III, 1era. edic. Fondo Editorial PUCP, Lima Perú, 1986, pág. 40.
- Casación No. 128-97-Juliaca, 25.02.99, *El Peruano*, pág. 270.
- De la Puente y Lavalle, Manuel, “¿Por qué se contrata?”, En “Derecho Civil Patrimonial”, Editores: Alfredo Bullard y Gastón Fernández, 1era. edición, Fondo Edit. de la PUCP, 1997, pág. 111.
- Cárdenas Quirós, Carlos, “Autonomía privada, contrato y constitución”, en “Contrato & Mercado”, 1era. edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, pág. 79.
- Idem, pág.80.
- Idem pág. 81.
- Idem pág. 81.
- Idem, pág. 82.
- Idem, pág. 83.
- Gutiérrez Camacho, Walter, “Economía de mercado y contratación”, en “Contrato & Mercado”, 1era. edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, pág. 146 y ss.
- Expediente N° 397-2001-La Libertad. Resolución del 13 de febrero del 2001. Con el mismo criterio la Corte Suprema resuelve la Queja 3098-2001-La Libertad. También, la Corte Superior de La Libertad, I Sala Civil Expediente 251-97, Resolución 48 del 20 de junio del 2001 y la II Sala Civil Expediente N° 22-2001 Resolución N° 59 y Expediente 1559-98 resolución N° 46, ambas del 06 de julio del 2001, se pronuncian por la inaplicabilidad del Decreto de Urgencia 045-2000 por colisionar con el artículo 62º de la Constitución. Resolviendo en la misma dirección son ilustrativos los considerandos contenidos en la Resolución N° 37 del 24 de noviembre del 2000, emitida por la I Sala Civil-La Libertad en el Expediente N° 2305-98, que señala: “...mediante un Decreto de Urgencia se pretende la modificación de la ejecución de un contrato lo que se encuentra prohibido por el artículo sesentidós de nuestra Constitución Política, toda vez que es una garantía constitucional la libertad de contratación y que ‘...Los términos con-

- tractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase'; consecuentemente lo prescrito por el artículo tercero del Decreto de Urgencia cero cuarenticinco-dos mil, colisiona con la norma constitucional ya precisada en cuyo caso resulta procedente ceñirse a lo expresamente previsto por el segundo párrafo del artículo ciento treintiocho de nuestra Carta Magna, en el sentido que de existir incompatibilidad entre la norma constitucional contenida en el artículo sesentidós con la prevista en el artículo tercero del Decreto de Urgencia número cero cuarenticinco. Dos mil, se ha de preferir la norma constitucional y, con la facultad de control difuso se nuestra Constitución Política, resulta procedente inaplicar el artículo tercero del Decreto de Urgencia ya referido...".
24. Para esta situación es de aplicación el artículo I de Título Preliminar del Código Civil y el artículo 51º de la Constitución, En su caso, los jueces en su potestad de administrar justicia, advirtiendo la incompatibilidad entre la norma constitucional y la legal, deben preferir a la primera, conforme así lo establece el artículo 138º de la Carta Magna, en concordancia con el artículo 38º de la misma.
  25. Torres y Torres Lara, Carlos, "La Constitución económica en el Perú", Asesorandina S.R.L., 1994, pág. 4.
  26. Exp. No. 0003-2004-AI. 23/09/04, en "La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Tribunal Constitucional del Perú, 1era. edic Gaceta Jurídica S.A., Lima Perú, agosto 2006, pág.433.
  27. Para la función fiscalizadora el Estado peruano cuenta con entidades como INDECOPI, la Superintendencia de Banca y Seguros, OSINERGMIN, OSIPTEL, SUNASS, OSITRAN.
  28. Artículo 38º de la Constitución de 1993.
  29. Artículo 44º de la Constitución de 1993.
  30. Lugo Méndez, Fernando, "El primer obispo presidente", entrevista en "Le Monde diplomatique" edición peruana, Año II, Nº 17, Setiembre 2008, pág. 31.
  31. Montenegro, Walter, "Introducción a las doctrinas político-económicas", 14ava reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pág. 55.
  32. Carta de los Provinciales de la Compañía de Jesús, "El neoliberalismo en América Latina", Ciudad de México, 14.11.96, en Neoliberalismo y Desarrollo Humano, Desafíos del presente y del futuro, 2do. tiraje, 1998, Inst. de Ética y Desarrollo de la Esc. Sup. Antonio Ruiz de Montoya, pág. 238.
  33. Se denomina "hipotecas prime", de poco riesgo de pago, son celebradas por honorables clientes, sujetos de crédito, con propiedades, trabajo e ingresos fijos. Por el contrario, las "hipotecas subprime", son las que tenían más riesgo de impago.
  34. London, Frédéric, "Cuando Wall Street se hizo socialista", En LE MONDE diplomatique, edición peruana, Año II, Nº 18, octubre del 2008, pág. 30.
  35. Gonzáles de Olarte, Efraín, SCHULDT, Jurgen y otros, "Neoliberalismo y desarrollo humano Desafíos del presente y del futuro, 2do. tiraje, 1998, Inst. de Ética y Desarrollo de la Esc. Sup. Antonio Ruiz de Montoya, pág. 46.
  36. Samuelson, Paul A, Declaraciones en La República, 09 de noviembre del 2008, pág.15.
  37. En La Republica, 11.12.08. pág. 2.
  38. PABLO VI, "Progreso de los pueblos", 1era. edición, Edit. Nova Terra, España, 1967, págs. 130 y 131.