



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

**ANÁLISIS INTROSPECTIVO DE LAS PRINCIPALES
INSTITUCIONES JURÍDICAS CONTRACTUALES. NUEVAS
PROPUESTAS JURÍDICAS Y NORMATIVAS AL LIBRO FUENTES
DE LAS OBLIGACIONES DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.**

**INTROSPECTIVE ANALYSIS OF THE MAIN CONTRACTUAL
LEGAL INSTITUTIONS. NEW LEGAL AND REGULATORY
PROPOSALS TO THE BOOK SOURCES OF THE OBLIGATIONS OF
THE PERUVIAN CIVIL CODE.**

Pavel Flores Flores

Seudónimo: Samiyinnii

2017

RESUMEN

El objetivo trascendental de la presente investigación científica es realizar un análisis sucinto de las principales instituciones jurídicas y normativas del libro VII sobre las fuentes de las obligaciones del Código Civil de 1984.

Para desarrollar nuestra investigación, hemos recurrido tanto a las fuentes doctrinarias de los principales autores nacionales e internacionales en materia de derecho civil y contractual, la jurisprudencia de los Tribunales civiles y constitucionales, la legislación comparada y las ponencias en los Congresos Nacionales de Derecho y Derecho Civil, que han servido de complemento para ofrecer una visión dinámica, moderna y vigente de nuestra propuesta legislativa.

La investigación se justifica en la necesidad de establecer un ordenamiento jurídico dinámico y estar acorde con los nuevos cambios y parámetros que las sociedades traen consigo, para no anquilosar la norma civil en el tiempo y, por consiguiente, impedir su progreso. Todo ello, toma mayor preponderancia en la actualidad, toda vez que se ha convocado a una serie de juristas reconocidos en la materia, para revisar, analizar y estructurar el anteproyecto del Código Civil. Estas líneas constituyen un aporte sustantivo a esa labor.

Los resultados del análisis efectuado, nos motivan a desarrollar y ofrecer una propuesta legislativa sustentada con coherencia sistémica, precisión normativa y suficiencia teórica, que involucre las nuevas exigencias que traen consigo los cambios sociales, económicos y tecnológicos del siglo XXI; el estudio de las nuevas líneas de pensamiento jurídico nacional e internacional; y la realidad de los mercados nacionales en materia de transacciones civiles y comerciales.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas Generales de contratación. Contrato. Contrato por adhesión. Contratos preparatorios. Excesiva Onerosidad de la prestación. Lesión. Objeto del contrato. Perfeccionamiento del contrato. Plazo. Rescisión.

ABSTRACT

The objective transcendental of the present scientific investigation is to realize a succinct analysis of the principal juridical and normative institutions of the book the VII th on the sources of the obligations of the Civil Code of 1984.

To develop our investigation, we have resorted so much to the doctrinaire sources of the principal national and international authors as for civil and contractual law, the jurisprudence of the civil and constitutional Courts, the compared legislation and the presentations in the National Congresses of Law and Civil law, that have used as complement to offer a dynamic, modern and in force vision of the legislative offer.

The investigation justifies itself in the need to establish a juridical dynamic classification and to be according to the new changes and parameters that the companies bring with it, not to paralyze the civil norm in the time and, consequently, his progress prevents. All this, major capture prevalence at present, although it has been summoned for a series of jurists recognized in the matter, to check, to analyze and to structure the preliminary design of the Civil Code. You are lines constitute a substantive contribution to this labor.

The results of the effected analysis, they motivate us to developing and offering a legislative offer sustained with systemic coherence, normative precision and theoretical sufficiency, that involves the new requirements that it brings I obtain the social, economic and technological changes of the 21st century, the study of the new lines of juridical national and international thought and the reality of the domestic markets as for civil / commercial transactions.

KEY WORDS

General Terms in Contracts. Contract. Accession Treaty. Preparatory contracts. Hardship. Contractual injury. Subject of the contract. Conclusion of the contract Period. Rescission.

INDICE

| | |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN | 5 |
| II. REFLEXIONES EN TORNO A LAS DISPOSICIONES GENERALES | 7 |
| 2.1. Construyendo una nueva definición para los contratos | 7 |
| 2.2. La inmutabilidad de la perfección de contratos | 9 |
| 2.3. Reglas y límites de la contratación inconstitucionales | 11 |
| 2.4. Debilitamiento del principio de “pacta sunt servanda” | 13 |
| III. LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y LA CONTRATACIÓN CIVIL. ¿VERDADERA CRISIS DEL DERECHO CIVIL? | 15 |
| 3.1. La observancia del contrato por adhesión | 15 |
| 3.2. Las famosas cláusulas generales de contratación | 18 |
| IV. CONTRATOS PREPARATORIOS. MODERNIDAD Y APÉNDICES DE SUGERENCIAS | 20 |
| 4.1 El contrato de compromiso de contratar y su registro civil | 20 |
| V. DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL. SOBRE LO IMPREVISIBLE Y SUS CONSECUENCIAS | 22 |
| 5.1. Precisiones sobre la Excesiva Onerosidad de la Prestación | 22 |
| 5.2. Implicancias económicas y jurídicas de la lesión | 25 |
| VI. CONCLUSIONES | 30 |
| VII. RECOMENDACIONES | 33 |
| VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN | 36 |
| 8.1. Fuentes Bibliográficas | 36 |
| 8.2. Fuentes Hemerográficas | 37 |
| 8.3. Fuentes electrónicas | 38 |
| 8.4. Jurisprudencia | 38 |

I. INTRODUCCIÓN

La sección primera del libro VII del Código Civil peruano de 1984, que versa sobre los contratos en general, es desde hace mucho tiempo materia de constante debate doctrinario y diversa interpretación jurisdiccional.

Las fuentes de las obligaciones o los contratos, normativamente estructurados y articulados en el cuerpo civil nacional, traen consigo problemas propios derivados de la aplicación en nuestra realidad jurídica, social y económica.

El desarrollo de las sociedades, inmersas en un mundo cada vez más interconectado y globalizado, así como los nuevos avances científicos y tecnológicos, son óbice para plantearnos discusiones sobre la vigencia y efectividad de las históricas figuras contractuales, tales como: el principio de “pacta sunt servanda”, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la perfección de los contratos electrónicos, los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación, entre otras instituciones jurídicas de los contratos, que serán exhaustivamente analizadas en el presente artículo.

El objetivo de la investigación es analizar las principales instituciones contractuales de nuestro vigente Código Civil de 1984, que coadyuve a ofrecer una propuesta legislativa sustentada con suficiencia teórica, toda vez que recoge los apuntes doctrinarios de las nuevas líneas de pensamiento jurídico nacional e internacional; precisión normativa, puesto que no debe contradecir legislaciones conexas ni eludir los vacíos normativos; y coherencia sistémica, siempre que acompañe al desarrollo nacional, oriente las conductas de las personas y sea paralela al crecimiento económico de los mercados nacionales.

La importancia y justificación del trabajo científico presentado, es sin duda alguna la necesidad y exigencia de las constantes modificaciones legislativas en materia contractual, ya que el ordenamiento jurídico debe ser dinámico y seguir de cerca los nuevos cambios y parámetros que las sociedades traen consigo, para no verse obstaculizado en el tiempo, y que por consiguiente, impida su progreso. El gran desafío es no incurrir en vacíos legislativos, indiferencia normativa o falsas interpretaciones, para que la propuesta normativa pueda ostentar predictibilidad, eficacia, sentido de verdad y pueda verse reflejada en su aplicación fáctica.¹

¹ Es menester de los legisladores, agentes jurisdiccionales y operadores del derecho, definir si se busca normas para una sociedad democrática y humanista, tal como lo establece la Constitución Política del Perú. Así, es importante recordar la vigencia normativa y su importancia e interconexión con el derecho, tal como menciona Alzamora (1964): “el *derecho no se agota en la vida social de la persona humana que es el ámbito en el cual se realiza. Está conformado por otros elementos: lo normativo como modo de regulación de la conducta y la aspiración hacia valores entre los que se ocupa un especial rango la justicia.*” (p. 25). Observando la importancia que tiene el establecer una normativa sólida, que será posteriormente sometida a operaciones

Hemos decidido estructurar el desarrollo de nuestra investigación de acuerdo con el orden de los artículos dispuestos en el Código Civil, conforme ello se ha propuesto cinco capítulos:

a) Reflexiones en torno a las disposiciones generales: Analizamos la definición de contrato para proponer una nueva definición que guarde coherencia sistémica con el ordenamiento jurídico. Precisamos el articulado sobre la perfección de los contratos y proponemos nuevas líneas de pensamiento en torno a los límites contractuales y el debilitamiento del principio “pacta sunt servanda”.

b) La contratación de consumo y la contratación civil. ¿Verdadera crisis del derecho civil?: En este capítulo se analizan desde una perspectiva económica y jurídica los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, proponiendo la suficiencia teórica que sustente la práctica comercial y real de este tipo de mecanismos jurídicos, en un mercado cada vez más dinámico, que no responde necesariamente al tipo de contratación interpersonal, sino por el contrario, cada día es más frecuente la contratación en masa, comercial/mercantil y tecnológica.

c) Contratos preparatorios. Modernidad y apéndices de sugerencias: Desarrollamos un nuevo enfoque en torno a la alternativa de proponer la inscripción registral del compromiso de contratar (contrato preparatorio). Sustentamos las ventajas, la necesidad, los beneficios para las partes y la precisión normativa respecto de la inscripción del contrato de compromiso de contratar en el registro inmueble.

d) Desequilibrio contractual. Sobre lo imprevisible y sus consecuencias: A la luz del análisis económico del derecho y las teorías de la doctrina civil, desarrollamos nuevas posturas y proponemos modificaciones a las figuras contractuales de la excesiva onerosidad de la prestación y la lesión contractual; todo ello, en el marco de la búsqueda de la justicia, equilibrio de las prestaciones y la institucionalidad de los principios generales de la contratación.

Los resultados de la investigación se sustentan en un encomiable esfuerzo por postular una propuesta normativa que guarde coherencia sistémica con todo el articulado civil y a su vez, se sustente doctrinariamente, rescatando los principios generales contractuales y esclareciendo diversos temas que durante mucho tiempo fueron obtusos; tornándose con mayor relevancia, toda vez que en la actualidad se ha convocado a un grupo de trabajo de

de construcción, sistematización y creación. Nosotros buscamos la sistematización de la norma contractual en pro del desarrollo del ser humano.

Otro punto importante es la aplicación consuetudinaria de la norma, es decir, su aplicación por el simple hecho de la naturaleza del acto jurídico y no por que se encuentre específicamente normado y sea cognoscible para nosotros. Así no atentamos contra la vida de otras personas, porque es natural respetar la vida de nuestro prójimo; tenemos un nombre y apellido, porque es natural poder identificarnos e individualizarnos; siendo menores de edad compramos golosinas o juguetes sin tener la capacidad de ejercicio para celebrar contratos de compraventa, pese a establecerse en el art. 1538, entre otros supuestos. (Zolezzi, 2012)

juristas reconocidos para la revisión, análisis, estudio y estructuración del anteproyecto del Código Civil. Las siguientes líneas constituyen nuestro aporte a esta labor.

II. REFLEXIONES EN TORNO A LAS DISPOSICIONES GENERALES

2.1. Construyendo una nueva definición para los contratos

El artículo 1351 del Código Civil nos ofrece la definición legislativa al término contrato, citado textualmente: *“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*, de inmediato observamos su similitud con lo establecido en el artículo 140 del mismo cuerpo normativo, cuando se expresa: *“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”*

Es evidente que el Código Civil resguarda una innecesaria repetición de conceptos en los artículos mencionados, no por falta de técnica legislativa, sino por el contrario, por la formación de conceptos autónomos, sin poder conjugar y expresar la relación conceptual y terminológica existente entre acto jurídico y contrato.

Vidal (1989) menciona la fundamentación de la teoría del acto jurídico, cuando: *“La formulación teórica del acto jurídico dio comprensión a conceptos aplicables a toda operación jurídica susceptible de constituirse en fuente de las relaciones jurídicas y dar lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de derechos subjetivos (...)”* (p. 15). Así mismo, es perceptible la naturaleza de nuestro Código y su inspiración en el Código Civil Francés de 1804.

En correlato con ello, en la Comisión Reformadora del Código se discutió la existencia de una sola teoría general del contrato, aplicada a todos los demás actos jurídicos; o complementarla con una teoría general del acto jurídico, a la cual remitirse a lo relativo al contrato. Finalmente se optó por la segunda opción. (De la Puente y Lavalle, 1983).²

Teniendo en cuenta la opción de estructurar y desarrollar las dos teorías conjuntas, la conceptualización del acto jurídico debe primar en su vigencia, y para efectos de conexión sistémica, siendo el concepto de contrato el que debe ser modificado, toda vez que “todo

² En esta línea de pensamiento, el autor Miranda(1988) menciona:

Lo más adecuado parece ser, que es conveniente elaborar una teoría del acto jurídico, en la cual se contemple no sólo la naturaleza de dicho acto, sino también, los requisitos para su validez, los vicios que pueden afectarla, las consecuencias del incumplimiento de los requisitos y de la ocurrencia de los vicios, la interpretación del acto jurídico, las modalidades a que está sujeto, etc. Por lo que hay que elogiar al codificador de 1936 y de 1984 por haber introducido una teoría general del acto jurídico.

contrato es un acto jurídico, pero no todo acto jurídico es un contrato”, observándose la relación analógica de género- especie (acto jurídico – contrato).

Para la realización de nuestro introspectivo estudio, es necesario poner en manifiesto las definiciones sobre el contrato y su relación con el negocio y acto jurídico, con la finalidad de plasmar una correcta y pertinente definición para el artículo 1351.

En primer lugar debemos destacar que el contrato es el acuerdo entre dos o más partes por ende, es plurilateral. Esta postura es casi indiscutible en nuestro medio, sin embargo, genera en la teoría del negocio jurídico un problema, ya que se sostiene que el contrato es un negocio jurídico de carácter bilateral, es decir para su formación deben concurrir dos declaraciones de voluntad, y no más.³ Punto que para nosotros y dado el contexto del ordenamiento jurídico peruano, es altamente objetable, pero que sin embargo, nos trae a colación el hecho de la “declaración de voluntad” versus la “manifestación de voluntad”, previstas en el negocio y acto jurídico respectivamente.⁴ A nuestro parecer, la utilización de los términos de manifestación y/o declaración de voluntad, surten sinonimia en su interpretación y su aplicación práctica.

Sobre las definiciones de contrato, entre los autores internacionales es necesario recurrir a la definición de Messineo (1948) quien menciona que el contrato es: “*un pacto, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz- cualquiera que sea su contenido- de dar vida a una obligación (solus consensus obligat).*”(p.78). Por su parte Ferri (2004) lo define:

También para el contrato el Código Civil, después de haber establecido que aquel incide en relaciones de naturaleza patrimonial (artículo 1321); que tiene fuerza de ley entre las partes (artículo 1372); que es fuente de la obligación (artículo 1173); afirma que el objeto debe ser lícito y posible (artículos 1346 y

³ Tal como lo ensaya una de las definiciones más clásicas del autor Messineo (1984) desarrollando:

El significado más saliente – y que la ley tiene presente en la disciplina del contrato – es el acto humano, esto es, precisamente, de negocio jurídico. Negocio jurídico bilateral importa, como es sabido, que en la constitución del contrato concurren dos declaraciones de voluntad.

En el caso del contrato, cada declaración de voluntad es el fragmento de un negocio bilateral (contrato) y, como tal, no puede bastar por sí sola. (p.39,40)

⁴ La teoría de la voluntad y la teoría de la declaración constituyen las teorías más clásicas cuando nos referimos a la creación de actos o negocios jurídicos. Para la teoría de la voluntad, la conciencia es el punto más importante y fuente de generación de la relación jurídica. La voluntad interna debe coincidir con la voluntad externa, que solamente es un mero instrumento de exteriorización. A su vez, la teoría de la declaración de voluntad involucra no solo un desapego a la voluntad interna, sino que lo único que será tomado en cuenta es la declaración, la cual producirá los efectos jurídicos independientemente de su coincidencia con la voluntad interna. En tal sentido, es preciso citar a Ferri (2004), quien menciona: “*El contrato puede ser válidamente realizado incluso en ausencia o en oposición de la voluntad interna, y que los efectos jurídicos pueden verificarse incluso si son ignorados o no queridos en concreto por una o ambas partes.*”(p.48); por su parte Colombo (1997) enfatiza que: “*La voluntad para tener efectos jurídicos debe manifestar su consentimiento en forma sensible. La voluntad no manifestada es como si no existiera, como así mismo una manifestación sin voluntad es inválida como acto jurídico.*”(p.196).

1418, segundo párrafo); en otras palabras, impone un límite negativo, al excluir un objeto ilícito o imposible. (p.63)

Diez-Picazo (2001) sustenta que el contrato: *“aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas.”*

Los autores nacionales sostienen una definición muy similar a la establecida en el Código Civil, así Arias-Schreiber (2000) comenta: *“el contrato es el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir relaciones obligatorias y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia.”*(p.11). En similar línea, De la Puente y Lavalle (1983) define al contrato como: *“el acuerdo entre dos o más partes sobre una declaración conjunta de una voluntad común destinada a crear, modificar, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”* (p.13)

Finalmente nos aparece importante resaltar la definición de contrato como acto contrario (ya que hasta aquí las definiciones se desarrollan sobre la base de comprender al contrato como el acuerdo de voluntades), de esta manera Quispe y Solís (2015) detallan: *“El contrato es producto de la necesidad, de la oferta y la demanda, y genera satisfacción según una valoración subjetiva de lo que se tiene y de lo que se quiere.(...) El contrato es, pues, la fusión de actos contrarios con prestaciones desiguales.”*(p.145, 146)

Del conglomerado de definiciones es importante señalar sus elementos más importantes con la finalidad de formular la definición que debe proponerse a la modificatoria de la norma. De esta manera, identificamos que la definición debe contener: a) la noción de acto jurídico; b) la noción de fuente de relaciones jurídicas; c) la noción de carácter patrimonial y; d) la noción de plurilateralidad.

Con los mencionados elementos y con la finalidad de evitar una innecesaria repetición de conceptos y conjugar los conceptos de acto jurídico y contrato, la definición que debe establecerse en el artículo 1351 del Código Civil, debe ser: *“El contrato es un acto jurídico de naturaleza patrimonial fuente de relaciones jurídicas de carácter plurilateral.”*

2.2. La inmutabilidad de la perfección de contratos

El artículo 1352 describe la perfección de los contratos: *“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.”*, asimismo, debemos remitirnos al artículo 1373 que menciona: *“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar que la aceptación es conocida por el oferente.”*

Si analizamos la norma bajo la contextualización de ambas, debemos entender que se perfecciona el contrato cuando concurre la aceptación ante una previa oferta, que involucra

el consentimiento de ambas partes. De la Puente y Lavalle (2003) con alto rigor técnico establece, que el contrato se perfecciona con:

El concurso de dos declaraciones de voluntad, una del oferente que está constituida por la oferta, y otra del aceptante que está constituida por la aceptación. Sin embargo, debe tenerse muy presente que el contrato no está formado por dos diferentes declaraciones de una misma voluntad, sino que el conjunto de la oferta y de la aceptación debe ser considerado como una declaración conjunta de dos voluntades iguales, o sea una voluntad común expresada simultáneamente por ambas partes en el momento de la aceptación. (p.17)

En este aspecto no encontramos problemática alguna. La perfección del contrato en nuestro Código Civil se efectúa por el consentimiento de las partes⁵, proceso que ha sido explicado anteriormente.

El punto incidente en este tema, es una cuestión meramente doctrinaria, toda vez que la literatura jurídica distingue dos momentos diferentes de formación del contrato. En primer lugar, la concertación, que tiene una significación similar al consentimiento, es decir lo que se encuentra redactado en el artículo 1373⁶, y otro momento que es la genuina perfección, que involucra la oportunidad en que el contrato surtirá efectos o creará una relación jurídica de carácter obligacional.

Es importante señalar que la concertación en el contrato consensual queda perfeccionada en el mismo momento y lugar, ya que no necesita de mayores revestimientos para que produzca efectos, *contrario sensu*, si el contrato tuviera una condición suspensiva (por desarrollar un ejemplo), entonces se estaría afirmando que el contrato ha sido concertado (se ha producido la formación de una sola voluntad conjunta, producto de la concurrencia de ambas voluntades), sin embargo, no ha sido perfeccionado, porque no podrá surtir efectos o hará efectivo lo acordado en su objeto. (De la Puente y Lavalle, 2003)

Bajo el esquema del anterior párrafo, afirmamos que los contratos que revisten una formalidad *ad solemnitatem*, concurren en el mismo supuesto, toda vez que serán concertados, pero necesitarán determinada formalidad por exigencia de la ley, para quedar perfeccionados.

⁵ Tal como lo manifiesta el Código Civil francés de 1804, el Código Civil italiano de 1942 (de importante influencia en materia contractual para nuestro Código), el Código Civil chileno de 1855, el Código Civil argentino de 1869, el Código Civil brasileño de 1916, y la tradición nacional de los Códigos de 1852 y 1936.

⁶ Es importante señalar lo establecido en la CAS N° 475-96-Lima, donde se establece: “El contrato se forma, por el consentimiento, esto es por la perfecta coincidencia entre una oferta y una aceptación, lo que constituye la base de los contratos consensuales.”

Finalmente, resaltadas las cuestiones doctrinarias, no ensayaremos una modificación del artículo 1352, puesto que presentar una propuesta a este artículo no sería muy útil, toda vez, que en la praxis, tanto fáctica como jurisdiccional, se entiende por perfección, el consentimiento de las partes, una modificación (por técnica legislativa o por tentación doctrinaria) podría causar confusión y desapego con la norma, cuestiones que deben evitarse, porque las leyes están para ser aplicadas en favor de la sociedad y deben ser entendidas de acuerdo a una interpretación general que favorezca su desarrollo.⁷

2.3. Reglas y límites de la contratación inconstitucionales

El artículo que regula el contenido de las reglas y límites de la contratación es el 1355, citado textualmente: “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.” Sin embargo, contraviene lo establecido en el artículo 62 de nuestra Carta Magna, que establece:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Cabe señalar, que la primera hipótesis, la cual recoge el Código Civil es la que, una vez celebrado el contrato y desarrollado su conglomerado clausular, si posteriormente una ley limitara o prohibiera su contenido, este simplemente sería inaplicable o ineficaz. Esto recoge el Código Civil. Posición antónima, recoge la Constitución, que se aferra a la autonomía de la voluntad como fuente del contrato, además de garantizar la vigencia del mismo.

Para precisar el artículo en análisis, es necesario recoger el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política: “*Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.*” Asimismo, el artículo 103 del mismo cuerpo constitucional, sobre las funciones legislativas, refiere:

(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al

⁷ En este punto nos acogemos a la opinión de Castillo (2014), cuando en defensa de la vigencia del Código Civil, de la importancia de la correcta interpretación de la norma y su verdadera finalidad social, nos menciona: Los artículos de la Ley, si cumplen su función, no importa que tengan o no una redacción o no idónea, si es que todo el mundo le da una interpretación adecuada y sensata que deben tener y cumplen la función que deberían cumplir en una sociedad(...) Cuando un artículo del Código tenga un concepto equivocado, pero cuando todo el mundo entienda el real significado, el verdadero significado del mismo, no hay que cambiarlo, porque es preferible dejar la norma que todo el mundo la entiende a cambiarla por un precepto que tal vez genere confusión.

reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (el subrayado es nuestro).

Desde el plano Civil, el artículo III del Título Preliminar menciona: “*la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.*” Y el subsiguiente artículo V: “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.*”

Después de dilucidar toda la normativa, efectuaremos el análisis al artículo en concreto.

La Constitución recoge el principio de autonomía de las partes y libertad contractual, por el cual las partes pueden libremente obligarse y establecer el contenido de sus obligaciones. El enunciado, solo es correcto, si entendemos la libertad de contratar y contractual (y toda clase de libertad) que las personas ejercen y deben ejercer dentro de la ley, circunscritos únicamente a ella.⁸ Quispe (2002) resume: “*La ley, la norma jurídica, preexiste a la voluntad y fija el marco de referencia sobre el cual puede desenvolverse.*” (p. 102). Esto engloba la primera precisión.

Otro punto importante es la prevalencia de la norma constitucional sobre la norma civil, lo cual automáticamente evidencia la aplicación del artículo 62 de la Constitución y la inaplicación del artículo 1355 del Código Civil.⁹ Esto engloba la segunda premisa.¹⁰

⁸ Aquí es aplicable el artículo 2° inciso 14 de la Constitución Política y el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Sobre el orden público, la CAS N° 3702-2000-Moquegua, señala: “*(...) debiendo entenderse por orden público al conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares (...)*”

Sobre las buenas costumbres, la CAS N° 2248-99-Tacna, señala: “*Será ilícito, el acto jurídico “bonas mores”, pues las buenas costumbres, dentro del derecho civil se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que en todo caso corresponde calificar al juez.*”

⁹ Sobre este punto es muy interesante la explicación que nos ofrece Alzamora (1964), quien al respecto señala:

El orden jurídico está constituido por preceptos subordinados unos a otros que forman una verdadera pirámide, según la conocida imagen kelseniana. Cada norma se halla subordinada a la superior inmediata y es subordinante de la inferior; con relación a su subordinante es una forma de aplicación de ella; con relación a su subordinada, le señala sus límites y define su proceso de creación. La norma fundamental, subordinante de todas las demás, es al constitucional; están subordinadas a ella las normas ordinarias, a estas las reglamentarias y, finalmente, ocupan el grado inferior las individuales. (p.117,118)

¹⁰ Debemos resaltar en este punto, que la Constitución es el derrotero final de interpretación normativa de la ley, es por ello, que las nuevas tendencias jurídicas hablan de una constitucionalización del derecho civil.

Esto significa que las normas de carácter legal como las prescritas por el Derecho Civil, deben guardar coherencia y sujeción con la Constitución, no solo en su aspecto formal, sino también material; en ese sentido, sus elementos deberán estar en permanente armonía con la normativa constitucional y la labor interpretativa que realizan sus órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia como fuente de derecho, de modo que, el Código Civil como

Si entendemos que, en efecto una nueva ley, pueda imponer limitaciones al contrato, estaríamos aceptando que la mencionada ley tendría efectos retroactivos, lo que a lectura del artículo 103, tampoco permite la Constitución Política del Perú, y por su parte, el artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil, precitado, lo estima sistemáticamente. De esta manera no sólo estaríamos ante el supuesto de inaplicabilidad del artículo 1355, sino ante un imposible jurídico redactado en su contenido. Esto engloba la tercera premisa.

Finalmente, debemos mencionar que el artículo 1355, no puede resistir modificación alguna, por el contrario, debe ser derogado, por lo descrito en líneas anteriores: la libertad se sobreentiende ejercitada bajo los parámetros de la ley, la norma constitucional prima sobre la norma civil y finalmente porque no existe retroactividad en la ley, supuesto que acarrearía la aplicación del artículo. De esta forma argumentamos que el artículo en mención, es inconstitucional.

2.4. Debilitamiento del principio de “pacta sunt servanda”

El artículo 1361 recoge el principio de “pacta sunt servanda”, que, aunque sin expresarlo literalmente, se describe de la siguiente manera: *“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”*

Este artículo expresa la fuerza vinculatoria de los contratos para las partes, tomándose en consideración que han sido celebrados para ser cumplidos y de acuerdo a lo estipulado en el contenido de los mismos. Bajo esta premisa podemos observar los elementos de su naturaleza: libertad (contractual), responsabilidad (para comprometerse solo en cuanto pueda cumplir), honestidad e intangibilidad (lo estipulado no puede modificarse).

Para efectuar el análisis, en primer lugar debemos mencionar, que como principio¹¹, tiende a guiar la conducta de las partes al momento de negociar, celebrar, ejecutar y plasmar un contrato determinado, es decir, es de observancia obligatoria tanto su percepción como su interpretación y aplicación. En este punto no tenemos discusión.

En segundo lugar, es oportuno mencionar que la norma expresa la obligatoriedad en el contenido del contrato, lo cual a su vez, nos enfrenta a la posibilidad de escoger el contenido del contrato (libertad contractual) y con quién ha de celebrarse (libertad de contratar).

cuerpo normativo que guía las relaciones entre privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución. (Miranda, 2014).

¹¹ Para Alexy (2010) los principios son: *“(…) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización.”*(p.10). En el mismo sentido, Bernal (2014) menciona: *“Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.” El ámbito dentro de lo posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario.”* (p.45).

En tercer lugar, existe una mayor complejidad que reviste el segundo párrafo al expresar: “Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”. Explicamos.

En cuanto a la “voluntad común de las partes” expresada en el artículo es otro tema a reflexionar. Ya consideramos que no siempre la voluntad expresada es la voluntad deseada (está más cerca de ser la voluntad necesitada); ahora hemos de considerar si el contrato efectivamente responde a la voluntad común. Para ello debemos mencionar la capacidad de las partes en un contrato de adhesión.

Si el principio de “pacta sunt servanda”, establece que el contrato responde a la voluntad común de las partes, entonces por sentido consecuente, no puede haber en ningún contrato, imposición de una parte unilateralmente (la parte con mayor poder de negociación). Bajo esta premisa, observamos que el principio ha sido superado por la realidad en la que se desenvuelve el comercio y las transacciones actuales, tomando en consideración que existen contratos por adhesión¹² (contratación en masa) para todo tipo de compra de bienes y/o servicios; y que más aún, la parte que actúa en condición de comprador no tiene ninguna posibilidad de negociar con la parte que actúa en condición de vendedor, el contrato ya se encuentra realizado, y listo para ser firmado y adquirir el producto o servicio. Todo esto, adquiere mayor relevancia si consideramos la cantidad y el porcentaje de transacciones que se realizan bajo esta modalidad contractual. El jurista de Trazegnies (1995) precisa:

Paradójicamente, estos contratos por adhesión, que constituyen un notable progreso técnico del derecho, cuando aún no habían sido descubiertos por la doctrina jurídica se utilizaron extensamente en la contratación laboral en diferentes partes del mundo, sin que los civilistas se percataran de ello (...) son pues, formularios impresos que solo dejaban unos blancos para que fueran completados por las partes con sus datos específicos. (p.335).

A su vez, es importante y oportuno analizar la intangibilidad e irrevocabilidad de los contratos, principios que inspiraron al principio de “pacta sunt servanda”, y que, en la actualidad, han perdido mucho de su esencia, sobre todo respecto de las innumerables situaciones fácticas y jurídicas que pueden observarse. Respecto de este punto, el mismo artículo establece que la parte que niegue la coincidencia de las voluntades en el contrato puede y debe probarla, por ende ya podemos dilucidar que no existe intangibilidad e irrevocabilidad absoluta.

Es conveniente rescatar una serie de instituciones contractuales normadas por el Código Civil donde, se puede mostrar con mayor claridad, que el principio de “pacta sunt servanda”, pueda ser cuestionado, ya que se trata de mecanismos jurídicos que se prevalecen ante situaciones

¹² Sobre los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación, desarrollaremos un capítulo aparte.

donde el contrato puede ser modificado, lo cual conlleva necesariamente a afirmar que el contrato no puede cumplirse irrestrictamente. Bajo la lupa de nuestro estudio estos son: a) lesión; b) excesiva onerosidad de la prestación; c) resolución y rescisión; y d) contratos de adhesión.¹³ De esta manera, nuestra nueva era contractual no solo ha traído el debilitamiento del principio de “pacta sunt servanda” en los contratos civiles y comerciales, sino que en la actualidad, se puede hablar de un resquebrajamiento de su naturaleza jurídica.

III. LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y LA CONTRATACIÓN CIVIL. ¿VERDADERA CRISIS DEL DERECHO CIVIL?

3.1. La observancia del contrato por adhesión

Debido al elevado dinamismo de los mercados, la creación de medios idóneos de contratación, la tecnificación, la producción en masa y la reducción de los costos de transacción, el mundo de las relaciones contractuales gira actualmente, sobre la contratación por adhesión.

Es necesario explicar, en que consiste un contrato por adhesión. Nuestro Código Civil menciona en su artículo 1390: “*El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.*” De la Puente y Lavalle (2011) resalta que: “*se trata, pues, de que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones del contrato, las incorpora a su oferta y advierte a la otra parte que dicha oferta solo puede ser aceptada íntegramente o rechazada, también íntegramente.*” (p. 41). A su vez, Beltrán (2003) lo define de la siguiente manera:

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la que un sujeto contratante elabora (de forma anticipada) el contenido del contrato colocando a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, quedando en la alternativa de adherirse (es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redactó el documento contractual) o no. (p.297)

Lo que se observa en el comercio actual, es el incremento porcentual y sustantivo del número de contratos por adhesión que se llevan a cabo en el mercado, *contrario sensu*, la reducción sustantiva de los contratos *inter* personas.¹⁴ Esto nos lleva a reflexionar sobre la vigencia de

¹³ Estas instituciones jurídicas tendrán un análisis particular en los subcapítulos correspondientes.

¹⁴ Los ejemplos son muchísimos. En la contratación para adquirir electrodomésticos, celulares, departamentos, préstamos bancarios, créditos inmobiliarios, servicios de agua y/o luz, combustible, y en particular muchos bienes y/o servicios que las personas consumen a diario. La relevancia de los contratos por

la equidad e igualdad entre las partes (consecuente con la teoría clásica del derecho de los contratos), y poner en la palestra el derecho del consumidor, como disciplina autónoma, toda vez que, bajo la introspectiva del derecho del consumidor, no existe la mencionada igualdad civil entre las partes, muy por el contrario las relaciones contractuales de consumo, se encuentran en una verdadera situación de asimetría de información, a razón, de proveedor y consumidor. Durand (2012), desarrolla la premisa:

El Derecho del consumo choca con la visión tradicional de contrato, el contrato no es más un asunto solo de los particulares. El Estado no puede permanecer indiferente, ausente al reglamento que crean las partes para regular sus relaciones jurídico-patrimoniales. El contrato de consumo se distancia de la contratación clásica, porque mientras que esta se presume paritaria, aquel presupone una relación asimétrica. En la contratación clásica las partes son libres e iguales, en la contratación de consumo es recurrente la falta de total libertad y la asimetría de las partes. Ambos tipos de contratación son diferentes y como tal tienen disposiciones normativas también diferentes, pero ambas buscan la eficiencia contractual para que ambas partes satisfagan sus pretensiones y tengan garantizado el cumplimiento de lo pactado. (p. 102).

De esta manera, lo que se percibe en un contrato por adhesión, es que una de las partes goza de mejores condiciones de contratación, y resultará la que termine imponiendo el contenido de las cláusulas del contrato, todo esto a raíz de poseer una mejor información sobre lo que se contrata, en paralelo, tenemos otra parte (débil) que no goza con la información suficiente y su participación es simplemente de aceptación o rechazo.¹⁵

adhesión es hoy por hoy indiscutible, constituyendo los contratos que más se realizan y celebran, a tal punto de que muchos autores, han llegado a hablar sobre la crisis del contrato clásico, tema que por supuesto, no será materia de reflexión en el presente artículo.

¹⁵ En el Perú se fue gestando el derecho de consumidor, como disciplina jurídica autónoma, postulado que involucra sus principios, sus reglas de interpretación, de prueba y de información. Así mismo, la naturaleza específica de la relación jurídica de consumo, la peculiaridad de sus sujetos y la originalidad de sus instrumentos dotaron a esta disciplina de carácter autónomo, y fue el pilar para con el transcurso del tiempo se construya el Sistema de Protección y Defensa del Consumidor. (Durand, 2007).

Así mismo la Constitución reconoce en su artículo 65 la defensa del Estado de los intereses de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho de información sobre los bienes y servicios que se encuentren en el mercado. Al respecto el Tribunal Constitucional ha mencionado, en la RES N° N.º 01535-2006-PA/TC, lo siguiente:

La Constitución prescribe en su Artículo 65 la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en

Lo que evidencia este artículo, es la evolución misma del derecho y la supremacía de la genuina realidad social y económica frente a la realidad jurídica. Es así que el artículo 1390, no debe revertir una modificación a la norma, porque es útil, goza de autonomía y suficiencia teórica. Lo que en el papel debe plantearse son aspectos inherentes al contrato por adhesión, aspectos en discusión, que surgen de la interacción del ciudadano consumidor y la empresa privada. Nosotros sugerimos las siguientes preguntas a desarrollar: En términos de interpretación civil, ¿En el contrato por adhesión existe igualdad de condiciones para ambas partes? ¿Debe haber un efecto reversible respecto a la contratación en masa? ¿Es el derecho civil insuficiente para regular este tipo de contratación? ¿Cómo solucionar la frecuencia con que se redactan cláusulas abusivas de contratación? Respondemos.

Debemos afirmar que no existen igualdad de condiciones para ambas partes, por un lado tenemos a una parte que es la que desarrolla y estructura el contenido del contrato, y por otro lado, una segunda parte, que tiene simplemente que aceptar o rechazar. En la praxis se suscita que los consumidores aceptan las cláusulas contenidas en el contrato por necesidad, urgencia o ignorancia de las mismas, que pese a leerlas, cuentan con un lenguaje técnico de difícil comprensión. Entonces, se observa claramente que los consumidores ven menoscabadas o limitadas sus posibilidades de poder librarse de aquellas condiciones que no le sean favorables.

Sin embargo, ¿debe limitarse o no utilizarse este tipo de contratación por adhesión, muy frecuente en la contratación masiva? La respuesta es NO. En la actualidad, ninguna transacción de bienes y servicios puede soportar una negociación interpersonal, es casi inimaginable que las empresas de celulares, inmobiliarias, prestadoras de servicios de agua y/o luz, combustible y las entidades bancarias, puedan contratar personalmente con cada uno de los miles de clientes que adquieren los bienes o prestan los servicios que ofertan, es sencillamente imposible.

El gran desafío es buscar la justicia, congruencia y entendimiento entre lo que busca el consumidor y lo que la empresa postule en el contenido del contrato, de esta manera se busca reducir la asimetría de información¹⁶ inherente a estas contrataciones.

los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

¹⁶ A lo largo Código de Protección y Defensa del Consumidor se desarrolla el postulado que describe la necesidad de reducir la asimetría informativa y brindar la información adecuada en la contratación de consumo.

De esta manera las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa, verificando que la información brindada por el proveedor sea veraz y apropiada conforme el Código, evitando que los consumidores se encuentren en una latente situación de desventaja al momento de actuar en el mercado, protegiendo sus intereses económicos.

En relación con ello, lo verdaderamente justo en los contratos, entre iguales, consistirá en que cada parte asuma y cumpla fehacientemente con lo pactado, mientras que la justicia en términos de contratos entre desiguales (como los contratos por adhesión), es mantener el equilibrio en la relación de cambio. Al respecto, Alterini (2007) precisa: “*En el primer caso, la libertad exigirá el reconocimiento de plenitud de efectos para el libre albedrío; en el segundo caso, su reafirmación a favor del sindicado como débil jurídico.*” (p.179).

El derecho civil es a nuestro parecer insuficiente para regular las relaciones jurídicas/contractuales derivadas de este tipo de contrato, es por ello que se debe recurrir al derecho del consumidor, que brinda la extensiva protección administrativa, legal y judicial. Con esto no pretendemos afirmar que el Código Civil sea inútil, sino que por el contrario, como norma trascendental a los actos del ser humano inmerso en sociedad, sea aplicable de manera subsidiaria, para los casos que se requiere una interpretación extensiva. Los postulados civiles sirven de complemento a los nuevos postulados del derecho de consumidor, que como un derrotero final, han especializado a la norma civil, construyendo un sistema de protección al consumidor, más sólido, coherente, preciso y efectivo.

3.2. Las famosas cláusulas generales de contratación

Sobre cláusulas generales de contratación se ha redactado el artículo 1392: “*Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.*” Por su parte sobre las cláusulas generales aprobadas por autoridad administrativa se ha redactado el artículo 1393: “*Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.*”

Analizaremos los dos supuestos de manera, que encontremos una semblanza coherente y sistémica con el Código Civil.

Debemos comprender que las cláusulas generales existen y han sido reguladas para ser útiles a la contratación masiva, es decir para ser medios idóneos para la facilidad y rapidez que necesitan, y le son inherentes, a este tipo de contratación.

De la Puente y Lavalle (2011) menciona la importancia del contrato que contiene las mencionadas cláusulas, toda vez que establece un nuevo: “*sistema de contratación que permita reducir al mínimo las tratativas sin perder un margen indispensable de flexibilidad. (...) la contratación a base de cláusulas generales de contratación representa una respuesta audaz e inteligente a dicho requerimiento.*” (p71). Por su parte, Ferri (1982) precisa:

La moderna economía, caracterizada por la producción “standarizada” y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo y comercio de ellos, ha

favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del iter formativo del contrato.” (p112).

De hecho, muchos autores sostienen que las cláusulas generales de contratación tienen su fundamento en la protección al consumidor, sin embargo esta afirmación ha sido en la actualidad refutada, por la teoría de que la verdadera función de las cláusulas generales es la de atender a las necesidades del tráfico comercial, de esta manera se busca la celeridad y seguridad jurídica, mediante un sistema legal que permita realizar una gran cantidad de transacciones comerciales. (Mirabelli, 1980; Díez-Picazo, 2001; De la Puente y Lavalle, 1988; Osterling y Castillo, 2003). Postura la cual recogemos.

Los principales problemas que debemos dar efectiva solución, respecto a las cláusulas generales de contratación, son respecto a su redacción en el Código Civil y su redacción como contenido de la oferta. Explicamos ambas premisas.

En primer lugar, es aún confuso y a nuestro parecer incorrecto que el objeto de las cláusulas generales de contratación sea *“fijar el contenido normativo de futuros contratos particulares”*. En este aspecto no se puede afirmar, que las cláusulas fijen un contenido normativo, por las siguientes razones:

- a) No tienen rango de ley, es decir, no provienen de un determinado órgano del Estado (Congreso de la República) ni en su dación han sido establecidas un procedimiento preestablecido ya que han sido unilateral y libremente redactadas por una parte (por lo general el empresario, que no tiene facultades para crear leyes);
- b) Su aplicación no es obligatoria para las partes, toda vez que se ejerce irrestrictamente la libertad de contratar, e inmerso en el contrato, es evidente que está sujeta a condición que haya concertación entre las partes (y únicamente entre las partes), por lo demás de llegar a establecerse un contrato, estaríamos ante la famosa frase: “El contrato es ley entre las partes”. En resumen mientras haya contrato, tendrán la fuerza obligatoria natural e inherente a la contratación civil. Y;

Por estas razones consideramos que la redacción en el artículo 1392 de nuestro Código Civil es incorrecta y debe modificarse.

En segundo lugar, respecto de las cláusulas generales de contratación hay problemas derivados de su redacción. Muchas veces la redacción y estipulación de las mismas, involucran un lenguaje oscuro, técnico y ambiguo, sumado a esto tenemos que muchas veces se utilizan letra pequeña y de difícil lectura. Esta conjugación de aspectos e inconvenientes derivados de la redacción de las cláusulas generales de contratación son un evidente problema a la parte contratante y se puede prestar, para la comisión de un ejercicio abusivo de derecho.

Finalmente debemos esbozar alternativas de solución para una correcta utilización y aprovechamiento de los beneficios de las cláusulas generales.

- a) Debe respetarse y hacer efectiva su finalidad de contratar en masa, y deben estipularse únicamente con este sentido.
- b) Deben, en su mayoría tener un control normativo, ante la indebida utilización de las cláusulas. El Código establece las medidas administrativas, judiciales y legales.
- c) Debe respetarse los postulados en el Código del Consumidor, referidos a las cláusulas generales de contratación.¹⁷
- d) El artículo 1392, debe ser redactado de la siguiente manera:

Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de establecer el contenido parcial de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

IV. CONTRATOS PREPARATORIOS. MODERNIDAD Y APÉNDICES DE SUGERENCIAS

4.1 El contrato de compromiso de contratar y su registro civil

El compromiso de contratar se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 1414 y extiende su desarrollo hasta el artículo 1418.

Es un contrato preparatorio, por el cual las partes se comprometen a celebrar en un futuro (mediante la determinación de un plazo o en su defecto, un año como plazo máximo)¹⁸ el contrato definitivo, que por diversas razones, no pueden o no quieren concluir.

¹⁷ Código de Protección al Consumidor.- Artículos 53: Cláusulas Generales de Contratación; Artículo 54: Aprobación de cláusulas generales de contratación; Art. 55: Difusión de las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa

¹⁸ Lo desarrollado en la CAS N° 24-T-97-Piura, sobre el plazo es interesante respecto que: "(...) durante ese lapso la promesa está vigente, y que recién a su vencimiento dicho compromiso cesará o quedará sin efecto, quedando las partes liberadas de su promesa; luego, se concluye que el plazo que rige los contratos preparatorios es resolutorio; y no suspensivo(...)" Asimismo la CAS N° 1418-2001- Cono Norte, menciona que:

El contrato de promesa de venta es una modalidad de compromiso de contratar en virtud del cual se celebra un contrato preparatorio que solamente genera una obligación de hacer de

El punto más relevante que desarrollaremos en las siguientes líneas es la posibilidad de inscribir el contrato de compromiso de contratar en el Registro Civil, para ello debemos observar el artículo 2019 del Libro IX Registros Públicos, que versa sobre los actos y derechos inscribibles, y que en materia de contratos, encontramos tan sólo al contrato de arrendamiento y de opción, más no al compromiso de contratar. ¿Por qué?

A ciencia cierta no podemos vislumbrar por qué el legislador no plasmo el compromiso de contratar como acto inscribible, ya que al igual que el contrato de opción es un contrato preparatorio, además, en el mercado actual, siendo más precisos, en el mundo de la contratación inmobiliaria que es donde se desarrollan con más frecuencia estos contratos, merecen una especial protección y seguridad jurídica, que solo el Registro puede otorgarles.

Sin la protección registral y la publicidad que ofrece el Registro, los contratos de compromiso de contratar no pueden surtir los efectos deseados frente a terceros de buena fe adquirientes a título oneroso, perjudicando a la parte contratante.

De hecho, las ventajas que ofrece la publicidad a través del registro, respecto del contrato de opción, es sustantiva toda vez que las personas pueden conocer que sobre un bien inmueble o predio, existe una relación de negociación que no ha finalizado y que por ende, posteriormente, el propietario del bien puede variar.

Es inevitable reflexionar que con la inscripción del compromiso de contratar, los efectos de la publicidad registral son los mismos. Asimismo es importante resaltar la oponibilidad frente a los terceros registrales de buena fe, toda vez que estarían advertidos inmediatamente de las relaciones contractuales existentes.

Sobre su inscripción, es importante señalar lo desarrollado por el Tribunal Registral en la RES N°046-2016-SUNARP-TR-A: *“Debe tenerse en cuenta que en el artículo 2019 del código sustantivo se señalan los actos que son inscribibles en los registros inmuebles, no estando comprendidos dentro de dicha relación, que tiene la naturaleza de numerus clausus y no de numerus apertus, el compromiso de contratar.”*

Al respecto, se propone como alternativa de solución la correcta interpretación del artículo 2019, por el cual el numeral 1 del artículo: *“Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.”*, que consiste en la regla general para toda inscripción registral, siendo ello así se podría, a la luz de una interpretación correcta, inscribir el compromiso de contratar. (Misari, 2013). De esta manera

ser celebrado dentro del plazo fijado convencionalmente por las partes o dentro del máximo legal no mayor de un año, teniendo este plazo el carácter de resolutorio pues en caso de no celebrarse el contrato definitivo caducara el derecho de las partes para celebrar este contrato (...)

se aprecia que de una correcta interpretación se sabe que la norma es *numerus apertus*, y no *numerus clausus* como se ha interpretado.

Por otro lado, se precisa que la categoría de inscripción sería de anotación preventiva y deberá extenderse en el Rubro cargas y gravámenes. El compromiso de contratar a fin de procurar su anotación deberá contener todos los elementos del contrato y pronunciarse además sobre elementos o aspectos que han sido materia de tratativas, proponiendo una fórmula de solución. (Guevara, 2014).

Finalmente, proponemos la modificación a la norma en el artículo 2019, que debe ser redactada de la siguiente manera:

Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

2.- Los contratos preparatorios de compromiso de contratar y contrato de opción.

(...)

V. DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL. SOBRE LO IMPREVISIBLE Y SUS CONSECUENCIAS

5.1. Precisiones sobre la Excesiva Onerosidad de la Prestación

La concepción de los contratos nace de la primigenia idea del equilibrio contractual. A lo largo del desarrollo de este artículo, hemos observado como en la actualidad, este equilibrio entre las partes ha ido evolucionando hacia una contratación práctica y aplicativa.

Cabe señalar, es que el equilibrio contractual no solo está desarrollado sobre la base de la justicia, valor supremo del derecho y la sociedad, y de la conjugación de prestaciones iguales o de valores intrínsecamente similares. Lo que debemos comprender, es que la noción de equilibrio es más amplia que la igualdad en el contrato, de hecho está, a nuestro parecer, más ligada a la idea de la asunción de los riesgos y costos sobrevinientes de la operación contractual.

El artículo 1440 desarrolla la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro Código Civil:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que

la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

De la norma se desprende, per se, la existencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que, al traer las consecuencias jurídicas, tornara la prestación excesivamente onerosa, para alguna de las partes.

Un hecho extraordinario es un acontecimiento lejos de lo que en forma normal o natural se espera que pueda suceder. Resulta extraordinario aquello que irrumpe con el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrando sus estructuras. (Osterling y Castillo, 2011). Asimismo un acontecimiento imprevisible, es cuando no es posible para el deudor, prever su ocurrencia por anticipado, es decir, no puede establecerse como un hecho posible en el contenido del contrato, y mucho menos en la toma de los riesgos. (Castro, 2016)

Bajo estas premisas, es importante establecer que de por sí, ante la colisión de los eventos extraordinarios e imprevisibles, el contrato ha entrado a una evaluación no solo objetiva, que es muy sencilla demostrar – la ocurrencia y frecuencia del suceso – sino una condición subjetiva, condición que revestirá cuán diligente pudo ser la parte contratante, que circunstancia particulares concurrieron en cada caso en concreto y finalmente, las condiciones personales que se le puede atribuir a la persona; de esta manera, no se le puede exigir la misma diligencia a un abogado que a un sismólogo, cuando ha ocurrido un terremoto a gran escala, en materia de asunción de riesgos, *per se* de la igualdad contractual.¹⁹

Por otro lado, no es conveniente limitar la actuación judicial a la reducción o aumento de la prestación, sino dejar al margen de la discrecionalidad del juez, la modificación de las modalidades de ejecución de las prestaciones. El resultado de pretender la amplitud de las facultades para aumentar, reducir o modificar las modalidades de la prestación, por parte del juez, trae a justificación el mismo resultado: eliminar los efectos de la excesiva onerosidad.

¹⁹ Es conveniente resaltar que el hecho o acontecimiento extraordinario debe afectar al conjunto social, es decir, las consecuencias naturales, económicas y jurídicas, deben de traer consigo el desmedro de las relaciones contractuales, afectando a la sociedad en su conjunto. De esta manera, el acontecimiento extraordinario e imprevisible es ajeno al riesgo propio del contrato que aumente el grado de onerosidad, contrario sensu, si la prestación es excesivamente onerosa al momento de contratar y no aumenta con posterioridad, no corresponde esta institución civil, sino por el contrario se debe aplicar el artículo 1447 sobre la Lesión. Son ejemplos de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles: las guerras civiles, las devaluaciones monetarias, catástrofes naturales, entre otras. En este punto es conveniente señalar lo establecido en la Res. Exp. 34-2001-4ta Sala Civil – Lima: *“La situación económica que vive el país, la competencia desleal del giro del negocio y las infracciones cometidas por los conductores de las unidades vehiculares adquiridas no constituyen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que determinen como onerosa la prestación (...)”*

Un punto que resulta del análisis sistemático del artículo, es la posibilidad de que el demandante pueda solicitar al juez la resolución del contrato. Esto es paradójicamente inestable con el principio de equidad contractual, de esta forma si por la excesiva onerosidad de la prestación buscamos restablecer ese equilibrio contractual (en la celebración del contrato y la previsión de los riesgos primigenios) y hacer cumplir efectivamente lo establecido por las partes, la posibilidad de que el demandante solicite la resolución del contrato, pone en situación de desventaja y falta de equilibrio al demandado, y puede ser causa “justificada normativamente” para pretender evadir la ejecución del contrato. Es por ello que debemos eliminar esta facultad al demandado.

Por todo lo expuesto, la norma debe contener el siguiente texto:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Asimismo, podrá modificar la modalidad de la prestación o contraprestación.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación o por las circunstancias, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Otro punto importante que debemos resaltar es el cómputo de la acción por excesiva onerosidad de la prestación, de esta manera el artículo 1445, establece: “La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.” Asimismo, el artículo 1446 sobre el término del plazo de caducidad menciona: “El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.”

El término para hacer valer el derecho que faculta la excesiva onerosidad de la prestación es de tres meses, a nuestro parecer es tiempo más que suficiente para petitionar la acción ante los tribunales jurisdiccionales. Lo que a nuestro parecer genera un vacío fáctico, es que el término inicial del plazo de caducidad se contabilice a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos que causaron la excesiva onerosidad. Lo cierto es que es una norma contenida en el Código Civil, de carácter procesal, también es cierto la dificultad de probar una fecha exacta de cese de los acontecimientos extraordinarios. Ejemplos.

Ante una devaluación monetaria, ¿se deberá contar el plazo desde que la moneda comience a revaluarse o hasta que se ostente la estabilidad económica? Ante una guerra civil, ¿se deberá contar el plazo desde la firma del Tratado de paz o desde que los ataques bélicos finalizaron? Ante un terremoto ¿se deberá contar el plazo de cómputo desde la finalización del terremoto

o desde el reporte del análisis de destrucción? Todas estas interrogantes son válidamente planteadas para establecer una seguridad respecto del término inicial del plazo de caducidad, lo cual nos lleva a interrogarnos ¿cuándo efectivamente debe contabilizarse el plazo? Nosotros afirmamos que la parte demandante deberá presentar los medios probatorios correspondientes, y una vez más el protagonismo judicial, se encargará de evaluar el plazo a consideración del caso concreto.

Proponemos el siguiente texto, que desarrolla los artículos y brinda un texto más preciso:

La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440. El término inicial del plazo de caducidad se contabiliza desde el momento en que hayan cesado los hechos. El juez evaluará las pruebas objetivas para el cómputo.

5.2. Implicancias económicas y jurídicas de la lesión

La lesión contractual es posiblemente una de las figuras más polémicas del Derecho, las implicancias que genera su aplicación, tienen relevancias de carácter jurídico y más aún, económico, a tal punto que los autores que analizan económicamente el derecho, han tomado como paradigma para la sustentación de la crisis de las figuras contractuales y su correcta aplicación, a la institución de la lesión.

En este subcapítulo, nosotros sustentaremos la vigencia de la lesión contractual, dentro del marco del sistema jurídico de derecho civil peruano, y su correlación inmediata con los postulados clásicos y modernos sobre el contrato, su cumplimiento y el equilibrio entre las partes.

El Código Civil peruano no desarrolla una definición para la lesión contractual, por ende hemos de recurrir a la doctrina para comprender su concepto.

La lesión civil o contractual es aquel daño que se deriva de la desproporción al momento de celebrar un contrato, entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes; observándose simultáneamente la efectiva desproporción de las prestaciones (el elemento objetivo) y la necesidad apremiante del lesionado y el aprovechamiento del estado de necesidad por el lesionado (los elementos subjetivos), causando la habilitación de la acción de rescisión. (De la Puente y Lavalle, 2011; Messineo, 1984).

Lo cierto es que la figura de la lesión contractual no ha tenido un menester pacífico ni en la doctrina ni en la práctica, existen claramente dos postulados: los autores de corte liberal que defienden la autonomía de la voluntad, la competencia de prestaciones, la regulación del precio por el mercado y el cumplimiento obligatorio de los contratos; y, contrario sensu, los autores de corte social, que defienden la igualdad, equidad, utilidad social del mercado y justicia contractual.

En el primer caso, se sustenta que de permitirse la acción de rescisión por parte del lesionado ante una necesidad apremiante (que evidentemente genera un perjuicio en la persona, pero que no es mayor al perjuicio causado sino contratase con el lesionado) y se limite la libre determinación de los precios, se está generando un incentivo para no contratar y por ende, poner en peligro la salvaguarda de aquel perjuicio mayor. De esta manera, no tiene justificación alterar el cumplimiento del contrato y la libertad de las partes para contratar y determinar el precio. (Bullard, 2001).

El análisis económico del derecho ha traído a colación una postura que prevalece la eficiencia contractual respetando la ley de la oferta y demanda, donde ambas partes son “ganadoras” respecto de las prestaciones a su cargo (Canavese, 2007), sin importar el evidente aprovechamiento del estado de necesidad o el excesivo precio que se efectúe.²⁰

Sin embargo, no son tan precisos los postulados, ni tampoco tan sencillos para establecer un orden económico o jurídico dentro de la esfera contractual, después de todo lo que se busca es la prevalencia de la justicia. Asimismo, es necesario ampliar el análisis de manera que resulta simplista atender únicamente la eficiencia económica ante la complejidad y diversidad de las situaciones reales. Explicamos.

a) El derecho no puede amparar el abuso del derecho. La protección de la parte más débil y el equilibrio de las prestaciones son razón de ser del mundo contractual, inclusive, en la actualidad por el desarrollo de los mercados, los contratos de consumo son regulados por normas de protección al consumidor, que configuran la parte débil (a razón de la asimetría informativa) respecto del proveedor. Lo que se busca constantemente es la equidad, porque se parte de la premisa histórica que una de las partes está en una situación de desventaja y que la otra puede abusar de su posición dominante.

Ihering (1987) justifica la intervención del Estado en la regulación del contrato y su incumplimiento, de la siguiente manera: “*Es un error peligroso creer que el contrato como tal, siempre que su objeto no sea ilegal ni inmoral, tiene derecho a la protección de la ley*”

²⁰ Respecto a este punto, es importante resaltar lo que Barcía (1998) nos menciona acerca del principio de eficiencia económica: “*La economía estudia cómo asignar recursos escasos logrando el máximo de satisfacción. Por ello, es eficiente la asignación de recursos o responsabilidades –de acuerdo a la teoría de los contratos– que logre una mayor satisfacción individual o social.*” (p. 150) En este sentido, se evidencia del ser humano la búsqueda de la maximización de sus recursos, que persiguen sus intereses personales y que se materializarán a través de un contrato, sin considerar el efecto respecto de la contraparte.

De esta manera se cumple con el postulado del óptimo de Pareto que, de acuerdo con la redacción de Ott y Schaffer (1991), se entiende:

(...) una situación social en la que sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio.

Muy vinculado a este concepto está el máximo paretiano, situación ideal, en virtud de la cual la asignación de recursos en la sociedad es perfecta. De tal forma que sólo es posible mejorar la situación de uno de sus integrantes perjudicando a otro. (p. 40).

(...) Al interés del egoísmo individual, la sociedad tiene el derecho, tanto como el deber, de oponer su propio interés.”

b) La solidaridad es inherente al ser humano, es inherente al desarrollo y la evolución de las sociedades a lo largo de la historia, prescindir de ella, no solo es refractario con la idea de justicia y paridad, sino que también acentúa el egoísmo y las contrataciones con fines usureros.

Si hablamos de contratos donde está plasmada la idea de solidaridad, que deviene de la idea de justicia, también podemos afirmar que abarcan un conjunto de reglas o principios aplicables a ellos como la buena fe, lealtad, utilidad social, entre otros, que son ramificaciones de un mismo árbol. Permitir una actitud que lesione contractualmente a una de las partes, sería destruir los principios generales de la contratación.

c) La idea de autonomía de la voluntad y libertad contractual no debe verse afectada, si se precisa que, ambos principios siempre le ha interpuesto un límite, prescrito en la norma positiva y consuetudinaria, de esta manera volvemos al postulado que concibe que las personas gozan de plena libertad para actuar, sin embargo, está no es ilimitada, ya que el mismo ordenamiento que la postula impone un límite.

De esta manera no podemos entender el precepto de la autonomía de la voluntad sin la intrínseca exigencia de justicia, que en la lesión, buscará impedir la situación de grave desequilibrio entre las prestaciones.

d) El aprovechamiento de la necesidad imperante de una de las partes, vicia la motivación, entendida como lo menciona el jurista Messineo (1948) como el: “impulso para contratar” (p.142), porque hace inmoral al contrato, toda vez, que implica una excesiva limitación a la libertad de decisión de una de las partes, en desmedro de la excesiva ventaja a favor de la otra parte, atentando contra los principios sociales, muchos de ellos recogidos en la normativa.

e) La acción de rescisión es correcta. Toda vez que se presenta la lesión contractual al momento de la celebración del contrato. Además, la lesión no vicia los contratos, ya que entendemos que todo contrato libre de error, dolo, violencia o intimidación es válido, no puede aplicársele la anulabilidad al acto jurídico.

Lo cierto es que muchos juristas consideran que la lesión no es un vicio de la voluntad. Nosotros asumimos esta postura, considerando que no existe error, porque la parte lesionada conoce y declara perfectamente su voluntad asumiendo su situación de desventaja; tampoco dolo, porque el lesionante no pretende engañar al lesionado, simplemente postula su oferta; ni violencia o intimidación, porque no hay daño físico ni psicológico sobre la parte contratante. (Castillo, 2006; De la Puente y Lavalle, 2011; Messineo, 1948; Martín, 1995)

f) El perjuicio que sufre la parte lesionada, no proviene de la debilidad en la que se encuentra una persona ignorante de las condiciones, tampoco del temor motivado por la violencia o intimidación; en correlato, la parte es débil y solo sufre de la debilidad de su estado de necesidad, toda vez que existe evidentemente un temor motivado por un hecho o una situación personal, que es tan grave, que tiene que aceptar una prestación desproporcionada.

g) Con los postulados anteriores, no estamos pretendiendo que las negociaciones se hagan a precio cero y que las partes no busquen beneficiarse del contrato, por el contrario, el Código Civil, resguarda la obtención de ganancia, ya que forma parte del sistema económico y es justa si es obtenida correctamente. Así se cumple la regla del enriquecimiento económico aun cuando las prestaciones no sean equivalentes en términos económicos. En este sentido no existirá lesión si es que una de las partes no conociera el estado de necesidad de la otra parte, y más aún, no se aprovechara de esa situación para sacar una ventaja económica. Todo esto cumple con el postulado: “en la lesión deben concurrir simultáneamente todos los elementos subjetivos y objetivos.”

Es por ello, y tal como lo sostiene Castillo y Vásquez (2008) respecto de la presunción de la lesión: *“nosotros consideramos contradictorio el artículo 1448 del mismo cuerpo legal que, impropia e inopinadamente supone el conocimiento del estado de necesidad, el estado de necesidad mismo y el aprovechamiento de un agente del mercado cuando la operación económica refleje un valor de intercambio inferior a dos tercios (66,6%) del precio del mercado.”* (p. 99). En la misma línea afirmamos que debe derogarse este artículo, toda vez que no exige el cumplimiento simultáneo de los requisitos de la lesión (conocimiento y aprovechamiento del estado de necesidad) y se presta para el abuso del derecho del contratante, que a primera ratio se suponía “débil”.

f) El último punto relevante que tocaremos es el hecho de que a la acción rescisoria se le puede agregar la acción revisoria – que conduce a una modificación del contenido del contrato. Si el lesionado plantea la acción de revisión, se podría llegar a la conclusión que lo que espera es que, mediante una decisión judicial, se logre el equilibrio de las partes.

Esta facultad es muy importante, toda vez que, el lesionado muchas veces no va a buscar dejar sin efecto el contenido del contrato (volviendo a su estado natural las cosas y por defecto, devolviéndose las prestaciones a cargo de cada parte); por el contrario, esta situación no le conviene, toda vez, que recibió y recibe un beneficio – que ante su necesidad- fue perfectamente celebrado y acordado mediante el contrato. De esta manera, si el lesionado sigue necesitando de la prestación, no le conviene la acción rescisoria, por el contrario, estaría facultado a interponer una acción revisoria, que otorgue como resultado el equilibrio de las prestaciones y la continuidad de estas. El ejemplo clásico, un contrato de arrendamiento.

El artículo 1447, según lo sustentado, debe redactarse de la siguiente manera:

La acción rescisoria o modificatoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

VI. CONCLUSIONES

1. Es necesario proponer una nueva definición a los contratos (art.1351) estructurada sobre la base de la conjunción entre la doctrina del acto jurídico (Libro II C.C.) y la teoría de los contratos (libro VII) C.C), para así evitar una innecesaria repetición de conceptos, y buscar ofrecer a la norma civil coherencia sistémica y precisión normativa.
2. Sobre la perfección de los contratos, se debe comprender el momento en que el acuerdo de voluntades surte los efectos contenidos en sus cláusulas; asimismo, sobre la coincidencia de voluntades, debe comprenderse como la concertación de las mismas. El uso de los términos propuestos no sólo involucra una cuestión meramente doctrinaria, sino que faculta a los operadores jurídicos un mejor entendimiento en el campo práctico, delimitando distintos momentos de la contratación.
3. El art. 1355 que regula las reglas y límites de la contratación impuestas por el Estado al contenido de los contratos, no resiste modificación alguna y debe ser derogado, por las siguientes razones: la libertad se sobreentiende ejercitada bajo los parámetros de la ley no pudiendo contravenir el orden público o las buenas costumbres; la norma constitucional prima sobre la norma civil (primando a su vez el principio de autonomía de las partes por sobre el dirigismo contractual); y finalmente porque no existe retroactividad en la ley, supuesto que acarrearía la aplicación del artículo y estaría contraviniendo lo establecido en el art. 103 de la Constitución y el art. III del Título Preliminar del Código Civil. De esta forma argumentamos que el artículo en mención, es inconstitucional.
4. El principio de pacta sunt servanda, involucra el cumplimiento irrestricto del contenido del contrato, cumplimiento que debe realizarse, pero que, sin embargo, existen mecanismos jurídicos como la lesión contractual, la revisión, la resolución, la excesiva onerosidad, limitatorios del principio, en sus pilares más básicos como la irrevocabilidad, intangibilidad y el respeto irrestricto por el contrato.
5. Los contratos por adhesión, son actualmente los contratos más usados en el mundo de las transacciones comerciales, esto debido al elevado dinamismo de los mercados, la creación de medios idóneos de contratación, la tecnificación, la producción en masa y la reducción de los costos de transacción.
6. El derecho civil se muestra insuficiente para regular los contratos por adhesión, es por ello, que se debe recurrir al derecho del consumidor que brinda la extensiva protección administrativa, legal y judicial. Con esto no afirmamos que el Código Civil sea inútil, sino que por el contrario, como norma trascendental a los actos del ser humano inmerso en sociedad, sea aplicable de manera subsidiaria, para los casos que se requiere una interpretación complementaria a los nuevos postulados del derecho de consumidor, que como un derrotero final, han especializado a la norma civil,

construyendo un sistema de protección al consumidor, más sólido, coherente, preciso y efectivo.

7. Respecto de las cláusulas generales de contratación, existen y han sido reguladas para ser útil a la contratación masiva, es decir para ser medios idóneos para la facilidad y rapidez que necesitan, y le son inherentes, a este tipo de contratación.
8. La redacción del artículo 1392 es incorrecta toda vez que establece que las cláusulas generales de contratación pueden fijar el contenido normativo de futuros contratos particulares, toda vez que las cláusulas generales no tienen rango de ley y mucho menos su aplicación es obligatoria para todas las personas, contrario sensu, su validez y aplicación solo será efectiva a las partes, por ende, este artículo debe ser modificado.
9. En innumerables casos la redacción y estipulación de las cláusulas generales de contratación, involucran un lenguaje oscuro, técnico y ambiguo, sumado a esto tenemos que muchas veces se utilizan letra pequeña y de difícil lectura, evidenciando un problema a la parte contratante y se puede prestar, para la comisión de un ejercicio abusivo de derecho, situación que deberá evitarse con un agregado sustancial a la norma.
10. El contrato de compromiso de contratar al igual que el contrato de opción (ambos contratos preparatorios) debe considerarse en el artículo 2019 como un acto inscribible, porque no se ha encontrado ni doctrinariamente ni jurisprudencialmente justificación para que no se incluya dentro del registro, por el contrario, las ventajas que trae consigo una inscripción en el registro son: publicidad, oponibilidad frente a los terceros registrales de buena fe, protección y seguridad jurídica.
11. La excesiva onerosidad de la prestación debe establecerse la posibilidad de que el demandado solicite al juez la modificación del contrato. El resultado de pretender la amplitud de las facultades para aumentar, reducir o modificar las modalidades de la prestación, por parte del juez, trae a justificación el mismo resultado: eliminar los efectos de la excesiva onerosidad.
12. En la excesiva onerosidad de la prestación no debe permitirse al demandante la posibilidad de solicitar al juez la resolución del contrato, toda vez pone en situación de desventaja y falta de equilibrio al demandado, y puede ser causa “justificada normativamente” para pretender evadir la ejecución del contrato. En ambos casos, buscamos una perfecta equidad en las prestaciones sin permitir que mediante el derecho se puedan aprovechar tanto parte demandante como demandado.
13. El término inicial del plazo de caducidad para la acción por excesiva onerosidad de la prestación se contabiliza desde el momento en que hayan cesado los hechos. Sin embargo, nosotros nos preguntamos ¿qué indica con exactitud ese momento? A ciencia cierta, pueden haber diversas fechas que podría perjudicar al demandante; es por ello que proponemos que la norma debe redactarse para que la parte demandante pueda presentar los medios probatorios correspondientes, y una vez más el protagonismo judicial, se encargará de evaluar el plazo a consideración del caso concreto.

14. La lesión contractual es posiblemente una de las figuras más polémicas del Derecho, las implicancias que genera su aplicación, tienen relevancias de carácter jurídico y más aún, económico. Ha sido materia de debates interminables entre autores que defienden la autonomía de la voluntad, la competencia de prestaciones, la regulación del precio por el mercado y el cumplimiento obligatorio de los contratos; y, contrario sensu, los autores de corte social, que defienden la igualdad, equidad, utilidad social del mercado y justicia contractual.
15. El derecho no puede amparar el abuso del derecho. La protección de la parte más débil y el equilibrio de las prestaciones son razón de ser del mundo contractual. Lo que se busca constantemente es la equidad, porque se parte de la premisa histórica que una de las partes está en una situación de desventaja y que la otra puede abusar de su posición dominante, además es necesario ampliar el análisis de manera que resulta simplista atender únicamente la eficiencia económica ante la complejidad y diversidad de las situación reales.
16. Si hablamos de contratos donde está plasmada la idea de solidaridad, que deviene de la idea de justicia, también podemos afirmar que abarcan un conjunto de reglas o principios aplicables a ellos como la buena fe, lealtad, utilidad social, entre otros, que son ramificaciones de un mismo árbol. Permitir una actitud que lesione contractualmente a una de las partes, sería destruir los principios generales de la contratación.
17. Para la lesión afirmamos que no solo debe considerarse la acción rescisoria sino también la acción reparatoria del contrato. El lesionado muchas veces no va a buscar dejar sin efecto el contenido del contrato; por el contrario, esta situación no le conviene, toda vez, que recibió y recibe un beneficio – que ante su necesidad- fue perfectamente celebrado y acordado mediante el contrato; si sigue necesitando de la prestación, no le conviene la acción rescisoria, por el contrario, estaría facultado a interponer una acción reparatoria, que otorgue como resultado el equilibrio de las prestaciones y la continuidad de estas.
18. Para que se pueda dar la figura de la lesión, deben cumplirse de manera simultánea sus requisitos fundamentales: a) cognoscibilidad del estado de necesidad; y, b) aprovechamiento del estado de necesidad para sacar ventaja. El artículo 1448 no exige el cumplimiento simultáneo de los requisitos de la lesión, por el contrario, presume una lesión per se, incurriendo en una premisa errónea, es por ello que debe ser derogado toda vez que se presta para el abuso del derecho del contratante, que a primera ratio se suponía “débil”.

VII. RECOMENDACIONES

El conjunto de modificaciones que se ha proyectado en este capítulo, tiene síntesis y argumentación a lo largo del estudio de los capítulos de análisis doctrinario, jurisprudencial y práctico, por el que hemos estudiado y revisado en el presente trabajo de investigación.

Cada modificación o derogación normativa, corresponde a una visión y análisis personal del autor, para encontrar en la sección de los contratos en general, un esfuerzo por brindar una propuesta sistémica, coherente y precisa de las normas citadas.

Hemos cumplido con el objetivo preliminar del artículo de investigación y los resultados demuestran nuestra argumentación. A continuación, el cuadro comparativo con cada una de las propuestas normativas.

| PROPUESTAS NORMATIVAS A LA SECCIÓN PRIMERA SOBRE LOS CONTRATOS EN GENERAL | |
|---|--|
| NORMA VIGENTE | MODIFICACIÓN PROPUESTA |
| <p><u>Art. 1351.- Definición</u> El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.</p> | <p><u>Art. 1351.- Definición</u> El contrato es un acto jurídico de naturaleza patrimonial fuente de relaciones jurídicas de carácter plurilateral.</p> |
| <p><u>Art. 1355.- Regla y límite de la contratación</u> La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos</p> | <p><u>Art. 1355.- Regla y límite de la contratación</u> DEROGADO.</p> |
| <p><u>Artículo 1374.- Conocimiento y contratación entre ausentes</u> La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo</p> | <p><u>Artículo 1374.- Conocimiento y contratación entre ausentes</u> La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá el conocimiento de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo. El sistema electrónico de acuse de recibo debe garantizar la presunción de conocimiento del párrafo anterior.</p> |

| | |
|---|---|
| <p><u>Art. 1392.- Cláusulas generales de contratación</u></p> <p>Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.</p> | <p><u>Art. 1392.- Cláusulas generales de contratación</u></p> <p>Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de establecer el contenido parcial de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.</p> <p>Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.</p> |
| <p><u>Artículo 1440.- Excesiva onerosidad de la prestación</u></p> <p>En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.</p> <p>Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.</p> | <p><u>Artículo 1440.- Excesiva onerosidad de la prestación</u></p> <p>En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Asimismo, podrá modificar la modalidad de la prestación o contraprestación.</p> <p>Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación o por las circunstancias, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.</p> |
| <p><u>Artículo 1445.- Caducidad de la acción</u></p> <p>La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.</p> | <p><u>Artículo 1445.- Caducidad de la acción</u></p> <p>La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440. El término inicial del plazo de caducidad se contabiliza desde el momento en que hayan cesado los hechos. El juez evaluará las pruebas objetivas para el cómputo.</p> |

| | |
|--|--|
| <p><u>Artículo 1447.- Definición de la Lesión</u></p> <p>La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.</p> | <p><u>Artículo 1447.- Definición de la Lesión</u></p> <p>La acción de rescisión o modificación por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.</p> |
| <p><u>Artículo 1448.- Presunción del aprovechamiento por el lesionante</u></p> <p>En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.</p> | <p><u>Artículo 1448.- Presunción del aprovechamiento por el lesionante</u></p> <p>DEROGADO</p> |
| <p><u>Artículo 2019.- Actos y derechos inscribibles</u></p> <p>Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:</p> <p>1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.</p> <p>2.- Los contratos de opción. (...)</p> | <p><u>Artículo 2019.- Actos y derechos inscribibles</u></p> <p>Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:</p> <p>1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.</p> <p>2.- Los contratos preparatorios de compromiso de contratar y contrato de opción. (...)</p> |

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

8.1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert. (2010). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima, Perú. Editorial Palestra Editores.
2. ALTERINI, Atilio. (2007). *Estudios de Derecho Civil*. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley.
3. ALZAMORA, Mario. (1964). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, Perú. Editorial EDDILI.
4. BELTRÁN, Jorge. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
5. BERNAL, Carlos. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá, Colombia. Cuarta Edición. Universidad Externado de Colombia.
6. CASTILLO, Mario y VASQUEZ, Ricardo. (2008). *Analizando el análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima, Perú. Editorial PUCP.
7. CASTRO, Luis, (2016). *Lecciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil peruano*. Lima, Perú. Editorial CASSAN.
8. COLOMBO, Juan. (1997). *Los actos procesales- Tomo I*. Santiago, Chile. Editorial jurídica Chile.
9. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
10. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (2011). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Vol XI. Tomo III. Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP.
11. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (1983). *Estudios sobre el Contrato Privado*. Lima, Perú. Editorial Cultural Cuzco.
12. DE TRAZEGNIES, Fernando. (1995). *En el país de las colinas de arena*. 1995. Segunda Edición. Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP.
13. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON Antonio. (2001). *Sistema de derecho Civil - Volumen II, 9º Edición*. Madrid, España. Editorial Tecnos.
14. DURAND, Julio. (2007). *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima, Perú. Fondo Editorial de USMP.
15. FERRI, Luigi. (2004). *Introducción al Estudio del contrato*. Bologna, Italia. Editora jurídica Grijley.
16. FERRI, Luigi. (1982). *Lecciones del Contrato*. Segunda Edición. Bologna, Italia. Editorial Nicola Zanichelli S.P.A.

17. IHERING, Rudolf. (1987). El fin del derecho. Versión traducida al español por L. Rodríguez. Madrid, España.
18. MARTÍN, José. (1995). *La rescisión del contrato. En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores*. Madrid, España. Editorial Bosch.
19. MESSINEO, Francisco. (1948). *Doctrina General del Contrato*. Tercera Edición. Milán, Italia. Editorial Giuffrè.
20. MESSINEO, Francisco. (1984). *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídica Europa – América.
21. MIRABELLI, Guiseppe. (1980). *De las Obligaciones. Del Contrato en general*. Torino, Italia. Editorial U.T.E.T.
22. MIRANDA, Manuel. (1988). *Derecho de los contratos*. Lima Perú. Editorial Cultural Cuzco.
23. OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. (2011). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima, Perú. Palestra Editores.
24. OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. . Volumen XVI de la Biblioteca “Para leer el Código Civil”. Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP.
25. QUISPE, Alfredo. (2002). *La Constitución Económica*. 2da Edición. Lima, Perú. Edición propia.
26. SCHÄFER, Hans – Bernard y OTT, Claus. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid, España. Editorial Tecnos S.A.
27. 1991, Madrid, España, p. 40.
28. VIDAL, Fernando. (1989). *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. LIMA, Perú. Editorial Cultural Cuzco.
29. ZOLEZZI, Lorenzo. (2012). *Derecho en contexto*. Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP.

8.2. FUENTES HEMEROGRÁFICAS

30. BARCÍA, Rodrigo. (1991). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En revista: *Ius et Praxis*. Vol. 4. Num. 2. Talca, Chile. Editorial Ius et Praxis.
31. BULLARD, Alejandro. (2001). *La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el derecho de los contratos*. En revista: *Themis* – 43. Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP.
32. CANAVESE, Alfredo. (2007). Temas en análisis económico de los derechos de propiedad. En: *Revista de Economía Política de Buenos Aires*. Buenos Aires, Argentina.
33. DURAND, Julio. (2012). *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado*. En: *Revista: Vox Juris* – Vol.24. N°2. Lima, Perú. Fondo Editorial USMP.

34. MIRANDA, Manuel. (2014). *Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. En: Cuadernos Parlamentarios. Número 12. Cuarto Trimestre. Lima, Perú. Fondo Editorial Congreso de la República.
35. QUISPE, Rosario y SOLÍS, Santiago. (2015). *El Código Civil y los contratos. Estudio Introspectivo*. En: Revista: Vox Juris – Vol.29. N°1. Lima, Perú. Fondo Editorial USMP.

8.3. FUENTES ELECTRÓNICAS

36. GUEVARA, Karina. (2014). *El compromiso de contratar y el registro de predios*. Revista Derecho y Cambio Social. Extraído de:
http://www.derechocambiosocial.com/revista035/EL_CONTRATO_PREPARATORIO_Y_EL_REGISTRO_DE_PREDIOS.pdf
37. MISARI, Carlos. (2013). *El compromiso de contratar y su acceso al registro de la propiedad inmueble*. Tesis Pucp. Repositorio Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Extraído de:
file:///C:/Users/hp%205750/Downloads/MISARI_ARGANDONA_CARLOS_COPROMISO_CONTRATAR.pdf

8.4. JURISPRUDENCIA

38. CAS N° 24-T-97-Piura. El Peruano. 27-02-1998.
39. CAS N° 475-96-Lima. El Peruano. 12-05-1998.
40. CAS N° 2248-99-Tacna. El Peruano. 20-06-2000.
41. CAS N° 3702-2000-Moquegua. El Peruano. 01-10-2001.
42. RES. EXP. N° 34-2001- 4ta Sala Civil – Lima – 10-08-2001
43. RES N° 01535-2006-PA/TC –Tribunal Constitucional – 31-01-2008
44. RES N°046-2016-SUNARP-TR-A – Tribunal Registral – 20-01-2016

8.5. CONFERENCIAS

45. CASTILLO, Mario. (2014). Conferencia 30 años del Código Civil. Instituto Peruano de Derecho Privado. Extraído de:
<https://www.youtube.com/watch?v=xA2z3s6qMxw>