

LOS ABUSOS CONTRACTUALES Y SUS REMEDIOS: DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA CODIFICACIÓN CIVIL Y PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN

Rómulo MORALES HERVIAS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un ejemplo de abuso contractual: la lesión enorme.* III. *Los modelos francés, austríaco e italiano de contrato con lesión enorme.* IV. *El modelo alemán de contrato con lesión enorme.* V. *Los modelos portugués y suizo de contrato con lesión enorme.* VI. *Los proyectos de armonización en contratos y obligaciones del contrato con lesión enorme.* VII. *La codificación civil latinoamericana de contrato con lesión enorme.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el tema del abuso contractual existen incongruencias de conceptos y de normas sobre el abuso contractual en los ordenamientos jurídicos. El objetivo de este estudio es establecer claramente un tipo de abuso contractual mediante una reconstrucción unitaria de un concepto, de un principio, de un instituto o de una norma al interior de un sistema.¹

En el presente estudio no relacionaremos el abuso contractual con la violación de la buena fe. Existe la tentación de relacionar el abuso contractual con la violación de la buena fe en sentido objetivo. Pero pensamos que

* Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director de la maestría de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Schipani, Sandro, “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 24, Italia, Mucchi Editore, 2007, p. 13.

la violación del deber de buena fe es un momento ulterior al abuso contractual el cual debe analizarse en una etapa anterior.

El abuso contractual se produce contra situaciones de debilidad. Se dan situaciones de debilidad contractual en los casos en que la formación de voluntad se altera por situaciones externas. Es considerado débil el contratante que celebra un contrato con lesión enorme. Una situación de debilidad contractual respecto a la contraparte se individualiza en el adherente a un reglamento negocial unilateralmente predispuesto por la contraparte. También hay debilidad en el contratante que se encuentre en una situación de “dependencia económica” respecto de la contraparte.

El principio de prohibir abusar de una situación ajena de debilidad contractual² es el fundamento para definir un abuso contractual.

El abuso del derecho ya no se aplica solamente al ejercicio de un derecho sino al ejercicio de la autonomía privada. Así se puede hablar de abuso de autonomía privada que tiene diferentes aplicaciones como en las cláusulas contractuales con “significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones”; y en el abuso de la dependencia económica por el “excesivo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones” o con “condiciones contractuales injustificadamente gravosas”.³

El juicio de abusividad se traduce en el *desequilibrio contractual* (normativo y/o económico) establecido en la regla privada.⁴ La idea es que la diversidad de las posiciones económicas, y la consecuente desigualdad de poder en la contratación, se vincula (tanto en el caso del consumidor como en la empresa débil) en el desequilibrio reglamentario; y esto, a su vez, asume valor sintomático de un abuso de autonomía contractual.⁵

El concepto de abuso contractual debe necesariamente coligarse con un correspondiente remedio jurídico óptimo para la parte débil.

Existe una tendencia de aislar el surgimiento de una categoría abstracta de justicia contractual capaz de superar los límites impuestos por las reglas, mediante el principio de proporcionalidad entre las prestaciones o la aplicación de la buena fe, para permitir la declaración de nulidad del contrato justo. Esta categoría —para un sector de la doctrina— es evanescente y peligrosa. Es imposible definir la justicia sin dejar de considerar experiencias

² Scarso, Alessandro, *Il contraente «debole»*, Italia, Giappichelli Editore, 2006, p. 229.

³ Amadio, Giuseppe, “L’abuso dell’autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento”, *Rivista di diritto civile*, Anno LII, núm. 6, Novembre-Dicembre, Italia, Cedam, 2006, pp. 258 y 259.

⁴ *Ibidem*, p. 259.

⁵ *Ibidem*, p. 260.

concretas de injusticia.⁶ La tesis de la imposibilidad de una definición o la inoportunidad de una norma que defina el contrato justo se basa en que no cabe definir en abstracto un reglamento justo. Ni el mercado donde el precio puede ser fruto de un monopolio o de asimetrías informativas graves más allá de reglas correctivas. Ni el juez atribuyéndole un poder que no tiene. Ni la ley, la naturaleza o cualquier autoridad religiosa, al menos de no querer cambiar lo sagrado y el pasado por lo absoluto, incluso el derecho. La idea de justicia contractual no se puede concretar en una categoría general y abstracta, pero adquiere forma en la necesidad de asegurar y garantizar un tratamiento diversificado de las posiciones de los contratantes como un tratamiento de orden social y jurídico claramente establecido.⁷ De ahí que se promueve una ampliación de las circunstancias subjetivas de desigualdad, de incapacidad, de debilidad y de abuso.⁸ De otra parte se expande el rol del remedio resarcitorio que puede tener una precisión quirúrgica al reprimir contenidos desleales e incorrectos y al asegurar una reparación para toda desventaja, derivada de un comportamiento de mala fe de la contraparte.⁹

Por otro lado, se ha dicho que la justicia contractual es una expresión que evoca la aspiración a las contrataciones caracterizadas por el equilibrio en el intercambio y contemporáneamente por los instrumentos otorgados por el ordenamiento jurídico para garantizar tal resultado. Así, el ordenamiento es laico como simple garante del libre desarrollo de las fuerzas (sobre todo económicas) que preexisten y dominan la contratación, sin necesidad de preocuparse del resultado de su encuentro salvo, excepcionalmente, cuando una patología afecte la libre determinación del consentimiento, o subsista una específica condición de debilidad de uno de los sujetos de la contratación; por el contrario, el ordenamiento es ético, como garante de la equidad, el cual establece una medida de valor absoluto, relevante por sí mismo y por ello autónomamente en grado de justificar la intromisión en la regla privada para la manipulación en función de reequilibrio, o de repudio.¹⁰

Ninguna de las apreciaciones descritas responde a lo que significa la justicia contractual frente al abuso de la autonomía privada.

⁶ Vettori, Giuseppe, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2009, p. 665.

⁷ *Ibidem*, pp. 666 y 667.

⁸ *Ibidem*, p. 668.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Perfetti, Ubaldo, “La giustizia contrattuale nel Draft Common Reference del Diritto privato europeo”, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Bajo la dirección de Guido Alpa, Giovanni Iudica, Ubaldo Perfetti y Paolo Zatti, Italia, Cedam, 2009, p. 166.

II. UN EJEMPLO DE ABUSO CONTRACTUAL: LA LESIÓN ENORME

Los contratos con lesión enorme son un ejemplo de abuso contractual. El derecho romano es un ejemplo de cómo se resolvió problemas de abuso contractual en la compraventa:

En la época clásica, el precio era determinado en base a la libre contratación de las partes, con el solo límite del respeto de la buena fe. En la compilación justiniana, para la compraventa de inmueble, existe el instituto denominado *laesio enormes*, según el cual la compraventa es nula, cuando no se realice mediante el *iustum pretium* (que se verifica cuando el precio pagado es inferior a la mitad del aquél del mercado): sin embargo, el comprador puede realizar la *reductio ad aequitatem*, ofreciendo pagar la suma entregada hasta alcanzar dicho precio. No se excluye que en particulares casos concretos ya interviniera la cancellería diocleciana (si no ya anteriormente), que se puede encontrar, en nivel socio económico, su justificación en la crisis que había acaecido el imperio a la mitad del siglo III d.C. La generalización del instituto ya es justiniana.¹¹

En concreto, el derecho romano propuso como solución el principio de la proporcionalidad de las prestaciones:

La reglas relativas a la lesión enorme se encuentran contenidas en el rescripto imperial recogido en el Código de Justiniano en C.4.44.2, en el que los emperadores Diocleciano y Maximiano, respondiendo al asunto planteado por Aurelio Lupo, reconocen la relevancia de la proporcionalidad de las prestaciones en el momento de celebración del contrato, al permitir al vendedor la rescisión judicial del contrato, en el evento en que hubiera recibido como precio del fundo menos de la mitad del valor del mismo.¹²

La fuente de esta solución es la siguiente:

C.4,44,2 Los emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos a Aurelio Lupo: Si tú o tu padre hubiéreis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el comprador lo

¹¹ Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Italia, 1990, p. 586.

¹² Neme Villarreal, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 231.

prefiere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiere pagado ni la mitad del verdadero precio. Publicada a 5 de las calendas de noviembre bajo el segundo consulado de Diocleciano y el Aristóbulo.

Así, el derecho romano propuso un límite cuantitativo al contrato de compraventa:

Un segundo texto atribuido a los mismos emperadores, contenido en C.4.44.8, resalta el carácter vinculante del contrato conforme a los postulados de la buena fe, aun cuando el precio pactado no corresponda al valor efectivo del bien, de suerte que el mismo no puede ser disuelto a menos que haya mediado engaño o violencia. Sin embargo, a reglón seguido establece una excepción, confirmando la regla expresada en el rescripto anteriormente citado, esto es, la posibilidad de resolver el contrato en el caso en que el precio pactado sea inferior a la mitad del valor real del bien objeto de la venta. De manera que en este evento la buena fe concede por vía de excepción la rescisión del contrato.¹³

La segunda fuentes dice lo siguiente:

C.4.44.8. Augustos y Césares a Aurelio Evodia: Si con tu voluntad vendió tu hijo un fundo tuyo, se debe probar el dolo por la astucia y las acechanzas del comprador, o se debe mostrar miedo de muerte o inminente tormento corporal, para que no se tenga por válida la venta. Porque esto que indicas, que el fundo fue vendido por precio poco menor, es ineficaz para que se rescinda la venta. Porque si, a la verdad, hubieses pensado sobre la esencia del contrato de compra y venta, y que persiguiendo el comprador su deseo de comprar por menos, y el vendedor de vender por más caro, llegan a este contrato, y que con dificultad después de muchas contiendas, rebajando paulatinamente el vendedor de los que había pedido, y añadiendo el comprador a lo que había ofrecido, consienten en cierto precio, verías ciertamente, que ni la buena fe, que ampara a la convención de la compra y de la venta, permite, ni razón alguna concede, que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, o desde luego, o después de la discusión de la cantidad del precio; a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio, que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida. Dada a las calendas de Diciembre, bajo el consulado de los Césares.

¹³ *Ibidem*, pp. 231 y 232.

Modernamente, se ha considerado que en los contratos con lesión enorme existe una parte que se aprovecha indebidamente de una determinada situación de la contraparte para lograr beneficios excesivos. Los requisitos para la configuración del contrato con lesión enorme son los siguientes:¹⁴

(a) Una asimetría del poder contractual inducida por una condición de disminución en que se haya el contratante lesionado en relación al otro (lesionado). Las situaciones alternativas en que se encuentra el lesionado son: (i) situación de dependencia (subordinación económica o moral) de una parte en relación a la otra (relación con la otra parte); (ii) existencia de una relación de confianza con la otra parte (relación con la otra parte); (iii) dificultad económica (condición externa objetiva que induce a una necesidad); (iv) urgente necesidad (condición externa objetiva que induce a una necesidad); (v) imprudencia o ligereza o incapacidad de previsión (estado subjetivo); (vi) ignorancia (estado subjetivo); (vii) inexperiencia (estado subjetivo); (viii) defecto de capacidad en las contrataciones o falta de habilidad en las negociaciones (estado subjetivo); (ix) debilidad mental (estado subjetivo); (x) debilidad de carácter (estado subjetivo); (xi) peligro (estado subjetivo); y (xii) condición económica o social o cultural que conducen a la incompreensión del alcance de las cláusulas.

(b) El conocimiento de la parte de tal estado de disminución.

(c) El aprovechamiento de una parte de la situación de la contraparte.

(d) La obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa.

(e) Un desequilibrio económico cuantitativo o cualitativo.

Los remedios que tiene el lesionado varían de acuerdo a los códigos civiles y a los proyectos de armonización en contratos. El primer modelo indica que los remedios son la rescisión y la modificación equitativa o reajuste porque un contrato lesivo es un vicio de la voluntad con un desequilibrio cuantitativo. Un segundo modelo señala como remedio a la nulidad por cuanto un contrato lesivo viola una norma de buena costumbre. El tercer modelo establece como remedios, en general, a la anulabilidad y a la modificación equitativa o reajuste porque un contrato lesivo es un vicio de la voluntad. Nótese que salvo el primer modelo, los otros dos se alejan del modelo romano de establecer un límite cuantitativo.

¹⁴ Tomamos en cuenta los requisitos mencionados por un sector de la doctrina pero añadimos otros: Perfetti, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

III. LOS MODELOS FRANCÉS, AUSTRÍACO E ITALIANO DE CONTRATO DE LESIÓN ENORME

El primer modelo está representado por el Código Civil francés de 1804 (en adelante, Cc.Fra.), el Código Civil austríaco de 1811 (en adelante, Cc.Aus.) y el Código Civil italiano de 1942 (en adelante, Cc.It.).

El Cc.Fra. establece dos casos específicos de contratos lesivos: (i) Las particiones pueden rescindirse cuando uno de los coherederos sufre una lesión en más de la cuarta parte (artículo 887); y (ii) Si el vendedor hubiera resultado lesionado en más de siete doceavas partes en el precio de un inmueble, tendrá el derecho de pedir la rescisión de la venta, incluso cuando hubiera renunciado expresamente en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión, y que hubiera declarado donar la plusvalía (artículo 1674). Para el último caso se regula un remedio de reajuste: En el caso en que la acción de rescisión fuera admitida, el comprador podrá elegir entre devolver la cosa retirando el precio que hubiera pagado por ella, o guardar la finca pagando el suplemento del justiprecio, con la deducción de la décima parte del precio total (artículo 1681). Lo que caracteriza a la codificación civil francés es el desequilibrio significativo.¹⁵ No hay que olvidar que las fuentes romanas señalaban un límite cuantitativo (la mitad del valor del precio) como justo precio y el precio vil por violencia o fraude.¹⁶

El párrafo 934 del Cc.Aus. estipula que si en los contratos bilaterales una de las partes no ha recibido al menos la mitad de aquello diere a la otra, según el valor ordinario, se le concede a la parte lesionada el derecho de demandar la rescisión del contrato, y que las cosas sean restituidas a su estado anterior; y la otra parte es libre de hacer sustituir el contrato mediante el suplemento de aquello que falta al ordinario valor. El Cc.Aus. privilegia el desequilibrio económico cuantitativo.

El Cc.It. protege a quien sufre un aprovechamiento de un estado de necesidad y de peligro; siempre y cuando haya un desequilibrio cuantitativo. El contrato según el cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado (segundo párrafo del artículo 1447). Si existe desproporción entre la prestación de

¹⁵ Busnelli, Francesco D., “Giustizia contrattuale”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 19-20, Italia, Mucchi Editore, 2005, p. 536.

¹⁶ Cardilli, Riccardo, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Italia, Giappichelli, 2010, pp. 229-234.

una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato (primer párrafo del artículo 1448). La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato (segundo párrafo del artículo 1448).

En el modelo italiano concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de urgente necesidad o de peligro; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio cuantitativo que exceda el valor de la mitad de la prestación.

En cuanto a los remedios se indica que el juez, al dictaminar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte, por la obra prestada (segundo párrafo del artículo 1447). De manera incomprensible, el lesionante o el contratante contra el cual se demanda la rescisión puede evitarla si ofrece una modificación del contrato suficiente como para reestablecer la equidad (artículo 1450). Por último, la rescisión se diferencia de la anulabilidad en que el contrato rescindible no puede ser convalidado (artículo 1451). En cambio, la anulabilidad puede convalidarse.

El modelo italiano¹⁷ definió al contrato rescindible según el cual una parte asume obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona.

El estado de peligro en la práctica no es de gran importancia: puede ser el caso de quien temiendo un inminente peligro por su propia salud o de una persona que estima, acepta de pagar al quirúrgico una retribución superior a los honorarios profesionales ordinarios; o el caso de quien, habiendo sufrido un accidente de tránsito, acepta pagar una suma desproporcionada al automovilista que lo lleva al hospital.¹⁸ Por peligro se entiende la posibilidad de un daño que debe ser actual y grave contra los derechos

¹⁷ Zatti, Paolo, "Validità e invalidità del contratto", *Lineamenti di diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 2005, pp. 497 y 498. Alpa, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Italia, Cedam, 2006, pp. 141-145.

¹⁸ Galgano, Francesco, *Diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 1999, p. 348.

de la personalidad. El fundamento de la rescisión por estado de peligro es la protección de la libertad de determinación del contenido del contrato.¹⁹

El estado más importante y en la práctica más frecuente es el de necesidad. Es el caso de quien, hallándose en dificultades económicas, vende sus propios bienes para obtener dinero, y el comprador que sabe de tales condiciones de necesidad del vendedor, aprovecha ofreciendo un precio irrisorio. Este estado de necesidad debe cumplir un requisito objetivo el cual es que la prestación recibida debe ser inferior a la mitad del valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo del contrato.²⁰ Los elementos constitutivos del estado de necesidad son: 1) un complejo de intereses para satisfacer; 2) una deficiencia de bienes para satisfacer tales intereses o las necesidades según las cuales son satisfechos los mismos intereses; y 3) las eventuales consecuencias dañosas que pueden derivar de la ausencia de satisfacción.²¹

La ley italiana establece un plazo breve de prescripción de un año computado desde la celebración del contrato. Además, excepcionalmente se indica que la excepción de rescisión también prescribe al año desde la celebración del contrato con lesión enorme. Esta regulación excluye la perpetuidad de la excepción y la retroactividad de la rescisión respecto a todos los terceros.²²

El modelo italiano ha sido criticado. Se ha manifestado que nada impide ver el estado de necesidad como una figura análoga a los vicios de la voluntad. Bastaría abolir el nombre de “rescisión” y se podría hablar pacíficamente de anulabilidad por estado de necesidad. Además se debería entender que las “condiciones inicuas” se refieren a la desproporción económica o será mejor establecer un concepto más amplio de rechazo al sentido moral.²³

Entonces, un contrato es rescindible cuando una parte lo celebra bajo condiciones desequilibradas, debido a un estado de necesidad conocido por la contraparte o a un estado de peligro inminente al cual se encuentra expuesto la propia parte o un tercero, de sufrir un daño grave. Además del estado de necesidad o del estado de peligro se requiere el aprovechamiento injustificado, es decir, la ventaja obtenida mediante el abuso o la explotación.

¹⁹ Carpino, Brunetto, *La rescissione del contratto*, Artt. 1447-1452 C.C., Italia, Giuffrè, 2000, p. 24.

²⁰ Galgano, *op. cit.*, p. 348.

²¹ Carpino, *op. cit.*, p. 34.

²² Santoro-Pasarelli, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Reimpresión, Italia, Jovene, 1997, p. 263.

²³ Mirabelli, Giuseppe, *La rescissione del contratto*, Italia, Jovene, 1951, p. 24.

Para unos el contrato rescindible tiene un defecto genético parcial de la causa.²⁴ Para otros el defecto es genético y funcional porque ella garantiza la libertad de la voluntad (como la anulabilidad por vicios de la voluntad) y la salvaguardia del principio de la equidad contractual. Además el defecto o vicio se refiere propiamente al contrato-acto, mientras los efectos de la rescisión se refieren a la relación.²⁵ En cambio, otros consideran que la rescisión constituye una especie de invalidez del contrato que presenta algún aspecto de analogía tanto con la nulidad como con la anulabilidad.²⁶ El límite cuantitativo a los contratos con lesión enorme es una herencia del Derecho romano, sea cual sea el fundamento y el remedio de un contrato con lesión enorme en el primer modelo.

IV. EL MODELO ALEMÁN DE CONTRATO CON LESIÓN ENORME

El segundo modelo está representado por el Código Civil alemán de 1896 el cual establece como remedio la nulidad de un negocio jurídico con lesión enorme con características amplias y específicas del concepto de abuso de la autonomía privada. El primer párrafo del parágrafo 138 indica que un negocio jurídico es nulo por atentar contra las buenas costumbres. En el segundo párrafo del parágrafo 138 se especifica que en especial un negocio jurídico es nulo cuando alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación. Para la codificación alemana, “justo en el derecho de los contratos es aquello que han estipulado las partes siempre que no sea abusivo”.²⁷

En el modelo alemán concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de urgente necesidad, imprudencia o inexperiencia; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo. La solución propuesta da

²⁴ Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Italia, Giuffrè, 2004, p. 208.

²⁵ Paradiso, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Italia, G. Giappichelli, 2001, p. 375.

²⁶ Checchini, Aldo, “La patologia”, *Lezioni di diritto privato*, Italia, Giappichelli, 2007, p. 197.

²⁷ Busnelli, *op. cit.*, p. 536.

realce a la intrínseca inmoralidad del desproporcionado aprovechamiento.²⁸ Ello permite la previsión de situaciones inadmisibles moralmente y diferentes a las situaciones de urgente necesidad, imprudencia o inexperiencia.

El negocio jurídico con lesión enorme o el negocio usurario son nulos si sólo es usurario una parte del negocio. Puede exigirse la devolución de la prestación hecha. En caso de usura es nulo no solo el convenio causal sino también el negocio de cumplimiento. Por consiguiente, nada se opone que un contrato en que la prestación y la contraprestación sean extraordinariamente desproporcionadas, según la opinión general de los hombres que piensan con espíritu de equidad y justicia, se tenga por contrario a la moral, y, en consecuencia, por nulo a tenor del § 138 ap. 1, aunque no medie explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia. Por lo demás, la simple desproporción entre prestación y contraprestación no puede todavía dar lugar a la nulidad según el § 138 ap. 1. Debe añadirse un elemento subjetivo, del que se desprenda la inmoralidad de la acción, sobre todo de una intención reprobable. La nulidad según el § 138 ap. 1 puede darse también sobre todo en los casos de aprovechamiento inmoderado de la prepotencia económica o de la posición, absoluta o relativa, de monopolio, que lleva a condiciones contractuales prácticamente injustificadas, contrarias a la equidad y opresivas (por ejemplo, en el orden de las cláusulas de no responsabilidad), como también en los casos de aprovecharse de la mayoría que se tiene en una sociedad para perseguir intereses egoístas contrarios a los de la sociedad.²⁹

V. LOS MODELOS PORTUGUÉS Y SUIZO DE CONTRATO CON LESIÓN ENORME

El tercer modelo está representado por el Código Civil portugués de 1966 (en adelante, el Cc.Por.) y el Código suizo de las Obligaciones de 1912 (en adelante, el Co.Sui.).

El modelo del Cc.Por. privilegia la regulación del abuso de la autonomía privada como un problema de formación irregular de contrato y por eso incluye al negocio jurídico con lesión enorme como cuarto vicio de la de-

²⁸ Ferri, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2004, p. 272.

²⁹ Ennecerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol, 3ª ed. española a partir de la 39ª ed. alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, España, 1981, vol. II, Segunda Parte, pp. 645 y 646.

claración de voluntad. El numeral 1 del artículo 282 indica que es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.

En el modelo portugués concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, urgente necesidad, ligereza, inexperiencia, debilidad mental y debilidad de carácter; (b) conocimiento del lesionado de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

El modelo portugués establece que un negocio jurídico es anulable por usura, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados. Este modelo prefiere una apreciación objetiva de la injusticia de la situación, independientemente de la observación de cualquier valoración de la moral social.³⁰ Un sector de la doctrina considera que debió regularse en términos de nulidad exactamente como sucede en aquellos negocios cuyo contenido es desaprobado por el orden jurídico³¹ al igual que el modelo alemán el cual representa un avance en busca de la justicia material.³²

La anulabilidad del negocio jurídico con lesión enorme es objetiva en el sentido de la obtención de beneficios excesivos e injustificados, alcanzados mediante la explotación, por uno de los dos contratantes, de la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter del otro contratante.³³ Lo que caracteriza es el propio desequilibrio objetivo en las posiciones de las partes.³⁴

³⁰ Oliveira Ascensão de, José, *Direito civil, Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, 2ª ed., Portugal, Coimbra Editora, 2003, vol., II, p. 337.

³¹ Hörster, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Portugal, Edições Almedina, 2005, p. 557.

³² Menezes Cordeiro, António, *Tratado de direito civil português. Parte General. Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3ª ed. (Aumentada y totalmente revisada), Portugal, Livraria Almedina, 2005, t., I, p. 644.

³³ Galvão Telles, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed. actualizada, Portugal, 2002, p. 125.

³⁴ Oliveira Ascensão de, *op. cit.*, p. 338.

Los presupuestos para la lesión enorme son los siguientes:³⁵ (i) una situación de necesidad existe cuando existen graves inconveniencias de naturaleza política, social, habitacional o estrictamente personal de una persona que le provoca la necesidad imperiosa de obtener una prestación para liberarse de las dificultades; (ii) la inexperiencia es una situación excepcional que ocurre en condicionalismos específicos y se define en términos relativos de acuerdo a los tipos de negocio y de las situaciones concretas. Existe en los casos en que el discernimiento necesario y adecuado no fue adquirido o se perdió por varias causas; (iii) la ligereza significa un comportamiento irreflexivo, inmaduro e imprudente, siendo una manera liviana e irresponsable de actuar una característica de la persona y no de una falta esporádica u accidental; (iv) la dependencia existe cuando la autonomía de decisión está limitada por el hecho; (v) la situación de estado mental debe incluir limitaciones de las facultades mentales o estados de emoción o de descontrol que restringen el discernimiento del interesado y afectan sus capacidades decisorias; (vi) la debilidad de carácter se verifica cuando una persona no está en condiciones morales o no tiene la fuerza anímica para comportarse debidamente, a pesar de poder poseer perfecta lucidez respecto de la situación o de su comportamiento.

Además de los estados descritos debe existir un aprovechamiento consistente de por lo menos una de las seis situaciones de inferioridad descritas. Es suficiente que una parte se aproveche conscientemente de la situación de inferioridad de la otra parte, de que tiene conocimiento, para obtener beneficios.

El último presupuesto es la desproporción excesiva e injustificada entre el beneficio obtenido y la contraprestación dada. Solo habrá beneficios excesivos e injustificados cuando, según todas las circunstancias, la desproporción excede los límites de alguna justificación.³⁶

En cuanto a los remedios, además de la anulabilidad, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad (numeral 1 del artículo 283). El lesionado tiene un poder alternativo de pedir la anulación o la modificación del negocio jurídico con lesión enorme.³⁷ Si el lesionado formula la anulabilidad, la parte contraria tiene la facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior (numeral 2 del artículo 283).

El artículo 21 del Co.Sui. señala que en caso de desproporción manifiesta entre prestación y contraprestación derivadas de un contrato, a cuya cele-

³⁵ Hörster, *op. cit.*, pp. 557-559.

³⁶ Mota Pinto, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Portugal, Coimbra Editora, 2005, p. 536.

³⁷ Pais de Vasconcelos, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Portugal, Edições Almedina, 2005, pp. 467 y 468.

bración se llegó por el aprovechamiento de una de las partes de la necesidad, la inexperiencia o de la debilidad mental de la otra, la perjudicada puede declarar, dentro del plazo de un año, que el contrato no se mantiene y exigir la restitución. En este modelo concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de urgente necesidad, inexperiencia o debilidad mental; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

VI. LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN EN CONTRATOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO CON LESIÓN ENORME

Los proyectos de armonización en contratos y obligaciones siguen predominantemente el modelo del Cc.Por. Citaremos al *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia* (en adelante, el CEC), a los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT* (en adelante, los PU), a los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos [Principles of European Contract Law]* (en adelante, los PEC), al *Proyecto del Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo [Common Frame of Reference]* de 2009 (en adelante, el CFR), al *Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés de 2005* (en adelante, el APRCC de Francia), y a la Propuesta española de *Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* de 2009 (en adelante, la PALMOC de España).

El numeral 3 del artículo 30 del CCE regula como remedio la rescindibilidad cuando una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero. El CCE sigue el modelo italiano y toma en cuenta los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de incapacidad natural (incapacidad de entender y de querer), de dependencia y de inexperiencia; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

El remedio jurídico a favor del lesionado es la rescisión en el CCE. El lesionado debe comunicar al lesionante su decisión de impugnar el contrato por lesión enorme (numeral 1 del artículo 156 del CCE). Luego de la comunicación, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido 3 meses desde la recepción de la mencionada declaración, para los casos urgentes (numeral 2 del artículo 156 del CCE). El lesionante puede interponer al sujeto legitimado —o a su representante legal si se trata de un incapaz— para que declare en un plazo no inferior a 60 días si va a proceder o no a la rescisión del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto cualificado o su representante legal renuncian a ejercer el derecho de rescisión si transcurre el plazo sin contestar el requerimiento (numeral 3 del artículo 156 del CCE). El derecho a rescindir el contrato queda sometido a un plazo de prescripción de tres años desde la fecha de la celebración del contrato (numeral 4 del artículo 156 del CCE). El contrato rescindible no es susceptible de confirmación, pero la rescisión no se produce si su contenido se rige por la equidad en base al acuerdo de las partes o, a una decisión judicial a instancia de una de ellas (numeral 6 del artículo 156 del CCE).

El numeral 1 del artículo 3.10 de los PU concede el remedio de la anulabilidad a la parte lesionada si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, de la aflicción económica o de las necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y tomando en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato. Para determinar el contrato con lesión enorme se utilizan como criterios la “naturaleza” y la “finalidad” del contrato.

En general, los PU siguen el modelo portugués y toma en cuenta los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, dificultad económica, urgente necesidad, incapacidad de previsión, ignorancia, inexperiencia, defecto de capacidad en las contrataciones; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

Según el numeral 2 del artículo 3.10 de los PU, a petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

De conformidad con el numeral 3 del artículo 3.10 de los PU, el tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de

la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato.

El numeral 1 del artículo 4:109 de los PEC³⁸ otorga al lesionado el remedio de la anulabilidad si al momento de su celebración una parte dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo. En general, el PEC sigue el modelo portugués y toma en cuenta los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, de existencia de una relación de confianza, de dificultad económica, de urgente necesidad, de incapacidad de previsión, ignorancia, inexperiencia; y de defecto de capacidad en las contrataciones; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo. Se utilizan los criterios de las “circunstancias” y del “objeto” del contrato para determinar el contrato con lesión enorme. El “objeto” del contrato es la “finalidad” del contrato. El fundamento de esta afirmación es que para interpretar el contrato se tendrá en cuenta entre otros aspectos, la “naturaleza” y “objeto” del contrato (inciso c) del artículo 5:102 de los PEC). Dicha norma es semejante a la “naturaleza” y a la “finalidad” del contrato como criterios de interpretación del contrato regulados en el inciso d) del artículo 4.3 de los PU.

En relación a los remedios y conforme al numeral 2 del artículo 4:109 de los PEC, a petición del lesionado, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual. Además, el lesionante puede igualmente solicitar al juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella (numeral 3 del artículo 4:109 de los PEC).

³⁸ Hinestrosa, Fernando, “Estado de necesidad y estado de peligro”, en *Revista de Derecho privado*, núm. 8, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 133. Esta doctrina considera más apropiada la regulación de los *Principios del derecho europeo de los contratos*.

El artículo II.-7:207 del CFR establece al lesionado el remedio de la anulabilidad si al momento de su celebración una parte dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperta o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido razonablemente [*reasonably*] dicha situación y, atendidas las circunstancias y la finalidad [*purpose*] del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo. Es claro que hay una gran influencia mayor en los PEC y en menor medida en los PU. Para establecer el contrato con lesión enorme se utilizan los criterios de las “circunstancias” y de la “finalidad” del contrato.

Sobre los remedios y conforme al numeral 2 del artículo II.-7:207 del CFR, a petición del lesionado, el tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando las reglas de la buena fe [*good faith*] y de un trato justo [*fair dealing*]. Además, el lesionante puede igualmente solicitar al Tribunal una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella (numeral 3 del artículo II.-7:207 del CFR).

El APRCC de Francia establece en el artículo 1114-1 que hay abuso cuando el ejercicio del derecho se desvía de su fin o se hace para obtener un provecho manifiestamente excesivo. Pero la norma que regula propiamente la lesión enorme es el artículo 1114-3: hay violencia cuando una parte se compromete bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad para obtener de la convención una ventaja manifiestamente excesiva. Esta norma señala que la situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes y su desigualdad económica. En la exposición de motivos se reconoce que la innovación real proviene de la consagración de la idea de explotación abusiva de una situación de debilidad provocada por un estado de necesidad o de dependencia.³⁹ Este proyecto regula la lesión enorme como violencia económica y al mismo tiempo como vicio de la voluntad. Aunque la lesión enorme también tiene una regulación en el artículo 1122-1 que regula la falta de equivalencia entre las prestaciones

³⁹ Lequette, Yves, Loiseau, Grégorie y Serinet, Yves-Marie, “Validez del contrato – Consentimiento (arts. 1108 a 1115-1)”, en Hinestroza, Fernando (trad.), *El Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés. Libro III, títulos III y XX*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 59.

convenidas en un contrato conmutativo en el caso en que la ley admita la rescisión del contrato por causa de lesión. En concreto, la cláusula que crea un desequilibrio considerable en el contrato en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a petición de esta, en el caso en que la ley la proteja con una disposición particular, especialmente en su calidad de consumidor o, sin más, cuando no fue negociada (artículo 1122-2).

El artículo 1301 de la PALMOC de España establece que una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión.

El PALMOC considera los siguientes requisitos para un contrato con lesión enorme: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, de extraordinaria dificultad económica, de urgente necesidad, de incapacidad de previsión, ignorancia e inexperiencia; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo. Se utilizan los criterios de las “naturaleza” y del “fin” del contrato para determinar el contrato con lesión enorme.

Asimismo, el mismo artículo 1301 de la PALMOC señala que a petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico. La parte lesionada tiene dos remedios jurídicos: la anulabilidad y el derecho de pedir la modificación equitativa según las cláusulas normativas generales de buena fe y de los usos.

Salvo los CEC que sigue el modelo italiano y el APRCC de Francia, los PU, los PEC, el CFR y la PALMOC de España siguen el modelo portugués con un añadido fundamental que es tomar en cuenta la finalidad del contrato con lesión enorme.

VII. LA CODIFICACIÓN CIVIL LATINOAMERICANA DE CONTRATO CON LESIÓN ENORME

El artículo 1888 del Código Civil chileno de 1855 (en adelante, Cc.Chi.) establece que el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme. El Cc.Chi. sigue el modelo francés. El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que ven-

de; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio (artículo 1889). Asimismo, el comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1890).

El artículo 1405 del Código Civil colombiano de 1887 (en adelante, Cc.Col.) señala que las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. El Cc.Col. es semejante al Cc.Chi. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme (artículo 1946). El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella (artículo 1947). El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1948).

Por el segundo párrafo del artículo 954 del Código Civil argentino de 1869 (en adelante, Cc.Arg.), el lesionado puede pedir la anulabilidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Esta norma toma el modelo alemán para la construcción del contrato con lesión enorme pero sigue el modelo portugués en cuanto a los remedios jurídicos. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda (cuarto párrafo del artículo 954 del Cc.Arg.). Salvo prueba en contrario, se presume que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones (tercer párrafo del artículo 954 del Cc.Arg.). Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto (cuarto párrafo del artículo 954 del Cc.Arg.).

El primer párrafo del artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino de 2014 (en adelante, Ccc.Arg./2014) señala que el lesionado puede demandar la nulidad relativa (anulabilidad) (artículo 388) o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, de-

bilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Dicha norma indica que se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones; y los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. De igual modo, en dicho dispositivo, el afectado tiene opción para demandar la nulidad relativa (anulabilidad) o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

El artículo 17 del Código Civil mexicano de 1928 (en adelante, Cc.Fed. Mex.) establece que el lesionado tiene derecho de elegir la nulidad relativa (anulabilidad) o la reducción equitativa de su obligación por un año, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios, cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga. El modelo portugués ha influido relativamente al Cc.Fed.Mex.

El Código Civil boliviano de 1976 (en adelante, Cc.Bol.) se adhiere a los modelos francés e italiano. El contrato concluido en estado de peligro es rescindible a demanda de la parte perjudicada que, en la necesidad de salvarse o salvar otras personas, o salvar sus bienes propios o los ajenos, de un peligro actual e inminente, es explotada en forma inmoral por la otra parte, que conociendo ese estado de necesidad y peligro se aprovechó de él para obtener la celebración del contrato (numeral I del artículo 560). El juez, al pronunciar la rescisión, reducirá la obligación asumida en estado de peligro y señalará a la otra parte una retribución equitativa acorde con la otra prestada (numeral II del artículo 560). La demanda de rescisión se formula cuando el contrato contiene una manifiestamente desproporcionada diferencia entre la prestación de dicha parte y la contraprestación de la otra, siempre que la lesión resultare de haberse explotado las necesidades apremiantes, la ligereza o la ignorancia de la parte perjudicada (numeral I del artículo 561). La acción rescisoria sólo será admisible si la rescisión excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida (numeral II del artículo 561). El demandado de rescisión puede determinar el juicio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que a juicio del juez sean equitativas (numeral I del artículo 565).

El Código Civil peruano de 1984 (en adelante, Cc.Per.) sigue los modelos francés e italiano. 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 (primer párrafo 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 (artículo 1448). El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato (artículo 1451). En los casos en que la acción rescisoria fuere inútil para que el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste (artículo 1452). La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato (artículo 1454).

El artículo 157 del Código Civil de Brasil de 2002 (en adelante, Cc.Bra.) define a la lesión cuando una persona, por necesidad apremiante, o por inexperiencia, se obliga a ejecutar una prestación manifiestamente desproporcionada frente al valor de la contraprestación. El parágrafo § 2 indica que no se declarara la anulación del negocio si se ofreciere un complemento suficiente, o si la parte favorecida ofrece una reducción en su provecho. El negocio jurídico con lesión enorme es anulable (Numeral II del artículo 171 del Cc.Bra.). El Cc.Bra. es semejante al modelo portugués.

VIII. CONCLUSIONES

El mercado se opone al proyecto igualitario. El mercado está por una justicia proporcional, mientras el proyecto igualitario por una justicia distributiva; el mercado favorece los “iguales por excelencia” mientras que el proyecto igualitario favorece a los “desiguales”. El mercado es ciego frente a los individuos, es individualista y daltónico, en cambio, es una máquina despiadada al servicio de la sociedad, es decir, del interés colectivo. El mercado es un orden espontáneo no concebido o diseñado por alguien y, tanto menos, por los capitalistas. No son los capitalistas los que han inventado el mercado; más bien, es el mercado el que ha inventado a los capitalistas. La verdad es que el sistema de mercado camina sobre sus propias piernas y se mantiene en pie por fuerza propia.⁴⁰

⁴⁰ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Taurus, Argentina, 2003, pp. 316 y 317.

En el mercado se producen abusos contractuales porque una parte se aprovecha de la situación de quien no tiene poder de estipular cláusulas o tiene un poder limitado de estipulación. En efecto,

si el poder de dictar las condiciones contractuales se realiza mediante la imposición de condiciones *inequitativas* y que hacen inequitativo el reglamento contractual —o sea en condiciones contrarias a la racionalidad del mercado y que hacen que el reglamento sea contrario a aquella racionalidad— el ejercicio de la libertad contractual se califica de abusivo.⁴¹

El abuso está *en* el contrato ya que se manifiesta por decisión de una parte (que estipula las condiciones contractuales) frente a los daños de la otra (que sufre las condiciones inequitativas).⁴²

Las conclusiones son las siguientes:

1. Las diversidades de conceptos y de disposiciones normativas sobre el abuso contractual en su modalidad de contrato lesivo en los ordenamientos jurídicos europeos transmiten el mensaje que el principio de la prohibición del abuso contractual es derogable por las propias partes contratantes al otorgarse contradictoriamente el derecho de rescisión al lesionado y el derecho de la modificación equitativa al lesionante como el modelo italiano. Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos siguen el mismo camino de no valorar adecuadamente el principio de la prohibición del abuso de la autonomía contractual.

2. El principio de la prohibición del abuso de la autonomía contractual se basa en el principio romano de la proporcionalidad de las prestaciones. La vigencia del mencionado principio romano debe preponderar en un mundo como el actual donde sobresale negativamente la mundialización de la economía y los abusos contractuales en el contexto latinoamericano.

3. Es paradigmático que las codificaciones civiles anticausalistas alemana y portuguesa hayan desarrollado adecuadamente el abuso de la autonomía privada aunque los remedios jurídicos sean diversos. A diferencia de las codificaciones civiles causalistas francesa e italiana han regulado deficientemente el abuso de la autonomía privada. Es paradigmático que hayan creado un abismo normativo entre la causa ilícita y la lesión enorme. Por otro lado, los PU, los PEC, el CFR y la PALMOC de España siguen preponderantemente la codificación civil portuguesa pero toman en cuenta la finalidad del contrato para la construcción del contrato con lesión enorme.

⁴¹ Di Marzio, Fabrizio, “Divieto di abuso e autonomia contrattuale d’impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 4, año LVII, Julio-Agosto, Italia, Cedam, 2011, p. 498.

⁴² Di Marzio, *op cit.*, p. 498.

4. Una futura armonización del derecho civil latinoamericano sobre el abuso contractual deberá evaluar si toma en cuenta el modelo francés —influenciado fuertemente por el derecho romano— donde el precio justo es el criterio para establecer la lesión y “no se trata de un vicio de la voluntad sino de un vicio derivado exclusivamente de un desequilibrio económico”.⁴³ Sobre el desequilibrio económico cuantitativo, una doctrina española ha expresado que el criterio aritmético genera una gran dosis de inseguridad jurídica, puesto que la ausencia de un criterio legal, si bien apuesta por una solución más flexible, deja en manos de la autoridad judicial la determinación casuística de la ineficacia o no del negocio.⁴⁴

5. Asimismo para una futura reforma en la codificación civil latinoamericana, deberá evaluarse si se elige el modelo del Cc. de Alemania donde el principio de la prohibición del abuso contractual se sustenta en el remedio de la nulidad a favor del lesionado o el modelo del Cc.Por. donde tal principio otorga remedios de la anulabilidad o de la modificación equitativa sólo a favor del lesionado. El modelo alemán de la lesión enorme se enriquecería favorablemente con la normativa civil latinoamericana de la causa ilícita o del fin ilícito. Una doctrina francesa ha afirmado que “la lesión calificada es un instrumento que compite con la causa en la búsqueda de un equilibrio contractual mínimo, y que su simplicidad en términos de inteligibilidad y de previsibilidad constituye una ventaja importante, aun si la causa, por su flexibilidad, presenta la incomparable ventaja de poder ser usada para luchar contra formas de desequilibrio contractual que la lesión calificada no tiene cómo abordar”.⁴⁵ De este modo, el contrato de lesión enorme sería nulo por causa ilícita o fin ilícito. Dicha afirmación sería compatible con el principio romano de la proporcionalidad de las prestaciones.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión, Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, España, Tirant lo Blanch, 2003.

ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Italia, Cedam, 2006.

⁴³ Menezes Cordeiro, António, *Tratado de direito civil, Parte Geral, Negócio Jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4ª ed. ref. y act. con la colaboración de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Edições Almedina, 2014, vol. II, p. 478.

⁴⁴ Abril Campoy, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión, Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, España, Tirant lo Blanch, 2003, p. 457.

⁴⁵ Mazeaud, Denis, “Las reformas del derecho francés de contratos”, en González de Cancino, Emilsen *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2003, t. II “Contratos”, p. 276.

- AMADIO, Giuseppe, “L’abuso dell’autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento”, *Rivista di diritto civile*, Anno LII, núm. 6, noviembre-diciembre, Italia, Cedam, 2006.
- BUSNELLI, Francesco D, “Giustizia contrattuale”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 19-20, Italia, Mucchi Editore, 2005.
- CARDILLI, Riccardo, *«Bona fides» tra storia e sistema*, Italia, Giappichelli, 2010.
- CARPINO, Brunetto, *La rescissione del contratto*, Artt. 1447-1452 C.C., Italia, Giuffrè, 2000.
- CHECCHINI, Aldo, “La patologia”, *Lezioni di diritto privato*, Italia, Giappichelli, 2007.
- DI MARZIO, Fabrizio, “Divieto di abuso e autonomía contrattuale d’impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 4, Año LVII, julio-agosto, Italia, Cedam, 2011.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol, 3ª ed. española a partir de la 39ª ed. alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, España, 1981, vol. II, Segunda Parte.
- FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2004.
- GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 1999.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed. actualizada, Portugal, 2002.
- HINESTROSA, Fernando, “Estado de necesidad y estado de peligro”, en *Revista de Derecho privado*, núm. 8, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Portugal, Edições Almedina, 2005.
- LEQUETTE, Yves, LOISEAU, Grégoire y SERINET, Yves-Marie, “Validez del contrato – Consentimiento (arts. 1108 a 1115-1)”, en HINESTROSA, Fernando (trad.), *El Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés. Libro III, títulos III y XX*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MAZEAUD, Denis, “Las reformas del derecho francés de contratos”, en González de Cancino, Emilsen *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2003, t. II Contratos.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português. Parte Geral. Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3ª ed. (Aumentada y totalmente revisada), Portugal, Livraria Almedina, 2005, t. I.

- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil, Parte Geral, Negócio Jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4ª edición reformulada y actualizada), con la colaboración de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Edições Almedina, 2014, vol. II.
- MIRABELLI, Giuseppe, *La rescissione del contratto*, Italia, Jovene, 1951.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4ª edición por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Portugal, Coimbra Editora, 2005.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, 2ª edición, Portugal, Coimbra Editora, 2003, vol. II.
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Portugal, Edições Almedina, 2005.
- PARADISO, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, G. Giappichelli, Italia, 2001.
- PERFETTI, Ubaldo, “La giustizia contrattuale nel *Draft Common Reference* del Diritto privato europeo”, en ALPA, Guido, IUDICA, Giovanni, PERFETTI, Ubaldo y ZATTI, Paolo (coord.), *Il Draf Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Italia, Cedam, 2009.
- SANTORO-PASARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Reimpresión, Italia, Jovene, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Argentina, Taurus, 2003.
- SCARSO, Alessandro, *Il contraente «debole»*, Italia, Giappichelli Editore, 2006.
- SCHIPANI, Sandro, “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 24, Italia, Mucchi Editore, 2007.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Italia, Giuffrè Editore, 1990.
- TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Italia, Giuffrè, 2004.
- VETTORI, Giuseppe, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2009.
- ZATTI, Paolo, “Validità e invalidità del contratto”, en *Lineamenti di diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 2005, pp. 497 y 498.