

# LA LIBERTAD DE CONTRATAR

Manuel de la Puente y Lavalle  
Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Miembro del Comité Consultivo  
THĒMIS - Revista de Derecho

*Con independencia de las controversias que pueda suscitar el fenómeno que los ideólogos liberales denominan "fin de la historia", es indudable que actualmente vivimos un marcado predominio del liberalismo económico y político. Se afirma así que nuestra Constitución de 1993 recoge los aires liberales tan en boga en estos días; y que muestra de ello es su artículo 62, que diviniza los contratos -en tanto acuerdo de voluntades libres e iguales- al no permitir que sean modificados por normas legales posteriores. En este contexto, el reconocido jurista Manuel de la Puente y Lavalle analiza la libertad de contratar -o libertad de configuración- dentro de la legislación peruana, e incide en los cambios introducidos por el polémico artículo 62 de la Constitución. Las conclusiones del autor son claras: la norma constitucional establece una excepción al principio de aplicación inmediata de la ley en el caso de los contratos, por lo que deviene en inaplicable el artículo 1355 del Código Civil.*

En su libro titulado "*The End of History*", publicado en el verano de 1989, el Profesor Francis Fukuyama ha proclamado el fin de la historia. Según Fukuyama, con la transformación de Europa Oriental y de la Unión Soviética y el subsecuente desmantelamiento de las economías centralmente planeadas se ha producido "una descarada victoria del liberalismo económico y político" que él considera anuncia el final de la historia, en el sentido de que la decisiva lucha entre los derechos colectivista y liberal y los sistemas de mercado ha terminado, al menos en el nivel de las ideas o ideologías. Fukuyama tiene una algo mezclada reacción ante esta perspectiva, previendo una blandura, homogeneidad y materialismo en los estilos de vida y los valores que él asocia con la ausencia de debate fundamental sobre alternativas de paradigmas políticos y económicos.

Se ha afirmado que este liberalismo ha sido recogido por nuestra Constitución Política de 1993, en el sentido de que ella está orientada a reactualizar los ideales liberales que estuvieron en boga en el siglo XVIII.

En el campo de los contratos este retorno al liberalismo estaría plasmado en su artículo 62, según el cual 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.

Conviene analizar por separado cada uno de estos tres conceptos, debiendo tomar en consideración

para ello la existencia de dos sistemas que, si bien inspirados en razones similares, tienen distintas proyecciones. Por un lado está el liberalismo que es un ideario que exalta el concepto de libertad individual y social, por oposición al intervencionismo que propicia la intervención del Estado en el campo de las relaciones humanas. Por otro lado se encuentra el individualismo que considera que la voluntad individual es la fuente única de la obligación jurídica, cuya contraparte es el normativismo que sostiene que la autonomía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. Generalmente, aunque no siempre, los liberalistas son individualistas y los intervencionistas son normativistas.

El primer concepto contenido en el artículo 62 de la Constitución es la declaración de que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, que constituye una nueva versión de lo dispuesto por el artículo 1354 del Código Civil, de acuerdo con el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Se reconoce así el principio de la libertad de contratar, más propiamente llamada libertad de configuración interna, que garantiza la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí el contenido del contrato que han convenido en celebrar.

Es preciso distinguir esta libertad de la libertad de conclusión del contrato, según la cual las partes tienen la libertad de elegir cómo, cuándo y con quién contratan, que no ha sido discutida sino por los partidarios de la llamada contratación forzosa, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico impone a las partes la obligación legal de contratar.

El problema de la libertad de configuración interna está íntimamente vinculado al principio de la autonomía privada, que reconoce a los hombres la soberanía para vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

Se han dado dos explicaciones al principio de la autonomía privada, que están plasmadas magistralmente en sendas conferencias dictadas por André Rouast y Emmanuel Gounot en la "Semanas Sociales de Francia" en el año 1938.

Según la primera explicación, los derechos subjetivos de los hombres no derivan de un derecho objetivo, sino de la esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada. Es la teoría llamada individualista.

De acuerdo con la segunda explicación, conocida como teoría normativista, la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación en sus intereses, dentro de los cauces que señala dicho ordenamiento.

Personalmente considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

La primera parte del artículo 62 de la Constitución respalda, en mi opinión, la teoría normativista al establecer que los contratantes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

En efecto, se reconoce que la libertad de contratar está limitada por lo que dispone el ordenamiento jurídico al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que existe un marco jurídico, diseñado por este ordenamiento, que las partes no pueden sobrepasar. Es cierto que los contratantes gozan de la libertad de configuración interna, en el sentido de que pueden pactar lo que más convenga a sus respectivos intereses, pero esta libertad no es incondicional, como lo sería según la teoría individualista, sino que sólo puede ejercitarse dentro del campo que le permite el ordenamiento jurídico.

Supongamos que las partes desean celebrar un contrato de locación de servicios. El artículo 62 de la Constitución les permite estipular todos los términos y condiciones que convengan, dándoles la potestad de modelar el contrato a su gusto, pero no podrán, por ejemplo, convenir que el plazo del contrato sea mayor de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios, por prohibírselo el artículo 1768 del Código Civil.

Si el artículo 62 de la Constitución siguiera la teoría individualista, reconociendo que la voluntad humana es la única fuente de la obligatoriedad del contrato, concedería a las partes la libertad de contratar, sin cortapisa alguna. Precisamente al establecer que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, está disponiendo que no podrán pactar válidamente en contra de dichas normas.

Es posible, por lo tanto, llegar a la conclusión de que la primera parte del artículo 62 de la Constitución observa, como lo hace el artículo 1354 del Código Civil, la tesis normativista.

La segunda parte de dicho artículo establece, como se ha visto, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Se introduce así una gran novedad con relación a lo dispuesto por el artículo 1355 del Código Civil, según el cual la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Este artículo ha sido entendido en el sentido que las reglas y limitaciones se aplican no sólo a los contratos por celebrarse sino también a los ya celebrados. Las razones que justifican este razonamiento son las siguientes:

a) La historia del artículo 1355 revela que el legislador fue abandonando su criterio inicial de que las reglas y limitaciones sólo eran aplicables a los contratos a celebrarse, con lo cual se revela su propósito que sean aplicables también a los ya celebrados.

b) Esta opción guarda coherencia con el sistema civil peruano, pues el artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, con lo cual se está aceptando la teoría de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos.

En tales condiciones, como el contrato constitutivo crea una relación jurídica patrimonial, toda ley imperativa dictada con posterioridad al mismo se aplica a las consecuencias de dicha relación, con lo cual se explica por qué las reglas y limitaciones impuestas por la ley son aplicables a los contratos ya celebrados, sin que esto signifique, por indicación expresa del citado artículo III del Título Preliminar, que la ley tenga efectos retroactivos.

Pierde así sustento el argumento de que la aplicación de las reglas y limitaciones establecidas por la ley a los contratos ya celebrados importa admitir el principio de la retroactividad de la ley.

c) Si el artículo 1355 del Código Civil fuera aplicable únicamente a los contratos por celebrarse y no a los ya celebrados, dicho artículo sería totalmente innecesario pues el artículo 1354 del mismo Código ya dispone, como se recuerda, que las partes pue-

den determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Una de las reglas de interpretación de la ley es que, en la duda, ella debe interpretarse en el sentido que pueda tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendría ninguno.

Como el artículo 1355 del Código Civil no tendría efecto propio alguno si se entendiera que sólo es aplicable a los contratos por celebrarse, desde que ésto ya está establecido por el artículo 1354 del mismo Código, debe interpretarse en el sentido de tener algún efecto, que es el de aplicarse a los contratos ya celebrados.

d) Si los contratantes saben que, por razón del artículo 1355 del Código Civil, las reglas y limitaciones que imponga la ley en el futuro se aplicarán a los contratos ya celebrados, no obstante lo cual celebran el contrato, están aceptando esta contingencia. Ello determina que uno de los efectos previstos al celebrar el contrato es tal aplicación.

Es razonable, pues, admitir que las reglas y limitaciones a que se refiere el artículo 1355 del Código Civil son aplicables tanto a los contratos celebrados antes de dictarse la ley que las impongan como a los contratos celebrados después.

Cuando se discutía en el Congreso Constituyente Democrático el que después fue el artículo 62 de la Constitución, se advirtió a su Comisión de Constitución que una declaración de rango constitucional contenida en la segunda parte de dicho artículo en el sentido de que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, daría lugar a que los jueces, por respeto al principio de la jerarquía de las normas, se vieran obligados a preferir el proyectado artículo constitucional sobre el artículo III del Título Preliminar y el artículo 1355 del Código Civil, lo que determinaría un indeseable desconcierto en la administración de justicia. Además, habría lugar a la acción de inconstitucionalidad contra estos artículos, lo que sería aún menos deseable.

Pese a esta advertencia, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el artículo 62 con el texto proyectado, aduciendo que el principio de la libertad de contratar declarado por la nueva Carta Magna, que garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, justifica que los contratos así pactados no puedan ser modificados por leyes posteriores a su celebración.

Producido el enfrentamiento entre la Constitución y el Código Civil, cuya consecuencia es la prevalencia de la primera sobre el segundo, conviene determinar dentro de qué línea doctrinal se encuentra la segunda parte del Artículo 62 de la Constitución.

Se ha afirmado que dicho artículo, al reconocer la llamada santidad del contrato, no permitiendo que sea modificado por normas legales posteriores, tiene un contenido similar, aunque expresado con distintas palabras, al artículo 1134 del Código Napoleón, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho. No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza.

La expresión “fuerza de ley” no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter, sino que es simplemente una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley.

Entendido así el artículo 1134 del Código Napoleón ha sido considerado como la más pura expresión del liberalismo que surgió en Francia con motivo de los ideales que inspiraron la Revolución, que se plasmaron en dos conceptos: la libertad jurídica y la igualdad jurídica.

A la luz de estos conceptos se construyó una teoría según la cual el adecuado juego de ambos tenía como consecuencia necesaria la justicia contractual, desde que los acuerdos de dos voluntades libres e iguales no podían ser una fuente de injusticia, pues de ser así no lo habrían celebrado. Se afirmó, por ello, que “quien dice contractual dice justo”.

Para quienes sostienen que la segunda parte del artículo 62 de la Constitución representa realmente una nueva versión del artículo 1134 del Código Civil francés, con todos los efectos que le son propios, se habría dado un paso decisivo hacia el liberalismo contractual, produciéndose un vuelco de 180 grados.

Así como el Código Napoleón permitía a los interesados quedar contractualmente gobernados por una regulación creada por ellos para satisfacer sus intereses y necesidades, poniendo como únicos límites los principios del orden público y las buenas costumbres, de la misma manera la segunda parte del artículo 62 de la Constitución permite a quienes han celebrado un contrato según las normas vigentes al

tiempo de hacerlo, quedar gobernados por lo pactado en él, teniendo como únicos límites tales normas.

Ello supone, de un lado, un Estado infalible, que nunca se equivoca al dictar las normas aplicables a los contratos, que prevé todo lo previsible en materia contractual, inclusive los cambios que van a producirse por razones históricas, políticas o económicas. Por otro lado, el Estado quedaría encerrado dentro de su propia supuesta infalibilidad, pues sería impotente para corregir lo que debería ser corregido. Dictada una pauta sobre el contenido de los contratos, nada podría hacer el Estado para enmendarla, pese a las injusticias a que pudiera dar lugar, porque ninguna norma legal posterior a la celebración del contrato podría tener efecto alguno.

Sin embargo, éstas serán las consecuencias de la aplicación estricta de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución. El contrato cobra una santidad que no tenía en la Constitución de 1979, según la cual, la ley regula el ejercicio de la libertad de contratar para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho; y que no tenía tampoco en el Código Civil de 1936 ni en el de 1984.

Para evitar estas consecuencias y no verse encarcelado por la intangibilidad del contrato, la única salida, no aconsejable por cierto, sería que el Estado asumiera la ímproba tarea de cubrir mediante leyes todo el universo contractual, no dejando nada, o lo menos posible, a la libertad de configuración interna.

Personalmente no participo de la posición que ha tomado la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues soy partidario de un intervencionismo estatal sensible y prudente, que permita alcanzar lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado la socialización del contrato, expresión que nada tiene que ver con la doctrina del socialismo, pues como dice Bidart Campos, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico.

Confío en que una actuación inteligente de la jurisprudencia y una bien inspirada y convincente opinión de la doctrina puedan limitar los alcances, que considero excesivos e imprudentes, de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución. Mientras esto no se logre debemos acatar, sin paliativos, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones que no estén vigentes al tiempo de celebrarse el contrato.

Esperemos que no sea éste el fin de la historia de la libertad de contratar, según el pronóstico del Profesor Fukuyama.

Empero, se ha quedado aún en el tintero la respuesta al interrogante formulado anteriormente respecto a qué línea doctrinal, el voluntarismo (que es distinto del liberalismo) o el normativismo (que es diferente al intervencionismo) sigue la segunda parte del artículo 62 de la Constitución.

Parecería a primera vista que la prohibición constitucional de modificar por leyes los términos contractuales, al reconocer de este modo la santidad del contrato, se orienta hacia la teoría tradicional de la autonomía de la voluntad que deriva la fuerza obligatoria del contrato de la libre voluntad. Sin embargo, nada impide que dentro de la teoría normativista el Estado, pese a su poder de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos, se autolimite este poder renunciando a la facultad de modificar un contrato ya celebrado.

La disposición de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, según la cual los contratos no pueden ser modificados por leyes posteriores a su celebración, no constituye, de por sí, un índice infalible sobre el sustento doctrinal de la libertad de contratar consagrada por nuestra Carta Magna, desde que puede sustentarse indistintamente en la doctrina tradicional o en la teoría normativista. Sin embargo, el hecho mismo de ser la propia Constitución la que otorga a la libertad de contratar el sentido de garantizar que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, pone de manifiesto que esta garantía existe porque la Constitución expresamente la impone (tan es así que establece una normatividad distinta que la precedentemente consagrada por el Código Civil) y no simplemente se limita a reconocer su existencia, con lo cual nos encontramos dentro del campo de la teoría normativista.

En estas condiciones, la Constitución de 1993 no tiene en materia contractual un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sí misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato se encuentra en esta materia en la misma línea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista incompatibilidad entre la segunda parte del artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código Civil, por lo cual, dado el principio de jerarquía de las normas declarado por el artículo 51 de la Constitución, los jueces deben pre-

ferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 138 de la misma Constitución.

Se presenta así un raro caso de coexistencia de la teoría liberalista (que proclama la inmodificabilidad del contrato) con la teoría del normativismo (que concede al Estado la potestad de delegar en los particulares la libertad de contratar).

La tercera parte del artículo 62 de la Constitución dispone que 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.

Respecto a los mecanismos de protección previstos en el contrato poco cabe decir, pues ellos dependerán de la previsión de las partes, guiadas por los meditados consejos de sus asesores legales.

En cuanto a los mecanismos de protección contemplados en la ley, entiendo que se ha querido hacer referencia a la lesión y a la excesiva onerosidad de la prestación, que son las dos instituciones que, como excepción al principio de la obligatoriedad del contrato, buscan establecer un equilibrio contractual que no ha existido en la primera y que se ha roto en la segunda.

Sabemos que el artículo 1361 del Código Civil establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Dentro del contexto de este artículo la norma contenida en él no debe ser entendida como que el contrato crea obligaciones, sino en el sentido de que genera un efecto obligatorio que ata a las partes, conminándolas a cumplir el contrato.

Pues bien, tanto la lesión como la excesiva onerosidad de la prestación escapan a la regla de la obligatoriedad del contrato en aras de alcanzar la justicia contractual.

Mediante la celebración de todo contrato-sea unilateral o con prestaciones a cargo de ambas partes- se busca, o debe buscarse, la existencia de un equilibrio conceptual entre los respectivos intereses de las partes. No se trata de un equilibrio entre las prestaciones que son el contenido de la relación jurídica patrimonial nacida del contrato ni, menos aún, una equivalencia, en el sentido de igualdad en el valor patrimonial, entre dichas prestaciones, sino de un equilibrio de los intereses que las partes desean satisfacer mediante la celebración del contrato.

En el caso de la lesión el equilibrio contractual no existe, se ha perdido en el momento mismo de la celebración del contrato, debido a que una de las

partes, aprovechándose de la necesidad apremiante de la otra, impone una relación jurídica en la cual existe una desproporción evidente entre las prestaciones.

Como remedio a la existencia de la lesión, el ordenamiento jurídico peruano concede al contratante lesionado la posibilidad de la acción de rescisión del contrato destinada a dejarlo sin efecto desde el momento de su celebración

Si nosotros aplicáramos con toda su pureza el principio de la santidad del contrato, debería proscribirse el instituto de la lesión. Uno de los detractores<sup>1</sup> de este instituto dice así: “El jurista debe medir con calma y meditar sobre si, en trance de conjurar la lesión de los patrimonios, no provoca la lesión enormísima del orden jurídico, alcanzado de tal modo en su estabilidad por la convulsión de todo el régimen en que se apoyan los acuerdos voluntarios”. Estas y otras razones motivaron que el Profesor Max Arias Schreiber, autor del Anteproyecto de las Disposiciones Generales de los Contratos, opinara inicialmente que se desechara la consagración de la lesión en el que después fue el Código civil de 1984, aunque después, con la honradez intelectual que le caracteriza, cambió de opinión y defendió decisivamente la introducción de esta institución.

Pese a que la segunda parte del artículo 62 de la Constitución recoge el principio de la santidad del contrato, lo hace en términos tales que no crea un conflicto con lo preceptuado en la tercera parte del mismo artículo, en lo que se refiere a la lesión.

En efecto, dicha segunda parte impide modificar un contrato en virtud de normas legales posteriores a su celebración, pero respeta las limitaciones impuestas por normas legales vigentes al tiempo del contrato. Como la posibilidad de rescisión del contrato por lesión está prevista en el Código Civil de 1984, que se encuentra vigente desde antes de que rigiera el artículo 62 de la Constitución y, consecuentemente, de la celebración de los contratos amparados por este artículo, tal posibilidad se aplica a estos contratos.

En los que respecta a la excesiva onerosidad de la prestación la situación es similar.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la lesión, tratándose de la excesiva onerosidad de la prestación existe un equilibrio contractual al momento de celebrarse el contrato, pero este equilibrio se ve roto

por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ocurridos después, que determinan que la prestación a cargo de una de las partes se convierta en excesivamente onerosa.

También a diferencia de la lesión, el remedio en el caso de la excesiva onerosidad de la prestación es que se reduzca la prestación que se ha convertido en excesivamente onerosa o se 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, se decidirá la resolución del contrato, o sea dejarlo sin efecto desde el momento en que se produce el acontecimiento extraordinario e imprevisible, aun cuando sin afectar las prestaciones ejecutadas.

En cambio, a semejanza de la lesión no existe incompatibilidad entre la aplicación del remedio contra la excesiva onerosidad de la prestación y lo dispuesto en la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues la inclusión de aquella en el Código Civil de 1984 determina que ya estuviera vigente al promulgarse la Constitución, por lo cual queda comprendida entre las normas legales que fijan el marco dentro del cual se puede ejercitar la libertad de contratar concedida por la primera parte de dicho artículo.

El análisis que se acaba de hacer respecto a los efectos que ha tenido lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución sobre lo preceptuado por el artículo 1355 del Código Civil pone de manifiesto que se ha dado un gran paso, unos dirán hacia adelante y otros dirán hacia atrás, respecto a la situación de los contratos ya celebrados. Según la Constitución, los términos de los contratos ya celebrados no pueden ser modificados por normas legales posteriores a su celebración. De acuerdo con el artículo 1355 del Código Civil ello era posible.

Surge un nuevo problema, no previsto por los constituyentes, relacionado con la existencia del artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

De acuerdo con este artículo, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú. Se consagra así el principio de la aplicación inmediata de la ley, según el cual la nueva ley regula las consecuencias de un hecho pasado, que se realizarán bajo su imperio consideradas por sí mismas.

<sup>1</sup> RISOLIA, Marco Aurelio, “Soberanía y crisis del contrato”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 179.

Resulta de esta manera que, aplicando el artículo en referencia a la relación jurídica creada por un contrato, esta relación quedará modificada por las normas legales dictadas con posterioridad a la celebración de dicho contrato, creándose así un conflicto con la segunda parte del artículo 62 de la Constitución que, como se ha visto repetidamente, dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por normas legales posteriores.

Afirma Rubio<sup>2</sup> que el artículo III del Título Preliminar del Código civil está diseñado como una norma complementaria del principio de aplicación de las leyes en el tiempo que se refiere no sólo al Código Civil, ni sólo a las normas de Derecho Privado, sino a todas las leyes.

Tenemos, pues, que estando al principio de que la ley especial posterior coexiste con la ley general anterior, la cual pasa de ser una regla absoluta para convertirse en regla limitada por excepciones;<sup>3</sup> la segunda parte del artículo 62 de la Constitución coexistiría con el artículo III del Título Preliminar, el cual no se aplicaría a los contratos.

De todas maneras no deja de llamar la atención que, tratándose de los contratos, se establezca una excepción al principio de la aplicación inmediata de la ley, que la doctrina reconoce como la teoría preferible en materia de superposición de las leyes.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto puede afirmarse que el artículo 62 de la Constitución contiene tres principios que son: 1. la garantía que otorga la libertad de contratar; 2. la inmutabilidad del contrato por razón de normas legales dictadas con posterioridad a su celebración; y 3. la solución de los conflictos derivados de la relación contractual mediante los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. De ellos solamente el segundo constituye una novedad con relación al Código Civil, que determina una aproximación al liberalismo.

Antes de terminar esta exposición quiero volver a su principio, o sea al pronóstico del Profesor Fukuyama sobre el fin de la historia. Con posterioridad al enunciado de dicho pronóstico, Michael J. Trebilcock<sup>4</sup> ha escrito un libro que lleva como título "*The Limits of Freedom of Contract*", publicado en 1993, en el cual desafía la sombría predicción de

Fukuyama, manifestando que, aun si fuera cierto que la sociedad se entrega a un liberalismo económico y a una economía de mercado, subsisten muchas cuestiones perturbadoras y potencialmente divisivas.

Entre estas cuestiones destaca que la óptima distribución y utilización de los productos requiere que las divergencias entre costos privados y costos sociales sea minimizada y que las divergencias entre beneficios privados y beneficios sociales sea también minimizada, lo cual sólo es posible mediante una adecuada colaboración entre los interesados, que un liberalismo exagerado deja de propiciar. Como un ejemplo de esta colaboración menciona el paradigma que la doctrina norteamericana conoce como el Dilema del Prisionero, que relata de la siguiente manera:

Dos sospechosos de haber cometido un crimen son tomados en custodia y separados en cuartos diferentes, donde no se podían comunicar uno con el otro. El fiscal está seguro de que ellos son culpables de un crimen específico, digamos robo a mano armada, pero no tiene adecuada evidencia que asegure que iban a ser condenados en juicio. El manifestó a cada prisionero por turno que tenía dos alternativas: confesar el crimen que la policía estaba segura que habían cometido, o no confesar. Si ambos no confesaban, el fiscal sostendría que fueran condenados por un delito menor, tal como posesión ilegal de armas de fuego, y ambos recibirían una sentencia menor, por ejemplo, un año de prisión. Si ambos confesaban haber cometido el mayor cargo, serían procesados, pero el fiscal recomendaría menos que la sentencia más severa, y él esperaba que cada uno de ellos recibiría una pena de ocho años de prisión. Sin embargo, si uno confesaba, esto es, proporcionaba evidencia del crimen, y el otro no; el que confesara recibiría un tratamiento indulgente, quizá tres meses en prisión, mientras el otro recibiría la más severa sanción prevista por la ley -diez años en prisión-.

Obviamente, la solución más favorable para ambos prisioneros es no confesar, con lo cual recibirían un año de prisión. Sin embargo, cada uno encaraba la tentación de confesar para recibir la sentencia ligera (tres meses en prisión) por proporcionar evidencia a la fiscalía. Si cada uno razonaba de esta manera, ambos terminarían confesando y recibirían 8 años

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Fondo Editorial de la P.U.C.P., Lima, 1986, pág. 20.

<sup>3</sup> COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general de Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 105.

<sup>4</sup> TREBILCOCK, Michael J., "*The limits of freedom of contract*", Harvard University Press, Cambridge, 1993, pág. 10.

de prisión, que es la solución menos favorable entre las varias alternativas. Los analistas teóricos predecían que, si bien no inevitablemente, habría una fuerte tendencia a que esta solución sea la que resulte elegida.

Según Trevilcock, siempre existe un riesgo significativo de que las estrategias de defección individualista primen sobre las estrategias de cooperación. En un contexto de derechos de propiedad, el autor considera el siguiente ejemplo:

“Asumamos que en una sociedad pre-legal, donde los individuos y grupos existen en un llamado estado natural, la Tribu A cultiva maíz en un valle y en un valle vecino la Tribu B produce carne. Asumamos también que la tierra del Grupo A es inadecuada para producir algo distinto de maíz y que la tierra de la Tribu B es inadecuada para producir algo distinto a carne. Supóngase que los miembros de la Tribu A hubieran preferido variar su dieta de vez en cuando comiendo tanto carne como maíz y que, similarmente, los miembros de la Tribu B hubieran preferido algo de maíz tanto como carne. En estos términos, surge la pregunta sobre cómo puede lograrse la transferencia de maíz de la Tribu A a la Tribu B y la transferencia de carne de la Tribu B a la Tribu A. Las dos opciones básicas son negociar o robar. Una estrategia cooperativa indicaría claramente negociar; una estrategia defectiva propiciaría robar. La cuestión es ¿surgerà un resultado cooperativo? Obviamente, en un camino corto, los

miembros de cada tribu tienen incentivos sustanciales para preferir robar antes que negociar desde que robar presupone más bajos costos que negociar, donde algo debe darse como un *quid pro quo*. Sin embargo, si los miembros de ambas tribus razonan similarmente cada tribu perdería su tiempo imaginando estrategias de ataque y los miembros de la otra tribu imaginarían estrategias defensivas, resultando que no se produciría maíz ni carne, pues las energías de ambas tribus estarían absorbidas por actividades ofensivas y defensivas. Esto ejemplifica la aplicación del Dilema del Prisionero a un conflicto de derechos de propiedad, donde hay un significativo riesgo de que surja la solución del *joint welfare minimizing*.

“Para reducir las probabilidades de que surja una solución de esta clase, los miembros de cada tribu deben primero reconocer los exclusivos derechos de propiedad de la otra tribu sobre sus tierras. Aun en un estado natural, dado que las partes encaran a menudo el prospecto de repetidas interacciones con cada otra, el Dilema del Prisionero se resolvería por sí solo, con el eventual reconocimiento de que la estrategia del *joint welfare maximizing* surgiría. Sin embargo, en sociedades contemporáneas que comprenden mucho mayor número de miembros, y más relaciones impersonales y efímeras, el resolver el Dilema del Prisionero resultaría ser más intimidante en muchos contextos, y el sistema legal formal tiene que jugar un mayor rol central para prevenir la externalización de costos o beneficios”.