

LA PARÁBOLA DE LA VIUDA POBRE: EN DEFENSA DE LA LESIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

THE PARABLE OF THE POOR WIDOW: IN DEFENSE OF UNCONSCIONABILITY IN CONTRACT LAW

Fabio Núñez del Prado Chaves*

**Ex Miembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Rebaza, Alcázar & De las Casas**

The injury in contract law is a notion that has not been exempt from criticisms that question its relevance and usefulness in the Peruvian legal system. In this line, in this paper the author analyzes article 1447 of the Civil Code from different angles, such as the economic analysis of law and diverse national and international doctrine.

Finally, the author concludes that this figure is important and necessary for a Rule of Law; but not without first recognizing that the injury in contract law should be rethought, but not eliminated.

KEYWORDS: unconscionability, Civil Code; state of compelling necessity; civil law; common law.

La lesión en el derecho de los contratos es una figura que no ha sido ajena a críticas que cuestionan su relevancia y utilidad en el ordenamiento jurídico peruano. En esa línea, en el presente trabajo el autor analiza el artículo 1447 del Código Civil desde distintas aristas, tales como el análisis económico del derecho y diversa doctrina nacional e internacional.

Finalmente, el autor concluye que esta figura es importante y necesaria para un Estado de Derecho; no sin antes reconocer que la lesión en el derecho de los contratos debe ser repensada, mas no eliminada.

PALABRAS CLAVE: Lesión; Código Civil; estado de necesidad apremiante; civil law; common law.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Yale. Socio de Rebaza, Alcázar & De las Casas (Lima, Perú). Profesor de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 9 de julio de 2024, y aceptado por el mismo el 26 de agosto de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En aquel tiempo, alzando Jesús la mirada, observó a un fariseo muy acaudalado que pasó por el templo y depositó enormes cofres de dinero en la caja de las ofrendas. Posteriormente, pasó un sacerdote y colocó enormes cantidades de denarios. De repente, apareció una viuda pobre que echó tan solo dos moneditas de muy poco valor.

Entonces, Jesús preguntó a sus discípulos: “¿Cuál de los tres ha dado más?” Algunos discípulos afirmaban que el fariseo, porque había entregado una cantidad enorme de cofres de moneda. Otros murmuraban que el sacerdote, ya que las monedas eran de considerable valor. Jesús, sin embargo, afirmó: “Les aseguro que la viuda dio más que todos los ricos”. Los discípulos se miraban entre sí, sin entender lo que Jesús quería decirles. Fue en ese momento que Jesús continuó diciendo: “Los dos primeros dieron de lo que les sobraba; pero la viuda, que es tan pobre, dio todo lo que tenía para vivir”¹.

Más allá de su enseñanza moral, la parábola de Jesús aporta a la teoría económica, anticipando una idea que siglos después sería atribuida a economistas como Carl Menger. Se trata de la teoría subjetiva del valor, que destaca la importancia de las preferencias individuales en la determinación del valor de un bien.

La economía marginalista, desarrollada por Carl Menger, William Stanley Jevons y Leon Walras, sostiene que el valor de un bien no se determina por propiedades inherentes al mismo ni por la cantidad de trabajo necesaria para su producción, sino por la importancia que un individuo le otorga para alcanzar sus objetivos o deseos (Menger, 1871, p. 120). En otras palabras, el valor de un bien es subjetivo y depende de su utilidad marginal. Y esta utilidad marginal se encuentra estrechamente vinculado con la escasez del bien².

En la parábola de la viuda pobre esta situación se puede explicar de forma relativamente sencilla. El fariseo y el sacerdote, al contrario que la viuda pobre, no asignan el mismo valor a las monedas. La teoría subjetiva del valor nos permite comprender esta situación³. Mientras el fariseo y el sacerdote donaron dinero que les sobraba, la viuda pobre se desprendió de las monedas que le hacían falta, demostrando una valoración mucho más profunda de su valor.

Como nos enseña Jesús, la viuda pobre ofreció una limosna mucho más significativa que el sacerdote y el fariseo. Y es que es sencillo dar limosna cuando se tiene en abundancia, pero es un gran sacrificio hacerlo cuando se carece de lo necesario. La escasez es un factor determinante en la valoración que le asignamos a los bienes. Cuando un millonario dona cofres llenos de dinero como obra de caridad, esa donación no implica una renuncia a sus necesidades básicas. En el caso de la viuda pobre, las moneditas de las que se desprendió probablemente representaban una de sus comidas del día. Renunciar a esos pocos denarios tiene un valor moral mucho mayor que la donación de una gran suma de dinero por parte de una persona acaudalada.

En cualquier caso, la parábola de la viuda pobre evidencia que el valor es subjetivo. Menger explica que el valor de los bienes se fundamenta en la relación que estos tienen con nuestras necesidades, no en los bienes mismos. El valor, por lo tanto, es susceptible de modificaciones, aparición o desaparición en función de las circunstancias. Menger continúa explicando que el valor no es una cualidad inherente a los bienes, ni tampoco una cosa autónoma, independiente, y asentada en sí misma. El valor es un juicio que cada individuo realiza sobre la importancia que los bienes tienen para la conservación de su vida y bienestar y, por lo tanto, no existe fuera del ámbito de su conciencia (Menger, 1871, p. 178).

¹ Esta es una adaptación de la parábola de la viuda pobre con varios matices que han sido introducidos por el autor (Reina Valera, 1969, Marcos 12:41-44 y Lucas 21:1-4).

² En ese sentido, Benegas Lynch ha señalado que:

[...] en diversas oportunidades se expusieron teorías que combinaron varios elementos como determinantes del valor, pero este problema y la antedicha antinomia fueron recién resueltos cuando la Escuela Austríaca formuló y posteriormente desarrolló la teoría de la utilidad marginal, la cual se resumía en el binomio utilidad-escasez. Utilidad entendida también como la capacidad que el sujeto ve en el objeto para satisfacer sus necesidades, pero escasez en un sentido distinto de la consideración abstracta de la teoría de la escasez arriba comentada. Escasez, en esta nueva concepción, hace referencia al significado de determinada cantidad para determinado individuo en determinadas circunstancias, lo cual vincula estrechamente la escasez a la utilidad. (Benegas, s.f., p. 70)

³ Como señala Ghersi:

El valor es una cualidad que la gente le atribuye a la cosa, pero en función de múltiples consideraciones como pueden ser su utilidad o su escasez. Las cosas no valen nada más que la opinión que tiene de ellas la gente. La gente estima que valen. Cada uno de nosotros le reconocemos valor a las cosas en función de su utilidad o de su escasez. (2005, p. 190)

Una de las normas del sistema jurídico que guarda estrecha relación con la teoría subjetiva del valor es el artículo 1447 del Código Civil que regula la figura de la lesión en el derecho de los contratos. Algunos autores han argumentado que los defensores de la lesión no entienden de economía porque parten del presupuesto de que el valor es objetivo (Bullard, 2001, p. 228).

El propósito de este artículo es defender la existencia de la lesión en el derecho de los contratos. La situación es curiosa porque coincido con los críticos de la lesión en que el valor es subjetivo; sin embargo, considero que la lesión no debe ser derogada. Las instituciones jurídicas no solo deben ser analizadas desde una perspectiva económica. El análisis económico del derecho (en adelante, AED) es una herramienta útil, ya que aporta una perspectiva adicional para analizar las instituciones legales. Sin embargo, para determinar si una institución o una norma es deseable en un sistema jurídico, resulta indispensable analizarla desde varias otras disciplinas, como la sociología, la antropología, la psicología, la biología e incluso la axiología.

El artículo se estructurará de la siguiente manera: en la segunda sección se analizarán los elementos de la lesión en el sistema jurídico peruano; luego, en la tercera sección, se examinarán los principales argumentos de los críticos de la lesión, explicando tanto los argumentos con los que concuerdo como aquellos con los que discrepo; en la cuarta sección se explorarán distintos argumentos interdisciplinarios que sustentan la preservación de la lesión en el derecho de los contratos; en la quinta sección se examinará cómo debería estar regulada la lesión en el derecho de los contratos; seguidamente, se explicará el remedio legal adecuado para la lesión en el derecho de los contratos; finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones a modo de reflexión.

II. LOS ELEMENTOS DE LA LESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

El artículo 1447 del Código Civil establece lo siguiente:

La acción rescisoria por lesión solo 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. (1984)

La literatura ha establecido que esta norma tiene un elemento objetivo y dos elementos subjetivos en su supuesto de hecho:

Figura 1: Elementos del artículo 1447

Elemento objetivo	Una desproporción entre las prestaciones que al momento de celebrar el contrato es mayor a las dos quintas partes.
Elementos subjetivos	El estado de necesidad apremiante de una de las partes.
	El aprovechamiento de la contraparte de dicho estado de necesidad apremiante.

Fuente: Elaboración propia.

Si bien la norma no lo expresa de forma explícita, es evidente que existe una relación causal entre la supuesta desproporción entre las prestaciones y el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante. En otras palabras, la desproporción entre las prestaciones es consecuencia del aprovechamiento de una parte del estado de necesidad apremiante de la otra (Bullard, 2001, p. 226).

En una sección posterior se analizará por qué el elemento objetivo de la lesión resulta confuso y su redacción es deficiente. Antes de abordar estos elementos, es necesario realizar algunas observaciones sobre la teoría del valor. En esta sección, nos centraremos en los elementos subjetivos que, desde mi punto de vista, constituyen la esencia de la lesión.

Desde mi punto de vista, el elemento objetivo es virtualmente anecdótico e incidental en la norma. De hecho, sería posible eliminar cualquier alusión al elemento objetivo del artículo 1447 del Código Civil sin desnaturalizarlo. Por el contrario, la eliminación de los elementos subjetivos harían que la norma perdiera su esencia. No podríamos hablar de lesión, ya que el elemento sintomático a ella es el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante al momento de celebrar un contrato.

Por consiguiente, a continuación, se analizarán los elementos subjetivos del artículo 1447 del Código Civil.

A. El estado de necesidad apremiante

Si una persona alega haber sido víctima de un supuesto de lesión, tiene la carga de probar que se encontraba en un **estado de necesidad apremiante**. En consecuencia, es fundamental indagar el significado preciso de ‘estado de necesidad apremiante’.

Amado define el ‘estado de necesidad’ como una “situación de apremio ocasionada por la existencia de un peligro grave e inminente que de alguna

manera amenaza la seguridad de un individuo” (1984, p. 41). Por su parte, Correa lo define como la situación en la que se encuentra una persona que se ve en una posición apremiante para su vida o para un interés jurídicamente tutelado y, por ende, realiza una acción que le resulta irresistible (2020, p. 3).

La inclusión del adjetivo “apremiante” cuando se hace alusión al estado de necesidad es una obviedad. Desde mi perspectiva, todo estado de necesidad es, por definición, apremiante. De hecho, algunos de los sinónimos de ‘apremiante’ en la Real Academia Española son ‘urgente’, ‘inaplazable’ y ‘perentorio’. Queda claro que se trata de una situación en que el factor tiempo es crucial y la víctima no puede esperar.

Ahora bien, la definición que se establezca para ‘estado de necesidad’ no puede ser ajena al ordenamiento jurídico. Si existe una definición de “estado de necesidad” en otra rama del derecho, a menos que se demuestre que no es extrapolable al derecho civil, dicha definición debe prevalecer para asegurar la coherencia y uniformidad del sistema jurídico. Y lo cierto es que ‘estado de necesidad’ es un concepto que se encuentra claramente definido en el derecho penal.

Los incisos 4 y 5 del artículo 20 del Código Penal contemplan, respectivamente, el estado de necesidad justificante y exculpante.

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

[...]

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviere obligado por una particular relación jurídica. (1991)

No queda claro en el artículo 1447 del Código Civil si, al hacer referencia a “estado de necesidad apremiante”, se hace alusión al estado de necesidad justificante, exculpante o a ambos. En todo caso, tras un análisis de la literatura y la jurisprudencia, consideramos que el “estado de necesidad apremiante” contemplado en el Código Civil presenta las siguientes características.

Primero, el estado de necesidad apremiante surge en una situación de peligro actual, grave e inminente que afecta o amenaza de forma inminente la vida, la integridad, libertad de una persona o, en casos excepcionales, algún otro bien jurídico. Existe un debate doctrinal sobre la posibilidad de invocar estado de necesidad cuando lo que está en peligro es la propiedad de una persona. Desde mi punto de vista, ello no debería admitirse, ya que el estado de necesidad es reconocido en el ordenamiento jurídico con el objetivo de considerar las situaciones en las que una persona actúa motivada por el instinto de supervivencia y conservación. Sin embargo, cuando se trata de la propiedad de una persona, por muy valioso que sea el bien, este instinto pierde relevancia (Hinestrosa, 2005, p. 120).

Segundo, excepcionalmente, la afectación o amenaza inminente puede no afectar directamente a la persona, sino a un tercero, como por ejemplo un ser querido.

Tercero, el estado de necesidad apremiante es ‘irresistible’, es decir, la situación apremiante es tan grave que la persona no puede actuar de forma diferente (Hinestrosa, 2005, p. 120). En otras palabras, la persona no puede evitar el desenlace sin sacrificar un interés jurídicamente tutelado (Amao, 1984, p. 42).

Cuarto, el estado de necesidad apremiante constituye una justificación para un acto delictivo, lo que determina la exención de responsabilidad penal. Esto se explica porque, como ya se mencionó, el sistema jurídico reconoce que la persona actúa bajo el instinto de conservación y supervivencia.

Existen varios ejemplos que se suelen utilizar para graficar situaciones de estado de necesidad. Un primer ejemplo que se suele citar en la literatura es el de un barco en alta mar que amenaza con hundirse y una lancha remolcadora que llega a su rescate. En este caso, la lancha remolcadora

exige como condición para salvar a los tripulantes y el cargamento del barco en alta mar una contraprestación del 99% del valor del barco y su cargamento. El capitán del barco no tiene más opción que aceptar estos términos, ya que, de no hacerlo, su embarcación se hundirá (Patrón, 2001, p. 143).

Otro ejemplo clásico se presenta cuando una persona ingresa a una farmacia para adquirir medicamentos con el objetivo de salvar su propia vida o la de un ser querido. Si el vendedor se los quiere vender a un precio exorbitante y esa persona recurre a la fuerza para apropiarse de los medicamentos con el propósito de sobrevivir, se encuentra exonerado de responsabilidad penal. Como es fácil advertir, los elementos de la lesión identificados están presentes en ambos ejemplos reseñados.

B. El aprovechamiento

La persona que alega haber sido víctima de un supuesto de lesión tiene la carga de probar que la otra se aprovechó de su estado de necesidad apremiante. En este contexto, resulta indispensable comprender el significado preciso de ‘aprovechamiento’.

El Diccionario de la Real Academia Española define el término ‘aprovechar’ como “sacar provecho de algo o de alguien, **generalmente con astucia o abuso**” [el énfasis es nuestro]. De hecho, dos de los sinónimos de ‘aprovechamiento’ son ‘explotación’ y ‘abuso’. En otras palabras, cuando hablamos de “aprovechamiento”, nos encontramos en una situación en la que una persona busca, de forma intencionada, abusar y explotar a otra.

Si bien podría argumentarse que en todos los contratos las personas buscan obtener beneficios, la diferencia radica en que, en el caso de la lesión, la motivación del aprovechador para lucrar está condicionada por el estado de necesidad en el que se encuentra la otra persona. En otras palabras, el “aprovechador” utiliza la necesidad apremiante de la otra persona como una herramienta para explotarla y obtener mayores beneficios⁴. De esta forma, se puede afirmar que la lesión constituye un ‘saqueo’ contractual.

En consecuencia, el requisito del “aprovechamiento” no se cumple cuando una persona celebra un contrato con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, y, al igual que cualquier

persona, simplemente busca que el contrato satisfaga sus intereses. La carga probatoria para demostrar el “aprovechamiento” es mucho más elevada. El demandante debe probar que el “lesionante” está utilizando su estado de necesidad apremiante como una herramienta para explotarla y obtener ventajas de su vulnerabilidad y miseria. El “aprovechamiento”, por definición, implica la existencia de una conducta temeraria, abusiva y dolosa, que vulnera los principios más esenciales de la buena fe. Cabe destacar que alegaciones como “aprovechamiento”, “abuso”, “mala fe” o “dolo” no solo deben ser probadas, sino que deben estar sometidas a un estándar de prueba muy elevado.

En consecuencia, el hecho de que una persona celebre un contrato con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante no implica automáticamente que se está aprovechando. El artículo 1447 del Código Civil no establece una presunción en ese sentido. “Aprovechamiento” y “estado de necesidad apremiante” son elementos distintos de la norma y ambos deben ser probados de forma independiente.

Estas observaciones son fundamentales, ya que se les ha prestado poca atención en la literatura. Muchas personas han ignorado este requisito como si fuese un detalle menor. El “aprovechamiento” es un elemento fundamental y uno de los candados que permite que la norma no se preste a abusos. Cuando una persona articula una pretensión de lesión en el Poder Judicial, el “aprovechamiento” es el elemento que asegura que el mero hecho de que una persona esté en estado de necesidad apremiante no sea suficiente para dejar sin efecto el contrato. Este elemento establece una carga probatoria elevada con el objetivo de asegurar que solo sean dejados sin efecto los contratos en que se verifica el cumplimiento de todos los elementos de la norma. No es el propósito de la norma dejar sin efecto los contratos celebrados que un individuo, en buena fe, celebra con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante.

III. LOS DETRACTORES DE LA LESIÓN

A. En lo que estoy de acuerdo con Bullard y Ghersi

Bullard y Ghersi argumentan que el principal error conceptual en la defensa de la figura de la lesión radica en una comprensión errónea de la teoría

⁴ Al respecto, Castillo Freyre y Vásquez empieza indicando que “partiendo del discutible supuesto de que mientras más provecho se le pueda sacar a la circunstancia desventajosa de otro —a su desgracia, para hablar sin eufemismos—, mejor será el negocio, porque mayor será también el beneficio para el aprovechador [...]” (2004, p. 93)..

del valor. Coincido con ellos en este punto. La redacción del artículo 1447 del Código Civil es deficiente. Como se ha mencionado, la norma inicia señalando que “la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse **cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes**” [el énfasis es nuestro] (1984).

El hecho de que la norma aluda a la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sugiere que el legislador concibe el valor como algo objetivo, lo cual es equivocado. Y es que las prestaciones no tienen que ser equivalentes, proporcionales o simétricas. El hecho de que el artículo 1447 del Código Civil lo sugiera es un error conceptual muy grave. Los contratos, por definición, son desequilibrados⁵. Las personas se ven motivadas a celebrar contratos porque creen que, al hacerlo, obtendrán una utilidad. En otras palabras, las personas contratan porque prefieren el bien o servicio de su contraparte. En la ecuación contractual, existe una valoración subjetiva y diferenciada de cada parte. Se asignan un mayor valor al recurso que se recibirá que al que se entregará. Y ello tiene como correlato que las prestaciones sean siempre asimétricas.

Afirmar que debe existir equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones al momento de celebrar el contrato es incorrecto. Si fuera así, los contratos simplemente no se celebrarían. Si las valoraciones sobre los bienes coincidieran, las personas no tendrían ningún incentivo para celebrar contratos. La teoría económica nos indica que las personas celebran contratos cuando los beneficios esperados superan los costos.

El hecho de que el legislador introduzca el término “desproporción entre las prestaciones” en el artículo 1447 del Código Civil sugiere que tiene una visión objetiva del valor. Sin embargo, no está claro cuál es ese valor objetivo ni cómo se calcula la desproporción entre las prestaciones. ¿Se trata del valor de mercado? ¿El costo de la inversión? El artículo 1447 del Código Civil no brinda ninguna luz al respecto.

Tal y como está redactada la norma, resulta difícil argumentar que el legislador se refiera al valor de mercado. La norma establece claramente que la

acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando existe desproporción entre las prestaciones, no entre precio y el valor de mercado de las prestaciones. En cualquier caso, la redacción de la norma es confusa.

En el *common law* se ha reconocido la teoría subjetiva del valor mediante la teoría del ‘*no adequacy of consideration*’. A diferencia del *civil law* –en que se reconoce la teoría de la causa en muchos sistemas jurídicos–, el *common law* exige la existencia de “*consideration*” para que un contrato sea exigible.

En Estados Unidos se ha establecido que la existencia de “*consideration*” requiere dos elementos: (i) debe existir un ‘*bargained-for-exchange between the parties*’; y (ii) debe existir un beneficio para el “*promisor*” o un detrimento para el “*promisee*”.

Por su parte, en Inglaterra se ha definido “*consideration*” como “*an act or forbearance of one party or the promise thereof*” (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd c. Selfridge & Co Ltd, 1915). En otras palabras, “*consideration*” es el precio que se paga por la promesa o acción de la otra parte.

Si bien los contratos deben tener ‘*consideration*’ para ser exigibles, en el *common law* se ha establecido la regla del ‘*no adequacy of consideration*’. En ese sentido, en Estados Unidos se ha establecido que “*courts of law normally will not inquire into the adequacy of consideration (i.e., the relative values exchanged). If a party wishes to contract to sell an item of high market value for a relatively low price, so be it*” [el énfasis es nuestro] (Barbri, s.f.).

De manera similar, en Inglaterra se ha precisado lo siguiente con respecto al “*no adequacy of consideration*”:

For consideration to be sufficient in the eyes of the law, it must have some value, even if very small. Consideration is simply about ensuring that the parties have agreed on an exchange of promises. **The courts will not be concerned as to whether that bargain represents a good deal for either or both of the parties, that is, whether it is of adequate or nearly equivalent value compared to the**

⁵ Escuché una vez a Freddy Escobar en una charla afirmar que la idea de la proporcionalidad de las prestaciones se deriva de una mala lectura de “Ética a Nicómaco” de Aristóteles. El profesor Escobar enfatizaba, sin embargo, que en realidad Aristóteles sostenía exactamente lo contrario, y que había personas como Santo Tomás de Aquino que habrían distorsionado el mensaje en el camino. En cualquier caso, lo relevante es que –según Escobar– para Aristóteles tenía muy claro que los contratos son siempre desequilibrados.

consideration given by the other party [el énfasis es nuestro]⁶.

Como no es difícil advertir, el *common law* ha reconocido indirectamente la teoría subjetiva del valor mediante la teoría del “*no adequacy of consideration*”. Las cortes no indagan si las prestaciones acordadas entre las partes son proporcionales, equivalentes o simétricas. Las cortes de Estados Unidos lo afirman expresamente: si una parte desea vender un bien de alto valor de mercado por un precio muy bajo, que así sea. Ese es un asunto que compete a las partes, y las cortes del *common law* han sido prudentes en evitar la intervención en este tipo de situaciones.

Sin embargo, como se verá a continuación, la amplia aceptación de la teoría subjetiva del valor en los sistemas jurídicos del *common law* no implica que estos sistemas toleren que una parte se aproveche del estado de necesidad apremiante de la otra. Como se verá, existe un remedio concreto que es invocado con frecuencia por las víctimas de estos actos para lograr que el contrato sea dejado sin efecto.

B. En lo que no estoy de acuerdo con Bullard

Existen tres puntos en los que no concuerdo con el análisis de Bullard.

Primero, Bullard afirma que para los defensores de la lesión las cosas poseen un valor objetivo, determinable y único, sin comprender que toda valoración es subjetiva.

Aquí nos tropezamos con el primer problema. Por un lado, coincido con Bullard en que el valor es subjetivo; sin embargo, al mismo tiempo, considero que la lesión, como institución jurídica, es indispensable en el sistema jurídico. Por lo tanto, no es cierto que los defensores de la lesión consideren el valor como objetivo. Yo defiendo a la lesión y reconozco que el valor es subjetivo.

Es importante reiterar que la desproporción entre las prestaciones no es un elemento sintomático de la lesión en el derecho de los contratos. El artículo 1447 del Código Civil podría omitir cualquier mención a la desproporción entre las prestaciones, y siempre que se verifique el cumplimiento del elemento subjetivo, seguiríamos encontrándonos con un caso de “lesión”. La esencia de la lesión radica en el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de la otra parte.

La norma podría no mencionar la desproporción de las prestaciones, y aun así seguiría denominándose “lesión”. ¿Cuál es el problema con que un sistema jurídico, sin hacer alusión a la desproporción entre las prestaciones, se limite a señalar que un contrato en el que se pruebe el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de una persona debe dejarse sin efecto? Con esta redacción, el legislador reconoce implícitamente la naturaleza subjetiva del valor. El ordenamiento jurídico simplemente estaría sancionando el hecho de que una persona se aproveche, en mala fe, de otra que se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

Entonces, el problema que identifica Bullard no reside en la lesión como institución, sino en la redacción de la norma. Es importante recordar que las instituciones trascienden las normas. La esencia de la lesión como institución jurídica radica en el elemento subjetivo. Lo que el derecho no debe tolerar no es la celebración de contratos desequilibrados, sino el aprovechamiento de una parte del estado de necesidad apremiante de la otra.

El hecho de que el valor sea subjetivo no implica necesariamente que la lesión en el derecho de los contratos deba ser derogada. Afirmar que la deficiencia de un extremo de la norma implica que toda lo sea supone un salto lógico injustificado.

Segundo, existen secciones en las que Bullard parece olvidar que la norma contempla dos elementos subjetivos: (i) aprovechamiento; y (ii) estado de necesidad apremiante. Este error se observa con claridad en el caso de la pintura que reseña en su artículo:

Otro caso que se suele usar como ejemplo para la aplicación de la lesión es el del dueño de una famosa pintura que requiere con urgencia dinero para pagar la operación de su hija que se encuentra grave en el hospital. Desesperado por no poder vender el cuadro rápidamente, **decide aceptar una oferta por solo la mitad del valor de tasación del cuadro**, cantidad que es pagada en efectivo.

Luego de culminada con éxito la operación, reclama la rescisión del contrato alegando lesión, pues había aceptado un precio excesivamente motivado simplemente por el estado en que el estado de salud de su hija lo había colocado. Su acción tiene éxito y el contrato es dejado sin efecto [el énfasis es nuestro]. (Bullard, 2001, p. 225)

⁶ Véase a Barbri (s.f., p. 340).

Tras analizar el caso del profesor Bullard, surge una pregunta fundamental: ¿En qué parte del relato se evidencia que el vendedor se **aprovechó** del estado de necesidad apremiante del vendedor de la pintura? La respuesta es clara: en ningún momento se observa tal situación. El caso presentado por Bullard no ofrece ningún elemento que permita concluir que el vendedor del cuadro se aprovechó del estado de necesidad apremiante del comprador.

Es evidente que si los jueces aplican incorrectamente el artículo 1447 del Código Civil sin que el demandante haya logrado acreditar la existencia de todos los elementos previstos en la norma, esto podría generar un efecto disuasorio para potenciales compradores en el futuro. Sin embargo, la causa de esta disuasión sería la aplicación errónea de la norma por parte del juez.

En un escenario hipotético, si el caso del profesor Bullard se presentara de forma diferente y la lesión se aplicase correctamente, considero que el impacto en la estructura de incentivos no sería sustancial. Para ilustrar este punto, imaginemos un caso similar al presentado por Bullard, pero con algunos matices. El dueño de la pintura tiene un cuadro valuado en USD 100 000. Sale con su hijo a caminar por el parque y, de repente, son asaltados. El padre entrega su celular, billetera y tarjetas bancarias. Su hijo se resiste a entregar su nuevo iPhone, forcejea con el delincuente y, en un acto de violencia, es herido de bala. El hijo necesita una operación urgente para salvar su vida.

El padre del niño se enfrenta a un dilema angustiante: la clínica privada, ubicada a solo dos cuadras del parque, solo realiza las operaciones de vida o muerte con un pago inicial de USD 5 000. El padre, desesperado, no posee tarjeta de crédito, celular, ni DNI, ya que fue víctima de un robo. Sin otra opción, corre a su casa, toma un cuadro valuado en USD 500 000 y se dirige a la casa de su vecino, quien en el pasado le había ofrecido hasta USD 600 000 por la pintura. El padre siempre se había negado a la oferta por el valor sentimental que la pintura tenía para él, pero ante la situación crítica, no le quedaba otra alternativa.

Al abrir la puerta, el vecino, escuchando la situación, sonríe sádicamente. Le informa que la oferta por el cuadro a USD 500 000 ha expirado y que solo está dispuesto a ofrecerle es USD 5 000. El padre, implorando por la vida de su hijo, ruega al vecino que no se aproveche de su vulnerabilidad y que le pague al menos USD 400 000. El vecino, con una sonrisa irónica, le contesta que esa es la única cantidad que está dispuesto a pagar y que cada minuto que pasa reduce las posibilidades de supervivencia de su hijo. El padre acepta la oferta del vecino y le vende

el cuadro a USD 5 000 con el propósito de pagar el pago inicial de la clínica y poder así salvar a su hijo.

Este caso, de ser correctamente evaluado, sería un ejemplo paradigmático de aplicación de la institución de la lesión. Si, tras salvar la vida de su hijo, el padre solicita la rescisión del contrato alegando lesión, y el juez declara fundada la demanda, entonces la institución de la lesión estaría siendo correctamente aplicada. Sin embargo, si el padre se encuentra en la misma situación y me pide que le compre la pintura, y yo puedo pagarle USD 5.000, no dudaría en aceptar la compra, ya que el precedente no sería relevante para mí. En el caso del vecino, el “aprovechamiento” era evidente. Existían pruebas contundentes de su intención de aprovecharse de la necesidad apremiante del padre. Ese, sin embargo, no sería mi propósito. Tal vez le pague al padre USD 5.000 porque es la única cantidad que tengo disponible en mi cuenta bancaria. Puede que yo también deba afrontar gastos médicos y este sea el único monto que puedo permitirme. Incluso, puede que la pintura me parezca horrible, pero solo estoy dispuesto a pagar esa cantidad porque deseo ayudar al padre y a su hijo. No importa cuánto se esfuerce el padre, su demanda por lesión no debería prosperar porque no puede probar el “aprovechamiento” por mi parte, elemento subjetivo indispensable para que la demanda sea declarada fundada. Incluso si invocase el artículo 1448 del Código Civil, contaría con innumerables pruebas para evidenciar que no ha existido un aprovechamiento de necesidad apremiante.

La norma no establece que, si se celebra un contrato con conocimiento de que la otra se encuentra en estado de necesidad apremiante, la víctima está legitimada para rescindir el contrato. De ser así, el estándar probatorio sería otro y la lesión seguramente podría aplicarse al caso de la pintura del profesor Bullard. Sin embargo, la norma exige no solo la prueba del estado de necesidad apremiante, sino también del “aprovechamiento”, un elemento que tiene un contenido propio. Cuando una persona contrata con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, no se presume automáticamente que se está aprovechando. Por lo tanto, a menos que se pruebe ambos elementos subjetivos de forma conjunta, la norma simplemente no aplica.

El caso de la pintura, tal como lo presenta el profesor Bullard, no constituye una ilustración adecuada del artículo 1447 del Código Civil peruano, puesto que no se evidencia la concurrencia de los elementos necesarios. El caso carece de pruebas que demuestren que el comprador se aprovechó de la situación de necesidad apremiante del vendedor, condición indispensable para la invocación de dicho artículo.

Esta observación se extiende a la mayoría de los casos presentados por el profesor Bullard. En el ejemplo del ballenero *Richmond*, tampoco se evidencia el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante. Si bien el precio ofrecido por los capitanes se situó por debajo del valor de mercado del aceite, este hecho aislado no prueba el aprovechamiento de la situación de necesidad apremiante del capitán del barco.

El elemento “aprovechamiento” no es una mera etiqueta de la norma sin contenido conceptual. El hecho de que una persona celebre un contrato con otra que se encuentra en estado de necesidad apremiante no implica automáticamente un aprovechamiento. El demandante debe aportar pruebas suficientes para demostrar tal aprovechamiento y satisfacer su carga probatoria. Bajo el principio de efecto útil (*effet utile*), la ley debe ser interpretada en el sentido de darle efecto a cada uno de sus términos. El “aprovechamiento”, al igual que el dolo, el abuso o la mala fe, no es un adorno legal, sino un elemento sustancial que debe probarse con un alto estándar de prueba.

Por sentido común, aprovechamiento significa que una persona abusa, arremete, y/o explota a otra que se encuentra en una situación vulnerable. Como mencionamos anteriormente, según el Diccionario de la Real Academia Española, “aprovechar” significa “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”. Este aprovechamiento es un término que sugiere, casi por intuición, mala fe. Y, como es bien sabido, la mala fe tiene que probarse. En ninguno de los ejemplos del profesor Bullard se encuentra acreditada esa mala fe.

Una de mis principales diferencias con Bullard radica en su aparente consideración del “estado de necesidad apremiante” y el “aprovechamiento” como elementos equivalentes o, al menos, que el primero implique necesariamente el segundo. Así, por ejemplo, en su artículo Bullard afirma que:

En un mundo de recursos escasos siempre nuestra voluntad está restringida por la escasez. El problema está en qué motiva la escasez de opciones. Es entendible, bajo tal perspectiva, que cuando la limitación provenga de los actos de una de las partes dirigido a presionar a la otra, y tal presión sea ilegítima, se prive de eficacia al contrato. **Pero lo mismo no ocurre cuando tal presión proviene de un factor externo y lo que hace la otra parte es ofrecer la posibilidad de aliviar tal presión** [el énfasis es nuestro]. (Bullard, 2001, p. 225)

El problema radica en que la institución de la no se limita a situaciones en las que una parte simplemente ofrece la posibilidad de aliviar la presión

de la otra. Los puntos sobre las íes no están bien puestos en la afirmación de Bullard. La lesión se configura cuando esa parte alivia la presión explotándola por completo, aprovechándose de su miseria y vulnerabilidad en circunstancias desafortunadas con el único propósito de lucrar. De hecho, la Corte de Casación francesa ha llegado a equiparar el aprovechamiento del estado de necesidad a la violencia cuando la contraparte contractual se aprovecha de la situación para explotar a la otra parte (Hinestrosa, 2005, p. 116).

Como se mencionó, el ‘aprovechamiento’ no se deriva *ipso facto* de la probanza del estado de necesidad apremiante. Existen innumerables situaciones en que personas pueden celebrar contratos con otras que se encuentra en un estado de necesidad apremiante por un precio significativamente mayor o menor al valor de mercado sin que ello implique necesariamente que se están aprovechando. El ‘aprovechamiento’, por lo tanto, es un elemento individual cuya carga de la prueba incumbe al demandante. Conforme al artículo 200 del Código Procesal Civil, la falta de prueba de este elemento dará lugar a que la demanda sea declarada infundada.

En definitiva, el artículo 1447 del Código Civil es una norma de difícil aplicación debido a la elevada carga probatoria que exige. La mayoría de los abogados pueden contar con los dedos de una mano los casos de lesión en los que han intervenido, y un porcentaje muy alto probablemente jamás haya participado en ninguno. No obstante, como se verá en la siguiente sección, la inclusión de la lesión como institución jurídica transmite valores esenciales para la sociedad.

Tercero, Bullard afirma que en el sistema anglosajón el equivalente a la lesión es conocido como ‘*economic duress*’ (Bullard, 2001, p. 232). Sin embargo, en un intento por justificar la existencia del *duress* y, simultáneamente, rechazar la institución de la lesión, Bullard argumenta que, en la lesión, la limitación de opciones de una parte no resulta de la acción de la contraparte, sino de circunstancias ajenas a la voluntad de las partes (Bullard, 2001, p. 232). De este modo, Bullard parece sugerir que, a diferencia de la lesión, la institución del *duress* sí encuentra justificación en el *common law* debido a que la violencia o la intimidación emanan de la contraparte. Implícitamente, el autor sugiere que los sistemas de *common law* han sido capaces de discernir la necesidad de incorporar un mecanismo de protección frente al *duress*, mientras que la figura de la lesión se consideraría innecesaria.

Bullard se equivoca porque el ‘*duress*’ no es el equivalente de la lesión en el *common law*. La figu-

ra jurídica más próxima a la lesión en el common law es la doctrina del “unconscionability”, definida como sigue:

If a contract is unfair or oppressive to one party in a way that suggests abuses during its formation, a court may find it unconscionable and refuse to enforce it. A contract is most likely to be found unconscionable if both unfair bargaining and unfair substantive terms are shown. An absence of meaningful choice by the disadvantaged party is often used to prove unfair bargaining⁷.

En el *common law*, un contrato se considera ‘*unconscionable*’ cuando su injusticia resulta tan manifiesta que “conmociona la conciencia” (*shocks the conscience*). Esta doctrina se aplica en casos de términos contractuales ‘*extremely unjust, or overwhelmingly one-sided*’. Uno de los factores que más suelen tener en consideración las cortes al aplicar este remedio es “*the lack of choice*” o cuando “*a party takes unconscionable advantage of the other*”.

La comparación efectuada por Bullard resulta, por ende, inexacta. El common law cuenta con un remedio, la doctrina del “unconscionability”, que presenta una flexibilidad comparable o incluso superior a la lesión y que sería aplicada sin dificultad por las cortes si se apreciaran los elementos contemplados en el artículo 1447 del Código Civil peruano. A diferencia de la lesión, la aplicación de la doctrina del “unconscionability” es notablemente frecuente en el common law.

Resulta curioso que las cortes del *common law* suelen utilizar con bastante frecuencia análisis económico del derecho en sus decisiones, y, aun así, no se pone en tela de juicio la existencia del remedio del ‘*unconscionability*’. Tampoco se ha argumentado que esta figura jurídica desincentive operaciones de rescate.

En cualquier caso, desde mi punto de vista, la eficiencia no es el único factor determinante. La sociedad también está preocupada por que el derecho no valide contratos que conmocionan la conciencia de la sociedad. Ese es el propósito de la ‘*unconscionability doctrine*’ en el *common law* y, del mismo modo, de la lesión en el sistema jurídico peruano. En ambos casos, resulta indispensable la existencia de un mecanismo jurídico que sancione las situaciones en que se objetiviza o instrumentaliza al ser humano en mala fe por mero ánimo de lucro.

En conclusión, existe un error conceptual en la comparación efectuada por Bullard. El equivalente de la lesión en el *common law* es el “unconscionability”, no el “duress”. En el sistema jurídico peruano, el equivalente al “duress” sería la intimidación, institución jurídica completamente distinta.

IV. EN DEFENSA DE LA LESIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Siempre he defendido que el análisis económico del derecho (AED) constituye una herramienta valiosa que proporciona una perspectiva adicional para el análisis de problemas legales y la evaluación de instituciones jurídicas. Una de las principales ventajas del AED radica en su capacidad para anclar las instituciones jurídicas en la realidad, mostrando sus efectos concretos sobre personas de carne y hueso. Sin embargo, es fundamental reconocer que el AED no puede ser considerado como la madre de todas las disciplinas.

El AED no parte del supuesto de que la ineficiencia o la generación de incentivos inadecuados de una institución jurídica impliquen necesariamente su derogación. Pueden existir razones de índole moral, psicológica y sociológica que justifiquen la permanencia de dicha institución en el ordenamiento jurídico. El AED debe considerar con respeto y apertura otras perspectivas, consciente de que su enfoque es solo uno entre muchos que deben ser analizados conjuntamente para determinar la conveniencia de una institución jurídica en un sistema jurídico determinado.

Por lo tanto, para defender la preservación de la institución de la lesión en nuestro ordenamiento jurídico, este artículo adoptará una perspectiva holística e interdisciplinaria, integrando argumentos axiológicos, biológicos, jurídicos y económicos, con el fin de persuadir al lector de su importancia. En este sentido, se refutarán algunos de los argumentos expuestos por el profesor Bullard.

A. Argumento axiológico: las normas deben transmitir valores a la sociedad

Las normas jurídicas no solo regulan la conducta de los individuos, sino que también transmiten valores a la sociedad en un contexto específico. Como señala Owen Fiss en su famoso artículo “Against Settlement”, la función de un proceso judicial no se limita a maximizar la utilidad de las partes o a mantener la paz social; su propósito fundamental es transmitir, interpretar y aplicar los valores inherentes a las normas jurídicas en la sociedad (Fiss, 1984, p. 1085).

⁷ Véase a Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (2021).

Este aspecto resulta crucial: los valores se encuentran contenidos en normas, las cuales buscan comunicar a la sociedad qué conductas son aceptables y cuáles no. Considero que el artículo 1447 del Código Civil se enmarca en este propósito, transmitiendo valores morales a la sociedad.

La lesión busca establecer claramente que, si bien las partes gozan de autonomía para pactar las condiciones de sus transacciones, la explotación de una parte en situación de necesidad apremiante resulta inaceptable. Por lo tanto, este artículo busca comunicar a la sociedad que el aprovechamiento de la vulnerabilidad ajena es moralmente reprehensible y no es tolerable.

Después de todo, la discusión sobre los valores de una sociedad es fundamental. La pandemia evidenció numerosos ejemplos de la explotación de la vulnerabilidad ajena. Se observó, por ejemplo, establecimientos que se aprovechaban del estado de necesidad apremiante de otros vendiendo balones de oxígeno multiplicando su valor diez veces o clínicas exigiendo pagos exorbitantes para el acceso a camas UCI. Surge entonces la pregunta: ¿debemos tolerar que el derecho permanezca silente ante tales situaciones? Desde mi perspectiva, el ordenamiento jurídico debe establecer de forma inequívoca la inadmisibilidad del aprovechamiento de la necesidad apremiante ajena.

Incluso desde una perspectiva costo-beneficio, la tolerancia social a la explotación de personas en situación de vulnerabilidad genera un costo social significativo. El hecho de que la sociedad sea testigo de la impunidad de quienes se aprovechan de la necesidad apremiante de otros, sin que exista una norma que prohíba explícitamente tales acciones, erosiona la confianza en el sistema jurídico.

Bullard argumenta acertadamente que la justicia es una emoción, y considero que tiene razón. Específicamente, la describe como una reacción aprendida con bases culturales y biológicas (Bullard, 2001, p. 232). La observación de situaciones en las que una parte se aprovecha de la necesidad apremiante de otra genera una profunda sensación de injusticia en amplios sectores de la sociedad. La falta de respuesta jurídica ante este tipo de situaciones genera un costo social, erosionando la legitimidad del derecho. Si los ciudadanos perciben que el derecho no protege contra los abusos, sino que los convalida, la confianza en el sistema jurídico se deteriorará inevitablemente. En el marco de un análisis costo-beneficio, este es indudablemente un criterio que se debe factorizar.

En los últimos años, se ha difundido la idea de que el análisis costo-beneficio define al pensamiento

liberal. Sin embargo, el liberalismo, antes que una ideología económica, es una ética. Como afirma Alberto Benegas Lynch, el liberalismo implica el respeto irrestricto al proyecto de vida ajeno (Benegas Lynch, 2011). La explotación abusiva de una persona en situación de necesidad apremiante representa una flagrante violación de este principio.

Tolerar tales conductas implica la cosificación del ser humano, contradiciendo uno de los principios fundamentales del liberalismo: el ser humano como fin en sí mismo y nunca como un medio. La institución de la lesión, en el sistema jurídico peruano, parte de reconocer al individuo como un fin en sí mismo.

Esta divergencia con Bullard se centra en la naturaleza del problema planteado por la lesión. Bullard lo reduce a un problema distributivo (Bullard, 2001, p. 232), mientras que considero que el problema fundamental es de índole axiológica, centrado en los valores y no en la simple asignación de recursos. Esto no implica subestimar la importancia del uso eficiente de los recursos pues, como bien señala Guido Calabresi en sus clases, el desperdicio de recursos genera injusticia.

Sin embargo, así como la asignación eficiente de recursos incide en la justicia, las consideraciones de índole axiológica también son relevantes en el análisis económico, particularmente cuando se evalúa la legitimidad del derecho como disciplina. La legitimidad del sistema jurídico se mide, en gran medida, por la percepción de la sociedad. Cuando el ordenamiento jurídico se distancia de los valores que pretende proteger, se genera un costo social significativo. Y la falta de legitimidad del derecho tiene consecuencias particularmente graves. En consecuencia, partiendo de la premisa de que la legitimidad del derecho tiene un alto impacto en el AED, la discusión sobre valores debe ser factorizada en el análisis.

B. Otro argumento axiológico: la lesión es una norma de inalienabilidad

Bullard destaca un argumento crucial en su crítica a la institución de la lesión vinculada a los incentivos: la posible disuasión de operaciones de rescate motivadas por la obtención de lucro. Argumenta que el legislador no ha considerado que la aplicación de la lesión podría desincentivar operaciones de rescate que pudieran ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente, lo que implica que quienes estén en estado de necesidad encontrarán menor cantidad de opciones posibles para salir de dicho estado (Bullard, 2001, p. 223).

En secciones posteriores se demostrará que, tal como está redactada la norma, la institución de la lesión no desincentiva, sino que incentiva las operaciones de rescate, aunque con un límite objetivamente definido. Sin embargo, es preciso destacar que la función de las normas jurídicas no se limita a la creación de incentivos.

Calabresi y Melamed, en su influyente artículo “One View of the Cathedral”, distinguen tres tipos de normas: (i) normas de propiedad; (ii) normas de responsabilidad; y (iii) normas de inalienabilidad (Calabresi & Melamed, 1972, p. 1089). Si bien las dos primeras buscan crear incentivos para la eficiencia económica, las normas de inalienabilidad responden a otros objetivos.

Calabresi sostiene que, al diseñar un sistema legal y adoptar decisiones de segundo orden (esto es, el establecimiento del tipo de regla a utilizar para proteger una determinada titularidad), se deben considerar no solo criterios de eficiencia económica, sino también aspectos distributivos y de justicia. Es en este contexto que Calabresi introduce el concepto de “moralismos” en el análisis de las normas de inalienabilidad.

En relación con este concepto, Calabresi se ha pronunciado de la siguiente manera:

Thus far we have focused on the questions of when society should protect an entitlement by property or liability rules. However, there remain many entitlements which involve a still greater degree of societal intervention: the law not only decides who is to own something and what price is to be paid for it if it is taken or destroyed, but also regulates its sale – by, for example, prescribing conditions for a valid sale or forbidding a sale altogether.

Another instance in which external costs may justify inalienability occurs when external costs do not lend themselves to collective measurement which is acceptably objective and nonarbitrary. This nonmonetizability is characteristic of one category of external costs which, as a practical matter, seems frequently to lead us to rules of inalienability. Such external costs are often called moralisms. (1972, pp. 1111-1112)

La autonomía privada se encuentra limitada por los valores que informan las normas de inalienabilidad, los mismos que se encuentran reflejados en conceptos jurídicos de aplicación cotidiana como

el orden público y las buenas costumbres. Si bien con alguna frecuencia las normas de inalienabilidad se sustentan en argumentos arbitrarios o paternalistas, en otros casos la protección de ciertos valores resulta fundamental en un Estado de Derecho. Este es, a mi juicio, el caso de la institución de la lesión. El legislador, al limitar la autonomía privada a través de esta figura, transmite un mensaje claro: la explotación de una persona en situación de necesidad apremiante durante la celebración de un contrato resulta inaceptable.

Algunos defensores del análisis económico del derecho (AED) restan importancia a los “moralismos” en el diseño legal, priorizando el análisis de la eficiencia económica. Estos individuos, a quienes Mario Vargas Llosa ha denominado “algoritmos vivientes”, buscan en la economía la respuesta a todos los problemas. Sin embargo, estos “moralismos” juegan un papel fundamental en el diseño del ordenamiento jurídico.

Posner ha escrito artículos muy contundentes argumentando que la tortura e incluso la esclavitud podrían ser considerados eficientes y que legalizarlos crearía eficiencia económica (s.f., p. 294). No obstante, virtualmente todos rechazarían tajantemente la legalización de tales prácticas, ya que su sola propuesta vulnera profundamente nuestra conciencia y los valores que defendemos como sociedad. De hecho, la prohibición de la esclavitud y la tortura se considera *ius cogens* en el derecho internacional.

A pesar de las diferencias de escala y de magnitud, la lesión presenta una problemática similar a la de la esclavitud en relación con los incentivos. Puede argumentarse que la lesión desincentiva operaciones de rescate, y ese es un argumento que vale la pena discutir. No obstante, si llevamos las cosas al extremo, lo mismo podría decirse de la esclavitud: millones de personas mueren de hambre y están en una situación de tanta miseria que están dispuestos a aceptar un contrato de esclavitud para satisfacer sus necesidades básicas. De igual manera, otras personas podrían estar dispuestas a darles de comer, y brindarles vestimenta y refugio, siempre que estas acepten ser sus esclavos. Si bien estos acuerdos podrían considerarse eficientes, su validez resulta inaceptable por contravenir los valores fundamentales de nuestra sociedad. Un contrato de esclavitud es nulo, independientemente de su posible eficiencia económica⁸. La prohibición

⁸ El contrato de esclavitud es nulo por múltiples razones: (i) vulnera el orden público; (ii) vulnera las buenas costumbres; (iii) tiene fin ilícito; y (iv) tiene objeto jurídicamente imposible. Sin perjuicio de ello, es nulo también porque vulnera derechos humanos contemplados en la Constitución y en tratados internacionales. Además, ha sido reconocido como una norma de *ius cogens*.

de la esclavitud no se justifica exclusivamente por sus efectos en los incentivos económicos, sino por su repudio moral absoluto.

La Proclamación de la Emancipación de 1863 de Abraham Lincoln ha sido una de las grandes conquistas de la humanidad. Es irrelevante si prohibir la esclavitud crea desincentivos. La abolición de la esclavitud se justifica en la defensa de valores universales.

Si bien existen diferencias sustanciales entre la esclavitud y la lesión, la extrapolación al extremo y la reducción al absurdo sirven para resaltar la importancia de los valores en el análisis jurídico. El análisis de una norma o institución jurídica no debe limitarse a sus efectos en los incentivos económicos. Algunas conductas son socialmente inaceptables, y para preservar la legitimidad del derecho, su prohibición resulta necesaria, independientemente de las consecuencias económicas.

Las normas de inalienabilidad no buscan generar incentivos económicos, sino transmitir valores morales. La lesión, en este sentido, contraviene valores esenciales de la sociedad, ya que la explotación de personas en estado de necesidad apremiante resulta moralmente reprehensible. El derecho, para mantener su legitimidad, debe estar cimentado en valores morales. En el derecho está en juego más que el derecho⁹.

La percepción social de un derecho divorciado de sus valores intrínsecos debilita su legitimidad. Los “moralismos”, en este sentido, son mecanismos esenciales para preservar la legitimidad del sistema jurídico. Un principio moral fundamental que sustenta el ordenamiento jurídico es el imperativo categórico kantiano: el ser humano es siempre un fin en sí mismo, y nunca un medio.

Aunque algunos puedan considerar que ese imperativo de la ética kantiana carece de relevancia jurídica, considero que es fundamental para la comprensión del sistema jurídico. Nuestra Constitución Política se erige y cimenta sobre la base de este imperativo categórico. Y, más importante aún, el derecho contractual encuentra sustento en los aportes de Kant. La teoría de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, es un legado kantiano adoptado por la tradición jurídica alemana. Kant consideraba la autonomía de la voluntad como un principio supremo de la sociedad. La nulidad de un contrato por contravenir las buenas costumbres puede rastrearse hasta la filosofía kantiana, en su vinculación entre moral y costumbre, tal

como se aprecia en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.

Una objeción fundamental al hecho de que una persona se aproveche del estado de necesidad apremiante de otra radica en su incompatibilidad con la concepción del ser humano como un fin en sí mismo, y no como un medio. Esta perspectiva humanista, que prioriza al individuo como un fin en sí mismo, rechaza su instrumentalización en una situación de vulnerabilidad. La explotación de la miseria ajena para obtener un beneficio económico resulta, por tanto, inaceptable desde un punto de vista ético y jurídico.

El debate en torno a la institución de la lesión en el Perú refleja una confrontación entre diferentes perspectivas filosóficas. Mi postura, en consonancia con la ética kantiana, considera que la derogación de la lesión implicaría aceptar que se puede tratar al individuo como un medio, y no como un fin en sí mismo. Por otro lado, otros académicos, desde una perspectiva utilitarista benthamiana, podrían argumentar que la lesión es una institución ineficiente. Pero, incluso si lo fuera, ello para mí no es determinante. La lesión no es una norma de propiedad o responsabilidad que busca crear incentivos. Es una norma de inalienabilidad que busca dejar en claro que hay algunas conductas que no pueden ser toleradas por el ordenamiento jurídico.

Si bien el AED resulta sumamente valioso, sus conclusiones no deben constituir el único parámetro para la toma de decisiones legislativas. El AED ofrece una perspectiva relevante, pero no excluyente. En el caso de la lesión, el análisis de Bullard resulta útil al señalar las posibles disfunciones del sistema en cuanto a incentivos. De ahí no se deriva, sin embargo, que la norma de la lesión deba ser derogada. La importancia de los aspectos axiológicos es tan o más relevante la de los aspectos económicos. Existen situaciones en las que la tolerancia social a determinadas conductas resulta inaceptable, y el ordenamiento jurídico debe ofrecer una respuesta clara y contundente.

El aprovechamiento de la necesidad apremiante es una de estas conductas. La pandemia evidenció situaciones que se ajustan perfectamente a este supuesto, lo cual exige una reflexión profunda sobre la función del derecho en tales casos. Desde mi punto de vista, una respuesta del derecho es indispensable y debe ser tajante: una persona no puede, en mala fe, aprovecharse de la miseria ajena. Eso no significa que no sea posible contratar

⁹ Esta frase me la mencionó Fernando Berckemeyer en una conversación.

con una persona que se encuentra en un estado de necesidad apremiante. Simplemente significa, como lo sugiere la norma, que no es posible aprovecharse de una persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante.

C. Argumento biológico y axiológico

La relación entre el derecho y los instintos humanos aún no ha sido objeto de un análisis exhaustivo. El ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce implícitamente la influencia de los instintos en la conducta humana, ofreciendo mecanismos de protección en ciertas circunstancias. La legítima defensa y el estado de necesidad constituyen ejemplos paradigmáticos de esta consideración. En estos casos, el sistema jurídico exonera de responsabilidad penal a quienes, actuando bajo el impulso del instinto de supervivencia, cometen delitos o causan daños.

Sancionar o responsabilizar a quienes actúan movidos por el instinto de supervivencia resulta contradictorio con la finalidad del derecho penal y la responsabilidad civil: disuadir la repetición de conductas delictivas o antijurídicas. Esta finalidad resulta ineficaz cuando la acción se encuentra determinada por el instinto de supervivencia, pues la decisión de cometer el delito o causar el daño escapa al control consciente del individuo.

Un ejemplo similar ocurre con el hurto famélico que se encuentra tipificado en el Código Penal. La ausencia de sanción penal en este supuesto se justifica en el reconocimiento de que el acto se encuentra motivado por el instinto de supervivencia. El legislador reconoce que, en estas circunstancias, la conducta del individuo escapa a su control consciente.

La interrelación entre el derecho y los instintos humanos se manifiesta en diversos ámbitos. El instinto territorial, por ejemplo, subyace al concepto de propiedad. Los seres humanos poseemos un instinto innato que busca la exclusión de terceros. Esta tendencia se observa no solo en relación con los bienes materiales, sino también en las relaciones interpersonales, como la amistad o las relaciones de pareja. La invasión de nuestra propiedad, la intrusión en nuestros círculos sociales más íntimos, o la percepción de una amenaza a nuestra relación sentimental, son todas situaciones que se consideran injustas precisamente porque afectan

este instinto fundamental de exclusión. Este instinto de demarcación territorial podría explicar, en parte, la consideración de la propiedad como un derecho fundamental.

El apego maternal, significativamente más intenso que el paternal, ilustra la influencia de los instintos en el derecho. Este instinto maternal, reconocido en la doctrina de los “años tiernos” establecida en el caso estadounidense *Rex v. Greenhill*, establece una presunción de custodia materna durante los primeros años de vida del niño. Esta doctrina ha sido adoptada ampliamente por diversos sistemas jurídicos, incluido el peruano.

En el derecho penal de la mayor parte de jurisdicciones se contempla la atenuación de las penas en casos de homicidio cometido en un contexto de emoción violenta. El *common law* denomina a esta figura *voluntary manslaughter*, generalmente aplicable en situaciones en las que el delito se comete en un contexto de pasión desenfrenada o shock emocional, como en los casos en los que se descubre a la pareja en adulterio. La atenuación de la pena se basa en el reconocimiento de la influencia de la reacción instintiva en la conducta del autor del delito.

Es más, muchas veces es la misma norma la que responde a un instinto. En el sistema jurídico se han creado normas y principios con el propósito de proteger al más débil. El principio del interés superior del niño, consagrado expresamente en el Código de Niños y Adolescentes, refleja un instinto de protección a personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, estrechamente ligado al instinto de conservación de la especie. La protección de los más débiles ha sido crucial para la supervivencia y evolución de la humanidad.

La defensa de los más vulnerables está intrínsecamente relacionada con el sentido de justicia que existe en la sociedad. La inversión multimillonaria anual de UNICEF en ayuda humanitaria para niños evidencia la importancia que la sociedad atribuye a este principio. Esta inversión refleja un consenso global en torno a la necesidad de proteger a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

La lesión es una norma que responde precisamente a este instinto de protección al más débil y vulnerable¹⁰. Este instinto, presente en mayor o

¹⁰ Al respecto, Moisset de Espanés señala que:

[La lesión] es una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas. (s.f., p. 592)

menor medida en todos los individuos, condiciona nuestra percepción de la justicia. Por ende, la decisión de derogar la lesión no pasa únicamente por un análisis de eficiencia económica. Si bien existen argumentos que cuestionan su eficiencia, su eliminación generaría un costo social significativo al permitir la explotación de personas en situación de estado de necesidad apremiante.

El hecho de que ocurran dichas situaciones y el ordenamiento jurídico no se pronuncie toca algunas de las fibras más sensibles del ser humano. La falta de respuesta jurídica a la explotación de individuos en situación de vulnerabilidad contraviene el instinto humano de protección al más débil, generando una percepción de injusticia. Si la justicia se entiende como una emoción socialmente construida, la derogación de la lesión podría interpretarse como una convalidación de la explotación y, por ende, una pérdida de legitimidad del sistema jurídico.

El análisis económico del derecho, si bien relevante, no puede reducirse a un análisis de costos superficiales en base a una lógica de incentivos y desincentivos. Existen costos sociales no evidentes a primera vista, como la pérdida de legitimidad del sistema jurídico ante la percepción de injusticia. Cuando el derecho no responde a las demandas de justicia social, se genera una erosión de la confianza pública en el sistema. Cuando el derecho no emite una respuesta a una situación que la mayoría percibe como injusta, pierde legitimidad y ello crea un costo social muy relevante.

El análisis económico del derecho ofrece un análisis interdisciplinario muy enriquecedor, pero no puede estar aislado del aporte que ofrecen otras disciplinas. Un estudio de los instintos del ser humano demuestra que la sociedad difícilmente validaría que el derecho se quede callado cuando un individuo celebra un contrato con el propósito de explotar a otro que se encuentra en un estado de necesidad apremiante.

La pandemia puso de manifiesto numerosos ejemplos de la explotación de la necesidad ajena. Se reportaron casos de especulación con los precios de oxígeno medicinal (alcanzando valores cercanos a los USD 2.000) y de cobros exorbitantes por parte de clínicas privadas para el acceso a cuidados intensivos. Por ejemplo, en una noticia reportada por RPP se señaló lo siguiente: “El doctor Elmer Huerta, consultor médico de RPP Noticias, hizo una dura crítica a los comerciantes que aprovechan la

situación para elevar sus precios, lucrando con la necesidad de las personas. ‘Son las pirañas que están traficando’, comentó¹¹.”

En otra noticia reportada por el diario El Comercio, se indica que:

Melissa Zamudio, cuñada de Gaitán Sánchez, contó a Cuarto Poder que la clínica San Pablo le solicitó una garantía de 50 mil soles para que su familiar acceda a una cama en UCI. Pudieron conseguir el dinero tras préstamos de varias personas.

Sin embargo, Gaitán Sánchez falleció y la deuda llegó a los 220 mil soles. De acuerdo con el reportaje, la clínica habría exigido el pago de 70 mil soles para entregar el cuerpo del hombre. Los deudos tuvieron que esforzarse una vez más y lograron recolectar el dinero. Cuarto Poder señaló que, además, los familiares debieron firmar un acta de compromiso de pago de los 84 mil soles restantes. Ellos deben abonar 7 mil soles por 12 meses.

En el informe se indicó que en el detallado del voucher por la atención a Gaitán Sánchez aparece que la clínica San Pablo cobró S/ 165 por el medicamento omeprazol de 40 miligramos en inyectable, cuando su precio en las farmacias es de S/ 1.35, mientras que en los establecimientos del sector público cuesta S/ 1.

Otro cobro que llama la atención es por una ampolla de 40 miligramos de Cutinox, que aparece con un costo de S/ 326. Ese mismo medicamento tiene una tarifa de 18 soles en las farmacias del mercado y de 7 soles en los centros médicos del Ministerio de Salud. En el reportaje no se mostró el descargo de la clínica¹².

Solo cuando se comprende que la lesión es una institución que sanciona el hecho de que se trate al ser humano como un medio y no como un fin en sí mismo se puede entender la importancia de que sea preservada en el sistema jurídico. Y es que el aprovechamiento de la miseria humana para lucrar es algo que la sociedad no debe tolerar.

D. Razones económicas y jurídicas

Bullard argumenta que la lesión es un desincentivo. En realidad, como argumenta Forno, es exactamente al revés. Resulta fundamental que el ordenamiento jurídico establezca que una persona no puede aprovecharse de otra que se encuentra en

¹¹ Véase a RPP Noticias (2020).

¹² Véase a El Comercio (2020).

un estado de necesidad apremiante a través de un contrato, con el fin de evitar desenlaces violentos¹³.

La inclusión de la lesión en el Código Civil promueve la coherencia del ordenamiento jurídico. Su derogación crearía una incongruencia: el derecho civil permitiría el aprovechamiento de la necesidad apremiante, mientras que el derecho penal exige de responsabilidad penal a quienes recurren a la violencia para defenderse de dicho aprovechamiento.

Y es que el estado de necesidad se caracteriza porque a quien la sufre no le es posible actuar de una manera diferente. Es una situación en que a la persona le resulta imposible evitar el sacrificio de un interés jurídicamente determinado (Amado, 1984, p. 42). Los incisos 4 y 5 del artículo 20 del Código Penal reconocen esta situación, eximiendo de responsabilidad penal tanto en casos de estado de necesidad justificante como exculpante. El ordenamiento jurídico es claro al establecer que si, en el contexto de una pandemia, un vendedor se aprovecha de la necesidad apremiante de un comprador necesitado de oxígeno, pretendiendo vender el producto a un precio exorbitante (por ejemplo, S/. 6 000), el comprador podría recurrir a la violencia, agredir al comprador y apropiarse del balón de oxígeno para salvar su vida o la de un ser querido.

Por lo tanto, la decisión de derogar la institución de la lesión debe considerar este contexto. La exención de responsabilidad civil y penal por delitos y daños cometidos en estado de necesidad apremiante resulta incompatible con un Código Civil que no proscribe el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de otra persona.

Si el ordenamiento jurídico establece que la comisión de delitos por estado de necesidad apremiante exonera de responsabilidad penal, no parece coherente que el derecho civil establezca que existe carta blanca para que las personas se aprovechen del estado de necesidad apremiante de otras. De hacerlo, estaría incentivando situaciones violentas porque, al advertir que otra persona se quiere aprovechar de su situación, una persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante podría pensar que lo mejor en esa situación es recurrir a la violencia para salvar su propia vida, su integridad, o la de un ser querido. A fin de cuentas, entre pagarle una suma exorbitante al aprovechador, y agredirlo y arrancararle la me-

dicina, muchas personas en estado de necesidad podrían optar por lo último.

Para evitar la generación de incentivos que puedan fomentar la violencia, resulta esencial la coherencia entre el derecho penal y el derecho civil. El derecho civil debe transmitir un mensaje claro: no es tolerable que una persona, en mala fe, pretenda lucrar de la desgracia ajena. La ausencia de una norma que prohíba explícitamente este tipo de conducta puede contribuir a la proliferación de situaciones de violencia. Si una persona en estado de necesidad apremiante advierte que se pretenden aprovechar de su situación de vulnerabilidad para obtener un beneficio, estará tentada a recurrir a la violencia como única opción para salvar su vida o su salud. Esta reacción resulta comprensible considerando la exención de responsabilidad penal en tales circunstancias.

En cualquier caso, si existe un consenso en que el derecho debe crear una estructura de incentivos adecuada en la sociedad, no parece recomendable derogar la lesión. Si se mira más allá del expediente, se podría estar incentivando la violencia.

E. Razones económicas

Bullard argumenta que la lesión desincentiva operaciones de rescate (2001, p. 223). Sin embargo, como sostiene Forno Odría, tal y como está regulada la lesión en el Código Civil en la actualidad, la realidad es la opuesta. La lesión incentiva operaciones de rescate¹⁴.

El artículo 1447 del Código Civil establece que:

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. (1984)

Una interpretación *contrario sensu* de la norma sugiere que, en los casos en que una parte se aprovecha del estado de necesidad apremiante de la otra y la desproporción existente entre el precio y el valor de mercado es inferior a las dos quintas partes, entonces la rescisión del contrato no procede. Esta interpretación revela que el legislador,

¹³ Este es un argumento que lúcidamente desarrollaba Hugo Forno Flórez en sus clases de derecho de los contratos. Por lo tanto, el autor de este argumento es él.

¹⁴ El autor de este argumento es Hugo Forno Odría, asociado del Estudio Garrigues y Profesor de la Universidad del Pacífico. Me lo comentó hace más de diez (10) años cuando conversábamos en los pasillos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y le he pedido autorización para mencionarlo en este artículo dándole los créditos correspondientes.

en apariencia, autoriza el aprovechamiento de la necesidad apremiante ajena a través de la celebración de contratos, estableciendo tan solo un límite objetivo a dicha autorización (40%).

Entonces, si en el caso del dueño de la pintura valuada en USD 100 000 que reseñamos anteriormente, el vecino desea aprovecharse del estado de necesidad apremiante del propietario de la pintura, el ordenamiento jurídico lo autoriza a hacerlo. Sin embargo, hace un *caveat* e indica que solo podrá si es que el precio ofertado no es inferior al 60% del valor de mercado. Si es que dicho límite no es sobrepasado, es irrelevante que la víctima demuestre fehacientemente el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante y que se ha producido una pérdida económica significativa, no hay nada que se pueda hacer para rescindir el contrato.

Como se puede apreciar, la lesión es un incentivo¹⁵. Si bien puede no ser el incentivo más atractivo, indudablemente lo es, presentando un límite objetivamente determinado. Como se demostrará en la siguiente sección, discrepo de la inclusión de un elemento objetivo en la norma. Sin embargo, dado que dicho elemento forma parte de la legislación vigente, comparto la opinión de Forno Odría en cuanto a que la lesión es, a fin de cuentas, un incentivo.

F. Razones jurídicas

Otra de las razones por las cuales es indispensable que el contrato pueda ser rescindido en casos de lesión se explica por el hecho de que el consentimiento de la persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante se encuentra viciado. Esta persona no tuvo la posibilidad de elegir como consecuencia del acto de explotación de la otra.

Los contratos se fundamentan en la libertad de contratar, es decir, en la capacidad de las partes para decidir libre y conscientemente si celebran o no un acuerdo. Sin embargo, si una persona, ante una situación de necesidad extrema (por ejemplo, la necesidad de un medicamento vital cuyo precio real es S/. 100), se ve obligada a adquirirlo a un precio exorbitante (S/. 20,000), debido a la explotación por parte del vendedor, su consentimiento resulta viciado.

En este escenario, la elección de la parte afectada no se limita a la decisión de comprar o no el

medicamento, sino que se reduce a una disyuntiva entre su vida o su salud y el pago exigido de S/. 20 000. El aprovechamiento de esta situación de vulnerabilidad por parte del vendedor vicia el consentimiento de la parte afectada.

La ausencia de libertad de elección por sí sola no vicia necesariamente el consentimiento. Muchas situaciones limitan la libertad de elección sin que ello implique vicio del consentimiento. Lo determinante es la limitación de la libertad contractual como consecuencia de la mala fe de la contraparte, poniendo en riesgo la vida o la integridad de la parte afectada. La figura de la lesión permite la rescisión del contrato en aquellos casos en los que una de las partes contribuyó, mediante su aprovechamiento, a viciar el consentimiento de la otra.

En este punto, resulta pertinente introducir el concepto económico de elasticidad. La demanda de un medicamento esencial en una situación de necesidad apremiante presenta una baja elasticidad-precio. El comprador, ante una necesidad vital, es poco sensible a las variaciones de precio. La lesión nos coloca en un supuesto en el que el vendedor se aprovecha de esta inelasticidad imponiendo un precio exorbitante, coaccionando al comprador a elegir entre el pago del precio y la afectación de su salud o su vida. Esta conducta del vendedor contribuye a viciar el consentimiento del comprador.

Además, la preservación de la lesión en el sistema jurídico es la única solución que es coherente con el principio de buena fe. Cuando el artículo 1447 del Código Civil establece como elemento subjetivo que una de las partes se aprovecha del estado de necesidad apremiante de la otra, está sugiriendo que quien realiza el aprovechamiento está actuando con mala fe. Esto es muy importante porque el artículo 1362 del Código Civil establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe” (1984).

Una persona que se aprovecha del estado de necesidad apremiante de la otra no negocia, ni celebra o ejecuta el contrato según las reglas de la buena fe. Todo lo contrario, vulnera los principios más esenciales de la buena fe en todas las fases del contrato. Eliminar la institución de la lesión implicaría, por lo tanto, convalidar una conducta contraria a los principios esenciales de buena fe, consagrada en el artículo 1362 del Código Civil.

¹⁵ Este es un argumento esgrimido por Castillo Freyre y Vásquez al expresar que:

Bastante hace la ley con dejarles el halo de respetabilidad de los buenos samaritanos. Porque, después de todo, un descuento del 39,99% del valor del mercado al momento del contrato no es mal negocio ni para Shylock. Y a fe nuestra también que no habrá ninguna escasez de rescatadores y colas de potenciales rescatados esperando un rescate. (2004, p. 100)

V. ¿CÓMO DEBERÍA ESTAR LEGISLADA LA LESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO?

A continuación, se realizará un análisis crítico del articulado del Código Civil que regula la lesión, con el objetivo de identificar las normas que requieren modificación.

A. Con respecto al artículo 1447 del Código Civil: norma general que regula la lesión

El artículo 1447 del Código Civil señala expresamente lo siguiente:

Artículo 1447.- 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 [...] (1984).

La institución jurídica de la lesión debe preservarse en el sistema jurídico peruano; sin embargo, la redacción actual del artículo 1447 del Código Civil presenta deficiencias. Como vimos anteriormente, el hecho de que la norma se refiera a la desproporción de las prestaciones implica que las prestaciones deben ser simétricas y proporcionales, sugiriendo así que el valor es un concepto que puede ser objetivamente determinado. Como se ha demostrado, los contratos son intrínsecamente desequilibrados y asimétricos. Por lo tanto, cualquier referencia a la desproporción entre las prestaciones debe eliminarse de la redacción normativa.

Se proponen a continuación dos alternativas para la modificación del artículo 1447 del Código Civil:

1. Primera alternativa: utilizar como elemento objetivo el valor de mercado

Una primera alternativa podría ser preservar el elemento objetivo en la norma, eliminando la referencia a la desproporción entre las prestaciones. Por ejemplo, se podría establecer como elemento objetivo la diferencia existente entre el precio y el valor de mercado. De este modo, sin aludir a la desproporción de las prestaciones, se podría definir la lesión como la situación en la que una de las partes, aprovechándose de la necesidad apremiante de la otra, recibe un precio significativamente inferior al valor de mercado, o paga un precio significativamente superior.

Bullard argumenta que el precio de mercado es solo un precio derivado de la agregación de las preferencias a través de la interacción de oferta y demanda de un grupo de personas dispuestas a pagar con las de otro grupo de personas dispuestas a vender (Bullard, 2001, p. 232). Aquí también considero que los puntos sobre las íes no están bien puestos. Desde mi punto de vista, el valor de mercado representa un concepto de mayor alcance.

El valor de mercado es un referente fundamental en la toma de decisiones económicas cotidianas. Sirve como parámetro para infinidad de situaciones en nuestra vida diaria. ¿Por qué, entonces, debería ser diferente en el caso de la lesión? Al adquirir una vivienda, lo primero que se considera es el valor de mercado. De igual modo, en la compraventa de acciones, el valor de mercado, y no el valor nominal o patrimonial, se considera como un parámetro esencial para la toma de decisiones de inversión. El valor de mercado es un instrumento esencial en la toma de decisiones financieras.

De hecho, el valor de mercado es un concepto que los abogados utilizan todos los días. Como concepto, aparece innumerables veces en la Ley del Impuesto a la Renta y resulta indispensable para realizar análisis de precios de transferencia, calcular el valor de ingreso el patrimonio, calcular renta, y diversas operaciones tributarias. La utilización del valor subjetivo en lugar del valor de mercado en la legislación tributaria generaría una situación caótica. De hecho, la Ley del Impuesto a la Renta define expresamente el concepto de valor de mercado en su artículo 32.

Por lo tanto, la incorporación del valor de mercado como parámetro para definir el elemento objetivo de la lesión resulta plausible. El valor de mercado es objetivamente determinable y, por ende, proporciona una referencia objetiva para la evaluación judicial de un potencial caso de lesión. A diferencia del valor subjetivo, que se encuentra en la esfera interna de las personas y, por ende, es inherentemente inasible y de difícil probanza, el valor de mercado suele ser de conocimiento público¹⁶.

Así, podría establecerse en la norma que la acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre el precio pactado y el valor de mercado 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.

¹⁶ Como expresa Ghersi, "el valor es una entidad psicológica que nadie conoce con precisión, porque cada uno le atribuye un valor a las cosas que no conocemos" (2005, p. 191).

Si bien esta propuesta de incorporar el valor de mercado como elemento objetivo representa una mejora respecto a la redacción actual de la norma, no resulta convincente por dos razones principales. En primer lugar, la discrepancia entre el precio de mercado y el precio de transacción es un fenómeno cotidiano, con múltiples causas que no necesariamente sugieren que se ha producido un caso de lesión. El hecho de que un bien sea comprado o vendido en un monto significativamente superior o inferior al valor de mercado no debería llamar la atención. Ocurre todos los días y a toda hora. Existen miles de razones por las que una persona puede comprar o vender un bien a un precio que se encuentre totalmente alejado al valor de mercado. Este no debería ser un elemento de la norma porque es un indicio muy contingente para acreditar que se ha producido un caso de lesión.

En segundo lugar, esta propuesta podría incrementar los costos de transacción. Si es que el valor de mercado de un determinado bien es de conocimiento público o de fácil probanza, puede tener sentido que el juez lo utilice como parámetro al realizar su análisis. Sin embargo, la lesión podría ser invocada excepcionalmente en el caso de bienes cuya determinación de valor de mercado puede ser difícil y costosa. Pónganse a pensar en bienes antiguos o únicos que no se transan en el mercado. ¿Cuál es el valor de dichos bienes? Es sumamente difícil acreditarlo. Colocar al valor de mercado como elemento de la norma puede terminar incrementando considerablemente los costos de transacción en dichos casos. Las partes no solo tendrían que invertir numerosos recursos en memoriales explicando cómo se calcula el valor de mercado, sino incluso invertir en expertos económicos y arqueológicos para probar la cuantificación de ese valor.

La dificultad de determinar el valor de mercado se acentúa en el caso de las obligaciones de hacer o no hacer, donde su determinación resulta particularmente compleja. Como señala Bullard, el valor de mercado de los rescates es incierto y depende de si nos encontramos frente a un rescate fortuito, previsto o planeado, así como en otras circunstancias adicionales (Bullard, 2001, pp. 227-228). Un rescate planificado, por ejemplo, tendrá un valor de mercado significativamente superior al de los rescates fortuitos o previstos. La inclusión del valor de mercado como elemento objetivo, por lo tanto, podría aumentar considerablemente los costos de transacción.

Por lo tanto, no parece conveniente introducir el valor de mercado como variable objetiva de la norma porque ello sería problemático. Ello obligaría

al juez a determinar el valor de mercado de todas las prestaciones en cada caso, una tarea que, si bien puede ser sencilla en algunos casos, se vuelve compleja y costosa en otros. Por ello, resulta más eficiente eliminar cualquier referencia explícita al valor de mercado, y que el juez tenga discrecionalidad para considerar este criterio como referencia esta variable en los casos en que la información esté a su disposición.

La única razón por la que encuentro interesante explorar la alternativa de utilizar el valor de mercado es por una idea de análisis económico del derecho que me parece importante explorar. El profesor Schäfer explica que los países en vías de desarrollo deberían optar por sistemas jurídicos basados en reglas con supuestos claros, simples y estrictos, en lugar de estándares abiertos (2010, pp. 2-3). Así, Schäfer explica que las reglas claras contribuyen a reducir la arbitrariedad y la corrupción porque las actuaciones judiciales pueden supervisarse más fácilmente con reglas que con un estándar (2010, p. 6).

A diferencia de los países del primer mundo, los países en desarrollo necesitan definir, mediante reglas claras, los supuestos de hecho de la norma. Las normas con fórmulas abiertas confieren una amplia discrecionalidad judicial, susceptible de generar decisiones erróneas, arbitrarias o incluso corruptas.

Así, bajo la argumentación de Schäfer, la incorporación de un elemento objetivo en la norma de la lesión podría contribuir a evitar interpretaciones arbitrarias por parte de las cortes. Si bien la propuesta de Schäfer resulta atendible en términos generales, su aplicación al caso de la lesión presenta dificultades. Dada la naturaleza subjetiva del valor, cualquier porcentaje que se establezca para definir la desproporción resultará, en sí mismo, arbitrario. Como se ha mencionado, existen múltiples razones que pueden justificar una discrepancia significativa entre el valor de mercado y el precio de la transacción. Por lo tanto, la inclusión de cualquier elemento objetivo en la norma de la lesión conllevará, inevitablemente, un margen de arbitrariedad.

2. Segunda alternativa: eliminar de la norma cualquier alusión a un elemento objetivo

La segunda alternativa es la que considero más recomendable y consiste en eliminar cualquier elemento objetivo de la norma, reformulándola de la siguiente manera:

“Artículo 1447.- Una parte puede anular un contrato o cualquiera de sus cláusulas si su

celebración estuvo motivada por aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad apremiante de la otra”¹⁷.

Como vimos anteriormente, que un bien sea comprado o vendido en un monto significativamente superior o inferior al valor de mercado no debería llamar la atención. Sin embargo, en casos extremos, este dato puede servir para que se prendan las alarmas del juez y este último se vea incentivado a analizar si se verifican los elementos subjetivos, que son los determinantes en el caso de la lesión.

Por consiguiente, la diferencia entre el precio y el valor de mercado no debería ser contemplado como un elemento de la norma que regula la lesión. De hecho, sería más conveniente eliminar cualquier elemento objetivo en la norma, evitando así referencias a la desproporción de las prestaciones o a algún porcentaje, fracción o número determinado.

No obstante, la diferencia entre el precio y el valor de mercado puede considerarse un indicio, entre otros, que el juez puede utilizar para determinar la existencia de aprovechamiento, especialmente dada la complejidad inherente a la prueba de este elemento. Es importante enfatizar que este delta, por sí solo, no resulta suficiente para acreditar el aprovechamiento. El demandante deberá aportar pruebas adicionales y contundentes para demostrar fehacientemente la existencia del aprovechamiento.

Indudablemente, el precio de la transacción es una circunstancia que el juez debe valorar y tomar en consideración. Y es que es difícil que el juez llegue a la conclusión de que se ha presentado un supuesto de lesión si es que el precio pagado por el comprador es el valor de mercado o un valor cercano a él. Por lo tanto, el precio de la transacción, más que un elemento de la norma, debería ser un simple indicio contingente que motive al juez a indagar si se han cumplido los elementos subjetivos.

En algunos casos ese indicio será muy relevante y en otros será virtualmente intrascendente.

Por ejemplo, si el juez advierte que una persona ha vendido un vehículo de alta gama (i.e., Ferrari del año) a USD 5 000, esto despertará sospechas y llamará su atención. Si bien este dato, en sí mismo, no es concluyente, servirá para que se prendan las alarmas del juez, y este último se vea incentivado a investigar por qué una persona estuvo dispuesta a vender un Ferrari a dicho precio. En cualquier caso, la eliminación de cualquier alusión a un elemento objetivo parece ser la mejor alternativa.

Esta propuesta no carece de precedentes, ya que ha sido adoptada en instrumentos de derecho comercial internacional, tales como los Principios UNIDROIT y los Principios Lando del Derecho Europeo de los Contratos (considerados *lex mercatoria*). Ambos instrumentos contemplan la figura de la lesión en su texto normativo, sin incorporar elementos objetivos en su formulación normativa, basándose únicamente en la evaluación de los elementos subjetivos a la luz de las circunstancias específicas del caso¹⁸.

B. Con respecto al artículo 1448 del Código Civil: la presunción de aprovechamiento

El artículo 1448 del Código Civil —que recoge la presunción de aprovechamiento— señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 1448.- En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado” (1984).

Desde mi punto de vista, esta norma debería ser derogada. Presumir el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante equivale a presumir dolo o mala fe, lo cual resulta jurídicamente inaceptable. La carga de la prueba del aprovechamiento debe recaer en quien lo alega, dada la gravedad de tal imputación.

¹⁷ En una sección posterior vamos a explicar las razones por las cuales consideramos que el remedio para la lesión debería ser la anulación del contrato.

¹⁸ Al respecto, el artículo 3.2.7 de los Principios UNIDROIT establece que:

Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas 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, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato.

Por su parte, el artículo 4:109 de los Principios Lando del Derecho Europeo de los Contratos establece que (1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) 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 (b) 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.

Como el valor es subjetivo, es equivocado presumir el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de otra persona por el simple hecho de que se pactó un precio que puede resultar llamativo para otras personas¹⁹. Existen innumerables razones y circunstancias por las que una persona podría comprar un bien con una desproporción igual o superior a las dos terceras partes del valor de mercado. El bien podría tener un valor sentimental para el comprador, o el vendedor podría haber reducido el precio por motivos altruistas. Es posible, asimismo, que una parte celebre un contrato con otra en estado de necesidad apremiante, sin que exista intención de aprovecharse de dicha situación. El precio pactado podría reflejar las limitaciones económicas del comprador, o la disponibilidad de fondos del vendedor. Deben existir innumerables circunstancias en las que una persona le vende a la otra con una desproporción igual o superior a las dos terceras partes sin que exista el más mínimo indicio de un aprovechamiento de necesidad apremiante. La existencia de una desproporción significativa en el precio, por lo tanto, no constituye prueba suficiente de aprovechamiento.

En líneas generales, una presunción debe tener correlato con la realidad. Si el legislador presume que una desproporción contractual superior a dos terceras partes implica el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante, dicha presunción debe corresponderse con la realidad. Sin embargo, la realidad indica lo contrario. En la mayoría de los casos en que se observa una desproporción superior a dos terceras partes en un contrato, no concurre ni el aprovechamiento ni estado de necesidad apremiante. Las situaciones en que concurren ambos elementos son excepcionales. En consecuencia, la presunción en cuestión carece de fundamento fáctico.

La carga de la prueba del aprovechamiento debe recaer en el demandante. Las partes no tienen por qué justificar las razones por las que pactaron un determinado precio. El hecho de que un bien se

venda o se compre a un precio significativamente alejado del valor de mercado no debe generar la presunción de aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante, y con ello trasladarle la carga de la prueba al demandado. Esta presunción podría generar incentivos perversos, al restringir la libertad contractual de las partes y crear inseguridad jurídica. Con esta norma las personas no tienen la seguridad jurídica de que pueden pactar los precios con libertad porque, si colocan un precio muy alejado del valor de mercado, pueden terminar demandados con la carga de probar que no se han aprovechado del estado de necesidad apremiante de la otra parte.

Un sistema jurídico que promueve la libertad de contratación no debe exigir justificaciones por los precios pactados, salvo que se demuestre, mediante pruebas, el aprovechamiento de un estado de necesidad. El principio que debe regir en el sistema jurídico debe ser el de libertad de precio sin que una parte tenga que dar explicaciones cuando la otra pretenda rescindirle el contrato.

C. Con respecto al artículo 1449 del Código Civil: la apreciación de la desproporción

El artículo 1449 del Código Civil –que regula el momento en que el juez debe realizar la desproporción– señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 1449.- La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato” (1984).

El artículo 1447 del Código Civil ha originado innumerables comentarios vinculados a la teoría del valor. Esta norma, sin embargo, no menciona en ningún extremo el término ‘valor’. Esta omisión contrasta con el artículo 1449 del Código Civil que sí hace alusión al concepto de valor, estableciendo que “la desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato” (1984). Esta norma debería

¹⁹ La doctrina peruana se ha pronunciado a favor de la derogación de esta norma. En ese sentido, Patrón ha señalado que:

Sea cual fuere la carga probatoria escogida para regular la lesión, es interesante destacar que nuestro Código recoge un criterio mixto, discutiblemente lo peor de los dos mundos. Es decir, cuando la desproporción es mayor a las dos quintas partes (40%), el lesionado adicionalmente tendrá que probar el aprovechamiento de su necesidad apremiante. Cuando la desproporción es mayor a las dos terceras partes (66%) se presume *juris tantum* que ha existido lesión). (Patrón, 2001, p. 143)

En el mismo sentido, Castillo Freyre ha argumentado que:

Esta norma constituye un aval al abuso que, paradójicamente, la lesión trata de impedir. ¿Por qué? Porque le bastaría a alguien que, sin haber sufrido estado de necesidad alguno, traficó un bien de su propiedad por un valor inferior al 66,6% del mercado para que, ex post facto, pudiera arrepentirse arbitrariamente y, sin la obligación de probar nada, conseguir del juez la rescisión del contrato. Estaría abusando así de quien de buena fe contrató, él sí, sin abusar de nadie. El lesionado sería entonces este último y aquí se estaría cometiendo una injusticia que el Derecho no puede amparar. El artículo 1448 del Código Civil podría sí, pues, ser eliminado sin contemplaciones por absurdo. (Castillo, 2004, pp. 99-100)

ser derogada por las mismas razones que fueron explicadas anteriormente.

En primer lugar, no existe necesidad de introducir un elemento objetivo en la lesión. El hecho de que exista desproporción —sea lo que sea que signifique este término— es consecuencia del aprovechamiento del estado de necesidad apremiante. Por sentido común, hay una relación causal entre el elemento subjetivo y el objetivo. El aprovechamiento del estado de necesidad apremiante es la causa de la desproporción, haciendo superflua la explicitación de este último en la norma.

Dada la subjetividad inherente a la valoración de los bienes, la determinación de un porcentaje o fracción que defina la “desproporción” resulta arbitraria. Como se ha argumentado, cualquier criterio cuantitativo introducido en la norma resultará defectuoso.

En segundo lugar, incluso si fuese necesario contemplar un elemento objetivo, la redacción del artículo 1449 del Código Civil resulta deficiente, al insistir en la errónea premisa de la proporcionalidad o simetría de las prestaciones, cuando, como hemos visto, los contratos son esencialmente desequilibrados.

Por lo tanto, si es que el legislador persistiera en la incorporación de un elemento objetivo en la lesión y en la preservación del artículo 1449 del Código Civil, consideramos que el juez no debería utilizar como parámetro la desproporción entre las prestaciones, sino más bien la desproporción existente entre el precio pactado y el valor de mercado. En los casos en que la transacción consista en una permuta, el juez tendrá que realizar este análisis con respecto a los bienes intercambiados.

No obstante, como se ha argumentado previamente, la inclusión de cualquier elemento objetivo resulta innecesaria y, en consecuencia, debe eliminarse. Dado que el artículo 1449 del Código Civil regula el momento de la valoración del elemento objetivo, dicha disposición debería ser derogada. Únicamente en el hipotético caso de que se mantuviera un elemento objetivo en la norma, la eva-

luación de la desproporción debiera ser analizada a la luz del valor de mercado.

VI. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL REMEDIO PARA LA LESIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS?

Como hemos visto, el legislador ha establecido la rescisión como el remedio para la lesión. Sin embargo, compartiendo la opinión de Bullard sobre la similitud de la lesión y los vicios de la voluntad (2001, p. 232), tendría más sentido que el remedio sea la anulabilidad.

Sostengo, contrariamente a la opinión mayoritaria de la doctrina civilista peruana, que la rescisión resulta innecesaria en nuestro ordenamiento jurídico. Su función no resulta clara, y en los escasos supuestos en que se contempla, la anulabilidad podría sustituirla sin menoscabo del sistema.

La distinción entre rescisión y resolución, frecuentemente enfatizada en la enseñanza del derecho contractual, se sustenta, primero, en que mientras la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo²⁰, la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración²¹. Segundo, a diferencia de la resolución, la rescisión solo puede ser declarada judicialmente²². Por último, la rescisión únicamente puede ser invocada en los supuestos expresamente previstos por el legislador como la lesión, la compraventa de bien ajeno²³ o la compraventa sobre medida²⁴.

Sin embargo, la distinción entre rescisión y anulabilidad resulta difusa. Ambos remedios presentan notables similitudes: (i) ambos dejan sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo; (ii) ambas solo pueden ser declarados judicialmente; (iii) en ambos casos, la sentencia se retrotrae al momento de la celebración del contrato; (iv) ambos generan un efecto restitutorio de las prestaciones; (v) ambos remedios solo pueden ser invocados a petición de parte; y (vi) en ambos casos, el acto jurídico puede ser confirmado por la parte legitimada para solicitar la rescisión o la anulabilidad.

²⁰ El artículo 1370 del Código Civil establece que “la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo” (1984).

²¹ El artículo 1371 del Código Civil establece que “la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración” (1984).

²² El artículo 1372 del Código Civil establece que “la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato” (1984).

²³ El artículo 1579 del Código Civil expresa que “la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación la demanda” (1984).

²⁴ El artículo 1575 del Código Civil establece que “si el exceso o falta en la extensión o cavidad del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión” (1984).

La significativa similitud entre ambos remedios cuestiona la necesidad de mantener ambos en el ordenamiento jurídico, especialmente considerando que cumplen una función prácticamente idéntica. Un análisis funcional del derecho exige la eliminación de remedios redundantes para optimizar la eficiencia del sistema y reducir los costos de transacción.

Esta conclusión se ve corroborada por instrumentos internacionales del derecho comercial internacional, tales como los Principios UNIDROIT y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), ambos ampliamente utilizados en el arbitraje internacional. A pesar de ciertas divergencias terminológicas (como la utilización del término “avoidance” para referirse a la resolución contractual en la CISG y a la anulación en los Principios UNIDROIT), ninguno de estos instrumentos contempla la figura de la rescisión. La ausencia de la rescisión en estos instrumentos, elaborados por los más destacados expertos en derecho privado, y su frecuente utilización como modelo para la redacción de códigos civiles, sugiere que la rescisión no resulta indispensable en un sistema jurídico.

El sistema de *common law*, reconocido por su pragmatismo, corrobora este argumento. En Estados Unidos, por ejemplo, los remedios de rescisión y anulación son virtualmente lo mismo, o, en todo caso, uno es consecuencia del otro. Así, en los materiales de enseñanza de la Barra de Nueva York se ha establecido que: “*Rescission is a remedy whereby the original contract is considered voidable and rescinded. The parties are left as though a contract had never been made*”²⁵.

De hecho, en Estados Unidos la rescisión se aplica en casos de ‘mistake’, ‘misrepresentation’, ‘duress’, ‘undue influence’, entre otros supuestos similares a los que, en el sistema jurídico peruano, habilitan a solicitar la anulabilidad del acto jurídico en el sistema jurídico peruano.

La situación en Inglaterra y Gales es análoga. La anulabilidad y la rescisión son sinónimos, sin necesidad de establecer categorías jurídicas separadas. Los materiales del programa SQE para aspirantes a *Solicitor* señalan que:

A voidable contract is one that operates as a valid contract until a party elects to **avoid (“rescind”) it**. Until it is rescinded the contract

remains in full force and effect. The innocent party can choose (‘elect’) to rescind or affirm (‘carry on’) the contract. Rescission has the effect of putting the parties back into the position they would have been had the contract not been entered into [el énfasis es nuestro]²⁶.

Uno de los puntos que no se suele conocer en los sistemas del *civil law* es que, a diferencia de un remedio como la resolución contractual (*termination*), la rescisión es un remedio que se deriva de la equidad. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas de *civil law*, en Inglaterra y Gales la equidad es fuente de derecho. Esta es una reseña histórica muy relevante en el sistema jurídico inglés. Durante siglos, el sistema jurídico inglés se bifurcó en dos sistemas paralelos: (i) el *common law*; y (ii) la equidad. Por un lado, los ‘*king’s judges*’ resolvían los casos y decidían en base a la idea de que casos similares con hechos similares debían decidirse de manera similar. Esto producía decisiones uniformes, pero los resultados podían muchas veces ser duros e inequitativos. A este sistema se le conoce como ‘*judge made law*’ y se trata del sistema de precedentes. Sin embargo, los principios de equidad también se desarrollaron en Inglaterra a partir de las decisiones de los ‘*king’s chancellors*’ (conocidos como ‘*keepers of the king’s conscience*’), quienes emitían sentencias fundadas en principios de justicia y equidad. Estas decisiones se adoptaban en las ‘*Courts of Chancery*’ que funcionaban de forma paralela a los ‘*common law courts*’. Sin embargo, estos dos sistemas—*common law* y equidad— se fusionaron en 1875 y ello explica por qué hoy los remedios de *common law* y de equidad se encuentran entremezclados y ambos pueden ser dictados por las mismas cortes. Sin embargo, los derechos, remedios e instituciones derivados de la equidad aún se encuentran inspirados por un conjunto separado de principios.

La influencia de la equidad en el desarrollo de los sistemas jurídicos es significativa, aunque a menudo se desconoce. Su aportación más notable es la creación del fideicomiso (*trust*), una institución fundamental de derecho inglés con impacto global. La equidad ha dado origen, además, a otras instituciones jurídicas de gran relevancia, como el *equitable estoppel*, el enriquecimiento sin causa (*unjust enrichment*), y el principio de “manos limpias” (*unclean hands*). Este último principio, en sus orígenes, establecía que quien recurría a la equidad debía haber actuado previamente con equidad, presentándose ante el tribunal “con las manos limpias” (*como to equity with clean hands*).

²⁵ Véase a Barbrí (s.f., p. 115).

²⁶ Véase a Barbrí (s.f., p. 381).

Otro de los ejemplos paradigmáticos es la doctrina del “alter ego” o el levantamiento de velo societario. Como se explica en el laudo del ICC N° 3879, the “alter ego” doctrine rests on overriding considerations of equity and fairness, which mandate disregarding an entity’s separate legal identity in specified circumstances²⁷. De igual manera, en el caso Cambridge Biotech Corp, una corte federal de circuito estadounidense estableció que “the concept of piercing the corporate veil is equitable in nature and courts will pierce the corporate veil ‘to achieve justice, equity, to remedy or avoid fraud or wrongdoing, or to impose a just liability.’”²⁸

Así como hay instituciones que se derivan de la equidad, también hay remedios que se derivan de esta. Entre los remedios más representativos destacan la “injunción” y la rescisión. Estos remedios, a diferencia de los remedios del *common law*, se originaron en la equidad. Por regla general, los remedios que se derivan de la equidad son subsidiarios. Por ejemplo, mientras que los “damages” son remedios propios del *common law*, el “specific performance” constituye un remedio que se deriva de la equidad. Esta característica explica por qué, salvo en casos excepcionales, los tribunales de *common law* ordenan el pago de daños y perjuicios (“damages”), en lugar de la ejecución específica del contrato (“specific performance”). Este principio de residualidad de la equidad ha tenido eco, en algunos casos, en los sistemas de *civil law*, donde instituciones como los actos propios o el enriquecimiento sin causa presentan un carácter igualmente subsidiario.

El estudio de la equidad en el *common law* revela la importancia de que el derecho no se limite

a la aplicación formal y estricta de la ley, sino que también cree normas e instituciones que transmitan valores en la sociedad. Como señala Bullard, la justicia es, en esencia, una emoción. La lesión, esto es, el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de otra persona afecta el sentido de justicia que tiene la sociedad y, en consecuencia, no debe ser permitida.

En cualquier caso, regresando al tema de marras, la rescisión no resulta el remedio jurídico adecuado para la lesión. Además de considerar innecesaria la figura de la rescisión en el ordenamiento jurídico peruano, la lesión se asemeja más a un vicio de la voluntad como el error, el dolo y la intimidación, para los cuales la anulabilidad constituye el remedio más apropiado (Bullard, 2001, p. 232). Los Principios UNIDROIT, por ejemplo, contemplan la anulación como el remedio para la “desproporción excesiva” (lesión), equiparándola a otros vicios de la voluntad. En conclusión, la anulabilidad debería ser el remedio previsto para la lesión²⁹.

Finalmente, coincido con Bullard en que tiene más sentido que, junto con el error, el dolo y la intimidación, la lesión sea regulada en el Libro de Acto Jurídico. No solo porque se asemeja a un vicio de la voluntad³⁰, sino también porque, aunque improbable, es posible que se pueda presentar un supuesto de lesión en el caso de un acto jurídico unilateral.

Así, si se acepta que la desproporción no se debe realizar en función a la contraprestación sino más bien al valor de mercado, la lesión podría presentarse en actos jurídicos unilaterales como la promesa unilateral³¹. La ubicación actual de la lesión en el Libro de Contratos, que presupone la

²⁷ Laudo interino en el Caso CCI N° 3879, Westland Helicopters Ltd v. Arab Organization for Industrialization, XI Y.B. Comm. Arb. 127, 131 (1986).

²⁸ Cambridge Biotech Corp., 186 F.3d 1356, 1376 (Fed. Cir. 1999).

²⁹ Véase los artículos 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7 de los Principios UNIDROIT.

³⁰ Al respecto, Amado ha señalado que:

Históricamente el Derecho ha dado su amparo fundamentalmente a tres fenómenos que son conocidos como el error, el dolo y la vis compulsiva. Es importante señalar que no existe ninguna razón natural o lógica para esto, se trata simplemente de una opción legislativa que tiene tras de sí el respaldo de la tradición jurídica. Por tanto, de ninguna manera se podría afirmar que son los únicos casos en que la voluntad del individuo se encuentra viciada [...]. Resulta evidente que en situaciones en que no existe una verdadera libertad de elección, donde se actúa instintivamente, impulsado por la necesidad de preservar a una persona de un peligro grave e inminente, no se está ante una situación normal. Quien padece un estado de peligro no se halla en aptitud de discernir entre lo que quiere y lo que no quiere, las circunstancias alteran su voluntad a tal punto que está en condiciones de ofrecer o aceptar cualquier cosa con tal de librarse de la inseguridad en que vive; la situación que padece afecta su declaración pudiendo producirse una discordancia entre lo querido y lo manifestado. Se puede afirmar válidamente que su voluntad está viciada. (1984, p. 42)

³¹ El artículo 1956 del Código Civil establece que:

Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa. (1984)

existencia de un acto jurídico bilateral³², dificulta su aplicación a la promesa unilateral. Incluir la lesión en el Libro de Actos Jurídicos eliminaría esta dificultad.

VII. CONCLUSIONES

El artículo 1447 del Código Civil ha sido utilizado como una excusa por varios académicos para realizar una disertación de la teoría subjetiva del valor. Sin embargo, la naturaleza subjetiva del valor no justifica la derogación de la institución de la lesión; tan solo exige una reformulación de la norma para eliminar cualquier elemento que sugiera una concepción objetiva del valor.

La teoría subjetiva del valor evidencia las deficiencias en la redacción del elemento objetivo del artículo 1447. La exigencia legislativa de proporcionalidad o simetría entre las prestaciones resulta incongruente con la naturaleza inherentemente asimétrica de los contratos. Sin embargo, la teoría subjetiva del valor no nos ofrece ningún insumo para determinar si debe resultar tolerable en un ordenamiento jurídico que una persona se aproveche del estado de necesidad apremiante de otra en el marco de la celebración de un contrato.

La atención excesiva al elemento objetivo en el debate sobre la lesión resulta, por lo tanto, equivocada. En realidad, la esencia de la lesión no reside en el elemento objetivo, sino en los elementos subjetivos. Lo que resulta intolerable es que, al celebrar un contrato, una persona se aproveche del estado de necesidad apremiante de la otra. Los críticos de la lesión no justifican la tolerancia de esta conducta por parte del ordenamiento jurídico.

Considero que el artículo 1447 del Código Civil busca transmitir valores morales fundamentales a la sociedad. Un principio básico del Estado de Derecho radica en el reconocimiento del ser humano como un fin en sí mismo. La derogación de la lesión contraviene este principio al permitir el aprovechamiento de la necesidad apremiante de

otra persona. Un ordenamiento jurídico que no proscriba la explotación en mala fe de personas en situación de necesidad apremiante mediante la celebración de contratos no hace más que deslegitimar al derecho.

La dificultad de definir el concepto de justicia no implica que esta última no cumpla un rol fundamental en el sistema jurídico. Si expertos se encerrasen en un aula a discutir qué significa justicia, podrían permanecer ahí semanas y no se pondrían de acuerdo. Sin embargo, dado que la justicia es, en gran medida, una emoción, no con poca frecuencia se genera un consenso con respecto a situaciones que deben ser calificadas como injustas. Como decía Rawls, la sociedad internacional concuerda en que existen algunos mínimos comunes que deben ser respetados por todos. Y es que hay situaciones que la sociedad no debe estar dispuesta a tolerar. En mi opinión, la lesión es una de ellas.

En lo que se refiere a incentivos, si se analiza en términos contrafactuales, la lesión podría en efecto reducir el número de operaciones de rescate en comparación con un escenario en el que dicha institución no existiera. Si bien este argumento merece consideración, no resulta concluyente. No obstante, un contrapeso muy importante a dicha afirmación es que la ausencia de una norma que regule la lesión podría incentivar la violencia porque, frente al abuso y aprovechamiento de la contraparte, la persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante podría verse obligada a recurrir a la fuerza para salvar su vida o su salud, teniendo en cuenta que se encuentra exonerada de responsabilidad penal.

Además, aún en el supuesto de que la lesión desincentivase operaciones de rescate, la derogación de la norma no constituye la única alternativa para alinear esos incentivos. Por ejemplo, Posner afirma que una solución posible es que se le reconozca al rescatador un “reasonable fee”, afirmando que esta regla “is the cornerstone of the admiralty rules of salvage”³³. Por lo tanto, la

³² Soy consciente de que el hecho de que se presente un supuesto de lesión en el caso de una promesa unilateral es improbable porque, en estos casos, es el promitente quien suele ofrecer *motu proprio* una recompensa específica. Y si ello sucede, este es un indicio muy fuerte de que no existe aprovechamiento. Sin embargo, el hecho de que la víctima del aprovechamiento sea quien ha realizado la promesa es tan solo un indicio y no permite inferir de forma concluyente que no ha existido aprovechamiento. Por lo tanto, no descarto que se preda presentar un supuesto de lesión en el caso de una promesa unilateral.

³³ Al respecto, Posner ha señalado que “after this long excursus into some dubious extensions of the concept of duress, let us return to a real case of duress (economically conceived). A ship becomes disabled, and the crew flees, leaving on board only the master, who let us assume is also the shipowner’s authorized representative to deal with any salvors who may chance by. A tug operated by a salvage company comes alongside, and the captain of the tug offers the master a contract to save the ship for a price equal to 99 percent of the value of the ship and its cargo. If the master signs, should the owner of the ship be held to the contract? Admiralty law answers no, and this seems the correct economic result. The situation is one of bilateral monopoly, with the added complication that transaction costs are even higher than in other

derogación de la lesión no constituye la única alternativa para no desincentivar las operaciones de rescate.

En última instancia, lo que debiese inclinar la balanza en la decisión de mantener o derogar la lesión no debiese ser la estructura de incentivos que crea la norma, sino más bien los valores que deben imperar en la sociedad. Los incentivos son ciertamente importantes, pero los valores de las normas tienen un efecto directo en la legitimidad del derecho. Cuando el derecho no se pronuncia sobre situaciones que la sociedad considera injusta, se deteriora significativamente su legitimidad. Las personas no confían en un derecho que permite abusos y atropellos. Y, qué duda cabe, necesitamos un derecho con legitimidad. 🗣️

REFERENCIAS

- Amado, J. (1984). El Estado de Necesidad como Vicio de la Voluntad. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (1), 40-44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10483/10951>
- Barbri (s.f.). Outlines for Multistate, Contracts and Sale. (s.f.) SQE1 Prep, Volume 1.
- Benegas Lynch, A. (s.f.). *Fundamentos del Análisis Económico*. Abeledo Perrot.
- Bullard González, A (2001). La Parábola del Mal Samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (43), 225-236.
- Calabresi, G & Melamed, D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, (85), 1089-1128.
- Castillo Freyre, M & Vásquez Kunze, R. (2004). La Escuela del Abuso y los Buenos Samaritanos. En M. Castillo Freyre y R. Vásquez Kunze (Eds.), *Analizando el Análisis* (pp. 92-100). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Club Español e Iberoamericano de Arbitraje. (27 de abril de 2021). *Arbi Talks con Alfredo Bullard* [archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=JBvPtdmwClk>
- Correa, S. (2020). *Aspectos Generales del Estado de Necesidad en la Suscripción de Contratos y Acuerdos en los Tiempos del Covid-19* [Tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad CES]. REDICES. https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/4991/1152449204_2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y#:~:text=Por%20lo%20tanto%2C%20se%20puede,acci%C3%B3n%20que%20le%20es%20irresistible
- Cornell Law School (s.f.). *Definition of unconscionability*. Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/wex/unconscionability>
- El Comercio (29 de junio de 2020). Denuncian que Clínica San Pablo cobró S/. 165 por medicamento omeprazol, que en el sector público cuesta S/. 1. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/coronavirus-peru-denuncian-que-clinica-san-pablo-cobro-165-soles-por-medicamento-que-en-el-sector-publico-cuesta-1-sol-omeprazol-nndc-noticia/>
- Fiss, O. (1984). Against Settlement. *The Yale Law Journal* (93), 1073-1090.
- Ghersi Silva, E. (2005). El Problema de la Equivalencia de las Prestaciones. *Revista Advocatus*, (13), 2005, 189-197.
- Hinestrosa, F. (2005). Estado de Necesidad y Estado de Peligro. ¿Vicio de Debilidad? *Revista de Derecho Privado*, (8), 111-134. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/608/573>
- Menger, C. (1871). *Principles of Economics*. Ludwig Von Mises Institute.
- Moisset de Espanés, L. (s.f.) Comentario al artículo 1447 del Código Civil. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica.
- Newmedia UFM. (28 de marzo de 2011). *¿Qué es liberalismo? Alberto Benegas Lynch*. [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=51S2ZHnrhY0&t=134s>
- Patrón, C. (2001). ¿Mentiras verdaderas?: Reflexiones en torno a la regulación del derecho con-

bilateral-monopoly contexts, since if the master of the ship tries to hold out for a better deal, the ship and all its cargo may sink beneath him. These transaction costs can be avoided by a rule—the cornerstone of the admiralty rules of salvage—that the salvor is entitled to a reasonable fee for saving the ship, but that a contract made after the ship gets into trouble will only be evidentiary of what that reasonable fee is. Richard Posner, 'Economic Analysis of Law'. Boston, Little Brown & Co, 4ta edición, 1992, pp. 116-117.

tractual. En F. Cantuarias Salaverry (Ed.), *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* (pp. 131-153). Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Posner, R. (s.f.). Torture, Terrorism, and Interrogation. En Sanford Levinson (Ed.), *Torture: A Collection*. Oxford University Press.

RPP Noticias (2 de junio de 2020). Ante la alta demanda, balones de oxígeno se venden hasta en S/. 6 mil. *Radioprogramas del Perú*. <https://rpp.pe/lima/actualidad/coronavirus-en-peru-ante-la-alta-demanda-balones-de-oxigeno-se-venden-hasta-en-s-6-mil-video-noticia-1270182?ref=rpp>

Schäfer, H. (2010). Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule-Based Legal System? *German Working Papers in Law and Economics* (20), 1-27.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635, 8 de abril de 1991 (Perú).

House of Lords, 26 de abril de 1915, Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge & Co Ltd.