

Derecho de contratos

Estado de necesidad y estado de peligro

¿Vicio de debilidad?

FERNANDO HINESTROSA

SUMARIO: I. Estado de necesidad o de peligro- II. Tendencias recientes- III. Caracteres del estado de necesidad- IV. Comparación entre la fuerza y el estado de peligro o de necesidad- V. ¿Vicio de "debilidad"?- VI. Fuerza y estado de debilidad en los contratos de consumo- VII. Fuerza y estado de necesidad en el "common law": "duress, undue influence", "unfair contracts".- VIII. Perspectivas nacionales- VIII. ¿Ampliación del supuesto de hecho de la fuerza?- IX. ¿Ampliación de los supuestos de hecho de la lesión?- X. ¿Aplicación del abuso del derecho?- XI. ¿Otra solución?

I. ESTADO DE NECESIDAD O DE PELIGRO

El punto de partida es la consideración de si el juez puede intervenir cuando un sujeto dispuso de intereses patrimoniales en condiciones inicuas o en términos excesivamente desproporcionados en razón de determinadas condiciones de apremio, o si, por el contrario, la relación económica, *rectius*, la exigencia de equidad, debe ceder ante el principio de la seguridad y la consiguiente intangibilidad de la disposición. Y, observando que la corriente mental y emocional de hoy va en la primera dirección, ha de preguntarse por criterios de temperamento y ponderación; en últimas, si en todos los negocios que han de ser de suyo paritarios o equilibrados ha de aceptarse dicha intervención y sobre qué supuestos, y hasta dónde puede ir la discrecionalidad del juez para determinar el punto de partida de la iniquidad de las condiciones, prestaciones o asignaciones y el de llegada de su corrección¹.

1 Cfr. POTHIER. *Traité des obligations*, Paris, Chez Debure, 1768, n.º 25, 38 y s. Es interesante el precedente sentado por el artículo 1601 C. C. por ambos aspectos en materia de cláusula penal en las "obligaciones de valor inapreciable o indeterminado": "se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme". "Este intervencionismo judicial se ve facilitado por el desarrollo de estándares jurídico-morales: buena fe, lealtad, equilibrio, abuso": MALAURIE et AYNÈS. *Cours de droit civil, Les obligations*, vol. 2, "Contrats et quasi-contrats", 11.ª ed., Paris, Cujas, 2001, n.º 14, 20, quienes agregan: "Esta evolución es peligrosa, porque el juez no puede ponerse en el lugar de las partes, tiende a 'infantilizar' a los contratantes, quienes siempre podrán refugiarse en el juez, que los dispensará de mejorar por sí mismos el contrato, o de tomar una decisión".

En los tiempos que corren, las presiones económicas, comerciales y de otra índole han adquirido contornos y alcances singulares, como también frecuencia e importancia a veces desmesuradas y formas de gran sutileza y refinamiento. Esto, junto con la afectación de sectores vastos de población, por lo general en condiciones de inferioridad, y la mayor sensibilidad política del Estado y del derecho, ha hecho que estos se ocupen de tal fenómeno con intensidad y energía.

Necesidad, apremio económico, debilidad mental, ignorancia, inexperiencia, dependencia, desigualdad de poder de negociación², confianza especial entre las partes³, dependencia, son los estados sobresalientes que, encontrándose en ellos una persona, fácilmente la determinan a aceptar contratar o modificar el contrato⁴ en términos o condiciones de desequilibrio grave, con aprovechamiento de la otra parte, que bien puede haber causado aquel clima o contribuido a él, o que simplemente saca ventaja de dicha situación.

Para estas eventualidades la respuesta redonda han sido los estados de necesidad y de peligro, con caracteres propios y disciplina a propósito⁵. La fuerza vicia la voluntad por el temor que produce en la víctima y la inhibición en que la coloca, cuando es grave e injusta, provenga de quien sea: cualquiera persona, beneficiase o no de su delito (arts. 1514 y 1025 [4] C. C.)⁶. Se desprende del régimen legal sobre la materia la consideración exclusiva de la amenaza a una persona proveniente de otra persona, ejercida con el propósito de obligarla a disponer; para la ley: fuerza-vicio es la que proviene de un ser humano y se dirige a otro⁷, y desemboca en la anulación del acto.

- 2 TREITEL. *The Law of Contract*, 8th ed., London, Sweet & Maxwell/Stevens & Sons, 1991, 371 y s.; H. VAN KOOTEN. "Threats and Abuse of Circumstances", en H. BEALE et ál. *Contract Law*, cit., 3.E.114, 478 y ss.
- 3 CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S. *Law of Contract*, 12th. ed., Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, P. FURMSTON, 1991, reimpr. 1993, 317 y ss.
- 4 H. COLLINS. *The Law of Contract*, 2nd. ed., Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1993, 325 y s.
- 5 Sobre la ausencia de reconocimiento de dicha figura del derecho romano en las codificaciones modernas, la reticencia de la doctrina a acogerla, su dificultad de optar por la solución adecuada, y la innovación del Código Civil de 1942, cfr. A. FEDELE. *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1943, 245 y ss. y notas.
- 6 "La 'necesidad' del artículo 1447 es simétrica con respecto a la 'coacción' de que se suele hablar en materia de violencia. Necesidad y coacción se traducen en el estado psicológico de temor de la víctima": R. SACCO. "Stato di necessità e stato di bisogno", en *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (dir.), 10, "Obbligazioni e contratti", t. 2.º, Torino, UTET, 1982, 177.
- 7 Cfr. SCOGNAMIGLIO. "Contratti in generale", en *Trattato di diritto civile*, G. GROSSO y F. SANTORO-PASSARELLI (dirs.), Milano, A. Vallardi, 1961; 3.ª ed., 1972. (trad. española, *Teoría general del contrato*, F. HINESTROSA [trad.], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1961, 1983, 1991 y 1996), n.º 15, 52. Sobre la razón de esta exigencia restrictiva que campea en los distintos códigos, "se advierte que el derecho reacciona contra una amenaza grave e injusta, sin que importe de quién proviene, por una imperiosa salvaguarda de la libertad de determinación de todo sujeto, frente a la cual, inclusive, ha de ceder la otra razón de tutela de la confianza (justificada) de la contraparte" (ibid., 53). "Las situaciones de presión grande proveniente de acontecimientos, que fuerzan a contratar a la parte que se encuentra bajo la influencia de dicha presión, no están previstas por

Sin embargo, en la vida de relación se observan casos, de suyo antiguos y cada vez de más vasta ocurrencia, en los que un negocio se celebra por temor, estando intimidado su autor⁸, sin que la presión o la amenaza provenga de otra persona individualizada, sino de un grupo social difuso, anónimo, o de "un ambiente de violencia generalizada"⁹, o de sucesos de la naturaleza, o de circunstancias o condiciones especiales del individuo¹⁰. Entonces se advierte, dados los caracteres propios de la figura de la fuerza, que, así no haya espontaneidad ni libertad en la declaración, no puede decirse que el sujeto resulte determinado por violencia o, mejor, que haya fuerza vicio de la voluntad, sino en la medida en que la amenaza provenga de alguien, así no se le pueda identificar¹¹, por cuanto esta figura exige la intervención de una persona que ejerce coacción sobre otra con la finalidad de obligarla a celebrar el negocio¹². Otra cosa es la desazón o la ansiedad que le pudo producir el apremio en que se encontraba¹³, al margen de si a este concurren otra u otras personas o la propia víctima; solo que entonces el ordenamiento no reacciona en razón de la falta de libertad del sujeto negocial, sino para tutelarlo como víctima de una lesión patrimonial debida, en últimas, al aprovechamiento por parte del otro contratante de su condición de debilidad o inferioridad circunstancial, y en razón del desequilibrio económico producido¹⁴.

los artículos 1111-1114 del *Code civil*, porque la presión debe provenir del hombre para que constituya violencia": N. A. IUCA. *La violence comme vice du contrat et du consentement, en droit comparé*, Paris, L. Duchemin, 1930, 55.

- 8 "Intimidar. Causar o infundir miedo. Entrarle o acometer a alguien el miedo": Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, 387.
- 9 G. D'AMICO. "Violencia, diritto privato", en *EdD*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 868.
- 10 "El problema que se plantea es el de si el temor que no deriva de la violencia constituye por sí solo un vicio del consentimiento": 1957, 208 y ss. C. M. BIANCA. *Diritto civile*, 3, "Il contratto", 2.ª ed., Milano, 2000, rist. 2001, n.º 357, 663. Cfr. Cas. 28 de julio de 1958, LXXXVIII, 561/63.
- 11 "Según la opinión mejor no parece necesaria, para la relevancia de la violencia, la individualización específica del tercero amenazador, y ha de considerarse suficiente una indicación genérica de él; exceptuada, sin embargo, la hipótesis límite en la que el temor depende de una situación general de violencia (por la presión, p. ej., que un régimen político puede ejercer para la persecución de sus fines, sobre todos los ciudadanos": SCOGNAMIGLIO. "Contratti in generale", n.º 15, 53.
- 12 "Coacción. Fuerza o violencia que se hace a una persona para obligarla a que diga o ejecute alguna cosa": *Diccionario de la lengua española*, cit., 877. Cfr. SCOGNAMIGLIO. *Ob. cit.*, 52 y 261. "Si la amenaza proviene de circunstancias objetivas, falta el requisito de la conducta humana": ROPPO. *Il contratto*, cit., n.º 37.7, 835. "Dos opiniones se encuentran al respecto. La una se rehúsa a tomar en consideración el temor resultante de acontecimientos. El compromiso asumido bajo el imperio del temor no puede ser anulado sino cuando aquel fue provocado por violencias o amenazas de una persona [...] Otra opinión asimila el estado de necesidad a la violencia, en cuanto el otro contratante se haya aprovechado de ella para obtener de su contraparte ventajas excesivas": TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, n.º 247, 244.
- 13 "El temor en sentido propio es el impulso psicológico que la percepción de un peligro ejerce sobre la persona": BIANCA. *Il contratto*, cit., n.º 357, p. 662. Se ha llegado a preguntar "por qué, si la violencia puede provenir de un tercero, no podría también derivar de un *act of God*": J. CARBONNIER. *Droit civil*, t. 4, "Les obligations", 22.ª ed., Paris, Thémis, PUF, 2000, n.º 52, 115.
- 14 "La cuestión se funda en la diferente eficiencia causal de los fenómenos contemplados,

En el estado de necesidad hay una coacción, una intimidación, que no es determinada por una amenaza singular. De suerte que si el fundamento del rechazo de la fuerza estriba en la deslegitimación del acto desprovisto de la libertad, que tanto exalta la teoría de la autonomía de la voluntad, en la hipótesis del negocio celebrado en estado de peligro o en estado de necesidad, más que la sanción de una conducta intimidadora, que bien pudo no darse, lo que se procura es proteger a la víctima de condiciones objetivas o subjetivas de debilidad y reprimir el aprovechamiento indebido de la contraparte¹⁵; tutela no de la libertad del sujeto, o no solamente de ella, sino de su patrimonio frente a la iniquidad de los términos de su disposición¹⁶. O sea que en estas eventualidades el supuesto de hecho normativo es más complejo, pues se integra con varios elementos, por medio de la concurrencia de la falta de espontaneidad por el apremio del agente con el aprovechamiento de esa situación por la contraparte, que se evidencia en

puesto que, mientras que la amenaza del hombre constituye una causa ilegítima de presión sobre la libertad del querer, ante la cual es preciso reaccionar, la presión irresistible de los fenómenos externos opera en el sentido de hacer más intensa, con la necesidad, la voluntad de estipular, y plantea así el problema distinto de defender a la víctima del estado de necesidad que la expone al peligro específico de sufrir condiciones inicuas": SCOGNAMIGLIO. "Contratti in generale", cit., n.º 15, 52. Y esto vale tanto para los ordenamientos que prevén expresamente las figuras en cuestión como para aquellos otros, como el francés, en que la jurisprudencia las ha recibido.

- 15 El Código Penal de 1980 (Dcto. 100) disponía a propósito de la intimidación: Artículo 282: "Constreñimiento ilegal. El que fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de uno a dos años"; Artículo 244: "Extorsión. El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de ocho a quince años". El Código Penal de 2000 (Ley 599) concretó la figura del *aprovechamiento indebido*, así: Artículo 251: "Abuso de condiciones de inferioridad. El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de uno a cuatro años y multa de cinco a cincuenta salarios mínimos legales vigentes. Si se le ocasionare el perjuicio, la pena será de dos a cinco años de prisión y multa de diez a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes". Cfr. el artículo 644 C. P. italiano, relativo al delito de usura, consistente hacerse dar o prometer provechos usurarios como contraprestación de dinero u otra utilidad.
- 16 "En ambos casos su fundamento exclusivo está en el elemento objetivo del supuesto de hecho contractual, puesto que, para los efectos de la rescindibilidad del contrato, no son suficientes las condiciones inicuas (para el caso del contrato en estado de peligro) y la desproporción entre las dos prestaciones (en el caso del contrato en estado de necesidad). Y tampoco se puede hablar de una especial posición volitiva del contratante como fundamento exclusivo de las dos instituciones [...] En ambas se tiene el concurso de los dos elementos, objetivo y subjetivo [...] Condiciones contractuales inicuas y desproporción entre las prestaciones contractuales, pero también el temor causado por el estado de peligro o el estado de necesidad": M. ALLARA. *Corso di diritto civile, La teoria generale del contratto*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, s. f. (pero 1955), 206 y s. "Si la situación de peligro es conocida por la contraparte, que además extrae de ella una ventaja indebida, se impone la exigencia de tutelar jurídicamente al contratante víctima de esta causa particular de alteración de su voluntad. A esta exigencia responde el remedio de la rescisión": BIANCA. *Il contratto*, cit., n.º 357, 663.

la desproporcionalidad o en la iniquidad de las condiciones económicas de la estipulación¹⁷. Son los casos de quien paga un precio irrisorio por el servicio de otra persona u obtiene una remuneración exorbitante por el propio, en los que sobresa el aprovechamiento de la condición ajena deprimida. Se habla, entonces, de los estados de necesidad y de peligro que así mismo afectan la determinación; casos que, no hallando regulación específica por parte del ordenamiento, o que apenas cuentan con disciplina ocasional¹⁸, algunos tienden a asimilar o integrar a la fuerza¹⁹, extremando la similitud que puedan presentar con ella, para lo

- 17 "El legislador adoptó un sistema que da relevancia al cúmulo de tres circunstancias: la desproporción de las prestaciones, la conducta del contratante que saca ventaja, el estado de necesidad en que se encuentra el contratante damnificado": 176. Resulta interesante analizar el caso comentado por R. SCOGNAMIGLIO. "Note in tema di violenza morale, en *Rivista di diritto commerciale*, 1953, ahora en *Scritti giuridici*, 1, CEDAM, Padova, 1996, pp. 243 y s.: "la amenaza de muerte proveniente de soldados alemanes [durante la ocupación], si no se les daba cierta suma, indujo a la víctima a vender un fundo suyo para procurarse el dinero exigido. Se debate si la venta, bajo la presión de aquella amenaza, debe o no considerarse viciada por violencia".
- 18 Así, con redacción nada airosa, el artículo 1550 C. Co. previene: "Todo contrato de asistencia y salvamento celebrado en el momento y bajo la influencia del peligro, a petición de una de las partes podrá ser modificado o aun declarado nulo, cuando las condiciones acordadas no sean equitativas, y singularmente, cuando la remuneración resultare en un sentido u otro notablemente desproporcionada con los servicios prestados".
- 19 PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 1, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950, n.º 88, 200 y s., tras de indicar como "características de la fuerza que sea ilegítima, determinante y provenir de la amenaza de un mal contra la persona que emite la declaración u otras", y anotar que los códigos francés y colombiano "ignoraron la coacción proveniente de los acontecimientos", concluye diciendo que "la fuerza derivada de tales acontecimientos puede ser aceptada como causal de anulación [...] porque ninguna diferencia hay entre ser el causante directo de la violencia, y aprovecharse de los acontecimientos y de la presión que estos ejercen sobre una persona, con el fin de obligarla a consentir". G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2000, n.º 256, 218 y s., se refieren a la "voluntad viciada cuando el temor que determina su manifestación no procede de acto ejecutado por el hombre, sino de un hecho de la naturaleza", para, reiterando la exigencia de la injusticia de la fuerza para que llegue a ser vicio, y haciendo pie en la injusticia del aprovechamiento de aquellas circunstancias por la contraparte, secundar la tesis de la nulidad de la disposición, al ver en el aprovechamiento la razón de ser general de la sanción normativa, y rechazar la afirmación de que la violencia debe ser obra de una persona para intimidar a otra, siempre y cuando sea injusta. A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. Parte general y personas*, t. 1, 15.ª ed., reimpr., Bogotá, Edit. Temis, 2002, § 201, 500 y s., al tratar los vicios de la voluntad no se pronuncian sobre los negocios en estado de necesidad o de peligro o en condiciones de inferioridad. Simplemente anotan que "el elemento cualitativo de la violencia es su injusticia", y mencionan la Ley 201 de 1959, con arreglo a la cual "no es necesario acreditar el estado singular de violencia, es decir las amenazas hechas al vendedor, sino más bien la condición desfavorable del contrato y el lugar donde se celebró", apenas como un dato histórico. Por su parte, el editor ORTIZ MONSALVE, al presentar "las ideas esenciales del Proyecto Valencia Zea (1980)" (67), da cuenta de que en él "se amplían las aplicaciones de las buenas costumbres", de modo que "el aprovechamiento del estado de necesidad, de la inexperiencia, de la explotación de alguien para realizar un negocio jurídico manifiestamente anormal, constituye negocio contrario a la buena costumbre", a la manera del § 138.2 BGB.

cual comienzan por afirmar que la intimidación en general puede tener origen anónimo, lo que permitiría incluir dentro de la *figura legis*, junto a la proveniente de la actividad de "cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento" del sujeto negocial (art. 1514 C. C.), aquella que viniendo de acontecimientos naturales o sociales afecta su libre determinación²⁰.

II. TENDENCIAS RECIENTES

En verdad, el derecho del consumo y el de la competencia, con su desarrollo generalizado, y para el caso, dentro de una orientación común en lo que respecta a la Unión Europea, han venido influyendo amplia y hondamente en el derecho común de los contratos, con enriquecimiento conceptual y sensibilización ético-política para captar y solucionar situaciones injustas o desequilibradas muy propias de la vida social del presente²¹. Tal el ejemplo del concepto de dependencia económica resultante de la ordenanza francesa de 1986, junto con la Ley del 1.º de julio de 1996 y desarrollado por la Ley del 15 de mayo de 2001, para desembocar en la figura de la "violencia económica". Se trata de identificar el punto del desequilibrio prestacional, ante todo económico, pero no solamente tal, pues la iniquidad también se puede referir a "elementos contractuales no monetizables", producto de las condiciones de dependencia, inferioridad, apremio, ligereza, inexperiencia, ignorancia, de una de las partes, de las que la otra se aprovecha para obtener una ventaja indebida, que no tiene otra explicación que aquella "debilidad"²². A este propósito cabe resaltar la tendencia de la Corte de Casación francesa de "asimilar el estado de necesidad a la violencia cuando la contraparte contractual ha aprovechado tal situación a fin de obtener del otro contratante ventajas excesivas"²³, dentro de un movimiento judicial generalizado en esa dirección, que alcanzó punto culminante

20 BIANCA. *Il contratto*, cit., n.º 357, 663. En cas. 4 mayo de 1968, CXXIV, 94, la Corte advierte esa inclinación.

21 "En lo que parece haber acuerdo es en que debe realizarse un esfuerzo serio para desarrollar un núcleo común de los principios y reglas jurídicos europeos, para comprometerse en la construcción de una lingua franca jurídica europea y en el desarrollo de una bibliografía jurídica común europea, y así sentar las bases de aquello que será necesario para emprender el proyecto de un código civil europeo, una vez que haya madurado la idea": H. KÖTZ. "Towards a European Civil Code: The duty of good faith", en *The Law of Obligations, Essays in celebration of J. Fleming*, P. Cane & J. Stapleton (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1998, 243 y s. Cfr. CARBONNIER. Introduction a "L'évolution contemporaine de droit de contrats", en *Journées Savatier*, Paris, PUF, 1992, 31; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, n.º 248, 247 y s.

22 Cfr. D. MAZEAUD. "Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel", en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 138 y ss.

23 Cas. 17 de abril de 1887. "Una concepción extensiva del dolo y de la violencia le permitió sancionar ciertos abusos de situación [...] Pero esta utilización de los vicios del consentimiento no podía darse sin límites [...] La Corte de Casación lógicamente condenó la concepción excesiva de la violencia, al indicar que un abuso de fuerza económica coercitiva no llegaría a constituir por sí solo la violencia del artículo 1112 C. C.":

en tiempos recientes, primero en casación del 30 de mayo de 2000, donde se sostiene que "la violencia económica se remite a la violencia y no a la lesión", y luego en casación del 3 de abril de 2002, con arreglo a la cual se diseña un vicio de violencia económica propiamente dicho: "solo la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, realizada para obtener provecho del temor de un mal que amenaza directamente los intereses legítimos de la persona, puede viciar el consentimiento por violencia"²⁴. Lo cual, tanto allá como mirando otros derechos, da para pensar si lo que se pretende o si la solución sería erigir un "cuarto vicio de la voluntad": necesidad, dependencia económica, posición de inferioridad²⁵, o, sin más, asentar la razón de ser del repudio de la fuerza no tanto en la ausencia de espontaneidad del consentimiento, cuanto en la sanción al aprovechamiento por la contraparte de la situación de intimidación en que se encuentra la víctima de amenazas, así no sean suyas²⁶.

Algunos ordenamientos afrontan directamente el fenómeno en cuestión y para ello, distinguiendo los respectivos presupuestos, mantienen la reserva de la fuerza vicio de la voluntad para la coacción humana, y erigen las figuras del estado de necesidad o de peligro para los restantes casos²⁷. El *codice civile* italiano en su artículo 1447 disciplina esta figura así:

Contrato celebrado en estado de peligro. El contrato por el cual una parte asumió obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad, conocida por la contraparte, de salvarse ella o salvar a otros de un daño grave a la persona, puede ser rescindido por demanda de la parte obligada. El juez, al pronunciar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar a la otra parte una compensación equitativa por la obra ejecutada.

Acá, no basta la falta de libertad para contratar, ni es esa la circunstancia que determina la reacción de la norma; el factor definitivo, indispensable, es el apro-

J. MESTRE. "L'évolution du contrat en droit privé français", en *L'évolution contemporaine de droit de contrats, Journées Savatier*, Paris, PUF, 1992, 46 y s.

24 Cfr. G. LOISEAU. "L'application de la théorie des vices du consentement au contrat du travail", en *Études offerts à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 584 y ss.; *id.* "La qualité du consentement", en *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, 74 y notas 25 a 27, quien agrega: "Así considerado, el vicio de violencia económica no puede ser un remedio realmente eficaz frente a las desproporciones contractuales que tengan su fuente en un abuso de la debilidad" (75).

25 "La expresión –genérica y atécnica– expresa cuando más la aspiración de que la tutela tradicionalmente reservada a los vicios clásicos de la voluntad se extienda, de alguna manera, a estas condiciones diferentes de la persona": E. ROPPO. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, n.º 37.7, 835.

26 Cfr. ATIAS. *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2.ª éd., Presses Universitaires d'Aix-Provence, 2003, n.º 236, 213.

27 Así, el Código Civil de la República Soviética de Rusia en su artículo 33 prevenía: "Cuando una persona, movida por necesidad extrema celebrare una transacción manifiestamente perjudicial para ella, el tribunal, a solicitud de la víctima o de los órganos del Estado y organizaciones sociales competentes, podrá declararla nula o hacer cesar sus efectos futuros".

vechamiento, por una de las partes del negocio, de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra, que se hace presente en el contenido del negocio, o mejor, en la iniquidad de las condiciones, y que le ocasiona un quebranto patrimonial a la contraparte. En el Código francés del consumo (Ley del 26 de julio de 1993) se encuentra prevista y reprimida, incluso penalmente²⁸, la figura del "aprovechamiento, por parte del profesional, de la vulnerabilidad de ciertos consumidores en situación particular de debilidad, al hacerles suscribir, fuera de los lugares normales de comercialización, compromisos excesivos cuyo alcance no están en condiciones de apreciar correctamente"²⁹.

Tres son las condiciones que integran el tipo de la referencia, a saber: el estado de ignorancia o de debilidad del consumidor, su aprovechamiento por el profesional que así lo engaña (dolo) o lo coacciona (fuerza); que la operación se celebre fuera del lugar ordinario o normal de comercialización (a domicilio, en feria o salón de ventas); que el consumidor haya sido conducido a suscribir compromisos a crédito, con exclusión de las ventas o prestaciones de servicios pagados de contado³⁰.

III. CARACTERES DEL ESTADO DE NECESIDAD

Dentro de la configuración normativa del estado de necesidad se tienen como elementos suyos la situación de apremio actual de salvarse a sí mismo o a otro de un mal grave a la persona, que se cierne sobre el agente, tomada latamente, conocida por la contraparte, y que se traduce en la celebración del contrato en condiciones inicuas.

Cabe, entonces, resaltar que la alteración del proceso volitivo del sujeto no resulta acá de un comportamiento determinado de alguien que lo realice con el propósito de intimidar y de obtener, por ese medio, la celebración del negocio jurídico, como ocurre en la fuerza, sino de una situación que le sobrevino de resultas de acontecimientos naturales o humanos; eventualmente puede provenir de sus propios antecedentes y actuación; circunstancias que comportan un riesgo personal propio o de alguien inmediato a él, al que no puede sobreponerse; situación conocida por la contraparte, y que, por así decirlo, le impone la celebración del contrato en condiciones inicuas³¹.

28 El artículo 122-8 sanciona la conducta correspondiente con pena de hasta cinco años de prisión y multa de 60.000 francos. Prevención coincidente con la del artículo 313-4 C. Penal, que erige el delito de "abuso de una debilidad especial de alguien debido a su edad, una enfermedad, una deficiencia física o síquica o de un estado de embarazo, aparente o conocido, para obligarlo a un acto o una abstención que le sean gravemente perjudiciales", sancionado con tres años de prisión.

29 FERRIER. *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996, 26.

30 Artículo 122-10 de la citada ley. Cfr. FERRIER. *Ob. cit.*, 27.

31 "Para los efectos de la rescisión del contrato por lesión, carece de relevancia el que la contraparte simplemente haya adherido a la oferta del contratante necesitado, sin haber desplegado actividad alguna más o menos maliciosa dirigida a promover o solicitar

“Estado de necesidad” es de suyo un concepto amplio; el apremio puede ser de variada índole³². Y lo natural es pensar ante todo en la necesidad de dinero, como también de otro bien o servicio patrimonialmente avaluable. No importa el origen de la carencia o la necesidad, que inclusive puede ser imputable al propio interesado. Lo que interesa acá es su estado de ansiedad o angustia en sí, por una necesidad en principio propia, pero que también puede ser ajena.

A diferencia de la fuerza, en la que prevalece, no sin reparos de la doctrina, la prescindencia del aspecto psicológico de la contraparte o del beneficiario de la prestación—de modo que no es menester que estos tuvieran conocimiento de la alteración psicológica o emocional del agente, o dicho mejor, se los desampara al no tutelar su buena fe—, aquí es indispensable que “la necesidad haya sido conocida por la contraparte”. O que se hubiera debido conocer, habría que agregar, por cuanto, en últimas, en la iniquidad de los términos del negocio (ante todo económicos, pero no exclusivamente tales) habría un indicio o una presunción de conocimiento: la contraparte que cerró los ojos ante ella no podría alegar ignorancia del estado de necesidad³³. Su aprovechamiento la excluye³⁴.

En el estado de peligro o de necesidad se exige que el contrato se celebre con el propósito de superar esa situación de apremio.

La iniquidad de las condiciones, igual que la desproporción, será valorada con prudente arbitrio por el juez, y el punto de referencia será, sin duda, el valor equitativo de la prestación correlativa, cual ocurre en la previsión del artículo 1550 C. Co.

Por último, el negocio celebrado en estado de necesidad no es nulo, tampoco es anulable, simplemente es rescindible, con facultades al juez para procurar reajustes patrimoniales. Con todo, no es convalidable (art. 1451 C. C. ital.)³⁵.

la estipulación del contrato”: cas. 4 de febrero de 1979, cit. por BIANCA. *Il contratto*, cit., 681, nota 24.

- 32 “Necesidad es una categoría general de las ciencias sociales, e indica una condición humana normal [...] Con respecto al concepto genérico de necesidad, inscrito en una dimensión esencialmente subjetiva, la norma implica una necesidad calificada en un elemento objetivo, socialmente apreciable: la necesidad de alguna cosa que sirva para evitar un perjuicio significativo, al cual estaría expuesta la parte”: ROPPO. *Il contratto*, cit., n.º 40.3, 888.
- 33 “En cuanto al requisito, se trata de proteger la buena fe de la contraparte que, no teniendo conocimiento del peligro, se limitó —y no parece ser el caso de imputarle una culpa— a aceptar condiciones demasiado ventajosas. Sin embargo, ha de admitirse que una ignorancia tal difícilmente se podrá concebir frente a un estado de peligro grave que será de evidencia segura”: SCOGNAMIGLIO. “Contratti in generale”, cit., n.º 72, 261, y n.º 74, 266.
- 34 Así lo ha aceptado la jurisprudencia italiana al indicar que “la mala fe puede inferirse de la iniquidad objetiva de las condiciones contractuales”: ROPPO. *Ob. cit.*, n.º 40.2, 887.
- 35 “Medida dirigida a prevenir de raíz una ocasión fácil de abuso en perjuicio del contratante lesionado, que generalmente se mantiene en estado de peligro durante el tiempo breve que se le concede para ejercitar la acción [un año]”: *ibíd.*, n.º 379, 693. Cfr. SCOGNAMIGLIO. *Ob. cit.*, n.º 75, 268; L. BIGLIAZZI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI y U. NATOLI. *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1987 (trad. F. HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, reimpr. 1995), n.º 44, 860.

IV. COMPARACIÓN ENTRE LA FUERZA Y EL ESTADO DE PELIGRO O DE NECESIDAD

La figura del negocio celebrado en estado de necesidad o de peligro presenta caracteres distintivos que han de resaltarse para su individualización cabal, en contraste con la fuerza³⁶: el sujeto ha de encontrarse actualmente en un trance debido a una situación de peligro que le concierne a él o a otra persona que le sea allegada inmediatamente; a causa no de una conducta humana concreta y con determinado propósito, sino debido a la ocurrencia de eventos, sean naturales, sean sociales o políticos, e inclusive a circunstancias o condiciones, permanentes, transitorias u ocasionales, propias³⁷. En lo que hace a la índole de dicho peligro, de suyo se tiene presente el riesgo de un derecho fundamental: la vida, la integridad personal, el honor (cap. 1 tít. II C. P.), pero se discute si también puede incluirse el peligro relativo al patrimonio; en sentido positivo estarían las hipótesis de los contratos de asistencia y salvamento navales, cuya disciplina abarca dicha hipótesis (art. 1550 C. Co.)³⁸. En cuanto a la actitud de la contraparte, es indispensable que ella haya estado al corriente de la situación apremiante en que se encontraba el sujeto, y se dice que no, o no tanto, porque el ordenamiento trate de reprimir el aprovechamiento de la necesidad ajena, cuanto en razón de la tutela del contratante ignorante de ella³⁹. Sin embargo, habrá que tener en cuenta la magnitud del desequilibrio entre las prestaciones, no solo como expresión de aquel aprovechamiento, sino como factor objetivo excluyente de la buena fe: no poder ignorar el apremio en que se halla la contraparte y utilizarlo en ventaja propia⁴⁰. Por último, la iniquidad de las condiciones (o su falta de equidad o su

36 La discusión al respecto es grande y se mantiene, entre quienes ven acá una figura diferente de la del vicio de la voluntad y en especial de la fuerza, y quienes ven en "el negocio celebrado en estado de peligro en condiciones inicuas un verdadero negocio afectado de violencia moral o, en todo caso, con consentimiento viciado: la volición de quien estipula un negocio bajo la presión de acontecimientos exteriores que perturbaban el ciclo psicológico normal del querer es una volición viciada, exactamente como aquella trastocada por error o inducida por dolo": FEDELE. *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Firenze, 1948, 247 y s.

37 Ya POTHIER. *Traité des obligations*, cit., n.º 24, 38, anotaba que "Pufendorf exceptúa un caso en el que la obligación, aunque contraída por la impresión del temor que me causó la violencia que se ejerció sobre mí, no deja de ser válida, y es el caso en el que yo prometí alguna cosa a alguien para que viniera en mi socorro y me librara de la violencia que otro ejercía sobre mí [...] Sin embargo, si yo prometí una suma excesiva, yo podría hacer reducir mi obligación a la suma que se juzgara la recompensa justa del servicio que se me prestó".

38 En sentido adverso, con cita de casación, SCOGNAMIGLIO. "Contratti in generale", cit., n.º 73, 261 y nota 61; y la doctrina italiana en general resalta esta diferencia entre la violencia y el estado de necesidad al comparar las respectivas previsiones de los artículos 1435 y 1447 C. C.: "el mal temido ha de ser un daño a la persona", con posible extensión a otros bienes de la personalidad, pero con dificultades para el encuadramiento de la hipótesis del "salvamento marítimo". Cfr. SACCO. "Stato di necessità e stato di bisogno", cit., 177.

39 SCOGNAMIGLIO. Ob. cit., n.º 73, 261.

desproporción notable: art. 1550 cit.) no tiene por qué consistir en un determinado porcentaje, sino que su apreciación ha de quedar confiada a la prudencia judicial (cfr. arts. 1551 y 1844 y s. C. Co.). A diferencia de la disciplina de los vicios de la voluntad, especialmente de la fuerza, con la que tiene la mayor proximidad, acá la cuestión no consiste en el desvío de la decisión, o no simplemente en la ausencia de espontaneidad, sino que es fundamental el desequilibrio de las prestaciones⁴¹, que en el trasfondo muestra los dos presupuestos indicados: la inferioridad circunstancial de una de las partes y el aprovechamiento de ella por la otra⁴². Así, la jurisprudencia francesa, al ensanchar el diafragma, estima que "la presión de las circunstancias no basta para constituir la violencia, y que esta solo existe si la otra parte contractual se ha aprovechado de las circunstancias para imponer condiciones anormales"⁴³.

V. ¿VICIO DE "DEBILIDAD"?

Bien se advierte que, de resultas de la asimilación del contrato a lo justo y equilibrado y del empeño obstinado de mantener a todo trance su intangibilidad, se procuró tenazmente evitar la intervención judicial o, cuando menos, reducirla al mínimo en hipótesis de desventajas graves en la economía del contrato para una de las partes al momento de su celebración. Los ordenamientos solieron ser reacios a aceptar la lesión y especialmente estrictos en su disciplina, de modo de no admitirla por fuera del derecho civil y, aun dentro de este, otorgar la tutela co-

40 PARA PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 1, cit., n.º 87, 202, con apoyo en Planiol, Ripert y Esmein, vi, 267, "no existe presión cuando se aprovechan las circunstancias y la influencia de ellas en el ánimo del contratante, para obtener un convenio ventajoso, siempre y cuando que no se haya realizado acto alguno para lograr esa determinación".

41 "Una situación psicológica análoga a la que por obra de un interesado se produce con la violencia, es la que puede atribuirse a un hecho natural o incluso a un acto humano, pero no dirigido a 'arrancar el consentimiento', cuando crea un estado de necesidad. También el estado de necesidad coloca a una persona ante una alternativa y una opción: escoger entre el riesgo de ver lesionado su interés esencial y un comportamiento protector que puede ser en sí lícito o lesivo de interés ajeno [...] De todos modos, el aspecto por el cual el estado de necesidad se considera relevante como anomalía del negocio, no es el subjetivo de vicio excluyente de la libre determinación del querer, sino el objetivo de situación que ocasiona una lesión injusta que de permanecer implicaría la imposición de un interés particular en ventaja de otro interés privado, y que por tanto da pie a una demanda de rescisión": E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpr. corregida (1960) de la 2.ª ed., de 1950, G. CRIFÒ (ed.), Napoli, Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, n.º 56, 452 y ss. Cfr. G. LOISEAU. "La qualité du consentement", en *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, 77.

42 Cfr. P. GALLO. *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, 307. Numerosos autores remiten la cuestión a vicio de la causa: cfr. F. SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, 9.ª ed., reimpr., Napoli, Jovene, 1986, n.º 36, 169; G. MIRABELLI. *La rescissione del contratto*, Napoli, Jovene, 1951, n.º 34, 107 y ss.

43 A. BÉNABENT. *Droit civil. Les obligations*, 9.ª ed., Paris, Montchrestien, 2003, n.º 94, 71.

respondiente apenas respecto de determinadas figuras, y solo cuando la desproporción superaba cierta medida legalmente establecida. Tal el ejemplo paradigmático del *Code civil* francés, que, luego de sentar la regla de que "la lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos o respecto de determinadas personas" (art. 1118)⁴⁴, solo la tiene en cuenta en los eventos de partición, cuando uno de los coherederos "sufre lesión de más de un cuarto" (art. 887), y de compraventa de inmuebles, y únicamente para el vendedor, "cuando ha sido lesionado en más de siete doceavas en el precio" (art. 1674). Régimen que el Código de BELLO modificó para extender la protección al comprador, y la rescisión o la reducción del exceso a otras figuras.

Harto se ha discutido acerca de cuál es o ha de ser la naturaleza jurídica de la lesión, si vicio de la voluntad o entidad aparte, y por lo mismo la índole de la acción correspondiente⁴⁵. En el derecho colombiano es clara la autonomía de la figura, como también la diferencia de su tratamiento y de los alcances de la rescisión frente a los de la nulidad (relativa).

En términos de derecho comparado ha de observarse que el BGB (1896-1900) originó una solución distinta para el desequilibrio inicial o congénito de la economía de operación de naturaleza conmutativa. En efecto, a tiempo que los §§ 119 a 124 regulan la rescisión por error, dolo y fuerza, y nada disponen a propósito de la lesión, el § 138 prevé:

Negocio jurídico contra las buenas costumbres, usura. 1. Es nulo el negocio jurídico que va contra las buenas costumbres. 2. En especial es nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de la necesidad, la falta de juicio o de la grave debilidad de otra persona, le hace prometer o garantizar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales ostensiblemente desproporcionadas frente a dicha prestación⁴⁶.

44 Y tal cual reza el artículo 1405 del *Code civil de Québec* (1992).

45 En la doctrina francesa se encuentra, a la vez que el aserto de que "la lesión no es un vicio del consentimiento", la afirmación de que "es una causal de nulidad propia de ciertos contratos". Así, MALAURIE y AYNÈS. *Contrats, quasi-contrats*, cit., n.º 123, 99, PH. DELEBECQUE y F.-J. PANSIER. *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Paris, Litec, 2000, n.º 177, 91, TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*, n.º 317, 318.

46 "La usura en el sentido del § 138.ii, exige un supuesto de hecho objetivo y uno subjetivo. El supuesto de hecho de la usura tiene dos presupuestos objetivos: 1. Prestación y contraprestación deben encontrarse en una desproporción notoria, y ha de juzgarse por las 'circunstancias' si se da tal 'notoria desproporción' [...] 2. Después de la modificación por la Ley del 29-7-1976 el § 138 implica la 'explotación de la situación de necesidad, de la inexperiencia, de la falta de capacidad de juicio o de la considerable debilidad de la voluntad de otro'. Se discute si la situación de necesidad debe ser de índole económica. Recientemente predomina la opinión de que cualquiera explotación, no solo de un estado de necesidad económico, basta para cumplir con el supuesto de hecho del § 138.2. El supuesto subjetivo de la 'explotación' consiste en el aprovechamiento consciente de la situación de necesidad, ingenuidad o de la inexperiencia. No depende de que la iniciativa para realizar el negocio haya partido del usurero. También el negocio surgido 'a ruego' del explotado puede constituir 'explotación' por parte del usurero. No

El aprovechamiento de las condiciones de inferioridad o debilidad de una de las partes por la otra, proyectado en un desequilibrio manifiesto de las prestaciones, es contrario a las buenas costumbres y por ende se sanciona con la nulidad del negocio jurídico en cuestión. Es claro el supuesto de hecho de la norma: la concurrencia del estado de apremio o de debilidad de una de las partes con el aprovechamiento de él por la otra, aprovechamiento que se manifiesta, dijérase que consiste, en el desequilibrio ostensible de las prestaciones recíprocas. Allí se advierte el reproche de la conducta incorrecta del aprovechado, junto a la protección de la víctima, por la vía de la nulidad.

Seguidamente se tiene el Código de Obligaciones suizo (OR), cuyo artículo 21 dispone:

En caso de desproporción manifiesta entre prestación y contraprestación derivadas de un contrato, a cuya celebración se llegó por el aprovechamiento de una de las partes de la necesidad, la inexperiencia, o de la debilidad mental de la otra, la perjudicada puede declarar, dentro del término de un año, que el contrato no se mantiene y exigir la restitución. El año se cuenta desde la celebración del contrato⁴⁷.

Atrás se explicó de qué manera regula el *codice civile* en su artículo 1447 el "contrato celebrado en estado de peligro", a lo que hay que agregar ahora que bajo la rúbrica de "acción general de rescisión por lesión" el artículo 1448 prevé:

Si hay desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra, y la desproporción es producto del estado de necesidad de una parte, del que la otra se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte perjudicada puede demandar la rescisión del contrato. La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte perjudicada tenía al tiempo del contrato. La lesión ha de perdurar al momento en que se propone la demanda.

es necesaria la intención de perjudicar [...] En todo caso el negocio será nulo si el cocontratante 'por mala fe o por negligencia grave' no se enteró de que el otro aceptó las condiciones que le fueron impuestas por razón de las dificultades de su situación": W. FLUME. *Allgemeiner Teil des bürgerliches Recht*, 2, "Das Rechtsgeschäft", 4.ª ed., Berlin y New York, 1992. (trad. española, *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*, t. II, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y E. GÓMEZ CALLE [trads.], Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998), 454 y ss.

47 "Estos son los presupuestos necesarios: 1. Un desequilibrio manifiesto entre prestación y contraprestación al tiempo de la celebración del contrato, cuya determinación corresponde al juez en decisión libre. 2. Además, debe mediar una relación objetiva entre la demasía y la necesidad económica o personal o la inexperiencia o la debilidad mental al tiempo del establecimiento de la relación obligacional. 3. En cuanto a la relación subjetiva, la contraparte ha de tener un denominado conocimiento circunstancial de la desproporción y haberse aprovechado (explotación) en su propio interés. Llenados estos presupuestos, el contrato no es vinculante para la víctima, íntegras las prestaciones han de ser restituidas y el aprovechador deberá indemnización de perjuicios. Acá también es proveible una mera reducción del exceso, dentro de la posibilidad de las circunstancias": Th. GUHL. *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9.ª ed. (A. KOLLER, A. K. SCHNYDER, J. N. DRUEY [eds.]), Zürich, Schulthess, 2000, § 7, 48 y ss. Cfr. P. ENGEL. *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Staempfli, 1997, § 15, n.º 64 y ss.

Al que agrega el artículo 1449: "La acción prescribe en un año contado desde la celebración del contrato, pero si el hecho constituye delito, se aplica el artículo 2947⁴⁸.

La jurisprudencia francesa, como se anotó, se ha inclinado por aproximar o asimilar la presión económica a la fuerza ("violencia económica"), en vez de a la lesión, e incluso la doctrina habla de "una piel nueva de aquel vicio"⁴⁹. Pero, inclusive dadas las reservas y restricciones para la aplicación de la nulidad por dicho motivo, la doctrina ve con buenos ojos "la coexistencia de los dos vicios justificada porque cada cual tiene su terreno propio y hace correlativamente inútil la hipertrofia del concepto de violencia"⁵⁰. Y la Ley del 1.º de agosto de 2003 avanzó en cuanto a la exigencia de proporcionalidad en materia de fianzas. Por su parte, la jurisprudencia alemana, si que también la austriaca, atienden, al efecto, más que al así llamado "principio de proporcionalidad", esto es, más que a la desproporción objetiva, al "abuso de la debilidad"⁵¹.

En tanto que la legislación sobre competencia prohíbe e invalida el acto incurso en "explotación abusiva de una posición dominante" o "del estado de dependencia económica" (arts. 8.º y 9.º O. 1.º de diciembre de 1986). El Código Civil de Perú (1984) no se pronuncia sobre el negocio celebrado en estado de necesidad o de peligro, y en cuanto a la lesión (art. 1447) prevé la acción rescisoria "cuando la desproporción entre las prestaciones [...] 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", es decir, siguió fielmente el modelo italiano, con la adición de que "si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionador de la necesidad apremiante del lesionado" (art. 1448), y de que "En los casos en que la acción rescisoria fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste" (art. 1451), lo cual muestra preferencia por la ineficacia del negocio y no por su conservación.

48 "Si la situación de peligro es conocida por la contraparte, y esta obtiene de ella ventaja indebida, se impone la exigencia de tutelar jurídicamente al contratante víctima de esta causa particular de alteración de su voluntad [...] El contrato es rescindible, en general, cuando se estipuló en condiciones gravemente inicuas derivadas del estado de necesidad de una parte. Elementos que caracterizan la rescisión por lesión son, precisamente, el estado de necesidad de una parte, el aprovechamiento de la otra y la lesión en más de la mitad (*ultra dimidium*), también llamada enorme": BIANCA. *Il contratto*, cit., n.º 357 y 373, 663 y 685.

49 Cfr. cas. 1ere. civ., 30 de mayo de 2000, relativa a una transacción impuesta en términos muy desventajosos por el asegurador a su asegurado: "puede ser impugnada en todos los casos en que haya violencia, y la presión económica se remite a la fuerza y no a la lesión". Cfr. MAZEAUD. *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuelle*, cit., 139; P.-Y. VERKINDT. "Le contrat de travail", en *La nouvelle crise du contrat*, cit., 211, nota 85; MALAURIE y AYNÈS. *Contrats, quasi-contrats*, cit., n.º 123, 99 y nota 1.

50 LOISEAU. *La qualité du consentement*, cit., 69.

51 P. ANCEL. "Chronique", en *Revue des contrats*, Paris, LGDJ, 2003, 232.

El artículo 954 C. C. argentino (Ley 17.771 de 1968) dispone:

... Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones [...] la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda [...] [la] prescripción de operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

El proyecto de código civil argentino (1998), dentro de la disciplina de los actos jurídicos, trae un título v, "De los vicios de la voluntad", con seis capítulos, consagrados, los tres primeros, al error, el dolo y la violencia, esta dentro de los contornos tradicionales; uno cuarto relativo a la "Lesión"; uno quinto, a la "Simulación", y uno sexto, al "Fraude". En lo que respecta a la lesión, el artículo 327 prevé:

Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que junto a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones.

Como también dispone que el demandado puede convertir la invalidez en reajuste ofreciéndolo al contestar la demanda, y que "la adecuación procurará el reajuste equitativo de las prestaciones, tomando en cuenta la índole del acto, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo y la factibilidad de su ejecución".

El Código Civil de Brasil (2002), en sus artículos 156 y 157, dispone en tal orden:

Del estado de peligro. Se configura estado de peligro cuando alguien, apremiado por la necesidad de salvarse a sí mismo o a persona de su familia, de daño grave conocido por la otra parte, asume obligación excesivamente onerosa.

De la lesión. Hay lesión cuando una persona, por necesidad apremiante, o por inexperiencia, se obliga a prestación manifiestamente desproporcionada frente al valor de la contraprestación. 1. La desproporción de las prestaciones se aprecia con relación al tiempo en que se celebró el negocio jurídico. 2. No se decretará la anulación del negocio si se ofreciere un complemento suficiente, o si la parte favorecida ofrece una reducción de su provecho.

En fin, los *Principios de derecho europeo de los contratos*, de la Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos, presidida por OLE LANDO (1995-1997), dentro del capítulo relativo a la "Invalidez", disciplinan en artículos separados el error, el dolo, la violencia y "el provecho injusto o la ventaja inicua"⁵². Y en lo que a esta última figura atañe, el *Comentario*, luego de poner de presente que "la disciplina de los contratos no pretende que los tratos sean equitativos en el sentido de que las prestaciones objeto del cambio deban ser de igual valor", señala que el precepto en cuestión:

... adopta el principio de que un contrato que otorga a una de las partes una ventaja excesiva, a consecuencia de un aprovechamiento incorrecto, puede ser anulado o modificado por demanda de la parte perjudicada, [que] es esencial la debilidad o la necesidad, porque la tutela puede ejercitarse solo cuando el contratante puede señalar, como explicación de lo ocurrido, alguna debilidad, restricción o necesidad suya, inclusive una relación de fidelidad suya hacia la otra parte o su confianza en los consejos de esta, si han significado una falta de independencia de su parte en la valoración; y solo cuando el contratante favorecido debió saber que el otro no estaba en condiciones de salvaguardar sus propios intereses [...] lo cual hace surgir el deber, a cargo de la parte fuerte, de cuidar de los intereses de la parte débil, [que] este artículo se aplica cuando la ventaja obtenida por una parte es claramente excesiva con relación al precio "normal" o a la contrapartida en contratos de esa índole; [que] también es aplicable cuando, así el intercambio no sea excesivamente desequilibrado en términos económicos, la ventaja es inicua [...] [que] no hay lugar a la tutela cuando el resultado económico desequilibrado es consecuencia de un riesgo que la parte quiso correr.

En fin, a propósito de los remedios advierte:

... la parte perjudicada puede querer que la relación continúe, pero modificada, por lo cual, conforme al inciso segundo, el juez puede sustituir la cláusula inicua, o sea que la tutela va más allá de un simple derecho a la anulación parcial, en cuanto permite la sustitución de aquella, a solicitud de cualquiera de las partes [...] El juez debe modificar el contrato solo si tal es el remedio apropiado para el caso concreto [...] y adicionalmente a la anulación, o en vez de ella, la parte perjudicada puede obtener el resarcimiento del

52 Bajo el epígrafe de "Provecho injusto o ventaja inicua", el artículo 4:109 dispone: "(1) Cualquiera de las partes puede anular el contrato si, al momento de su celebración: (a) se encontraba en situación de dependencia o tenía una relación de confianza con la otra parte, se encontraba en situación de necesidad económica o tenía necesidad urgente, o estaba afectada de prodigalidad o ignorancia, o desprovista de experiencia o de la sagacidad necesaria para contratar, y (b) la otra parte tenía o debía tener conocimiento de ello y, dadas las circunstancias y la finalidad del contrato, obtuvo de la situación de la otra una ventaja inicua o un provecho injusto. (2) A petición de la parte legitimada para la anulación, el juez puede, cuando el remedio sea adecuado, modificar el contrato de modo de colocarlo en armonía con lo que habría podido ser convenido con respeto de la buena fe y de la corrección. (3) El juez puede igualmente modificar el contrato por solicitud de la parte a la que se envió la comunicación de anulación por provecho injusto o ventaja inicua, siempre que la parte que la envió sea informada prontamente por la que la recibió y antes de que haya podido obrar confiando en la comunicación".

daño, limitado a la medida en que su situación es inferior a la que tenía antes de celebrar el contrato (el daño de confianza o interés negativo) siendo entendido que la tutela contra la ventaja excesiva no puede ser excluida ni limitada por las partes⁵³.

VI. FUERZA Y ESTADO DE DEBILIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Puede preguntarse si algunos ordenamientos no se han excedido, en el empeño de proteger al consumidor, como también cuál sería la actitud más sensata para procurar una tutela equilibrada de los intereses de aquel, acá en lo que se refiere a la fuerza vicio de la voluntad. En efecto, las presiones del profesional sobre el consumidor, particularmente cuando, por así decirlo lo aprehende aislado, p. ej., en su domicilio, o en un ambiente propicio al acoso, como sería en una feria o salón de exposición, tienden a ser consideradas como expresiones de fuerza, cuando quiera que es palpable el aprovechamiento de circunstancias especiales de inferioridad del consumidor, que autorizan a este para impugnar la validez del contrato y que, en últimas, explican o justifican su derecho de desistir de aquel, *ad libitum*, dentro de un término breve. Ello lo pone de presente la proximidad entre las figuras de la fuerza, el estado de necesidad y el aprovechamiento de circunstancias o condiciones de inferioridad, como también la exigencia práctica de soluciones alternativas a la sola anulación del contrato⁵⁴.

VII. FUERZA Y ESTADO DE NECESIDAD EN EL "COMMON LAW":

"DURESS", "UNDUE INFLUENCE", "UNFAIR CONTRACTS"

El concepto de *duress* abarca las situaciones en las que el asentimiento es producto de una presión indebida, de la clase que sea: coerción física o amenazas, presión económica o influencia psicológica, por lo cual resulta inválido⁵⁵.

53 Commissione per il diritto europeo dei contratti. *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, C. CASTRONOVO (ed.), Milano, Giuffrè, 2001, 289 y ss.

54 Cfr. a propósito FERRIER. *La protection des consommateurs*, cit., 33 y s., con relación al derecho del consumidor a la retractación en las operaciones a crédito. MALAURIE y AYNÈS. *Contracts, quasi-contrats*, cit., n.º 126, 101 y n.º 128, 103, luego de preguntarse si, "dentro de su ámbito, en la legislación protectora del consumidor hay espacio para la teoría clásica de los vicios del consentimiento", anotan que "si la ley es respetada en cuanto a los tiempos impuestos para la formación del contrato, a las informaciones exigidas y a la ausencia de cláusulas abusivas, es imposible pretender que el consumidor haya padecido un error: fue informado. Pero el dolo y la violencia sí pueden ser invocados aún". Cfr. J. MESTRE. "L'évolution du contrat en droit privé français", en *L'évolution contemporaine de droit de contrats, Journées Savatier*, Paris, PUF, 1992, 48 y s. "La Ley del 22 de diciembre de 1991 (art. 7.º), relativa a la protección de los consumidores en materia de mercadeo y venta a domicilio, instituyó un delito penal de abuso de la debilidad o la ignorancia de la contraparte contractual, cuyo campo de acción amplió la Ley del 18 de enero de 1992 (art. 1.º) a situaciones que rebasan el clásico mercadeo a domicilio [...] El abuso de la debilidad se encuentra hoy codificado en el Código de Consumo (arts. L-8 y ss. Ver también art. 313-4 C. Penal)": MALINVAUD. *Droit des obligations*, Paris, Litec, 2002, n.º 110, 77.

55 R. STONE. *Principles of Contract Law*, 4th ed., London-Sidney, Cavendish Publ. Ltd., 2000, reimpr. 2001, § 11.1, 223.

La fuerza económica (*economic duress*) es una figura que se remite en Inglaterra a la década de los setentas del siglo XX a propósito de renegociación de contratos de fletamento bajo la amenaza de que de otra manera los fletadores quedarían fuera de negocios; posteriormente se fue ampliando: la presión de sindicato con la amenaza de que sus miembros romperían los contratos con el empresario particular a menos que este accediera a proceder de determinada manera, la retención de nave en puerto para obtener ventajas salariales⁵⁶.

Siendo la tendencia general a privilegiar la firmeza e intangibilidad del contrato, y como quiera que todas las personas mayores de edad se consideran capaces e igualmente capaces, el derecho es muy reacio a aceptar demanda por injusticia de los términos del contrato basada en que una de las partes estuvo en posición de dictárselo a la otra; lo que no obsta para que de tarde en tarde las *Courts of equity* hayan hecho excepciones en busca de equilibrio, al margen de la prevención de los vicios de la voluntad o adicionalmente a ella. Se pone de presente que toda disposición de intereses tiene tras de sí algo de presión y amenaza, implícitas en todo concepto de cambio, porque el oferente está siempre demandando algo a cambio de lo que ofrece, lo que no es sino una manera de amenazar que de lo contrario no hará la provisión correspondiente, para diferenciar las presiones legítimas (presiones ordinarias propias de toda sociedad competitiva) de las ilegítimas⁵⁷.

Al lado de la fuerza propiamente dicha (*duress*), surgió el concepto de presión ilegítima (*undue influence*), con dos manifestaciones o clases: la presión real ("*actual influence*"), que ha de ser probada y cuya ocurrencia le permite a la víctima hacer de lado la operación, al margen de su justicia o injusticia, concerniente ante todo a los testamentos y donaciones⁵⁸; y la presión indebida "presunta" ("*presumed undue influence*"), más frecuente, surgida a partir del empeño de conjurar abusos de los fiduciarios (*trustees*), con extensión a otras relaciones de especial confianza de distinta índole. Presión o influencia ilegítimas que bien pueden provenir de un tercero. La impugnación no tiene lugar si el demandante se dio cuenta o fue advertido de los alcances de la operación⁵⁹.

Todo muestra que las condiciones de inferioridad de una de las partes, que se traduce en términos de desequilibrio grave en la operación, se toman como un supuesto de hecho ampliado de la fuerza, con relevancia invalidante.

56 S. WHEELER y J. SHAW. *Contract Law, Cases, Materials and Commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 489 y ss.

57 Así, ATIYAH. *An Introduction to the Law of Contract*, cit., § 15.1, 265 y s. WHEELER y SHAW. *Ob. cit.*, 503 y ss.

58 Se mencionan los ejemplos de la presión o influencia de la enfermera, dama de compañía o pariente que atiende a persona desvalida, o de la organización religiosa que cultiva su devoción, que se colocan en posición dominante respecto de aquella: ATIYAH. *An Introduction to the Law of Contract*, cit., § 15.2, 238 y s.; WHEELER y SHAW. *Contract Law*, cit., 503 y ss.; TREITEL. *The Law of Contract*, cit., § 10, 361 y ss., 366 y ss.

59 ATIYAH. *Ob. cit.*, § 15.2, pp. 275 y ss.; STONE. *Principles of Contract Law*, cit., § 11.5 y ss., 228 y ss.; TREITEL. *Ob. cit.*

VIII. PERSPECTIVAS NACIONALES

¿Qué hacer entre nosotros mientras se produce la intervención legislativa? Natural acudir en primer término a la creación pretoriana. Sin embargo, la jurisprudencia se muestra en general reticente, cuando no se decide a extender el ámbito de la figura de la violencia "desnaturalizándola". Excepcionalmente acoge la calificación de violencia para un estado de necesidad. Al efecto es pertinente pensar en los contratos celebrados para operaciones de salvamento de personas o bienes⁶⁰ o en apremio extremo y en contratos de trabajo en estado de apremio mayúsculo⁶¹. En Francia se evoca el ejemplo de los contratos celebrados a causa de las medidas de "explotación" durante la ocupación nazi⁶², y en Italia de aquellos celebrados bajo el fenómeno que vino a denominarse "violencia política", por temor de "represalias" o "retorsiones" a fines de la Segunda Guerra Mundial por parte de elementos del disuelto partido fascista o del ejército alemán de ocupación⁶³. Entre nosotros está fresca la memoria del estado de violencia generalizada, tolerada a la vez que auspiciada por las autoridades, que soportó el país de 1947 a 1957, en unos casos provocada por depredadores de tierras y en otros aprovechada por ellos, para adquirir a precio ínfimo inmuebles y ganados de quienes debían abandonarlos para salvar la vida. Ella condujo a la expedición de la Ley 201 de 1959, cuyos artículos 1.º, 2.º y 9.º dispusieron, en su orden, la presunción de fuerza en el aprovechamiento económico de la perturbación del orden público, la suspensión del término de prescripción de la acción de nulidad mientras aquel subsista, y la interpretación auténtica de los artículos 1513 y 1750 C. C.⁶⁴.

60 Así, el llamado "depósito necesario" (art. 2260 C. C.), el contrato de "asistencia y salvamento" marítimos (art. 1550 C. Co.).

61 CH. LARROUMET. *Droit civil*, III, "Les obligations, Le contrat", 5.ª ed., Paris, Economica, 2003, n.º 333, 326. Cfr. arts. 1550 y 1844 y s. C. Co.

62 J. FLOUR y J.-L. AUBERT. *Les obligations*, 1. "L'acte juridique", 7.ª ed., Paris, A. Colin, 1996, n.º 232, 155.

63 Cfr. D'AMICO, "Violencia, diritto privato", cit., n.º 4, 865. SCOGNAMIGLIO. "Note in tema di violenza morale", cit., 243.

64 Dicha ley, antecedida de algunas medidas de emergencia, se expidió en condiciones de apremio, que se creyeron coyunturales, y solo para ellas, lo que permite explicar por qué su concepción no fue de más larga vista y mayor diámetro. Igual ocurrió con la jurisprudencia a que dieron lugar las numerosas demandas, legítimas y no, por aprovechamiento de la violencia política generalizada que ensangrentó al país a partir de 1947 (cfr. casación del 4 de mayo de 1968, CXXIV, 93 y ss.). No se pensó en las figuras del "estado de necesidad" y el "estado de peligro", a la sazón ya desarrolladas en otros derechos positivos. En el mismo sentido OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., n.º 257, 220 y s. Si bien en cas. 4 de mayo de 1968 cit., la Corte anotó que "dándole un entendimiento más general y estable a la reforma legal, haya de concentrarse la atención al presupuesto de grave conmoción y alteración de la normalidad, que no puede agotarse en la mera consideración de la medida política contingente del decreto de estado de sitio, sino que ha de analizarse en la evidencia del ambiente y de su influjo decisivo sobre el negocio jurídico patrimonial", y en casación del 15 de abril de 1969, CXXXX, 29 y s., dice que la restricción consistente en la vigencia del estado de sitio "no se justifica en doctrina, porque si la finalidad buscada

Pero, a tiempo que el riesgo de actos dispositivos en estado de necesidad por aquellos y otros factores ha aumentado, y que el tratamiento de esta figura ha adquirido contornos propios más definidos, continúan cegadas las respuestas. Me refiero, sin más, al problema de la "violencia difusa" o de un 'estado de intimidación generalizado' o de una condición 'ambiental' de intimidación 'difusa', que, "aun sin la presencia de amenazas específicas y circunstanciadas, puede llegar a condicionar los comportamientos personales de los contratantes, [...] generador de un temor que no es *ab intrinseco*, sino de la convicción de que la resistencia daría lugar a represalias de alcance incalculable"⁶⁵.

IX. ¿AMPLIACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA FUERZA?

Ahora bien, la solución de darle al negocio jurídico celebrado en estado de peligro o de necesidad el tratamiento de fuerza vicio de la voluntad, o mejor, de ampliar esta figura para incluir todo hecho o circunstancia que prive de libertad al sujeto negocial o mengüe la espontaneidad de su decisión, o inclusive, la de erigir un cuarto vicio de la voluntad y, en consecuencia, aceptar la nulidad relativa o anulabilidad de la disposición a solicitud de la víctima formulada por vía de acción o de excepción dentro de los cuatro años (o dos, en materia comercial) siguientes al día en que cese la intimidación (arts. 1743 C. C. y 900 C. Co.), pese a parecer más expedita y tener antecedentes legales⁶⁶ y jurisprudenciales⁶⁷, no

por la ley fue la de proteger la autonomía de la voluntad privada contra la violencia generalizada y el aprovechamiento indebido de la misma, el criterio determinante de la operancia de aquella es el estado de necesidad o de intimidación de la víctima, el que podría darse con prescindencia de la referida medida oficial".

- 65 D'AMICO. "Violenza, diritto privato", cit., 865 y s. Son dicentes los razonamientos de sentencia del tribunal de Palermo de 1972, sobre un evento de esta índole, que transcribe D'AMICO: "La particular naturaleza delictiva del amenazador, notorio y autorizadísimo exponente de la mafia; los caracteres de dicho individuo, marcados por el ejercicio habitual de la prepotencia y la violencia; la temibilidad sus 'advertencias' y de los 'castigos' usualmente infligidos por él a quienes quisieron sustraerse a sus pretensiones, son todos elementos de experiencia notoria y continua y, por tanto, el hecho de que el actor no hubiera podido aportar pruebas directas de las graves amenazas y de las imposiciones padecidas no puede constituir motivo válido para excluir a priori la presencia de la afirmada violencia" (idem).
- 66 La redacción del artículo 1.º de la Ley 201 de 1959 en el sentido de que "se tendrá como fuerza cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración del acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera realizado", y la anotación de que así queda "aclarado" el artículo 1513 C. C. en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalidad", invita a pensar en que el legislador terció en esa dirección. Sin embargo, obsérvese que el artículo 1514 C. C., que, como se ha indicado, exige que la fuerza tenga origen en una persona y que la coacción esté enderezada a doblegar el ánimo ajeno, quedó intacto.
- 67 La restricción de los términos en que la ley regula la lesión "ha determinado que la prevención y el remedio de situaciones irregulares por desproporcionalidad económica originada en estado de necesidad o de peligro, que no encajan holgadamente dentro de los supuestos de la figura clásica de la fuerza, se haya orientado por la solución de nu-

parece preferible, habida consideración de que, como se comentó, el núcleo del problema examinado está en el aprovechamiento de un estado de inferioridad⁶⁸, traducido en las condiciones inicuas, a más de que el estado de debilidad no implica de suyo intimidación, lo que significaría de todas maneras la presencia de dos figuras distintas con supuestos de hecho diferentes, así mediara alguna proximidad entre ellas⁶⁹.

A lo que se agrega el punto del tratamiento y los efectos, dado que, delante de las "condiciones no equitativas o notablemente desproporcionadas", la mejor solución no siempre es la nulidad (como ya lo advirtió y corrigió el art. 1447 *codice civile*, al prevenir la rescisión) y que, cual ocurre con la lesión en materia de compraventa de inmuebles en el régimen del Código Civil (art. 1948), o con la excesiva onerosidad sobrevenida en el del Código de Comercio (art. 868), puede ser preferible el reajuste prestacional, cual conviene al principio de salvación del negocio jurídico y, por lo demás, lo previenen las únicas normas que en el derecho nacional obran al respecto: en materia de asistencia y salvamento entre naves, el artículo 1550 C. Co. al ofrecer, en ese orden, la alternativa entre modificar el contrato y declararlo nulo; el artículo 1551 *ibídem* al señalar puntos de referencia y dar pautas al juez para fijar la remuneración del servicio, y en lo que hace a búsqueda, rescate, asistencia y salvamento de aeronaves; el artículo 1844 C. Co. al fijar el valor de la cosa como tope a reembolso e indemnización; y el artículo 1845 al fijarlo en cinco mil gramos oro por persona salvada. Análogamente procede el artículo 1450 *codice civile* al prevenir que "el contratante contra quien se ha demandado la rescisión puede evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para colocarlo en términos equitativos", en tanto que el artículo 3.10

lidad relativa, en una ampliación de la misma, primeramente por impulso jurisprudencial: casación del 5 de octubre de 1939, XLV VIII, 720/23; 28 de julio de 1958, LXXXVIII, 63; 17 de octubre de 1962, y tangencialmente, 17 de septiembre de 1943, LVI, 137/39, y luego, dentro de esa órbita política, por determinación legal (Ley 201 de 1959), con preferencia de esta solución acompañada de drásticas consecuencias para los beneficiarios y de adversa repercusión respecto de terceros": cas. 4 mayo de 1968, CXXIV, 93.

68 "Ciertamente el estado de peligro o de necesidad influye sobre la voluntad del sujeto, y precisamente sobre la voluntad negocial; sin embargo, la ley no lo toma en consideración por sí mismo, sino en cuanto haya habido mala fe de la otra parte, que se aprovechó (estado subjetivo relevante), y se presente un vicio de la causa, por lo cual el negocio resulte rescindible": SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 168 y s.

69 "La aproximación entre el estado de necesidad y la violencia relativa ha sido rechazada por la crítica más sensible, observando, de un lado, que frente a un estado de necesidad resultante de acontecimientos extraños o sin más no dependientes directamente de la voluntad del hombre, no se da una causa ilegítima de presión sobre la libertad del querer frente a la cual sea menester reaccionar, sino un impulso objetivo que hace más intensa la voluntad de estipular aun en condiciones inicuas y que comporta la exigencia de defender a la víctima de las consecuencias del contrato celebrado en estado de necesidad; y de otro lado, que la alteración psicológica sufrida por quien se encuentra en tal estado, de conformidad con su causa, es cancelada por el ordenamiento como vicio autónomo, que la considera solo como uno de los componentes de la situación objetiva de iniquidad determinada por el aprovechamiento de la necesidad ajena": G. CRISCUOLI. "Violenza fisica e violenza morale", en *Rivista di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1970, 166 y s.

de los Principios de Unidroit va más lejos al preceptuar que, "(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad comercial. (3) El tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente"⁷⁰.

X. ¿AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA LESIÓN?

Otra alternativa, quizá menos compleja, consiste en acudir a la rescisión (por lesión)⁷¹, para lo cual sería menester ampliar en varios sentidos el ámbito de la lesión, o más propiamente, variar su configuración: dejar de lado la exigencia de una desproporción mínima para la rescisión del contrato o la reducción del exceso; admitirla en general o de todos modos extenderla a otras figuras distintas de las expresamente previstas en la ley, como ya ha venido ocurriendo, y por último, agregar como presupuesto suyo el aprovechamiento de la otra parte de las condiciones de inferioridad de la víctima. En todo caso, la figura de la lesión no parece acomodarse a las concepciones y exigencias del presente, pues da muestras de haberse quedado definitivamente rezagada⁷². Bien se advierten insuficiencias o lagunas en los códigos civil y de comercio, que, sin embargo de no haber movido a la jurisprudencia y la doctrina, exigen toda atención. La variedad y complejidad de las situaciones que se presentan en el mundo actual, de una parte, y, de otra, la angostura y rigidez de la disciplina de la figura de la lesión, que, por lo demás, nunca ha tenido amplio acogimiento, muestran a las claras que la subjetivación de la lesión no da respuesta cabal a las exigencias de tutela de la debilidad, y que la rescisión no es el remedio adecuado, o cuando menos no podría ser el único.

70 La doctrina ve en la oferta de modificación del contrato: un negocio unilateral, recepticio y revocable mientras no sea aceptada. Cfr. BIANCA. *Il contratto*, cit., n.º 369, 679; F. PANUCCIO DATTOLA. *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, Giuffrè, 1990, 89 y ss.

71 Aquella por la que parcialmente optó el legislador italiano, como se vio atrás, con la restricción de la medida aritmética mínima que plantea ("que la lesión exceda de la mitad del valor de la prestación") y la particularidad de que el juez al decretar la rescisión puede "asignar una compensación justa a la otra parte, de acuerdo con las circunstancias".

72 Sobre "la inactualidad de la figura" de la lesión, cfr. BIANCA. *Il contratto*, cit., 684, nota 11, con cita de MAYER-MALY, en *Festschrift Larenz*, 1963, 395. "Si se advierte que la aceptación de negocios desproporcionados en medida superior al límite aritmético legal del beneficio individual resulta inexplicable de no referirla a ignorancia, necesidad o apremio del lesionado y al correspondiente aprovechamiento indebido de tal situación anómala por la otra parte, se pone de relieve una proximidad conceptual y práctica entre fuerza y lesión, que exige hacer claridad en los lineamientos y posibilidades de extensión de cada cual, ya que no pueden asimilarse, cuanto por la diversidad de consecuencias que acarrearán, principalmente respecto de terceros": cas. 4 de mayo de 1968, CXXIV, 93.

XI. ¿APLICACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO?

En fin, no falta la tentación de acudir al denominado principio del "abuso del derecho", tan en boga en el presente, cuando hasta se llega a considerar que la transgresión de la buena fe es una forma de ejercicio abusivo del derecho⁷³, cuya disciplina, conforme al artículo 839 C. Co., daría lugar a la obligación del aprovechador de indemnizar los perjuicios causados. Pero este camino, ante todo, presenta el inconveniente inverso al advertido para la ampliación del vicio de fuerza: reduciría la respuesta al solo resarcimiento, sin posibilidades de reajuste, como tampoco de eventual anulación, con superposición y confusión de los supuestos de hecho y de los remedios.

XII. ¿OTRA SOLUCIÓN?

Adviértese que, dentro de la contraposición de reglas, principios, aspiraciones y tradiciones, en juego están, a más de las llamadas seguridad y estabilidad jurídicas⁷⁴, la exigencia de asegurar la equidad y por ende la protección de quienes al disponer de sus intereses se encuentran en "estado de debilidad" por la razón que sea, sancionar el aprovechamiento indebido de este y la efectividad del equilibrio prestacional, todo sin perder de vista el apremio de salvación del negocio. El BCB abrió la puerta a consideraciones diferentes a la sola intimidación, al tener en cuenta eventualidades más sutiles o refinadas, a las que son más propicias las relaciones económicas y sociales de los tiempos presentes, que dejan al descubierto los desequilibrios de variada índole que abundan y obstaculizan un desarrollo armónico de la vida de relación en todos los ámbitos. La enunciación de los avances jurisprudenciales y legislativos en búsqueda de respuesta o salidas a tales conflictos pone de manifiesto los esfuerzos de los distintos ordenamientos y brinda una experiencia importante al momento de tomar opciones. La dualidad de figuras del Código italiano, sin duda, constituyó un avance grande, atemperado por la resistencia al cambio, que exigió introducir factores reductores⁷⁵.

Un paso adelante se ve en los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* de Unidroit, pero quizá la ruta trazada por los *Principios del derecho europeo de los contratos* es la que hoy se muestra más apropiada, dentro de la amplitud de sus supuestos de hecho y la flexibilidad de los remedios, con indudable temperamento de los intereses contrapuestos y de la intervención judicial. No se trata de tutelar a secas la mengua de la libertad dispositiva, tampoco de sancionar sin más el

73 Así, G. MARCATAJO. "Le clausole generali", en M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, XXI, "Il contratto in generale", R. ALESSI y G. GRASSI (eds.), Milano, Giuffrè, 2002, 278. Cfr. E. RENGIFO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

74 MALAURIE y AYNÈS. *Contrats et quasi-contrats*, cit., n.º 15, 20.

75 ROPPO. *Il contratto*, cit., n.º 40.1, 884.

desequilibrio o la injusticia⁷⁶. Las hipótesis son más vastas y combinadas y el remedio o, mejor, los remedios han de corresponder a esos supuestos y a las exigencias y conveniencias prácticas. De paso se superarían las angosturas propias del vicio de la voluntad y el escollo de la figura híbrida y rígida de la lesión⁷⁷, y se daría entrada a una institución autónoma que respondería a fenómenos propios de nuestra época, en el ánimo de asegurar una equivalencia justa de las prestaciones correlativas. Lo que ha de preguntarse en el estado actual de la cuestión es si cabe dar ese paso mediante una creación pretoriana, si la jurisprudencia estaría dispuesta a darlo, o, en fin, si será menester una intervención legislativa⁷⁸.

76 "La irregularidad del contrato no reside en la iniquidad en sí considerada sino en la iniquidad resultante del aprovechamiento de una situación de alteración anómala de la libertad contractual. Las causas de tal alteración pueden ser asimiladas a vicios del consentimiento porque la presión excepcional ejercida por el peligro o la necesidad se sale de las motivaciones comunes para contratar hasta llegar a privar al sujeto de la libertad decisoria normal": BIANCA. Ob. cit., n.º 371, 682. Cfr. SCOGNAMIGLIO. "Contratti in generale", cit., n.º 263 y s., 260 y ss.

77 "La rescindibilidad es una forma de invalidez del contrato establecida principalmente para tutela de quien contrata en condiciones inicuas por su estado de necesidad o de peligro [...] El estado de necesidad exige también el aprovechamiento de la contraparte y una desproporción entre prestación y contraprestación tal que el valor de una sea inferior a la mitad del valor de la otra [...] El estado de peligro se caracteriza porque la parte estipula el contrato por la necesidad de salvarse o salvar a otros del peligro actual de un daño a la persona. Aquí no se exige el presupuesto de una determinada lesión: es suficiente que la necesidad de evitar el peligro haya conducido al contratante a estipular en condiciones inicuas": BIANCA. Ob. cit., n.º 371, 681 y s.

78 Valga, entonces, tener presente que "el juez está forzado a resolver problemas modernos con la ayuda de una codificación envejecida [...] completada, a más de por la jurisprudencia, por los tratados de los autores que reflexionan sobre la situación del derecho contemporáneo [...] Esto nos permite hablar de una reintegración de elementos nuevos en la codificación: la codificación se enriquece más allá del texto escrito, se convierte en recipiente del conjunto de las reglas jurídicas, lo que da al sistema jurídico la coherencia y la continuidad que le son esenciales": LESER. "L'évolution du contrat en droit allemand avec un bref aperçu du droit anglais", en *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier*, Paris, PUF, 1992, 76. Y bien lo anota LOISEAU. *La qualité du consentement*, cit., 79: "No basta con denunciar las imperfecciones; es menester, ante todo, proceder a colmar las insuficiencias".