

La doctrina de la *Unconscionability*. Una aproximación comparada (funcional)

Luis David Briceño Pérez¹

Rubén Darío Valdivieso Ruiz²

Resumen

En el mundo jurídico norteamericano se ha venido desarrollando la doctrina de la *unconscionability*, o de la injusticia intrínseca como la hemos denominado a lo largo de este escrito. Esta doctrina se ha convertido en una herramienta que permite a los jueces revisar y anular términos contractuales que puedan considerarse injustos o abusivos, de ahí que esta doctrina se haya desarrollado, más que todo, en el ámbito de las relaciones contractuales de consumo o donde una de las partes sea un débil jurídico.

Por otra parte, en el sistema jurídico venezolano, el juez cuenta con una amplia variedad de instituciones que, funcionalmente, alcanzan el fin perseguido por la doctrina de la *unconscionability*, esto es, eliminar el desequilibrio contractual. Sin embargo, como veremos más adelante el juez venezolano no cuenta con la camisa de fuerza que limita su facultad de revisión a las relaciones de consumo, sino que puede estudiar la justicia de los términos de cualquier acuerdo.

Abstract

In American Legal world, the doctrine of unconscionability, or of intrinsic injustice as we have called it throughout this writing, has been developing. This doctrine has become a tool that allows judges to review and void contractual terms that may be considered unfair or abusive, hence this doctrine has been developed, above all, in the field of consumer relations or where a of the parties is a weak.

On the other hand, in the Venezuelan legal system, the judge has a wide variety of institutions that, functionally, reach the end pursued by the doctrine of unconscionability, that is, to eliminate the contractual imbalance. However, as we will see later, the Venezuelan judge does not have the limitation to his power to review consumer relations only but can review the justice of the terms of any agreement.

¹ Abogado *magna cum laude*, UCV. Law Seminar, Yale University. Fulbright Scholar, Indiana University, LL.M. Cursante de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho, UCV.

² Abogado *magna cum laude*, UCV. Cursante de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho, UCV.

Sumario

Introducción. I. Generalidades. II. El problema desde la perspectiva comparada. A. *Common Law* (Estados Unidos). 1. Evolución de la doctrina. 2. Aplicación práctica. 3. La *unconscionability* como algo más que una defensa. B. *Civil Law* (Venezuela). 1. La buena fe. 2. La lesión. 3. El Estado Social y de Derecho (orden público) y sus efectos económicos. Conclusión.

Introducción

Tanto en el Derecho civil como en el *Common Law* se presume que los contratos son válidos si no tienen un defecto de formación, verbigracia: fraude, coerción (violencia), incapacidad, error o falsa representación; sin embargo, a pesar de esto, en algunos casos no parece razonable o justo, permitir la ejecución de los contratos. En países del *Common Law* la herramienta que tienen las partes para prevenir la ejecución de dichos contratos es conocida como *unconscionability doctrine*. En este trabajo daremos una traducción que explica el contenido de la institución, por lo tanto, nos referiremos a esta como la doctrina de la injusticia intrínseca de los contratos.

En los ordenamientos del *Civil Law* las partes, o los jueces, para remediar la injusticia intrínseca del contrato podrían recurrir a la doctrina de la *bona fide*¹ o la rescisión por lesión². En Venezuela, la *bona fide* está regulada en diversos artículos del Código Civil tales como: 794, 1.160, 1.185, 1.285, entre otros, por tanto, podemos afirmar que esta es un principio general de los contratos en el Derecho civil venezolano³. Puede sostenerse que el *soft law* y en el derecho internacional la buena fe es un principio general del Derecho. Así aparece, por ejemplo, en los Principios Unidroit en su artículo 1.7 y en el Borrador de los Principios del Marco Común Europeo de los Contratos en su sección 3.301⁴.

¹ Arts. 138, parágrafo 2 del Código Civil alemán, art. 179 del Código Civil griego, art. 879.2 del Código Civil austriaco, art. 1448 del Código Civil italiano y art. 1.160 del Código Civil venezolano.

² Más adelante veremos el funcionamiento de esta institución en Venezuela.

³ Amicchiario, José / Claudia Madrid Martínez, El Derecho de los contratos en Venezuela: hacia los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, en: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*, Caracas, ACPS, 2012, p. 22.

⁴ Principios consultados en: Emmert, Frank / Talia Einhorn, *International Business Transactions: Documents*, 2nd ed., 2013, p. 179.

En los sistemas del *Common Law*, por el contrario, la facultad de los jueces para desconocer un contrato de conformidad con la doctrina de la *unconscionability* ha sido algo más problemática que la práctica de algunos tribunales del *Civil Law* para desconocer cláusulas o contratos sobre la base del principio general de la buena fe o, en el caso venezolano, por violar derechos constitucionales o principios de orden público.

El objetivo de este trabajo es un análisis comparado de la institución con base en los sistemas jurídicos del *Common Law* y el *Civil Law*, usando como parámetro para juzgar su eficacia el análisis económico del Derecho.

I. Generalidades

Bajo la premisa de la razonabilidad, el poder del juez para intervenir en un contrato basado en sus máximas de experiencia sobre lo justo y la justicia social, y no solamente en términos del proceso de formación de contrato estrictamente hablando, es muy problemático desde la perspectiva económica. La doctrina de la *unconscionability*, por esto, ha recibido duras críticas por los estudiosos del Derecho y de la economía⁵. La tensión de la doctrina se refleja en el conflicto entre eficiencia (enfoque económico) y justicia social⁶.

El contrato es un instrumento que usa la sociedad para lograr la transferencia de recursos escasos. La perspectiva económica nos enseña que para que se logre de forma más eficiente esta tarea, dicha transferencia debe hacerse sin intervención estatal. Sobre este punto, es importante recordar lo escrito por Messineo⁷ en cuanto a que el contrato tiene una función instrumental fundamental, por lo cual los individuos se sirven del mismo para realizar los fines económicos de su vida social.

Lo anterior no significa que si hay incumplimiento el juez debe abstenerse de intervenir o de interpretar el contrato. Se trata es de que el juez examine

⁵ Epstein, Richard, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, en: *The Journal of Law & Economics*, 1975, Vol. 18, No. 2, pp. 293 ss. En: 28 de: https://www.eap.gr/images/stories/pdf/2012_deo10_dp_series_1.pdf

⁶ O la posibilidad de que el contrato sea una herramienta del Estado para lograr la justicia social.

⁷ Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas, ACPS, 5ª ed., 2012, p. 14.

las prácticas mercantiles y el contexto del contrato con el fin de conocer las expectativas razonables de las partes, y no de usar su poder para ser paternalista o favorecer a alguna de las partes⁸. Veremos más adelante que esta práctica de calificar a alguna de las partes como débiles jurídicos o económicos, llevada a su extremo, desincentiva la actividad económica y la formación de una economía con mercado de competencia perfecta. Por lo que esta institución, como toda sometida al arbitrio del juez, requiere del uso de la prudencia.

La doctrina económica del Derecho ha demostrado que la intervención del juez en el contrato solo hace más pobres a las partes, además de ser ineficiente⁹. No obstante, hay otras áreas en donde la intervención del Estado puede ser más efectiva como pasa en el sistema tributario y lo relacionado con el mismo, siendo este mecanismo, en principio, democrático e imparcial.

La pregunta de cuánto puede intervenir un juez en un contrato, nos lleva a dos posiciones las cuales han sido denominadas por la doctrina como *property rule* o *liability rule*. La primera permite al juez ejecutar el contrato como un todo, o no aplicarlo en lo absoluto. La segunda, en cambio, permite al juez ejecutar el contrato si sus términos son razonables; o puede no aplicar una cláusula del contrato cuando esta sea irracional, e incluso puede modificarlo para que sus términos sean razonables. Se trata de intervenir cuando la ejecución del contrato, o el resultado de esta, sea nociva, abusiva, desleal o dañina.

II. El problema desde la perspectiva comparada

La facultad de un juez para desconocer una cláusula contractual, o un contrato, debido a su injusticia intrínseca (*unconscionability*) no es un problema del Derecho moderno. De hecho, en el viejo Derecho romano ya existía la posibilidad de ejercer dicha facultad. En el siglo III el emperador Diocleciano dictó dos rescriptos para ordenar la protección de los

⁸ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 3.

⁹ “*Why is that? Because not enforcing contract clauses, which is all judges can do, tends to make people poorer rather than richer*”. Ver: Schwartz, Alan, Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach, en: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1986, Vol. 9, pp. 108 ss., especialmente p. 115.

pequeños propietarios en negocios onerosos¹⁰. Estos rescriptos son básicamente dos casos de rescisión por lesión.

A. *Common Law* (Estados Unidos)

1. Evolución de la doctrina

Probablemente una de las más emblemáticas definiciones del término ha sido dada por el presidente de la Corte Suprema Fuller: “*a contract... such as no man in his sense and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other...*”¹¹. Por supuesto que dicha definición no aclara mucho el término. Por lo que debemos observar la adopción de la doctrina por la legislación norteamericana y concretamente su aplicación por los jueces.

La doctrina de la *unconscionability* fue adoptada en la sección 2-302 del Código Comercial Uniforme (referido como UCC, por sus siglas en inglés)¹². La mencionada sección establece:

(1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.*

(2) *When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.*

¹⁰ Pichonnaz, Pascal, *Übervorteilung und geltungserhaltende Reduktion*, Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. Juni 1997, en: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1999, pp. 140-159

¹¹ *Hume v. Estados Unidos*, 132 U.S. 406, 411 (1889).

¹² La versión oficial del UCC no es realmente una legislación, sino una ley modelo adoptada por los estados en diferentes formas. El artículo 2 fue principalmente realizado por las contribuciones del Profesor Karl Llewellyn. (El UCC, dentro del ordenamiento jurídico norteamericano, no es una Ley en el sentido del Derecho Continental, sino que es una ley modelo que los Estados de la unión adoptan de diferentes formas). Eso por consecuencia al federalismo y a las limitadas facultades del Congreso para regular el comercio interno, que es una area regulada por el derecho de cada estado, ver: Flecher, Gerge / Sheppard Flethcer, *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, 2005, p. 5.; sobre la limitaciones al poder del Congreso ver: *Hammer v. Dagenhart* 247 US 251 S, Ct, revisado en: Choper, Jesse / Richard Fallon et al., *Leading Cases in Constitutional Law*, West Academic Publishing, 2019 Edicion, p. 49.

El criterio antes transcrito, básicamente establece que las cortes podrán denegar la ejecución de un contrato o una cláusula, si consideran que es injusta intrínsecamente en relación con sus términos o a la manera en que fue formado. Inicialmente, y debido que la citada sección del UCC es solo aplicable a la venta de mercaderías, dicha previsión no sería tan importante para el Derecho contractual general. Sin embargo, dado a que, para el momento de su redacción, el UCC fue considerado como la más avanzada codificación del Derecho contractual, las cortes comenzaron a citar sus disposiciones por analogía, por lo que en la práctica sus disposiciones se aplican a otros tipos de contratos¹³, incluso a contratos de servicios.

Otro factor para la amplia aplicación de esta sección del UCC en el Derecho norteamericano de los Contratos, es que por vía jurisprudencial se acogió dicha doctrina como un principio general del Derecho. Probablemente el caso más importante que aplica esta doctrina es: *William v. Walker-Thomas Furniture Co.*¹⁴.

En el caso comentado, Ora Lee Williams, quien era una persona con limitada educación, separada de su esposo, quien mantenía a sus hijos a través de asistencia pública, tuvo negocios continuamente con Walker-Thomas Furniture Co. La señora Williams compró enseres a crédito para su hogar, firmando 14 contratos en total. Estos contratos contenían una disposición que establecía que el pago, antes de la primera cuota, debería ser prorrateado a todas las compras pendientes por pagar, lo que significa que Walker-Thomas Furniture Co., mantendría la propiedad de todos los bienes adquiridos por la señora Williams hasta que se produjera el pago total de los mismos, es decir cinco años después. Walker-Thomas Furniture Co. alegó que la señora Williams incumplió sus obligaciones, por lo que pidió la restitución de todos los bienes comprados, los que, de acuerdo con los contratos, aún eran propiedad de Walker-Thomas Furniture Co. El juez de primera instancia dictó una sentencia a favor de Walker-Thomas Furniture Co., pues determinó que, aunque los términos de los contratos pudiesen ser calificados como injustos, no tenía la potestad para prohibir la ejecución del contrato. En la Corte de Apelaciones, entre otros argumentos, el apelante señaló que el contrato era contrario al orden

¹³ Farnsworth, Allan, *Contracts*, New York, Aspen, 4th ed., 2005, p. 40.

¹⁴ 350 F2d 445 (DC Cir. 1965).

público. El juez de apelaciones señaló que de la revisión de la legislación y decisiones similares no daban cabida para declarar el contrato contrario al orden público. Sin embargo, revisó la decisión de primera instancia por considerar que el juez sí podía evitar la ejecución del contrato si consideraba que era intrínsecamente injusto. El juez de apelaciones envió el caso al tribunal primera instancia para que este decidiera si el contrato era *unconscionable*. Aunque este caso no resolvió el asunto de fondo, dio pie para que se ampliara el uso de la defensa de la *unconscionability* bajo el argumento de que el contrato es en exceso favorable a una de las partes y que, por esto, no existía, un consentimiento real de la otra parte.

La doctrina norteamericana ha determinado que la injusticia intrínseca se estudia tanto en el proceso de formación del contrato como en las estipulaciones del mismo¹⁵. Esto ha llevado a que se defina a la doctrina de la injusticia intrínseca como formal y material. La primera, se refiere a las circunstancias que se consideran relacionadas con la formación del contrato, mientras que la segunda, se refiere al análisis de la justicia del contrato en relación con la práctica mercantil para el momento de su formación. Por ello le hemos dado la traducción de “doctrina de la injusticia intrínseca” del contrato.

La doctrina de la *unconscionability* no ha escapado a la crítica de los estudiosos del derecho, así, por ejemplo, Richard Epstein¹⁶ señala que cuando esta es usada en su dimensión sustantiva en el área comercial o mercantil, sirve para afectar los derechos contractuales de las partes o terceros, y, por tanto, causa más daños que beneficios sociales. La razón es que la aplicación de la doctrina afecta irremediabilmente la libertad contractual reconocida a las personas adultas y que no deben ser protegidas o tuteladas especialmente por el Estado.

Luego de la decisión Walker-Thomas, virtualmente todos los casos sobre *unconscionability* se refieren a contratos de consumo. Sin embargo, muchos se han referido también a las cláusulas de arbitraje introducidas en dichos contratos.

¹⁵ Epstein, *Unconscionability: a critical reappraisal...*, ob. cit., p. 455.

¹⁶ Epstein, *Unconscionability: a critical reappraisal...*, ob. cit., p. 295.

El Congreso de los Estados Unidos históricamente ha favorecido el arbitraje. Por esto, la Ley Federal de Arbitraje dictada en 1925 tuvo como objetivo frenar la facultad de las cortes de invalidar las cláusulas arbitrales. La provisión más importante de dicha Ley es la sección número 2 que establece que cualquier cláusula de arbitraje escrita e incluida en un contrato es válida, a excepción de que por virtud de la ley o equidad sea anulable. Dado que la *unconscionability* es una defensa a la ejecución de una cláusula, y por consecuencia su nulidad, se discute si las disposiciones de la Ley Federal de Arbitraje podrían verse afectadas por causa de la injusticia intrínseca. Esta fue la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *AT&T Mobility v. Concepcion*¹⁷. Los clientes de AT&T Mobility interpusieron una acción de clase contra AT&T Mobility LLC en la Corte Federal del Distrito Judicial de California. Los demandantes alegaron que la compañía ofreció un teléfono gratis para cualquiera que se suscribiera a sus servicios, dicha oferta fue fraudulenta dado que la compañía cobró el impuesto de venta sobre cada teléfono. AT&T interpuso la defensa de falta de jurisdicción por existencia de una cláusula arbitral. La corte del distrito de California negó la moción.

En la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito se alegaron los siguientes argumentos: (1) que la cláusula arbitral era *unconscionable* e inejecutable en base a la Ley de California y que (2) que la Ley Federal de Arbitraje expresa o implícitamente no era aplicable.

La Corte de apelaciones decidió que era contraria a la intención del legislador la aplicación del arbitraje en estos procedimientos (los de *class actions*), por lo tanto, la Ley Federal de Arbitraje se aplica preferentemente sobre la Ley de Contratos de California. El lenguaje de la decisión no es preciso, sin embargo, se entiende que, bajo Ley Federal, California debe ejecutar las cláusulas de arbitraje aun cuando dichas cláusulas requieren que las acciones de consumidores sean decididas en arbitrajes individuales en lugar de acciones de clases.

En las décadas de los 1980 y 1990 la mayoría de los escritores de derecho y economía clasificaron la doctrina de *unconscionability* como sin

¹⁷ 131 S. Ct. 1740 (2011).

sustancia y de poca ayuda¹⁸. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se aconseja limitar su aplicación por ser contraria a la libertad contractual y el libre mercado. Y, aunque por un buen tiempo la doctrina de la *unconscionability* tuvo una aplicación limitada, con la aparición del arbitraje y, en especial, de la obligación de la Ley Federal de Arbitraje en virtud de la cual, el acuerdo arbitral debe constar por escrito, dio a lugar a que se alzara la defensa de *unconscionability* especialmente en esta área.

Así, a inicios del siglo XX las cortes eran renuentes a ejecutar acuerdos arbitrales, por considerar que limitaban el poder judicial. Sin embargo, para el final del siglo XX, la Corte Suprema de los Estados Unidos permitió lo que es calificado como una expansión agresiva del arbitraje, interpretando y obligando la ejecución de dichas cláusulas contractuales, incluso en contratos de adhesión y de consumidores.

Por lo tanto, en áreas como el derecho bancario, cartas de crédito, préstamos, telecomunicaciones, venta de mercaderías, seguros, e incluso salud y trabajo, aparecieron cláusulas de arbitrajes que serían respetadas por los tribunales. Los argumentos a favor del arbitraje son siempre los mismos: (1) que en ocasiones es más barato que el juicio ordinario; (2) que es más eficiente pues los árbitros normalmente son personas con experiencia en el negocio en particular; y, (3) que las partes tienen control sobre los árbitros y el arbitraje. No obstante, las ventajas señaladas, y debido que las cláusulas arbitrales son consideradas como parte de un contrato, se incrementó la aplicación de la doctrina de la *unconscionability* para el final de la década de 1990 especialmente en el periodo que va desde 1990 hasta el 2010. Las principales causas por las que se afirmaba la injusticia intrínseca, y que nos ayuda a encontrar su definición, fueron las siguientes: cuando limitaba o eliminaba el uso del *discovery* para alguna de las partes¹⁹; cuando se impone costos irracionales a una de las partes²⁰; y, cuando

¹⁸ Speidel, Richard E., Unconscionability, Assent and Consumer protection, en: *Pittsburg Law Review*, 1970, pp. 359-370.

¹⁹ *Kinney v. United HealthCare Services, Inc.* ver en: <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1224441.html>

²⁰ *Cole v. Burns Intern, Security Services*, disponible en: https://scholar.google.com/scholar_case?case=14681916581250952034&q=Cole+v.+Burns+Intern,+Security+Services&hl=en&as_sdt=800006&as_vis=1

una cláusula arbitral elimina la facultad a una de las partes, pero no a la otra, de ir a los tribunales²¹, entre otras.

2. Aplicación práctica

Como señalamos antes, recientemente, la aplicación práctica de la doctrina de la *unconscionability* en materia de arbitraje se ha reducido considerablemente, esto debido a una amplia defensa de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en pro del arbitraje. Por lo que ahora analizaremos su aplicación práctica en otras áreas del derecho.

Con la implementación y adopción por la mayoría de los Estados de la Unión del artículo 2 del UCC y su desarrollo por la jurisprudencia, la doctrina de la *unconscionability* sigue teniendo un rol importante en venta de bienes. Así, por ejemplo, en el caso *Pier v. Catalina Yachts*²², se propuso una limitación al daño directo, sin embargo, la Corte sostuvo que dicha limitación es *unconscionable* si la garantía falla, por lo que el comprador tuvo derecho a las costas procesales y a la reparación de los daños consecuenciales.

Similarmente, en *Dubey v. Public Storage, Inc.*²³, se sostuvo que una limitación en los daños es considerada *unconscionable*, y, por lo tanto, se permitió la acción del demandante que solicitaba la reparación de los daños causados por el demandado al apropiarse y disponer de los bienes que el demandante mantenía en la vivienda arrendada que era propiedad del demandado.

También en contratos de servicios la jurisprudencia norteamericana ha calificado como útil a la doctrina de la *unconscionability*. Así, por ejemplo, en *Perry Homes v. Alwattari*²⁴, una de las partes opuso la cláusula arbitral luego de que ya se había iniciado el juicio, la Corte asumió que era intrínsecamente injusto que luego de haber eximido el uso del arbitraje, se valiese de una cláusula arbitral, para anular el proceso. Similarmente, en el caso *Masters Construction, Inc v. Gary*²⁵, una demanda por cumplimiento

²¹ *Armendariz v. Health Psychcare Servs. Inc.* <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/24/83.html>

²² *Pierce v. Catalina Yachts - 2 P.3d* 618 (Alaska 2000)

²³ <https://caselaw.findlaw.com/il-court-of-appeals/1500678.html>

²⁴ <https://www.courtlistener.com/opinion/1676477/perry-homes-v-alwattari/>

²⁵ <https://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1143253.html>

de un contrato para la reparación de una propiedad fue considerado *unconscionable* tanto desde el punto de vista de la formación del contrato, como desde el punto de vista sustantivo, dado que el contrato fue firmado la misma noche en que la casa del demandado quien sufrió un incendio.

Por lo general la doctrina de la *unconscionability* no es aplicada regularmente en contratos B2B (*business to business*). No obstante, en el caso *Spectrum Networks, Inc. v. Plus Realty, Inc.*²⁶, una firma de telecomunicaciones demandó a su cliente (otra compañía); el juez distinguió entre las cláusulas penales y las cláusulas punitivas²⁷ y anuló el contrato basándose en la doctrina de la injusticia intrínseca por considerar que la cláusula de daños liquidados era excesiva y por tanto *unconscionable*.

Incluso en el derecho de familia se ha utilizado la doctrina de la injusticia intrínseca con cierto éxito. Así, acuerdos prenupciales han sido anulados por *unconscionability*. En *Potts. v. Potts*²⁸ la corte de primera instancia consideró que el hecho de presentarle el acuerdo en la noche de bodas a su esposa, sin que esta hubiese podido consultar con un abogado, además de la injusticia intrínseca de los términos de las capitulaciones, eran causa suficiente para la nulidad de las capitulaciones.

3. La *unconscionability* como algo más que una defensa

Según lo explicado hasta el momento, la doctrina de la *unconscionability* es una defensa que se puede ejercer contra un contrato que adolece bien sea de un desequilibrio económico intrínseco o cuya elaboración es formalmente defectuosa. Es decir, cuando sustancial o formalmente, sus términos son injustos. Sin embargo, en la mayoría de los casos analizados, los contratos o transacciones ya se habían ejecutado y, por tanto, la *unconscionability* se erige como una defensa a su cumplimiento.

²⁶ https://scholar.google.com/scholar_case?case=7646709996675704876&q=Networks,+Inc.+v.+Plus+Realty,+Inc&hl=en&as_sdt=800006&as_vis=1

²⁷ Mientras que las cláusulas penales, en el Derecho del *Common Law*, son unas cláusulas que buscan poner a la víctima del incumplimiento en la misma situación que estuviere, de no haber habido incumplimiento, y cuando es imposible o difícil determinar el valor del daño. Su fin es claramente indemnizatorio. Mientras que los daños punitivos tratan de desalentar la conducta dañosa a través del castigo de la misma con alta cantidades del dinero indiferentemente de la cantidad del daño. En materia contractual no cabe el daño punitivo.

²⁸ <https://www.courtlistener.com/opinion/1617984/potts-v-potts/>

Recientemente, la doctrina norteamericana ha estudiado el rol de la *unconscionability* en aquellos casos en el que la víctima del desequilibrio ya ha ejecutado su prestación. La visión mayoritaria es que la víctima no tiene ninguna herramienta contractual para recuperar el precio o el equivalente de la prestación que se ejecutó con base al contrato o cláusula que se anuló. A algunas cortes norteamericanas se les ha presentado la oportunidad de dar opiniones al respecto, sin embargo, los casos son pocos y la respuesta dista de ser uniforme²⁹.

Se ha argumentado, con base en la legislación de protección del consumidor en el estado de California y en principios de equidad, que algún tipo de remedio procesal es posible. Por esto, en esta sección analizaremos la posibilidad de usar la doctrina de la injusticia intrínseca como una fuente de acciones procesales, especialmente en el derecho norteamericano.

Uno de los primeros argumentos en este sentido, es la propia idea de: “Derecho”, al aplicarse la doctrina de la *unconscionability* en un contrato, se considera que el término contractual es excesivo o, más específicamente, que la otra parte cometió un abuso de derecho y como consecuencia de esto se anula la cláusula. Sin embargo, el efecto jurídico es solo la nulidad de la cláusula.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en los que ya se ha ejecutado la prestación? Por principios generales del derecho, si se considera realmente un derecho, debería haber un remedio o alguna forma de compensación. Pues un derecho sin una acción es simplemente una afirmación de valor; pues lo esencial en el derecho es la sanción³⁰. Bajo estas premisas, se ha usado la doctrina de la *unconscionability* como una forma social de proteger a consumidores de las desigualdades, de la rigidez del contrato, y de su ejecución formal³¹. Sin embargo, esta percepción de ver la doctrina como una defensa solo enriquece injustamente aquellos quienes han abusado de su derecho. En general, la posición mayoritaria defiende que la

²⁹ *Eva v. Midwest Nat'l Mortg. Banc, Inc.*, 143 F. Supp. 2d 862, 896 (N.D. Ohio 2001) (“[U]nconscionability may be an affirmative claim if pleaded correctly”); *Williams v. First Gov't Mortg. & Invs. Corp.*, 225 F.3d 738, 747-49, 752 (D.C. Cir. 2000).

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría General de las normas*, Marcia Pons, 2018, p.163

³¹ Ver: Bar-Gill, Oren / Elizabeth Warren, Making Credit Safer, en: *University of Pennsylvania Law Review*, 2008, Vol. 157, No. 1, pp. 71 ss. Disponible en: <https://www.law.upenn.edu/live/files/112-bargillwarren157upalrev12008.pdf>

característica exclusivamente defensiva de la doctrina de la *unconscionability* es esencialmente injusta, promueve la ineficiencia y afecta los principios generales de la responsabilidad contractual.

Como en su momento explicó el Juez Benjamín Cardozo ningún hombre debería aprovecharse de su propia inequidad o tomar ventaja de otra persona³². Lo que ha llevado a ciertos dogmáticos a considerar las posibilidades del sistema jurídico americano para justificar algún tipo de compensación (*remedy*), y una de las formas ha sido a través del enriquecimiento sin causa; dado que el concepto de pago de lo indebido no existe en el derecho norteamericano, el enriquecimiento sin causa es acogido como concepto amplio. Así, quien ha obtenido algo sin tener derecho a ello, debe restituirlo³³. Varios doctrinarios han sostenido que, si el contrato ha sido completamente ejecutado, y luego, es declarado nulo con base en la doctrina de *unconscionability*, es lógico sostener que ha ocurrido un enriquecimiento sin causa³⁴. El remedio o consecuencia jurídica del enriquecimiento sin causa en el derecho norteamericano, al igual que en los sistemas del Derecho Civil, es la restitución.

Analizando lo que sucede en la mayoría de los casos en los que se aplica doctrina de la *unconscionability*, se trata de una defensa para anular el contrato. Ahora bien, en la práctica denegar la acción de *unconscionability* produce resultados absurdos donde, por ejemplo, una víctima de un contrato abusivo que pagó la mercancía al denegársele la acción queda sin remedios procesales a los cuales recurrir, mientras que una víctima que no ha pagado puede defenderse por otros medios procesales. Esto da origen a casos de desigualdad arbitraria entre las víctimas de contratos abusivos.

Para que la parte que sufre la injusticia intrínseca del contrato pueda apelar a la doctrina de la *unconscionability* tendría primero que incumplir el contrato, esperar a ser demandado, y una vez demandado, oponer la defensa

³² “The principle that no man should profit from his own inequity or take advantage of his own wrong.” En: Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 41. https://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm

³³ *Sadler v. Evans*, 4 Burr 1984, 1986, 98 ER 34, 35 (1766)

³⁴ Ver: Birks, Peter, *Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed., 2005, p. 22. Disponible en: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2757&context=ohlj>

para anular el contrato, lo que desde el punto de vista de economía procesal y desde el análisis económico del derecho es ineficiente y por lo tanto indeseable. Aunque esto parezca un caso de laboratorio, fue el razonamiento de un juez norteamericano cuando una de las partes solicitó la acción de *unconscionability*³⁵.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, esta doctrina de defensa exclusiva de la *unconscionability* es altamente inefectiva, ya que promueve que las empresas elaboren contratos que sean fáciles de ejecutar, pero con cláusulas abusivas, sin importar que estos sean luego anulados, pues la nulidad ya no tendría ningún efecto práctico, porque la ejecución de parte del contrato ya se llevado a cabo. Sin embargo, la mayoría de los tribunales norteamericanos reafirman que debe demandarse primero por incumplimiento, y luego podrá invocarse esta defensa.

En el Derecho de los Contratos norteamericano es un principio generalmente aceptado que las partes sujetas a un contrato ilegal³⁶ tengan derecho a no ejecutarlo. La situación actual de las cosas permite que las compañías tengan la seguridad de que estarán libres de responsabilidad; siempre y cuando la compañía logre asegurar el cumplimiento por parte del consumidor, lo que en la práctica se puede percibir como una promoción de la conducta abusiva. Por el contrario, si, las compañías supieran que podrían ser consideradas responsables por sus actos abusivos en eventuales juicios, a pesar de la ejecución parcial o total de los contratos, se entendería como incentivo a las mismas para redactar acuerdos contractuales menos draconianos desde el principio.

Esta doctrina de la injusticia intrínseca está basada en el derecho común, específicamente en el Restatement Tercero sobre Restituciones y Enriquecimiento sin Causa. Concretamente, la Sección 32 (f) le da el derecho a las partes de buscar restitución cuando el contrato es no ejecutable por ilegalidad o por razones de orden público. Aunque claramente, no se refiere dicha sección a la doctrina de la *unconscionability*, no hay nada que impida la interpretación en este sentido de dicha disposición. Máxime si

³⁵ *Williams v. Enter. Holdings, Inc.*, No. 12-05531, 2013 LEXIS 38897, 11 (E.D. Pa. 2013).

³⁶ Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, en: *Iowa Law Review*, 1988, Vol. 74, p. 115.

los jueces tienen la facultad de recurrir a la equidad para lograr la justicia en el caso concreto.

Aunque no es el lugar para discutir sobre los conceptos de justicia, equidad, y legalidad, la filosofía del derecho nos ha delineado la posibilidad de la equidad en mundo del derecho. La equidad en Aristóteles es un correctivo de la generalidad de la ley:

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas.... (*omissis*)³⁷.

Por lo tanto, por razones de equidad y de justicia en el caso concreto, el juez debe poder otorgar algún tipo de remedio, como la restitución, cuando un contrato ha sido anulado o modificado por razones de injusticia intrínseca. Lo contrario sería permitir un enriquecimiento sin causa, lo cual está prohibido tanto en la legislación norteamericana como en el Derecho Civil.

B. *Civil Law* (Venezuela)

Luego del análisis de la situación en la doctrina y jurisprudencia americana, pasemos al estudio de la situación en Venezuela y al ejercicio de la comparación funcional.

En Venezuela, aunque no contamos con una institución idéntica a la doctrina de la *unconscionability*, o doctrina de la injusticia intrínseca, contamos con una amplia gama de figuras que al aplicarse tienen efectos similares. Dentro del campo de los consumidores y de otras áreas de especial interés del Derecho, por la existencia de los denominados débiles

³⁷ Sobre la Equidad en Aristóteles: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>

jurídicos (materias relacionadas con consumidores, trabajadores, arrendatarios, etc.) el sistema venezolano prevé diferentes medios de defensa para la parte que sufre los efectos de la cláusula abusiva.

En el campo de la contratación en general, el Derecho venezolano, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de *Civil Law*, cuenta con ciertas instituciones cuyos efectos se aproximan a los alcanzados al aplicar la doctrina de la *unconscionability*. Partiendo de esta idea, debemos tener en cuenta el supuesto en el cual nos encontramos para determinar a cuál figura jurídica podemos recurrir para lograr una efectiva protección ante el abuso.

Sin duda alguna, la primera idea que se viene a la mente al hablar de abuso es la aplicación de las normas relacionadas con abuso de derecho para reparar los daños. Esta fuente de las obligaciones está regulada en el artículo 1.185 del Código Civil venezolano. Sin embargo, al considerarse el abuso de derecho como una especie de hecho ilícito, no se podría, con base en esta norma exigir la reparación de los daños indirectos causados³⁸. Al examinarse los cuáles medios de protección disponibles, encontramos los siguientes: la *bona fide* o buena fe, la rescisión por lesión y el orden público.

1. La buena fe

De nuevo en el campo de la contratación en general, la *bona fide* es considerada un principio fundamental del Derecho de los Contratos del cual se derivan deberes para las partes, tanto en la fase precontractual como contractual³⁹, así como también debe tenerse en cuenta tanto en la formación como en la ejecución e interpretación de los contratos⁴⁰.

También la *bona fide* cumple un rol importante en la formación del consentimiento de las partes, por lo que, desde el punto de vista del Derecho venezolano, la parte sorprendida en su buena fe podría pedir la nulidad

³⁸ El artículo 1.275 del Código Civil venezolano limita la obligación de resarcir los daños causados a los daños directos. De esta forma, la reparación tiene un espectro menos amplio en Venezuela que en el sistema anglosajón.

³⁹ Annicchiarico / Madrid Martínez, *El Derecho de los contratos...*, ob. cit., p. 22.

⁴⁰ En relación con la *bona fide* en su función de interpretación Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 422.

de un determinado contrato si su consentimiento se encuentra viciado (ya sea por error, ya sea por dolo).

El error tal como ha sido tratado en Venezuela puede ser una causa de nulidad del contrato. Para que esto suceda, el error debe cumplir con las características mencionadas a continuación:

Primero, el error debe versar sobre cualidades consideradas esenciales ya sean del objeto (error en sustancia), ya sean de la parte cocontratante (error en persona)⁴¹. Esto es lo que se denomina error de hecho⁴². Por su parte el error de Derecho⁴³ podría ser causal de nulidad si este ha sido la causa única o principal del contrato⁴⁴.

Segundo, el error debe ser excusable⁴⁵, es decir, la parte que está incurso en el error debe estarlo de buena fe. Esto implica que si quien está incurso en un error lo está por la mala fe de su contraparte, no se trataría de un caso de error, si no de otro vicio del consentimiento, el dolo⁴⁶.

Y, tercero, el error debe ser reconocible⁴⁷, la contraparte contractual debe reconocer que la característica de hecho o de Derecho sobre la cual recae el error es considerada esencial por quien está incurso en error. Esto no implica que la parte contratante que no está errada deba conocer que su contraparte lo está⁴⁸.

El dolo⁴⁹, como vicio del consentimiento contractual, conlleva que una de las partes ha sido sorprendida en su buena fe por las maquinaciones de la otra parte cocontratante o de un tercero vinculado a ella⁵⁰. Como vemos, el dolo se diferencia del error en la espontaneidad. En el error una de las partes, o ambas, forma su consentimiento con una disparidad entre lo

⁴¹ Art. 1.148 del Código Civil venezolano.

⁴² Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III, Obligaciones*, Caracas, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017, p. 497.

⁴³ Art. 1.147 del Código Civil venezolano.

⁴⁴ Para ampliar ver: Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III, Obligaciones...*, ob. cit., p. 498.

⁴⁵ Art. 1.146 del Código Civil venezolano. Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 165.

⁴⁶ Art. 1.146 y 1.150 del Código Civil venezolano.

⁴⁷ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 167

⁴⁸ Art. 1.148 del Código Civil venezolano.

⁴⁹ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 177 ss.

⁵⁰ Art. 1.154 del Código Civil venezolano.

querido y el resultado del mismo, pero esta apreciación errónea no viene dada por los engaños de su contraparte contractual o de un tercero relacionado con este. En cambio, en el dolo, el agente del engaño actúa con *animus decipendi* (intención de engañar), una forma de mala fe, y a través de maquinaciones realizadas por él mismo, o un tercero, induce al error a su contraparte.

Otra forma de dolo es la conocida como reticencia dolosa. En este caso, el agente del dolo silencia ciertas circunstancias a la contraparte con el ánimo de inducirla a error. En este caso ya no es una acción (maquinación) sino una abstención (silencio de información) lo que induce al error. La reticencia dolosa requiere:

...a) que el otro contratante no hubiera conocido o no hubiera tenido la posibilidad de conocer por otros medios la circunstancia silenciada; b) que aparezca demostrado que la parte reticente conocía tal circunstancia y conocía el error en que estaba incurriendo su contraparte; y c) que precisamente este error por ignorancia de la circunstancia silenciada hubiera sido la causa determinante de su asentimiento⁵¹.

Como remedios al error, una parte puede ofrecer a la otra subsanar el error y ejecutar su prestación⁵², o, según el querer de las partes, se puede pedir la nulidad de la cláusula o contrato⁵³, aunque esto da origen al resarcimiento de los daños que se haya podido causar a la otra parte con la nulidad del mismo⁵⁴. El dolo, por su parte, tiene como remedio la posibilidad de anular el contrato o de convalidarlo. En todo caso el agente del dolo es responsable por los daños que haya causado a la víctima del mismo. Si se opta por la solicitud de la nulidad, la víctima del dolo o del error debe ejercer su acción dentro de los cinco años siguientes, contados desde el día en que se descubre el dolo o el error⁵⁵. En cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato, hablaremos más adelante de ellos.

⁵¹ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 181, criterio recogido por nuestra jurisprudencia: TSJ/SCC, Sent. No. 317, 19 de julio de 2011, en: <https://app.vlex.com/#vid/garizim-carmen-beatriz-anteliz-porras-302910194>

⁵² Art. 1.149 del Código Civil venezolano.

⁵³ Art. 1.149 del Código Civil venezolano.

⁵⁴ Art. 1.149 del Código Civil venezolano.

⁵⁵ Art. 1.346 del Código Civil venezolano.

2. La lesión

En cuanto a la lesión, se entiende por este término, que es una pérdida patrimonial que sufre una de las partes del contrato por el desequilibrio entre la prestación dada y la contraprestación recibida⁵⁶. Así mismo, nuestro sistema jurídico no considera la lesión como un vicio del consentimiento⁵⁷. Por tanto, la rescisión por lesión solo opera en la medida en que una norma expresa la autorice, esto según el texto del artículo 1.350 del Código Civil venezolano. Otro punto destacable sobre la lesión es que, en Venezuela, la rescisión en los casos en que se permite solo se trata de casos de lesión objetiva (desequilibrio económico)⁵⁸.

En los casos de relaciones de los ámbitos de consumo y bancario, así como en la contratación en general, cuando una de las partes (el proveedor de los bienes o servicios, o el banco) configure lo que el legislador ha denominado como “usura”⁵⁹ (ganancia desproporcionada en relación con la prestación ejecutada), se podría pedir la nulidad del contrato por la lesión patrimonial causada. Al hablar de usura, por tanto, encontramos un punto común entre los efectos de la aplicación de la doctrina de la *unconscionability* y los efectos de la rescisión por lesión.

En Venezuela, la usura, así como los demás supuestos en los que cabe la rescisión por lesión, se trata de una lesión objetiva, esto es, se prescinde de la “debilidad” o “dependencia” de la víctima de la lesión⁶⁰ y se enfoca solamente en el ámbito patrimonial. Como antecedente de esta regulación podemos encontrar que el Decreto 247 sobre la Represión de la Usura⁶¹, el cual contempla en su artículo 1 el único supuesto de lesión subjetiva del ordenamiento venezolano vigente.

En el ordenamiento jurídico venezolano, la lesión debe estar presente desde el momento en que se forma el contrato, por tanto, no se puede

⁵⁶ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 145.

⁵⁷ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 145.

⁵⁸ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 146 y Annicchiarico / Madrid Martínez, *El Derecho de los contratos...*, ob. cit., p. 55.

⁵⁹ Art. 58 de la Ley de Precios Justos de 2015, publicada en la Gaceta Oficial No. 6.202 Extraordinario, 8 de noviembre de 2015, reimpressa en la Gaceta Oficial No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

⁶⁰ Annicchiarico / Madrid Martínez, *El Derecho de los contratos...*, ob. cit., p. 55.

⁶¹ Dictado por la Junta Revolucionaria de Gobierno el 9 de abril de 1946 y publicado en la Gaceta Oficial No. 21.980 de la misma fecha, el cual sigue parcialmente vigente.

alegar la lesión si por algún motivo luego del perfeccionamiento del contrato, se produce un desequilibrio económico entre las partes⁶². La nulidad del contrato lesivo o la rescisión por lesión del mismo debe ser solicitada por la parte afectada dentro de los 5 años siguientes al momento de la formación del contrato⁶³.

Por último, haremos referencia a los efectos ya de la rescisión, ya de la declaración de la nulidad. Las consecuencias de la declaratoria de nulidad dependerán de si el juez anula solo una cláusula o la totalidad del contrato. Si la nulidad abarca solo algunas de las estipulaciones, el resto de estas mantienen su fuerza vinculante y deben cumplirse según la norma *pacta sunt servanda*⁶⁴. Lo anterior en virtud del principio de la conservación del contrato⁶⁵. Por el contrario, si la nulidad es total, es decir el juez anula todos los términos contractuales, las partes deberán devolver a la contraparte la parte de las prestaciones que ya se hayan ejecutado. Esta restitución debe ser recíproca⁶⁶.

En cuanto a la lesión, esta genera en la víctima la posibilidad de pedir la nulidad, según lo expresado *supra*, ejercer la acción de rescisión, cuyos efectos se son semejantes a los de la declaratoria de nulidad⁶⁷, u optar por alguna forma de compensación que elimine la lesión existente⁶⁸. Esta última opción está contemplada en diversas normas del Código Civil venezolano como los artículos 1.496 y 1.497⁶⁹ y lo reconoce la jurisprudencia comentada⁷⁰.

⁶² Esto diferencia la lesión de la teoría de la imprevisión. Rodner, James Otis, *El Dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Caracas, ACPS, 2ª ed., 2005, p. 620.

⁶³ Arts. 1.346 y 1.350 del Código Civil venezolano.

⁶⁴ Arts. 1.159 y 1.160 del Código Civil venezolano.

⁶⁵ Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 362 ss.

⁶⁶ Esto se desprende del artículo 1.178 del Código Civil venezolano. Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 369.

⁶⁷ Arts. 1.346 y 1.350 del Código Civil venezolano.

⁶⁸ Esto sucedió en el caso Asodeviprilara comentado en la nota 53.

⁶⁹ Para ampliar Calvo Bacca, Emilio, *Código Civil Venezolano. Comentado y concordado*, Caracas, Libra, p. 899. También: Álvarez Oliveros, Ángel, Notas sobre la rescisión por lesión, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, No. 5, pp. 289 ss; Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 146, 320 ss.

⁷⁰ Esto sucedió en el caso Asodeviprilara comentado en la nota 53

3. El Estado Social y de Derecho (orden público) y sus efectos económicos

Los efectos económicos de la intervención del Estado a través de las normas citadas⁷¹, así como de otras formas de regulación en diferentes ámbitos⁷², han contribuido a crear un ambiente hostil para el desarrollo de la actividad económica en general, ya sea en las áreas altamente controladas (sectores de seguros, bancario y financiero en general) como en las menos reguladas, pero fuertemente controladas (consumo e incluso en algunos servicios). Para entender este panorama es necesario comprender que en Venezuela no existen las típicas protecciones al consumidor pues la protección se enfoca ampliamente en los precios y servicios ofertados y no en el fomento de relaciones paritarias entre los proveedores y los usuarios. Por otra parte, el Estado paternalista ha intervenido ampliamente en la economía valiéndose de una “infantilización” de los ciudadanos, así como de una constante reducción de la competencia entre los actores económicos.

En este punto es necesario señalar que esta tendencia al intervencionismo estatal data de antiguo, si bien, en Venezuela, se ha justificado por la jurisprudencia con base en el Estado Social de Derecho. Por ejemplo, en el caso *Asodeviprilara*⁷³, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló lo siguiente:

Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

No se trata sólo de la desproporción que puede existir entre el poderoso económico que explota a los menesterosos, sino que puede ocurrir en otras relaciones donde por motivos tecnológicos o de otra índole, una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida,

⁷¹ Decreto sobre la Represión de la Usura; Ley de Precios Justos, Ley Constitucional de Precios Acordados, etc.

⁷² Normativas prudenciales emanadas de la Superintendencia de Bancos, de la Superintendencia de Seguros, de la Superintendencia Nacional de Valores.

⁷³ TSJ/SC, Sent. No. 1274, 24 de enero de 2002, en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/064.htm. Para conocer las críticas a lo planteado en esta sentencia, ver: Álvarez Oliveros, Ángel, Notas sobre la rescisión por lesión, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, No. 5, pp. 289 ss.

al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable. Ello puede ocurrir –por ejemplo– con consumidores de bienes, cuya publicidad masiva y subliminal los presiona inconscientemente a su adquisición; o con usuarios de servicios públicos necesarios o de bienes esenciales de amplia distribución, que no reciben dichos servicios o bienes en la calidad y condiciones requeridas, ni dentro de una relación de armonía entre lo recibido y lo pagado por ello; o con aquellos a quienes colectivamente se les sorprende en la buena fe, al no prestarles la información comprensible y necesaria, abusando de la ignorancia y obteniendo sobre ellas leoninas ventajas.

En conexión con la argumentación sostenida por la jurisprudencia venezolana, es pertinente comentar lo relacionado con el orden público. Dentro del ámbito que nos ocupa, los principios fundamentales del orden jurídico que protegen a los considerados débiles jurídicos cumplen una función igualadora entre las partes del contrato⁷⁴. Estos principios son conocidos por el término “orden público de protección” y su función es proteger indirectamente el interés social⁷⁵.

En Venezuela es curioso que, aunque se considera al arbitraje como un derecho humano o derecho fundamental, así como se estima que los medios alternativos de resolución de conflictos son parte del sistema de justicia, con base en el orden público nuestra legislación ha dejado fuera del alcance de las partes el arbitraje. Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado constantemente contra esta tendencia del legislador⁷⁶ y ha señalado que las protecciones otorgadas al débil jurídico por la ley deben ser observadas por el árbitro⁷⁷. A pesar de esto, el arbitraje sigue siendo de poca aplicación práctica pues los mismos jueces, muchas veces, desconocen los acuerdos arbitrales a que han llegado las partes.

Consecuencia de lo anterior, si una parte considerada débil jurídico alega la violación del orden público podría lograr la ineficacia de una cláusula

⁷⁴ Caivano, Roque J., Arbitrabilidad y orden público, en: *Revista Foro Jurídico. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2013, No. 12, pp. 66 ss., en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/articulo/view/13801/14425>

⁷⁵ Caivano, Arbitrabilidad y orden público..., ob. cit.

⁷⁶ Ver, por ejemplo: TSJ/SC, Sent. No. 1067, 3 de noviembre de 2010 (*Astivenca*), en: <https://vlexvenezuela.com/vid/astivenca-astilleros-venezuela-c-283251775>

⁷⁷ Ver, por ejemplo: TSJ/SC, Sent. 1541, 17 de octubre de 2018 (*Hildegard Rondón de Sansó*), en: <https://app.vlex.com/#vid/hildegard-rondon-sanso-283307203>

arbitral, obteniendo así, aunque por motivos diferentes, un resultado parecido al que podría llegarse al aplicar la doctrina de la *unconscionability*. La contravención de los principios de orden público, así como de las normas constitucionales acarrea la nulidad del contrato, con los efectos de la misma que ya hemos señalado.

Por las razones anteriores, el juez contaría con un amplio margen de maniobra para restablecer el equilibrio entre las partes contratantes, pudiendo interpretar el mismo de acuerdo con la ley, la verdad y la buena fe⁷⁸. La ley debe aplicarse de modo supletorio a las estipulaciones de las partes, pero llenando los vacíos de las mismas, es decir, con una función integradora. En cuanto a la buena fe, nos remitimos a lo expresado *supra*.

Conclusión

Haciendo un recuento de las instituciones con las que cuenta el sistema venezolano, el juez venezolano a la hora de conocer sobre una controversia en la que una de las partes se considere como un débil jurídico, cuenta con un amplio abanico de opciones para intervenir en la relación contractual, más allá de las consecuencias económicas que el intervencionismo estatal y judicial dentro de las relaciones contractuales privadas acarrear.

Consecuencia de esto, estimamos que en Venezuela es posible reconocer la doctrina de la injusticia intrínseca o *unconscionability*; por lo que, una sentencia extranjera en la cual el juez haya decidido el asunto con base en la doctrina comentada podría ser reconocida o ejecutoriada por los tribunales venezolanos.

Ahora bien, pareciera que, aunque la facultad de revisión de la injusticia intrínseca de los contratos es bastante amplia, el juez debe usarla de forma prudencial para así incentivar la actividad económica y permitir a los particulares la libre composición de sus relaciones económicas sin la participación del Estado.

Por esto, la conclusión a la que llegamos en este trabajo es que el juez solo debería ejecutar o no la voluntad de las partes, pero si el contrato como un todo o algunas de sus estipulaciones es ineficiente o abusivo, debería

⁷⁸ Art. 12 del Código de Procedimiento Civil. Ver también: Amicchiario / Madrid Martínez, *El Derecho de los contratos...*, ob. cit., pp. 73 ss.

prevenir la ejecución del mismo. Por tanto, el juez nunca debería modificar los términos de contrato porque favorecería el oportunismo de cualquiera de las partes y llevaría a la arbitrariedad (falta de seguridad jurídica). Dichas consecuencias incrementan la inseguridad de las transacciones y sus costos en la economía.